



Universidad del Azuay

**MAESTRÍA EN ASESORÍA JURÍDICA DE
EMPRESAS**

***“Análisis del contrato de fideicomiso mercantil como
mecanismo de gestión en el desarrollo de proyectos
inmobiliarios en el Ecuador”***

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de master en
asesoría jurídica de empresas**

Autor: Santiago Jara Reyes

Director: Antonio Martínez Borrero

Cuenca, Ecuador

2013

Dedicatoria

A mi familia.

Agradecimientos

A mis compañeros, abogados y colaboradores,
con los que día a día me enriquezco en la
aventura del derecho.

A mi director de tesis, maestro en este trabajo y
otros muchos más.

Índice de contenidos

Dedicatoria.....	ii
Agradecimientos.....	iii
Índice de contenidos.....	iv
Resumen.....	viii
Abstract.....	ix
Introducción.....	1

Titulo I

Los proyectos inmobiliarios y los negocios fiduciarios.

Capítulo I

Los proyectos inmobiliarios

1. Noción de emprendimiento inmobiliario.	4
2. Consideraciones para la concepción de un emprendimiento inmobiliario.....	7
2.1 Competencia de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales.....	7
2.2 Inversión.....	11
2.3 Planificación.	12
3. Ejecución de un proyecto inmobiliario y de los contratos que se requieren.....	12
3.1 Etapas.	12
3.2 Contratos para la construcción y comercialización.....	16
3.3 Referencia de las principales maneras contractuales de llevar adelante los proyectos inmobiliarios.	17
3.3.1 Unipersonal.....	18
3.3.2 Canje.....	18
3.3.3 Por sociedad o compañía.....	19
3.3.3.1 Noción general.....	19
3.3.3.2 La sociedad mercantil.....	21
3.3.3.3 Referencia a la Compañía Limitada.....	26
3.3.3.4 Referencia a la Sociedad Anónima.....	32
3.3.3.5 Diferencias principales entra la Sociedad Anónima y la Compañía Limitada.....	35
3.3.3.6 Autonomía de la Voluntad en el contrato de sociedad.	36
3.3.4 Sociedad de hecho o consorcio.....	36
3.3.5 Comunidad de Bienes.....	38
3.3.6 Fideicomiso Mercantil.....	42

Capitulo II

Los negocios fiduciarios y los emprendimientos inmobiliarios

1. Los Negocios Fiduciarios.....	47
----------------------------------	----

1.1 Reseña de la cronología normativa sobre los negocios fiduciarios en Ecuador.	47
1.2 Antecedentes históricos de los Negocios Fiduciarios.	48
1.3 Concepto de Negocios Fiduciarios.....	51
1.4 Clases de Negocios Fiduciarios.....	56
2. Aplicación de los negocios fiduciarios en los proyectos inmobiliarios.....	58
2.1 Utilidad del encargo fiduciario.....	58
2.2 Posibles aplicaciones del fideicomiso mercantil en la estructuración y ejecución de los proyectos inmobiliarios.	59
2.3 Comentario sobre su aplicación práctica.....	62

TITULO II

El Contrato de Fideicomiso Mercantil en los proyectos inmobiliarios.

Capitulo I

Consideraciones del Contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

1. Referencia al concepto general de fideicomiso mercantil.....	64
2. Concepto de fideicomiso mercantil inmobiliario.....	69
3. Naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil inmobiliario.	72
4. Efectos jurídicos.....	76

Capitulo II

La etapa previa a la celebración del Contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

1. Las tratativas.....	77
2. Análisis de factibilidad del proyecto inmobiliario.	78
3. La elección de la fiduciaria.....	79
4. Elección y estructuración del esquema contractual.....	81
5. Celebración de acuerdos preparatorios.....	82

Capitulo III

Celebración y efectos del Contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

1. Celebración y Formalidades.....	84
2. Contenido del Contrato.....	91
3. De las partes que intervienen en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario.....	97
3.1 Constituyentes o Fideicomitentes.....	97
3.1.1 Concepto.....	97
3.1.2 Capacidad y el acto de disposición.....	100
3.1.3 Protección a los acreedores.....	102
3.1.4 De los constituyentes adherentes.....	104

3.1.5 Derechos y obligaciones.....	105
3.2 La fiduciaria.....	107
3.2.1 Concepto.....	107
3.2.2 Capacidad de la fiduciaria.....	108
3.2.3 La independencia en la gestión de la fiduciaria: el conflicto de intereses.....	109
3.2.4 La especialidad.....	111
3.2.5 Deberes y derechos de la fiduciaria.....	112
3.2.6 Responsabilidad.....	115
3.2.7 La renuncia y sustitución de la fiduciaria.....	118
3.3 Los Beneficiarios.....	121
3.3.1 Concepto.....	121
3.3.2 Derechos y obligaciones.....	122
4. Creación del patrimonio autónomo.....	123
4.1 Noción.....	123
4.2 Los bienes que forman el patrimonio autónomo en el fideicomiso inmobiliario.....	127
4.3 La transferencia a título de fideicomiso mercantil.....	128
4.4 Separación patrimonial.....	130
5. Vigencia del contrato.....	132
6. Auditoria externa.....	133

Capítulo IV

La inembargabilidad, la garantía general de prenda y la irrevocabilidad en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario.

1. La inembargabilidad.....	136
2. La garantía general de la prenda.....	137
3. La irrevocabilidad.....	139
4. Ventajas que reportan al fideicomiso mercantil inmobiliario.....	140

Capítulo V

Principales aspectos operativos en la ejecución del Contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

1. Referencia al esquema contractual y al rol de las partes en la ejecución del contrato.....	142
2. La junta del fideicomiso.....	148
3. El punto de equilibrio como condición para el inicio de la construcción del proyecto.....	151
4. La gerencia del proyecto y la fiscalización.....	152
5. La comercialización.....	153

Capítulo VI

Aspectos Tributarios

1. La Normativa tributaria que rige en el fideicomiso mercantil inmobiliario.	155
---	-----

Capítulo VII

La Terminación del Contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

1. Causas por las que termina el contrato: cumplimiento del plazo, cumplimiento de la finalidad o de la condición.....	162
2. La liquidación y cancelación.....	164

Capítulo VIII

Reflexiones sobre las relaciones y responsabilidades jurídicas en el fideicomiso mercantil inmobiliarios.

1. Responsabilidad en el proyecto inmobiliario de los constituyentes, de los beneficiarios y de la fiduciaria.	166
2. Los consumidores y su seguridad.....	168
CONCLUSIONES.....	171
Bibliografía.....	173

Resumen

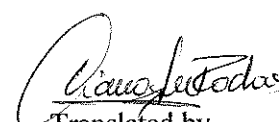
Esta tesis analiza el contrato de fideicomiso mercantil en el Ecuador como mecanismo de gestión en el desarrollo de proyectos inmobiliarios. Aborda el tema estableciendo los puntos relevantes sobre un emprendimiento inmobiliario y esbozando otras figuras jurídicas por las cuales se pueden ejecutar este tipo de proyectos, para luego analizar el fideicomiso, su naturaleza y características, partes contractuales, derechos y obligaciones que nacen del contrato, la responsabilidad de los participantes, y los principales aspectos operativos del fideicomiso relacionados con el emprendimiento inmobiliario. Se concluye que el fideicomiso mercantil es un mecanismo idóneo para ejecutar emprendimientos inmobiliarios.

ABSTRACT

This thesis analyzed the commercial trust agreement in Ecuador as a management mechanism for the development of building projects. It addresses this issue by establishing the relevant points of building entrepreneurship and it outlines judicial figures under which these types of projects can be executed. Then, this study, analyzes the trust agreement, its nature and characteristics, the contractual parties, rights and obligations that emerge from the contract, the responsibilities of the participants, and the main operative aspects of the trust agreement in relation to the venture of building. We concluded that the commercial trust is an ideal mechanism to accomplish the endeavor of building.



UNIVERSIDAD DEL
AZUAY
OPTO. IDIOMAS



Translated by,
Diana Lee Rodas

Introducción

Por medio de este trabajo pretendemos analizar la utilidad del Contrato de Fideicomiso Mercantil como mecanismo de gestión en el desarrollo de proyectos inmobiliarios en el Ecuador.

Partimos de la siempre y recurrente necesidad de infraestructura inmobiliaria, en particular de vivienda, como un hecho innegable, y, de la existencia de múltiples y variadas circunstancias que obstaculizan el desarrollo de proyectos inmobiliarios. Un proyecto inmobiliario generalmente está dirigido a satisfacer necesidades esenciales de la persona: tener donde habitar y desarrollar sus actividades; sin embargo, circunstancias relacionadas con la estabilidad económica, el ahorro, el financiamiento, los costos, la tenencia de la tierra, la confianza en los constructores o promotores, la gestión de ventas, entre otros, concluyen determinando el alcance y eficacia del proyecto.

Consiguientemente, para el desarrollo de un proyecto inmobiliario se requiere de importantes esfuerzos, que generalmente demandan para su ejecución de la concurrencia de varias personas, quienes aportan sus ideas y recursos con la finalidad de poder iniciar y concluir el proyecto.

En consecuencia los empresarios, promotores y constructores, han buscado llevar adelante sus proyectos inmobiliarios usando distintos esquemas de contratación, desde un ámbito de total informalidad jurídica, hasta el de constituir compañías para cumplir con su ejecución y luego liquidarla. Entre las alternativas está la del contrato de fideicomiso mercantil.

El fideicomiso mercantil en el Ecuador atrae la atención de los juristas a partir de la vigencia de la Ley de Mercado de Valores del año 1993 y las reformas que ésta introdujo; sin embargo, cobran verdadero auge con la nueva Ley de Mercado de Valores promulgada en el año 1998. En nuestro criterio los negocios fiduciarios en el Ecuador son herramientas jurídicas ignoradas por importantes sectores y, con seguridad, con posibilidades de desarrollarlos aún más.

Así, al plantear el presente trabajo pretendemos determinar el alcance, aplicación y eficacia jurídica del contrato de fideicomiso mercantil como mecanismo para viabilizar el desarrollo de proyectos inmobiliarios en el Ecuador frente a otras figuras contractuales, considerando que en el mundo de hoy la empresa necesita contar con herramientas que le permitan ser competente en el cumplimiento de sus finalidades y, por lo tanto, en la ejecución de sus proyectos, pretendemos así acercarnos al Contrato de Fideicomiso Mercantil y en especial al Inmobiliario, como instrumento para gestionar proyectos y negocios complejos, característica del mundo empresarial actual.

En éste contexto iniciamos nuestro estudio planteando la hipótesis de que el contrato de fideicomiso mercantil es una alternativa jurídica eficiente para la gestión de proyectos inmobiliarios, cuando concurren distintos actores propietarios de uno o más de los elementos necesarios para la ejecución del proyecto; para verificar esta hipótesis en el desarrollo de este trabajo enfocaremos el tema considerando principalmente:

- a)** Desde un punto de vista estrictamente positivo, el análisis de la legislación vigente, su alcance e implicaciones, pretendemos establecer las posibilidades de contratación, tanto en el sector privado y público; y,
- b)** El alcance de la autonomía de la voluntad en este tipo de contrato y su incidencia para emprender los proyectos inmobiliarios.

TITULO I

LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS Y LOS NEGOCIOS FIDUCIARIOS.

Capítulo I

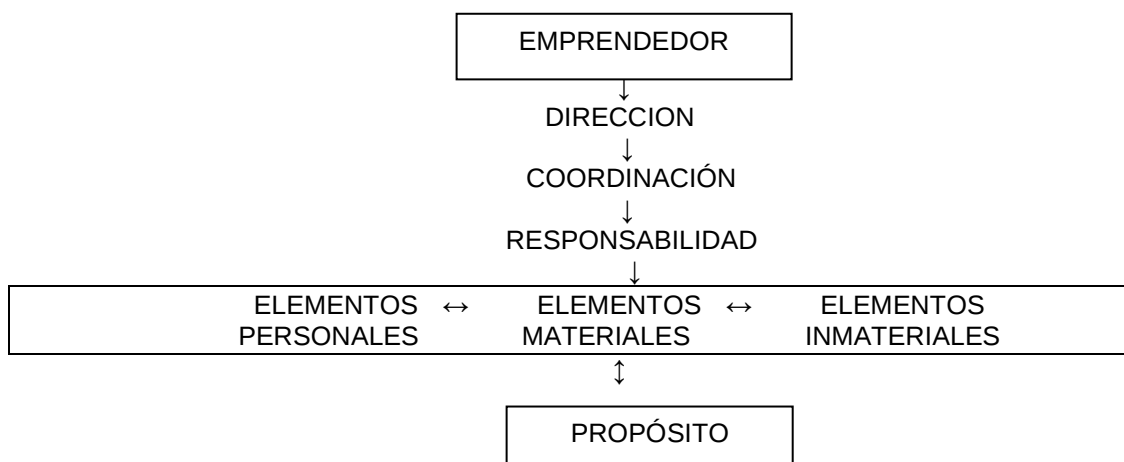
Los proyectos inmobiliarios

En este Capítulo esbozaremos la naturaleza del negocio inmobiliario, sus principales aspectos de atención y relaciones relevantes, para luego exponer las principales formas contractuales por las que se puede llevar adelante este tipo de negocio, con el objeto de tener elementos de comparación con el fideicomiso mercantil inmobiliario.

1. Noción de emprendimiento inmobiliario.

1.1 Cuando una o un grupo de personas buscan alcanzar algo y ponen en ello su esfuerzo, decimos que emprenden. Y, emprender es “acometer y comenzar una obra, un negocio, un empeño, especialmente si encierran dificultad o peligro” (Real Academia Española).

Si emprender es acometer y comenzar una obra o un negocio, dicha acción casi siempre busca lograr un fin, ser perfeccionada o terminada, es decir, lograr un resultado; para ello, será necesario un mínimo de organización, que permita disponer ordenadamente de los elementos (personales, materiales e inmateriales) involucrados en la acción, con la intención de vincularlos entre sí bajo el propósito pretendido y la dirección, coordinación y responsabilidad de quien emprende (emprendedor o empresario).



Por ello comprendemos que el verbo emprender está relacionado al sustantivo “empresa” que, a su vez, tiene las siguientes acepciones: *“Acción o tarea que entraña dificultad y cuya ejecución requiere decisión y esfuerzo. II2 Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios lucrativos. III3 Lugar en donde se realizan estas actividades”* (Diccionario de la Real Academia Española).

Consecuentemente, no por casualidad el profesor Garríguez definía a la empresa como la *“coordinación de los factores de producción (naturaleza, capital y trabajo) con el objeto de producir para el mercado y obtener una ganancia ilimitada, aunque ello no es esencial”*.

1.2 A nuestro juicio, un emprendimiento inmobiliario implica iniciar un proceso que, apropiadamente organizado, pretende utilizar los elementos necesarios para culminar un proyecto previamente concebido, relacionado con la construcción en inmuebles.

Los elementos materiales que generalmente encontramos en un emprendimiento inmobiliario son: el proyecto inmobiliario per se (la idea, el diseño, la planificación, los presupuestos, proyecciones, etc.), el terreno, el financiamiento, la inversión, los compromisos de compraventa. Mientras que las personas que pueden concurrir en el negocio son: el o los promotores, inversionistas, proveedores, constructores, compradores, entre otros.

Esta variedad de elementos y sujetos hacen que en el emprendimiento encontremos, en razón de la necesidad de organización¹, una serie de vínculos y relaciones jurídicas, que tornan a esta actividad en un negocio complejo. No obstante, la vinculación entre los elementos y los sujetos está dada por la dirección y coordinación de una o un grupo de personas que asume tal responsabilidad.

Como lo señala María T. Acquarone si bien no hay una única forma de organizar el negocio inmobiliario, sin embargo, cualquiera que esta sea, siempre encontraremos en ellas la figura del promotor, quien es el que *“concibe la idea, elige el terreno y obtiene una opción, realiza los cálculos financieros, encomienda el proyecto, elige los profesionales y los constructores e interesa a los posibles adherentes, según la forma que se eligió para encarar el emprendimiento”*²; de tal forma, casi siempre será el o los promotores, quienes definirán como organizar y llevar adelante el emprendimiento.

No es difícil advertir que la vinculación de los elementos y la ejecución misma del proyecto inmobiliario se deben apoyar en herramientas que brinda el derecho; de tal forma, algunos consideran que la estructuración del negocio inmobiliario está condicionada por las herramientas jurídicas que se utilicen en la organización e implementación de los elementos

¹ Nadie emprende un proyecto inmobiliario sin desear culminar el mismo.

² Acquarone, María T.: Los Emprendimientos Inmobiliarios, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 49.

vinculados en el emprendimiento. Así, una estructura jurídica eficiente disminuirá el riesgo e incidirá en el resultado del emprendimiento.

Por ello, parte de la definición del emprendimiento a cargo de los promotores será el determinar las condiciones que puedan asumir los sujetos participantes en el negocio, los medios de financiamiento, el tipo de garantías, el esquema de comercialización, los mecanismos contractuales, etc.

Ante esta concepción María T. Acquarone propone que en el emprendimiento inmobiliario *“se trataría de un grupo de operaciones que se encuentran unidas entre sí, como contratos que si bien cada uno tiene su autonomía, no responden a una causa autónoma, ya que hay un negocio único que se desmembra en distintos contratos e inclusive en diversas etapas”; existiendo para ella una finalidad supracontractual*”³.

Por otra parte, Augusto M. Morello y Pedro Rafael de la Colina señalan que el emprendimiento inmobiliario como resultado que liga la producción de una infraestructura edilicia y en ciertos casos también de servicios a un inmueble dado, *“requiere de una organización empresarial puesta al servicio de los fines proyectados, que puede alcanzar su punto de culminación con la construcción del edificio o la organización definitiva del complejo inmobiliario, o bien necesitar un grado de subsistencia posterior a dicho estadio, sea acompañando su comercialización, o inclusive apuntalando la vida misma del complejo, en el desarrollo de los servicios complementarios anejos al emprendimiento*”⁴.

En definitiva, el emprendimiento inmobiliario debe ser concebido como un todo, integral y multidisciplinario, resultado de una organización empresarial puesta al servicio de los fines proyectados, siendo su propósito alcanzar su culminación y la posterior comercialización de las unidades habitacionales, oficinas, consultorios, etc.

1.3 Por otra parte, los emprendimientos inmobiliarios pueden ser analizados bajo distintas ópticas, una de ellas, como un negocio puro, otra -desde el derecho público- como una forma de satisfacer necesidades de la población; obviamente, como negocio debe propender a generar beneficios económicos que estimulen el interés de inversores, preocupación que no necesariamente estará presente en el ámbito público.

Para la ya citada María T. Acquarone los emprendimientos inmobiliarios *“son todos aquellos en los cuales tenemos elementos comunes: por un lado, la existencia de un inmueble, ya sea el terreno donde se va a construir, o donde se va a realizar la infraestructura, y por otro*

³ Acquarone, María T: ob. cit. pp. 32.

⁴ Morello, Augusto M.; y, De la Colina, Pedro Rafael: Negocios Inmobiliarios, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2007, pp. 80.

la inversión para realizar la construcción o la infraestructura para lograr una plusvalía con esa fracción que es lo que va a lograr darle un valor agregado al inmueble”⁵.

Así, para la referida autora, la plusvalía que se pretende en este tipo de emprendimiento, es la característica esencial del negocio y el objetivo principal de interés para el inversionista.

En consecuencia, es característica del emprendimiento inmobiliario la producción de la plusvalía, sin la cual el negocio no sería exitoso. Incluso en el ámbito público, si bien no necesariamente se a de buscar el lucro, esto no implica que en éste ámbito con un emprendimiento inmobiliario no se pretenda darle un valor agregado al inmueble.

Por lo tanto, en el negocio inmobiliario el beneficio económico es una condición necesaria para que los inversionistas (privados) asuman el riesgo de invertir en el emprendimiento; llegándose a sostener que el margen de ganancias y las eventuales pérdidas estarían vinculadas –en alguna medida- a la estructuración jurídica que se le otorgue al emprendimiento.

Las necesidades económicas actuales y las particularidades de cada mercado requieren la exploración de nuevas formas contractuales⁶.

2. Consideraciones para la concepción de un emprendimiento inmobiliario.

2.1 Competencia de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales.

No podemos dejar de considerar que, en el Ecuador, la Constitución de la República de 2008 estableció una nueva organización territorial del Estado y definió un régimen de competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados; con este nuevo marco constitucional se dictó el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)⁷ que establece la organización político-administrativa del Estado ecuatoriano en el territorio, define el régimen de los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados, además desarrolla un modelo de descentralización, entre otras.

Entre los objetivos del COOTAD se encuentran el fortalecer el rol del Estado mediante la consolidación de cada uno de los niveles de gobierno en la administración de sus circunscripciones territoriales, y, la organización territorial del Estado; para ello, se establece que los gobiernos autónomos descentralizados, dentro de sus respectivas circunscripciones territoriales, tienen unos fines específicos.

⁵ Acquarone, María T.: Ob. cit. pp. 31.

⁶ Acquarone, María T.: Ob. cit. pp. 32.

⁷ Ley s/n, Suplemento del Registro Oficial 303, 19-X-2010.

Así, los gobiernos autónomos descentralizados dentro de sus circunscripciones territoriales deben, entre otros fines, procurar un desarrollo equitativo; la recuperación y conservación de la naturaleza y el mantenimiento de un ambiente sostenible y sustentable; la obtención de un hábitat seguro y saludable para los ciudadanos y la garantía de su derecho a la vivienda en el ámbito de sus respectivas competencias; el desarrollo planificado; la generación de condiciones que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución.

De manera particular debemos hacer referencia a los gobiernos autónomos descentralizados municipales a los que les corresponde⁸ establecer el régimen de uso del suelo y urbanístico, para lo cual tienen la facultad de determinar las condiciones de urbanización, parcelación, lotización, división o cualquier otra forma de fraccionamiento de conformidad con la planificación cantonal; el regular y controlar las construcciones en la circunscripción cantonal, atendiendo las normas de control y prevención de riesgos y desastres; sin olvidar además que deben prestar los servicios públicos y construir la obra pública cantonal.

Otra de las funciones importantes de los gobiernos autónomos descentralizados municipales es el implementar el derecho al hábitat y a la vivienda, y desarrollar planes y programas de vivienda de interés social en el territorio cantonal, de acuerdo a su competencias.

Todas las anteriores funciones de los gobiernos autónomos descentralizados municipales se vinculan con su obligación de elaborar y ejecutar el plan cantonal de desarrollo y el de ordenamiento territorial⁹; obligación también impuesta a los demás niveles de gobierno, pero que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 296 del COOTAD, la planificación del ordenamiento territorial regional, provincial y parroquial se inscribirá y deberá estar articulada a la planificación del ordenamiento territorial cantonal y distrital.

De acuerdo con el COOTAD el ordenamiento territorial -como deber en cada nivel de gobierno- comprende el conjunto de políticas democráticas y participativas de los gobiernos autónomos descentralizados que permiten su apropiado desarrollo territorial, y que debe aspirar o incidir en el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes; debe fundamentarse en los principios de la función social y ambiental de la tierra, la prevalencia del interés general sobre el particular y la distribución equitativa de las cargas y los beneficios.

⁸ En el Art. 54 del COOTAD establece las funciones de los gobiernos autónomos descentralizados municipales.

⁹ De acuerdo al COOTAD la aprobación del plan cantonal de desarrollo y el de ordenamiento territorial le corresponde al concejo municipal; y, deben ser formulados participativamente con la acción del consejo cantonal de planificación y las instancias de participación ciudadana.

Los planes de ordenamiento territorial de los distintos GADS deben articularse entre sí - como se ha dicho, inscribiéndose a la planificación del ordenamiento territorial cantonal y distrital- para posibilitar la construcción de un proyecto nacional, a su vez basado en el reconocimiento y valoración de la diversidad cultural, con una proyección espacial de las políticas sociales, económicas y ambientales.

De acuerdo al marco jurídico el ordenamiento del territorio implica una complementación de la planificación económica, social y ambiental con el aspecto o dimensión territorial, la racionalizar las intervenciones sobre el territorio, y, orientar su desarrollo y aprovechamiento sostenible; para lograr esto, se establecen entre otros objetivos del ordenamiento territorial, la definición de las estrategias territoriales de uso, ocupación y manejo del suelo en función de los objetivos económicos, sociales, ambientales y urbanísticos.

En este contexto, para el pleno ejercicio de sus competencias, conforme el Art. 7 del COOTAD, se reconoce a los consejos regionales y provinciales, concejos metropolitanos y municipales, la capacidad para dictar normas de carácter general, a través de ordenanzas, acuerdos y resoluciones, que son aplicables dentro de su circunscripción territorial.

Esta facultad normativa se ejerce y circunscribe al ámbito territorial y a las competencias de cada nivel de gobierno.

Por otro lado, el COOTAD otorga competencias exclusivas a cada nivel de gobierno; así, en el Art. 55 del referido cuerpo normativo se establecen como competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados municipales el planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural; así como, el ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón¹⁰.

La competencia de planificar y controlar el uso y ocupación del suelo en el cantón, se hace efectiva desde el ámbito tanto legislativo, a través de la expedición de normas y resoluciones, como del ejecutivo del GAD, mediante la expedición de permisos y autorizaciones, el control y juzgamiento de infracciones.

¹⁰ “Art. 55.- Competencias exclusivas del gobierno autónomo descentralizado municipal.- Los gobiernos autónomos descentralizados municipales tendrán las siguientes competencias exclusivas sin perjuicio de otras que determine la ley:

a) Planificar, junto con otras instituciones del sector público y actores de la sociedad, el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial, de manera articulada con la planificación nacional, regional, provincial y parroquial, con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural, en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad y el respeto a la diversidad;

b) Ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón;”

Por ello, por ejemplo, con lógica el literal w) del Art. 57 del COOTAD, señala como atribución del concejo municipal el *“Expedir la ordenanza de construcciones que comprenda las especificaciones y normas técnicas y legales por las cuales deban regirse en el cantón la construcción, reparación, transformación y demolición de edificios y de sus instalaciones”*.

O, también como ejemplo, el Art. 472 del COOTAD al tratar sobre la superficie mínima de los predios, señala que *“para la fijación de las superficies mínimas en los fraccionamientos urbanos se atenderá a las normas que al efecto contenga el plan de ordenamiento territorial”*; estableciendo como obligación para los notarios y registradores de la propiedad, que para la suscripción e inscripción de una escritura de fraccionamiento, en cada caso, exigirán la respectiva autorización del ejecutivo del nivel de gobierno, que se conceda para el fraccionamiento de los terrenos.

Esta reseña de la normativa del COOTAD resalta la necesidad de que cada emprendimiento inmobiliario debe ser concebido dentro de un ámbito normativo particular, que regulará su situación concreta dentro de un territorio, por ello, en la primera etapa del emprendimiento y que corresponde a la preparación del proyecto, consideramos que los promotores -entre los distintos aspectos a resolver- deben dar respuesta a aquellos asuntos relativos a la relación del emprendimiento frente al respectivo GAD y la normativa local vigente.

En esta relación (emprendimiento, GAD y normativa local) los promotores de los proyectos inmobiliarios tendrán que considerar:

- Las políticas del GAD sobre la planeación del desarrollo urbano; la línea de la administración y las normas que rigen el control urbano; el tratamiento del suelo y las reservas territoriales; el equipamiento existente y el planificado.
- Las políticas de vivienda y habitacionales, en concurrencia con las diversas disposiciones económicas, sociales, urbanas y poblacionales, establecidas en el territorio donde se ejecutará el proyecto.
- Determinar el o los procesos para aprobación del proyecto habitacional.
- Concebir diseños y procesos constructivos acordes con la normativa local, y considerando el entorno y los requerimientos específicos.

2.2 Inversión.

Morello y de la Colina señalan que la finalidad de incorporarse al emprendimiento puede obedecer a una infinidad de motivaciones, pero que a la postre importa siempre coadyuvar en el financiamiento de la obra que se lleve adelante¹¹; no obstante, quien participa siempre buscará lograr en su favor un beneficio.

¹¹ Morello, Augusto M.; y, De la Colina Pedro Rafael: Ob. cit. pp. 85.

Partamos de la siguiente idea. En un emprendimiento, lo primero que surge es una o varias ideas, por lo que es necesario hacer una selección de las ideas con el objeto de saber cuál es la mejor y, desde el punto de vista económico, cuál es la más rentable.

En ese sentido, si consideramos que una inversión significa sacrificar dinero actual por dinero futuro; la decisión de invertir implica dar respuesta a las preguntas básicas de en qué se va a invertir, el monto de la inversión y cuando va a realizar la inversión. Las respuestas a estas preguntas siempre se relacionarán con dos conceptos: el del tiempo y el riesgo¹².

Si la inversión implica dejar de contar en el presente con dinero y condicionarlo a un fin que entraña la incertidumbre de ganar o perder, bien entendemos la razón de que para el inversionista el dinero tenga un costo; este costo, estará determinado básicamente, entre otros, por la inflación, la tasa de interés, el costo de oportunidad, el riesgo.

Un inversionista siempre buscará las mejores oportunidades o alternativas de inversión, es decir, aquellas que le permitan lograr el mejor rendimiento en base a la seguridad; en el sector de la construcción y de los emprendimientos inmobiliarios, previo a la inversión y ejecución preceden el correspondiente análisis y selección de proyectos.

Existen varios métodos de selección de proyectos; en el sector inmobiliario, la selección de un proyecto puede resolverse en base de distintos criterios como el del índice de ganancia, la razón costo beneficio, la tasa interna de retorno, el del valor actual neto (VAN), entre otros. En el último caso, por ejemplo, se señala que no se debe aceptar ningún proyecto que luego de descontar el costo oportunidad tenga un VAN negativo, o, si luego de calcular el VAN se establece una restricción presupuestal¹³.

Siguiendo a César Baquerizo Arosemena, la evaluación de un proyecto permite establecer las fuentes de riesgo, su magnitud, y como distribuir el riesgo de manera eficiente, factores que terminan incidiendo en la rentabilidad. Según el referido autor la evaluación de un proyecto tiene varias fases: la primera es la de la idea, en la se define el proyecto, se comprueba la demanda y se establecen las posibilidades del negocio como el riesgo, la tasa de rendimiento, plazo de recuperación, costos, etc.; luego, una segunda fase es la de la prefactibilidad, en la cual dice se evalúa la viabilidad de todo el proyecto, los riesgos internos y externos; y, por último, la fase de la factibilidad, en la cual se busca mejorar las variables claves, se recolecta información primaria y se evalúa al detalle el riesgo; señalando que en esta fase se establece si conviene o no ejecutar el proyecto¹⁴.

¹² Alexander, Gordon J.; Sharpe, William F.; Bailey, Jeffery V.: Fundamentos de Inversiones, Pearson Educación, México, 2003, pp. 1.

¹³ Baquerizo Arosemena, César: Gerencia de Proyectos para Constructores e Inmobiliarias, Talleres gráficos del Archivo Histórico del Guayas, Guayaquil, 2007, pp. 64-66.

¹⁴ Baquerizo Arosemena, César: Ob. cit., pp. 63.

Por ende, cosa fundamental en el emprendimiento inmobiliario es su rentabilidad, por ello debe concebirse al proyecto como un todo y optar por la mejor estructura; de tal forma que, el esquema que se adopte sea la mejor alternativa, considerando en la valoración el costo oportunidad.

2.3 Planificación.

En la concepción del proyecto inmobiliario los aspectos a resolver son los referentes, por ejemplo, al sector al que se dirige la demanda, los requerimientos que se pretenden satisfacer, las especificaciones y condiciones técnicas, presupuestos, las limitaciones económicas, la duración máxima para el proyecto, el mecanismo de financiamiento, la relación con los proveedores, la calidad del producto, el proceso de comercialización, las garantías, etc.

Pero todos estos aspectos deben ser abordados de manera organizada, de tal forma que se vinculen en una estructura coherente que garantice en algún grado que el proyecto va a funcionar y concluirse; para ello se requiere como se ha indicado de una planificación. Mientras más complejo es el proyecto, más importante es la planificación.

En este contexto, una eficiente concepción y planificación del proyecto garantiza en buena medida que el proyecto puede funcionar; recalcando en la necesidad de que muchos de los elementos y aspectos relacionados con el emprendimiento inmobiliario se sustentan en un andamiaje legal que también debe ser concebido y planificado.

Si, la estructuración jurídica del emprendimiento y las garantías de la inversión, pueden terminar incidiendo en mayor o menor medida –de acuerdo a las circunstancias- en el margen de ganancias y las eventuales pérdidas del negocio, es entendible que en mercados de la construcción e inmobiliarios más desarrollados que el ecuatoriano, la visión de la totalidad del negocio como una forma de inversión provechosa, significa necesariamente una visión conjunta de una gran cantidad de contratos que permite visualizar todas las relaciones jurídicas, con el objeto de *“lograr una ajustada normativa contractual a las precisas necesidades del negocio”*¹⁵.

3. Ejecución de un proyecto inmobiliario y de los contratos que se requieren.

3.1 Etapas.

¹⁵ Acquarone, María T.: Ob. cit., pp. 21-22.

Si el emprendimiento inmobiliario es un grupo de operaciones unidas entre sí, que si bien responden a una sola finalidad, se pueden segmentar en distintas etapas, sobre las cuales de manera resumida podemos decir:

a) Una primera etapa constituye la *preparación del proyecto o negocio*, en la cual se concibe y desarrolla la idea, y se indaga sobre el posible terreno en el cual se ha de construir o ejecutar el proyecto.

En esta etapa tiene un rol predominante el promotor del proyecto y se da gran parte de su planificación; recordando que “*una buena planificación nos garantiza en un gran porcentaje que el proyecto va a funcionar*” y que “*mientras más grande y complejo es el proyecto es más importante la planificación*”¹⁶, en esta etapa se trata de dar respuesta al sin número de inquietudes que se puedan plantear, como por ejemplo ¿a qué sector de clientes nos dirigimos?, ¿cuáles son las necesidades que buscamos satisfacer?, ¿cuáles son las especificaciones técnicas?, ¿cómo se financiará el proyecto?, etc.

Pero, no puede haber planificación posible de un proyecto, si no existe definido el terreno sobre el que se ha de planificar; por ello, es fundamental, la búsqueda del terreno.

María T. Acquarone señala que definir el terreno sobre el que se va a desarrollar el emprendimiento es esencial para el análisis de la inversión. Señala como ejemplo que el costo dependerá del lugar de la ciudad donde se encuentre ubicado y de las posibilidades de construir según las reglas urbanísticas del área; además el terreno debe contar con las autorizaciones respectivas que provienen de las ordenanzas; etc.¹⁷.

La misma autora, manifiesta que, “*para poder analizar la viabilidad de un negocio se debe partir de las dos variables fundamentales: el terreno y el proyecto*”, en consecuencia el promotor en esta etapa debe encargar o contratar con los técnicos la elaboración del proyecto (en un inicio a nivel de anteproyecto) y sus respectivos estudios. En este punto surge ya la necesidad de relacionarse jurídicamente con arquitectos, ingenieros civiles, sanitarios, eléctricos, etc.

Un proyecto inmobiliario debe contar por lo menos con:

- Análisis del suelo;
- Investigación sobre la situación habitacional y de necesidad de infraestructura inmobiliaria;
- Conveniencia y congruencia con la programación de desarrollo económico, social, urbano y de medio ambiente del Cantón (planeación);

¹⁶ Baquerizo Arosemena, César: Ob. cit., pp. 73.

¹⁷ Acquarone, María T.: Ob. cit., pp. 51.

- Objetivos generales y particulares del proyecto;
- Mecanismos financieros a utilizarse;
- Pautas de programación; y,
- Determinación de proveedores y estrategia para vincularse con ellos.

Todo ello exige no solo una serie de exigencias desde los aspectos técnicos de la construcción, financieros y de gestión, sino además de herramientas jurídicas que permitan facilitar y asegurar un adecuado desarrollo.

b) La segunda etapa es el *aseguramiento o adquisición del terreno* para los fines del proyecto.

El propósito en esta etapa es lograr vincular el terreno seleccionado al proyecto con el objeto de ejecutar en él las construcciones requeridas; para este punto, ya el o los promotores debieron haber analizado la viabilidad del negocio, su rentabilidad, determinado el costo de oportunidad y todo aquello necesario que les lleve a la convicción de que dicho terreno es el que efectivamente se requiere para el proyecto.

Cosa fundamental en un emprendimiento inmobiliario es verificar que el terreno se encuentre saneado y libre de vicios, y luego resguardarlo para que no sufra perturbación o peligro, esto es necesario para lograr que el proyecto pueda concluir en debida forma. Las causas que pueden afectar al terreno, y por ende al desarrollo del proyecto, principalmente podrían originarse en los acreedores de la persona titular de la propiedad del mismo, y, en terceros que aleguen algún derecho o posesión sobre el mismo.

Como se indica, el terreno se puede vincular al proyecto ya sea porque su propietario está de acuerdo en venderlo al promotor, o, porque acepte participar en el proyecto bajo alguna forma asociativa como las que veremos un poco más adelante al final de este capítulo. Una u otra alternativa se adoptará dependiendo de las circunstancias que envuelvan cada caso.

Si los promotores integran el terreno al proyecto mediante la compra tendrán un mayor control sobre el mismo, sin embargo cuando se utilizan otras formas para tal efecto (asociaciones, permutas, etc.) existen quizá mayores riesgos, todo dependería de la forma jurídica por la cual se lleve adelante el emprendimiento (ver el punto 3.2 de este capítulo).

c) Una tercera etapa es la *ejecución del proyecto o construcción de la obra*. La ejecución se realiza en base a los diseños, cronogramas y presupuestos establecidos conforme la planificación, sin embargo es poco probable que el mismo promotor pueda llevar por sí mismo la construcción, en tal caso debe contratar a los profesionales que se encarguen de ello.

La construcción de la obra se suele encargar a varias personas o grupos de personas, dependiendo la especialidad y necesidad del trabajo, y se la encarga por un contrato de construcción (en otros países, denominado locación de obra); o, en otros casos por que el promotor hace un canje de áreas culminadas del proyecto a cambio de la realización de la obra.

En este punto se suele también hacer la preventa de los bienes resultantes del proyecto.

d) Una cuarta y última etapa, constituye la *comercialización* de los bienes resultantes del proyecto.

En gran parte de los emprendimientos inmobiliarios se pretende financiar el proyecto con preventas, incluso se establece el punto de equilibrio del proyecto en base a alcanzar un porcentaje mínimo de las mismas; al respecto, y, para evitar fraudes y daños a terceros tanto en la legislación nacional como la dispuesta en las normas locales (ordenanzas) encontramos disposiciones que limitan la venta de inmuebles resultantes de los proyectos, condicionando la misma a la autorización del Gobierno Autónomo Descentralizado Cantonal.

Así, en el Art. 477¹⁸ del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) señala que incurrirá en delito de estafa tipificado en el Código Penal, quien fraccione total o parcialmente un inmueble situado en el área urbana o de expansión urbana, con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, y recibiere u ordenare recibir cuotas o anticipos en especie o en dinero, por concepto de comercialización del mismo.

Esto es, se tipifica como estafa y se sanciona el fraccionamiento no autorizado de un inmueble con fines comerciales, siempre que dicho inmueble se encuentre en área urbana o de expansión urbana; estableciendo como bien jurídico protegido tanto la competencia exclusiva del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipales de autorizar el fraccionamiento y por ella de ejercer el control del desarrollo urbano del cantón, pues conforme el literal b) del Art. 55¹⁹ y en concordancia con el Art. 466 del COOTAD *“corresponde exclusivamente a los gobiernos municipales y metropolitanos el control sobre*

¹⁸ “Art. 477.- Fraccionamiento de inmuebles sin autorización con fines comerciales.- Quien procediere al fraccionamiento total o parcial de un inmueble situado en el área urbana o de expansión urbana, con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, y recibiere u ordenare recibir cuotas o anticipos en especie o en dinero, por concepto de comercialización del mismo, incurrirá en delito de estafa tipificado en el Código Penal. Las municipalidades afectadas aplicarán las sanciones económicas y administrativas previstas en la ley y en las respectivas ordenanzas”.

¹⁹ Es de competencia exclusiva del gobierno autónomo descentralizado municipal el planificar el desarrollo cantonal y formular los correspondientes planes de ordenamiento territorial con el fin de regular el uso y la ocupación del suelo urbano y rural, así como ejercer el control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón.

el uso y ocupación del suelo en el territorio del cantón”, además, también se tutela el patrimonio de terceras personas que pudieren resultar afectadas por la comercialización de inmuebles resultantes de fraccionamientos ilegales.

En este contexto, son sujetos activos del delito quienes procedan a fraccionar (total o parcialmente) sin autorización de la instancia competente del Gobierno Autónomo Descentralizado un inmueble ubicado en el área urbana o de expansión urbana, con fines comerciales, y que en razón de ello reciba u ordenare recibir cuotas o anticipos en especie o en dinero.

Son sujetos pasivos²⁰ del delito las municipalidades en las que se encuentren ubicados los inmuebles fraccionados y las personas que hubieren entregado cuotas o anticipos en especie o en dinero a quien comercializó el producto del fraccionamiento.

Cabe, recalcar que la conducta sancionada es la comercialización, pues el Art. 476 del mismo cuerpo legal regula los fraccionamientos no autorizados sin fines comerciales, sancionando a quienes de hecho realizaren fraccionamientos sin aprobación de la municipalidad, o se hubieran beneficiado en alguna forma de ella, determinando que no adquirirán derecho alguno frente a terceros y que la municipalidad podrá imponer una multa equivalente al avalúo del terreno a los responsables; salvo que el concejo municipal o distrital convalide el fraccionamiento no autorizado en caso de asentamientos de interés social consolidados.

Concluimos este punto, recalcando sobre la necesidad de concebir a las etapas unas vinculadas a las otras, ya que no responden a una causa autónoma, sino a un mismo fin; en este sentido, es preciso determinar las herramientas jurídicas que permitan facilitar y asegurar el adecuado desarrollo del emprendimiento.

3.2 Contratos para la construcción y comercialización.

Dejando por un momento de la lado los contratos que pueden utilizarse para llevar adelante un emprendimiento inmobiliario (como la sociedad o el fideicomiso) y que los veremos en el punto siguiente, debemos formular que por las necesidades propias de esta clase de negocios y dependiendo de la envergadura de cada proyecto, se requerirán de la celebración de distintos contratos para llevar adelante el propósito.

Así, se requerirán contratos para los estudios y diseños.

²⁰ *“Art. 478.- Parte perjudicada.- El delito tipificado en el artículo anterior podrá ser perseguido por toda persona que se considere perjudicada o por la municipalidad en cuya jurisdicción se hubiere cometido la infracción. Las municipalidades comprendidas dentro de este artículo se considerarán como parte perjudicada.”*

Para la construcción de la infraestructura básica del proyecto se requerirán contratos para: i. la ejecución de obras hidrosanitarias, para agua potable y alcantarillado; ii. la ejecución de obras civiles, como muros, pavimentación de calzada; iii. tendido de redes de distribución telefónica, redes de distribución eléctrica y alumbrado; iv. para obras completarias y adicionales vinculas con las obras de infraestructura básica del proyecto.

Para la construcción de viviendas o de un edificio, se requiere satisfacer contratos para la obra bruta, acabados, ventanas y puertas, ascensor, etc.

En otras ocasiones se requerirá un contrato de fiscalización.

Es preciso enunciar esta serie de necesidades contractuales para dimensionar los requerimientos que pueden existir en un emprendimiento inmobiliario.

3.3 Referencia de las principales maneras contractuales de llevar adelante los proyectos inmobiliarios.

Siguiendo a María T. Acquarone podemos decir que *“cuando en la construcción de un edificio intervienen inversores que no desean asociarse, se establecen las relaciones contractuales que les permiten la realización de una obra mediante los contratos interconectados que tienen esa finalidad común”*²¹; esto es, sin llegar a asociarse, las partes interesadas buscarán llevar adelante su negocio a través de distintas formas, éstas con tantos matices conforme las necesidades y la iniciativa lo permita.

Sin embargo, existen otros casos en los cuales las personas buscan integrar sus esfuerzos para realizar la inversión y llevar adelante el emprendimiento inmobiliario.

María T. Acquarone señala en este caso que *“se pueden presentar muchas variantes para la asociación de inversores, cuya estructuración también va a depender de la finalidad que tengan en la construcción del edificio. Podemos distinguir entre los inversores que quieren construir un edificio para habitar en él o aquellos que, en cambio, quieren reunirse para realizar un negocio inmobiliario y obtener una ganancia de su inversión. Condominio, estructuras societarias, la elección del tipo societario va a depender del grado de complejidad de la relación entre los inversores que seguramente va a ser más prolongado en el tiempo”*²².

En este contexto, los emprendimientos inmobiliarios pueden desarrollarse bajo distintas modalidades, tratamos de referirnos a algunas de las principales, a continuación.

²¹ Acquarone, María T.: Ob. cit., pp. 159.

²² Acquarone, María T.: Ob. cit., pp. 159.

3.3.1 Unipersonal.

La forma más simple de llevar adelante un emprendimiento inmobiliario es aquella en la que el promotor no necesita juntar esfuerzo con ninguna otra persona y en él se concentran todas las facultades del emprendimiento. Este escenario implica suponer que el promotor tiene toda la capacidad para llevar solo el proyecto, contando con un terreno de su propiedad, el financiamiento, y la posibilidad de contratar la construcción.

Este esquema no trae mayor complejidad, la cual surgirá cuando una sola persona no tiene toda la capacidad para llevar adelante el proyecto, como por ejemplo cuando busca llegar a un acuerdo con el propietario del terreno para canjear el mismo con producto del proyecto. O, figuras más complejas que requieren de contratos más complejos.

3.3.2 Canje.

El denominado “canje” es una forma que se aplica en la práctica cuando el promotor del proyecto pretende de alguna forma adquirir el terreno en el que se desarrollará y “cancelarlo” con unidades habitacionales, oficinas, etc. que resulten de llevar adelante el emprendimiento.

Este esquema generalmente funciona en base de un contrato de compraventa y una promesa de compraventa.

Por la compraventa el vendedor (sujeto A) que es el propietario del inmueble con el cual se llevará adelante el emprendimiento, da en venta y perpetua enajenación con transferencia de dominio y posesión a favor del promotor (sujeto B), quien a su vez cancela el precio pactado, total o parcialmente, por compensación con el precio que a su vez el vendedor (sujeto A), se obliga a pagar al promotor (sujeto B) por la compra de unidades habitacionales, oficinas o locales comerciales que resulten del ejecutar el proyecto, obligación que adquieren a su vez en una promesa de compraventa que las partes celebran en la misma de la compraventa.

Esto es, en la promesa de compraventa el vendedor (sujeto A) pasa a ser promitente comprador de bienes ya individualizados que resulten del emprendimiento, y, el promotor que es el comprador de la compraventa (sujeto B) pasa a ser promitente vendedor en la promesa de compraventa.

El precio pactado en la promesa de compraventa es ofrecido pagar por el promitente comprador compensando, total o parcialmente, con el precio de la venta del inmueble sobre el que se desarrolla el proyecto.

En la promesa de compraventa, a más de pactar el plazo para la celebración del contrato de compraventa, se puede estipular una cláusula penal o generar una garantía de fiel

cumplimiento, incondicional, irrevocable y de cobro inmediato, que garantice la construcción y entrega de las soluciones habitacionales ofrecidas vender.

3.3.3 Por sociedad o compañía.

Una forma más desarrollada es la de llevar el emprendimiento por medio de una compañía o sociedad, esta forma puede aplicarse cuando existen dos o más personas que se asocian para llevar adelante el emprendimiento y cuando tienen el ánimo de lograr una utilidad o beneficio económico con el emprendimiento.

Pueden existir un sin número de variantes, como la que uno de los socios de la compañía sea el dueño del terreno y lo va a portar como capital a la compañía, o que se junten capitales y como resultado de esta operación se adquiera el terreno; entre otras.

Sin importar el esquema en el que se aplique el contrato de sociedad, esta es una forma más segura para llevar el emprendimiento, ya sea que se constituya la sociedad para una obra determinada y luego se la liquide, o, si se pretende que sean varios y sucesivos los emprendimientos. Es una forma segura por cuanto la relación de los socios estará regulada en primer orden por el contrato social y luego por las disposiciones de la Ley.

Otra razón a favor de la sociedad es que como persona jurídica su actividad está mejor regulada y controlada por el Estado a través de la Superintendencia de Compañías, Servicio de Rentas Internas, etc.; lo cual, sin duda generará más confianza en proveedores y personas a las que se oferten las unidades que resulten del emprendimiento.

Al revestir un esquema importante de estructurar relaciones y a fin de encontrar diferencias con el esquema fiduciario, es preciso que examinemos la naturaleza, características y especies de sociedad.

3.3.3.1 Noción general.

La sociedad es un contrato y como en todo contrato las partes para su perfeccionamiento deben cumplir con todos los requisitos necesarios que para el efecto exige la ley.

De igual manera, las partes al igual que en otros contratos se obligan entre ellas a dar, hacer o no hacer alguna cosa, como ejemplo de obligación de dar tenemos la establecida para los socios de pagar el capital suscrito, que puede hacérselo en especie (por ejemplo, el terreno sobre el cual se ejecutaría un proyecto inmobiliario), y como obligación de hacer tenemos la del socio en la compañía de responsabilidad limitada de obtener el consentimiento unánime del capital social para poder transferir por acto entre vivos, en beneficio de otro u otros socios de la compañía o de terceros, sus participaciones.

En términos generales, son elementos esenciales del contrato de sociedad:

- a)** La asociación de personas –con la capacidad requerida para cada tipo de sociedad - en el número mínimo establecido en la ley;
- b)** El aporte, pues no hay sociedad si alguno de los socios no pone algo en común;
- c)** El fin de lucro, pues es necesario la intención de los socios de repartirse las ganancias o los beneficios, y,
- d)** La tipicidad, pues es la ley la que señala los tipos de sociedades.

Como uno de los efectos del contrato de sociedad es el nacimiento de una persona jurídica, la cual, por su personalidad tiene los siguientes atributos:

- a)** Tener un nombre que pueda distinguirse de otros;
- b)** Tener un único domicilio principal dentro del territorio nacional (puede existir sucursales);
- c)** Tener un patrimonio con el cual pueda cumplir con su objeto; y,
- d)** Tener un representante legal a través de la cual pueda actuar, pues como sabemos las sociedades al ser entes ficticios son incapaces relativos.

El Art. 1963 del Código Civil señala que las sociedades pueden ser civiles o comerciales; siendo comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio ; lo que se ha discutido largamente es si la lista de actos de comercio contenida en el Art. 3 del Código del Comercio es taxativa o ejemplificativa (en ellas no está la construcción de inmuebles o su venta), siendo la opinión predominante que hoy, por el avance de la sociedad y el comercio, la lista debe cumplir solamente fines ejemplificativos, pues en ella no se encuentran considerados actos que indudablemente en la actualidad son considerados de comercio .

Por otro lado tenemos la Ley de Compañías que regula las sociedades o compañías mercantiles.

Consiguientemente, resulta que en Ecuador tenemos disposiciones del Código Civil que regulan el contrato de sociedad y entre ellas las sociedades llamadas comerciales, y además, contamos con las disposiciones de la Ley de Compañías que regulan esas mismas sociedades comerciales; situación que se origina porque nuestra Ley de Compañías es posterior a las disposiciones del Código Civil, las cuales en este aspecto –relacionadas con las sociedades comerciales- han perdido vigencia debido a la especialidad con la que tratan el tema las normas de la Ley de Compañías.

Como lo señalamos, las sociedades en nuestra legislación pueden ser en civiles y comerciales o mercantiles, las que se diferencian en razón de la actividad que realizarán,

así son comerciales las que se forman para negocios que la ley califica de actos de comercio, todas las demás son civiles.

El Código Civil, en el Art. 1965, establece que la sociedad siendo civil o comercial, puede ser de los siguientes tipos:

- Colectiva (*).- En la que todos los socios administran por sí mismos o por un mandatario elegido de común acuerdo;
- Comandita (*).- En la que uno o más de los socios se obligan solamente hasta el valor de sus aportes; y,
- Anónima (*).- En la que en el fondo social es administrada por accionistas que sólo son responsables por el valor de sus acciones.

En tanto que la Ley de Compañías establece que son sociedades mercantiles, las siguientes:

- Compañía en nombre colectivo (*);
- Compañía en comandita simple y dividida en acciones (*);
- Compañía de responsabilidad limitada;
- Compañía anónima (*); y,
- Compañía de economía mixta.

En consecuencia, considerando las normas del Código Civil y las de la Ley de Compañías, la mercantilidad de la compañía estará dada por la forma de la sociedad o por la propia mercantilidad de la operación.

Ante la doble regulación existente en nuestra legislación y por la especialidad de la ley que las regula, en la práctica se ha optado por preferir mayoritariamente a las compañías reguladas en la Ley de Compañías, no obstante, no existe impedimento para en algún momento se pueda optar por una compañía civil.

Al ser las compañías mercantiles (reguladas en la Ley de Compañías) las más utilizadas, y de ellas, la sociedad anónima y la responsabilidad limitada las más utilizadas, obviamente por la limitación de la responsabilidad que ofrecen es preciso que hagamos referencia a las mismas.

3.3.3.2 La sociedad mercantil.

a) Noción.

El Art. 1 de la Ley de Compañías dice:

“Art. 1.- Contrato de compañía es aquél por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades.

Este contrato se rige por las disposiciones de esta ley, por las del Código de Comercio, por los convenios de las partes y por las disposiciones del Código Civil”

Tomando las palabras del Dr. César Dávila Torres podemos decir que *“contrato de sociedad o compañía es aquel en el cual las partes expresan la voluntad de constituir una persona jurídica, a cuyo favor, afectando parcialmente sus patrimonios individuales, realizan aportes que integran el capital social”*²³, con la finalidad de, realizando la actividad acordada –objeto social-, conseguir un beneficio o utilidad que deberá ser repartida entre los socios.

En consecuencia, la compañía o sociedad mercantil como contrato es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, *“para emprender en operaciones mercantiles”*, introduciendo así el legislador, el carácter de la mercantilidad de las operaciones o de los actos que emprenda la compañía y de ésta manera guardando relación con lo dispuesto en las normas del Código Civil, para terminar señalando uno de los requisitos característicos de las sociedades mercantiles: el ánimo de los socios de participar de sus utilidades, el lucro.

Ahora bien, la actividad inmobiliaria en ninguna de sus fases se refleja en la lista de actos de comercio establecida en el Art. 3 del Código de Comercio, sin embargo no podemos dudar que todo emprendimiento y, por ende, la comercialización de las unidades (habitationales, lotes, locales comerciales, oficinas, etc.) que pueden resultar del mismo, entraña el ánimo de generar un lucro, beneficios que se repartirán entre los participantes del negocio.

Estableciendo, nuestra legislación, que como efecto del contrato de sociedad nace una persona jurídica –persona distinta a la de los socios-, con lo cual concibe a la sociedad como un ente independiente; se busca generar una organización personificada, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, con patrimonio propio capaz de responder y manifestarse frente a terceros.

La sociedad mercantil es un contrato plurilateral, en que las partes teniendo intereses contrapuestos pretenden un fin común. El perfeccionamiento de éste tipo de contrato es distinto a los de los contratos bilaterales, y constituye una manera especial en cuanto permite vencer los vicios del consentimiento y defectos de la capacidad de una de las partes.

Como características de las sociedades mercantiles podemos señalar:

²³ Dávila Torres, César: Derecho Societario, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1999, Volumen 1, pp. 10.

- Se constituyen entre dos o más personas; en nuestra legislación no se contempla la posibilidad de constituir sociedades unipersonales, pero si "*empresas unipersonales de responsabilidad limitada*".
- El acto de fundación de las compañías tiene naturaleza contractual y de él nacen derechos y obligaciones para las partes, pero no con la misma naturaleza de los contratos sinalagmáticos.
- Las partes se obligan a poner parte de sus bienes con la finalidad de obtener ganancias.
- La sociedad –persona jurídica- resulta ser el acreedor de las aportaciones suscritas y no pagadas por el socio.
- La existencia de vicios en el consentimiento en el contrato de sociedad sólo afecta al vínculo de ese socio cuyo consentimiento este viciado y no a los demás socios.
- La mora de uno de los socios para con la sociedad, no faculta a los demás socios a incumplir lo pactado.
- A las compañías se les aplica el régimen del empresario, teniendo que cumplir con ciertas formalidades como la de llevar la contabilidad.

b) Requisitos.

Como se ha señalado las partes para constituir una sociedad mercantil deben cumplir con todos los requisitos necesarios, siendo éstos:

- *Capacidad legal.*- Es decir, contar con la aptitud que asigna la ley a las personas para hacerlas titulares de la facultad de adquirir derechos y obligaciones; no debemos confundir con la capacidad adquisitiva o de goce, que es connatural a toda persona. En general toda persona es capaz, excepto las que la misma ley declara incapaces.

Así, pueden celebrar el contrato de sociedad las personas con plena capacidad civil, tanto por su propios derechos como en representación de otros, bien siendo estos capaces o bien incapaces absolutos o relativos, con las excepciones establecidas en la misma ley, como por ejemplo para ser socio de una compañía en nombre colectivo o en una comandita, es necesario ejercer el comercio, o para el caso de la compañía limitada no se debe estar inmerso en una de las causales de prohibición señaladas en el Art. 7 del Código de Comercio, u otras incapacidades particulares establecidas en la ley, como por ejemplo celebrar el contrato de sociedad entre padres e hijos no emancipados ni entre cónyuges.

- *Consentimiento libre de vicios.*- El consentimiento como manifestación de la voluntad, debe ser prestado por la persona natural con capacidad suficiente o por personas jurídicas conforme su normativa, sin que existan hechos que produzcan o induzcan a error, o fuerza que coarten la libertad de una de las partes, o la intención de irrogar daño o perjuicio en la

persona o en el patrimonio de un tercero. El consentimiento versará sobre el objeto y la causa del contrato.

- *Objeto lícito.*- Por un lado se refiere a la aportación a las que se obligan los socios a aportar a la sociedad, que tiene valor económico y que puede ser bienes, trabajo (industria) o derechos. Sin que se deba confundir el objeto del contrato con el objeto social.

Debemos recordar que existe objeto ilícito en todo aquello que contraviene el derecho público ecuatoriano.

- *Causa lícita.*- La causa de acuerdo a nuestro Código Civil es “el motivo que induce al acto o contrato”, en el caso de nuestra legislación entenderemos como la causa final, esto es, la fuerza determinante que nos induce a celebrar el contrato, que en el caso del contrato de sociedad es el deseo o la intención de obtener ganancias, un lucro, a través de la realización de las operaciones sociales pactadas.

- *Formalidades o los elementos esenciales específicos del contrato.*- Entendemos por formalidad la manifestación de voluntad que se halla supeditada a formas solemnes preestablecidas en la ley, existiendo formalidades ad solemnitatem y ad probationem, cuyos efectos son:

- i. La formalidad como validez del acto o contrato, cuya falta produce la nulidad, por ejemplo la debida autorización del órgano de control para constituir la compañía;
- ii. La formalidad como condición de la existencia del acto o contrato, cuya falta produce la inexistencia, por ejemplo cuando no se inscribe el contrato en el Registro Mercantil; y,
- iii. La formalidad como prueba de los actos y contratos, por ejemplo la elevación del contrato a escritura pública.

Así, para cada tipo de compañía habrá que cumplir con formalidades específicas establecidas en la ley; para el caso de una compañía que se dedique a la construcción o una inmobiliaria no existen requisitos especiales a cumplir más allá de los generales.

c) Efectos.

Al habernos referido al principal efecto del contrato de sociedad mercantil: la creación de una persona jurídica, debemos señalar otros de los efectos, las obligaciones y derechos que nacen entre los socios entre sí y de éstos para con la sociedad, y de ésta para con ellos.

Iniciemos determinando el derecho de los socios a la igualdad de trato, es decir, los socios deben ser iguales ante la sociedad; y, de alguna manera compensando éste derecho de los socios tenemos un deber de fidelidad de éstos para con la sociedad.

Sin embargo, el deber principal del socio para con la compañía es el de cumplir con su aportación, y como contrapartida tenemos el derecho del socio a percibir su dividendo o el beneficio cuando se obtenga.

Así también el socio tiene derecho a participar en la sociedad, a ser debidamente informado, a conocer las cuentas anuales, a ejercer el voto.

d) Los actos societarios.

Actos societarios se consideran aquellos realizados por las compañías mientras están en formación, por ejemplo los considerados en los artículos 11, 30, 146 y 204 de la Ley de Compañías.

Además los que pueden realizar las compañías una vez constituidas, dividiéndolos en los que pueden realizar libremente como el establecimiento de sucursales, el aumento de capital, la transformación de la compañía y la escisión; y, los que se someten a oposición (Art. 33, inciso final) como son: el cambio de nombre, el cambio de domicilio, la disminución de capital, la disolución anticipada y la convalidación.

e) El organismo de control.

La Superintendencia de Compañías ejerce la vigilancia de las compañías determinadas en la Ley, para ello puede ejercer control total cuando se interviene a la compañía, y ejerce control parcial cuando se concreta a la aprobación o negación que la Superintendencia de Compañías debe dar: a la constitución de las sociedades; a cualesquiera de los actos societarios mencionados en el Art. 33 de la Ley de Compañías; a la declaración de inactividad, de disolución y de liquidación y a todo lo relacionado con dichos procesos.

Es necesario señalar que como la sociedad no está obligada a proporcionar información a terceros, éstos pueden concurrir a la Superintendencia de Compañías para conseguir información de una determinada sociedad, la que puede proporcionar respecto a los siguientes aspectos: la notaría y la fecha en que se otorgaron las escrituras públicas de constitución o de otro acto societario; informar sobre el contenido del objeto de la compañía; estructura administrativa y las normas de la representación legal; sobre la nómina de socios o accionistas que han intervenido en la constitución; y, sobre cualquier información que no tenga el carácter de reservada.

f) Sociedades personalistas y sociedades capitalistas.

En este punto es preciso hacer relación a las sociedades de personas y a las sociedades de capital.

Sociedades Personalistas: Se las llama así porque en su naturaleza y en su funcionamiento predomina el elemento personal, o la consideración a las personas que la conforman sobre

el capital. En éste tipo de compañías los socios responden personalmente por las deudas de la sociedad, pues su responsabilidad suele ser solidaria, subsidiaria e ilimitadamente.

Otra característica de éste tipo de sociedad es el factor confianza mutua entre los socios, lo cual condiciona la estructura de la compañía pues la configura de manera que resulta cerrada y no permite el libre ingreso de socios ni capital; tanto predomina el elemento personal que en el nombre de la compañía se vea reflejado –o contenga- el nombre de los socios.

Sociedades de Capital: A diferencia de la anterior lo que importa o predomina es el capital y en menor medida el elemento personal y, no hay componente de confianza, son sociedades mucho más abiertas en las que la transmisión de la participación social es mucho más fácil. Es el capital social el que responde frente a terceros acreedores.

En la práctica, quienes emprenden y buscan invertir, por seguridad procuran separar su patrimonio del patrimonio de la empresa por la cual desarrollan la actividad, así es por ello que buscan limitar su responsabilidad y no responder personalmente por las deudas de la sociedad, por tal razón las compañías anónima y la de responsabilidad limitada son las compañías que más se prefieren por brindar la ventaja de limitar la responsabilidad de sus socios o accionistas hasta el monto de sus aportes.

3.3.3.3 Referencia a la Compañía Limitada.

Noción general.- Conforme se establece en la Doctrina Societaria No. 54 de la Superintendencia de Compañías, la compañía de responsabilidad limitada se creó con el advenimiento de la Ley de Compañías en el año de 1964, que en un inicio para su creación no necesitaba de la aprobación de la Superintendencia de Compañías – sino eran los jueces de Comercio y luego los jueces provinciales quienes la aprobaban- sino hasta que así lo exigió el decreto supremo 199 del 8 de febrero de 1971.

Desde su origen, se consideró a éste tipo de compañía como conveniente para empresas con un número pequeño de socios o de corte familiar.

El Art. 92 de la Ley de Compañías define éste tipo de sociedad señalando:

“Art. 92.- La compañía de responsabilidad limitada es la que se contrae entre tres o más personas, que solamente responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales y hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, a la que se añadirá, en todo caso, las palabras “Compañía Limitada” o su correspondiente abreviatura.”

Consecuentemente, nuestra ley establece un número mínimo de socios, que responden por las obligaciones sociales hasta el monto de sus aportaciones individuales -por ello se había

propuesto que debería llamarse “sociedad de riesgo limitado” - y hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva.

Nuestra legislación establece que cualquiera que sea el objeto social de la compañía ésta siempre será mercantil, sin que por ello los socios adquieran la calidad de comerciantes.

Por la limitación de la responsabilidad de los socios, algunos consideran éste tipo de compañía como una manifestación del tipo de sociedad capitalista; otros señalan que es un híbrido entre capitalista y personalista, considerándola de naturaleza mixta. De las sociedades personalistas toma su carácter cerrado debido a la base de confianza que debe existir entre los socios, por ello está diseñada para que no haya mucha movilidad de socios.

Características.- Entre las principales características de éste tipo de compañía podemos señalar las siguientes:

- A nuestro parecer –recalcamos- comparte características tanto de una sociedad de capital como de una personalista; por ejemplo, como característica de una sociedad de capital tiene la limitación de la responsabilidad de los socios hasta el monto de sus aportaciones, como característica de una sociedad personalista tiene que para la transferencia de las participaciones un socio necesita el consentimiento unánime de los otros.
- Los socios hacen el comercio bajo una razón social o denominación objetiva, que deben ser aprobadas por la Superintendencia de Compañías.
- De conformidad con el Art. 102 y Art. 113 de la Ley de Compañías, el capital está dividido en participaciones sociales que no son libremente transferibles.
- Se limita la responsabilidad de los socios hasta el monto de sus aportaciones individuales; así, en lo que respecta a las deudas de la sociedad responde por ellas la sociedad y no sus socios, así lo dispone el inciso final del el Art. 115 de la L. de Compañías.
- Esta compañía siempre tendrá el carácter de mercantil, aunque su objeto tenga finalidad la realización de actos civiles, así lo establece el Art. 94 de la Ley de Compañías.
- El máximo órgano de gobierno de la compañía es la Junta General de socios.
- Ni la constitución de la compañía ni el aumento de capital, puede realizarse por la suscripción pública de participaciones.
- El capital mínimo actual exigido es de \$400,00.

Objeto Social.- Sobre actividades que puede desarrollar esta compañía, es decir, en cuanto su objeto social, debemos revisar lo dispuesto en el Art. 94 de la Ley de Compañías que establece que éste tipo de sociedad “*podrá tener como finalidad la realización de toda*

clase de actos civiles o de comercio y operaciones mercantiles permitidos por la Ley, excepción hecha de operaciones de banco, seguros, capitalización y ahorro”.

Este tipo de compañía, al igual que las otras mercantiles, se forman para realizar aquellos actos de comercio enumerados en el Art. 3 del Código de Comercio, sin embargo, la compañía limitada es una excepción por disposición de la ley, pues su objeto se amplía a la realización de actos de carácter civil²⁴. Lo cual es importante observar, considerando que ninguna de las fases de la actividad inmobiliaria figura en principio como una actividad mercantil, por lo que obviamente este tipo de compañía bien puede servir de vehículo para un emprendimiento inmobiliario.

El Art. 3 de la Ley de Compañías determina que se prohíbe la formación y funcionamiento de compañías contrarias al orden público, a las leyes mercantiles y a las buenas costumbres, lo cual lógicamente se refiere al objeto social de la compañía; además se prohíben las que no tengan un objeto real y de lícita negociación y de las que tienden al monopolio de las subsistencias o de algún ramo de cualquier industria, mediante prácticas comerciales orientadas a esa finalidad.

Socios.- Por socio se entiende aquel que formando parte de la sociedad aporta a la misma bienes con la intención de obtener una ganancia y responder por las pérdidas –en el caso de la compañía limitada- hasta el monto de su aporte.

Los socios por su condición asumen derechos y obligaciones para con la compañía.

Como regla general, para poder ser socio de una compañía limitada se exige capacidad civil para contratar; para entender éste tipo de capacidad debemos remitirnos al Código Civil y analizar las regulaciones relacionadas a las incapacidades absoluta, relativa y las especiales que son prohibiciones a ciertas personas para la realización de ciertos actos.

Algunos incapaces relativos pueden constituir éste tipo de sociedades, como las personas jurídicas con las excepciones establecidas en el Art. 100 de la Ley de Compañías, estos son los bancos, compañías de seguros, capitalización y ahorro y de las compañías anónimas extranjeras. Pueden también ser socios de esta clase de compañías los menores emancipados.

Por otro lado existen algunas otras reglas que limitan la facultad de las personas para constituir éste tipo de compañías, así tienen prohibición para integrarlas:

i. No pueden constituir ésta compañía los cónyuges entre sí (Art. 99 LC), pero de conformidad con lo establecido en la Doctrina Jurídico Societaria 12 emitida por la Superintendencia de Compañías, si bien los cónyuges no pueden comparecer por sus

²⁴ Cevallos Vásquez, Víctor: “Compendio de derecho Societario Ecuatoriano”. Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, Quito, 1992, pag. 97.

propios derechos a la constitución de la compañía si pueden luego resultar socios de una ya constituida.

ii. No pueden constituirlos entre padres e hijos menores de edad no emancipados (Art. 99 LC).

iii. Las personas señaladas en el Art. 7 del C. de Comercio, también están impedidos de constituir estas sociedades, estos son: Las corporaciones eclesiásticas, los religiosos y los clérigos; los quebrados no rehabilitados; y, los funcionarios públicos a los está prohibido ejercer el comercio y, que conforme el Código Penal es sancionado su ejercicio.

La ley establece que el número mínimo de socios para la constitución de ésta compañía es de dos y el número máximo es de quince, y en el caso de llegar a exceder el número de socios la compañía tiene que disolverse o transformarse en otro tipo de compañía, o disminuir su número de socios.

Así lo disponen los siguientes artículos de la Ley de Compañías:

“Art. 95.- La compañía de responsabilidad limitada no podrá funcionar como tal si sus socios exceden del número de quince, si excediere de este máximo, deberá transformarse en otra clase de compañía o disolverse”.

“Art. 365.- La compañía de responsabilidad limitada se disuelve también si el número de socios excediere de quince y transcurrido el plazo de tres meses no se hubiere transformado en otra especie de compañía, o no se hubiere reducido su número a quince o menos”.

La limitación en el número máximo de socios refleja el carácter de personalista de la compañía; por ende, esta estructura societaria no sería la adecuada si se pretende por ejemplo emprender en un proyecto inmobiliario en el cual se busque juntar a muchos socios, por lo menos más de quince, con el objeto de concretar el proyecto, de ser así se deberá buscar otra forma asociativa.

Capital.- El término capital²⁵ debemos entenderlo en su propio significado económico, esto es, *“como el conjunto de bienes que producen o pueden producir un lucro”*²⁶ y que han sido

²⁵ Una de las acepciones de capital recogidas en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, dice: *“Factor de producción constituido por inmuebles, maquinaria o instalaciones de cualquier género, que, en colaboración de otros factores, principalmente el trabajo se destina a la producción de bienes”*, concepto que para que nos sirva para nuestro estudio, podríamos agregar que el capital puede estar constituido también por dinero, y que no se destina solamente para la producción de bienes sino también para servicios.

²⁶ Hanna Musse, Alfredo: *“Lecturas de Derecho Económico”*, Volumen Tercero, Ediciones del Banco Central del Ecuador, 1990. pag, 199.

aportados a la compañía con la finalidad de producir los beneficios que luego serán distribuidos entre los socios.

Así, el capital es el resultado de la aportación de los diferentes socios, cuya obligación nace de la suscripción realizada en el contrato, y se fracciona en cuotas sociales, que en la compañía limitada, reciben el nombre de participaciones.

En relación a la naturaleza de la *suscripción de capital*, es necesario mencionar que según nuestra legislación, la suscripción constituye un contrato por el cual el socio se compromete para con la compañía a pagar un aporte, con lo cual estamos frente a una prestación de dar –pagar determinada cantidad de dinero o entregar un bien-; éste contrato de suscripción no es entre el socio suscriptor y los otros socios, sino entre el socio y la compañía, que al estar en proceso de constitución no es aún persona jurídica y por lo tanto intervienen por ella los otros socios. Así, la suscripción constituye una obligación de dar, lo cual comporta una sola de los tres tipos de prestaciones que contempla el artículo 1454²⁷ del Código Civil, excluyendo la Ley de Compañías la posibilidad de realizar aportaciones que impliquen hacer o no hacer una cosa²⁸; nótese por lo tanto que en este tipo de sociedad un socio no podría aportar su trabajo, o como suele suceder en el caso del emprendimiento inmobiliario, alguien se compromete a hacer un estudio, dirigir la obra, etc., esto no puede ser “aportado” al capital social.

Así, los principios que rigen el capital son el de determinación (valor determinado en el estatuto de la sociedad), el de capital mínimo (Superintendente de Compañías tiene la facultad de determinar el capital mínimo para la constitución de compañías), el de suscripción íntegra y pago mínimo (al momento de constituir la compañía el capital debe estar íntegramente suscrito y pagado por lo menos una parte del mismo, que en nuestra legislación es del cincuenta por ciento de cada participación)²⁹.

²⁷ “Art. 1481.- Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...”

²⁸ Hanna Musse, Alfredo. “Lecturas de Derecho Económico”, Volumen Tercero, Ediciones del Banco Central del Ecuador, 1990. pag, 200, 201 y 202.

²⁹ Los principios enunciados están recogidos en el Art. 102 de la Ley de Compañías, que establece:

“Art. 102.- El capital de la compañía estará formado por las aportaciones de los socios y no será inferior al monto fijado por el Superintendente de Compañías. Estará dividido en participaciones expresadas en la forma que señale el Superintendente de Compañías.

Al constituirse la compañía, el capital estará íntegramente suscrito, y pagado por lo menos en el cincuenta por ciento de cada participación. Las aportaciones pueden ser en numerario o en especie y, en este último caso, consistir en bienes muebles o inmuebles que correspondan a la actividad de la compañía. El saldo del capital deberá integrarse en un plazo no mayor de doce meses, a contarse desde la fecha de constitución de la compañía.”

La Ley prevé que las aportaciones de los socios pueden ser:

- *En numerario.*- se entiende por tal dinero en efectivo, y como tal no solamente el papel moneda sino, los cheques – aún no certificados- en cuanto constituye una orden incondicional de pago.

- *En especie.*- en éste caso consistir en bienes muebles o inmuebles que correspondan a la actividad de la compañía, debiendo éstos ser susceptibles de enajenación y con la aportación se pueda cumplir con los requisitos de legitimidad en el dominio. Estableciendo el Art. 10 de la Ley de Compañías que las aportaciones de bienes se entenderán traslativas de dominio y que el riesgo de la cosa será de cargo de la compañía desde la fecha en que se le haga la entrega respectiva.

Cuando la aportación es en especie, como el terreno sobre el cual se ejecutaría el proyecto inmobiliario, es necesario observar lo dispuesto en el Art. 104 de la Ley de Compañías, que determina que *“en la escritura respectiva se hará constar el bien en que consista, su valor, la transferencia de dominio en favor de la compañía y las participaciones que correspondan a los socios a cambio de las especies aportadas”*; para ello, debe ser avaluado por los socios o por peritos por ellos designados y el avalúo incorporado al contrato -pudiendo el Superintendente de Compañías verificar los avalúos mediante peritos-, siendo los socios solidariamente responsables, frente a la compañía y con respecto a terceros, por el valor asignado a las especies aportadas.

Cuando el aporte es de bienes inmuebles –de conformidad con el art. 10- es necesario, para la transferencia, realizar la inscripción en el Registro de la Propiedad de manera previa a la inscripción de la escritura de constitución o de aumento de capital en el Registro Mercantil, y cuando si no llegare a realizarse la inscripción en el Registro Mercantil, en el plazo de noventa días contados desde la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad, esta quedará sin efecto, anotándolo así el Registrador de la Propiedad previa orden del Superintendente de Compañías.

Cuando se aporte bienes hipotecados, el socio sólo recibirá participaciones solamente por la diferencia entre el valor del bien aportado y el monto al que ascienda la obligación hipotecaria; no se puede aportar a la constitución o al aumento de capital de una compañía, bienes gravados con hipoteca abierta, salvo que ésta se limite exclusivamente a las obligaciones ya establecidas y por pagarse, a la fecha del aporte. Los créditos solo podrán aportarse si se cubriera, en numerario o en bienes, el porcentaje mínimo que debe pagarse para la constitución de la compañía según su especie, quedando solidariamente responsable con el deudor por la existencia, legitimidad y pago del crédito.

De conformidad con el Art. 108 de la Ley de Compañías, en éste tipo de sociedad no se admiten prestaciones accesorias ni aportaciones suplementarias, sino en el caso y en la proporción que lo establezca el contrato social, con la limitación establecida en el Art. 117, en cuanto no permite pactar prestaciones accesorias consistentes en trabajo o en servicios personales de los socios.

Respondiendo al carácter personal, en este tipo de compañía la integración del capital o su aumento no puede realizarse mediante suscripción pública.

3.3.3.4 Referencia a la Sociedad Anónima.

Noción General.- El Art. 143 de la Ley de Compañías señala:

“Art. 143.- La compañía anónima es una sociedad cuyo capital, dividido en acciones negociables, está formado por la aportación de los accionistas que responden únicamente por el monto de sus acciones. Las sociedades o compañías civiles anónimas están sujetas a todas las reglas de las sociedades o compañías mercantiles anónimas.”

De éste precepto se desprende que la compañía anónima es una sociedad, lo cual supone como se ha dicho una pluralidad de personas con el ánimo de asociarse mediante la unión de capitales destinados a emprender ciertas operaciones que generen un beneficio - utilidades- que deben ser repartidos a los accionistas.

El capital está dividido en acciones y está formado por las aportaciones de los accionistas.

Los accionistas, por las obligaciones sociales, responden únicamente por el monto de sus acciones, es decir, tienen responsabilidad limitada.

Características.- La compañía anónima o sociedad anónima es una sociedad propiamente capitalista, cuyas principales características son:

- Su actividad la realiza basada en el capital, más no es un contrato que se celebre en función o en consideración a la calidad de las personas. Por ello, en este tipo de compañía la propiedad (de los accionistas) esta confiada a terceros que los administran (administradores de la sociedad), sin que los accionistas puedan interferir en la administración, y ejercen el control directo en la junta de accionistas o a través de los comisarios que son obligatorios en este tipo societarios.
- Los accionistas tienen responsabilidad limitada frente a las obligaciones sociales; se dice que los anónimos de la sociedad son los accionistas toda vez que es indiferente la responsabilidad de éstos.
- El capital se puede integrar o aumentar mediante la suscripción pública de acciones, por lo cual está diseñada para formar grandes capitales, y por ende grandes emprendimientos.

- El capital está dividido en acciones, las cuales son libremente negociables, esto es, no requiere de la voluntad de los otros accionistas para su transferencia; y,
- La administración está desligada de la titularidad del capital y se administra por mandatarios amovibles, socios o no.

La sociedad anónima, de conformidad con la Ley, puede constituirse de dos maneras, por constitución sucesiva y por constitución simultánea.

La constitución sucesiva se la realiza mediante la suscripción pública de acciones y no nace la sociedad sino después de una serie de negocios jurídicos sucesivamente realizados. A ésta forma también se la llama progresiva o continuada. En esta caso los iniciadores de la compañía que suscriben la escritura de promoción, son llamados “promotores”.

La constitución simultánea es la más usual en la practica y consiste en que la sociedad se crea en virtud de las declaraciones de voluntad que simultáneamente emiten quienes comparecen, es decir, en un solo acto.

Accionistas.- El Art. 145 de la Ley de Compañías determina que para intervenir en la formación de una compañía anónima en calidad de promotor o fundador se requiere de capacidad civil para contratar, no pudiendo hacerlo entre cónyuges ni entre padres e hijos no emancipados. Como se advierte, existen menos restricciones que en la compañía limitada.

En esta sociedad cuando participen instituciones de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública podrán constituirse con uno o más accionistas.

Capital.- En cuanto al capital las reglas que rigen este tipo de sociedad son similares a las de la compañía limitada, por lo que nos referiremos en esta parte a aquello que les diferencia.

La compañía anónima puede establecerse con el capital determinado en la escritura de constitución, pudiendo aceptar suscripciones y emitir acciones hasta el monto de ese capital. El capital suscrito y pagado mínimos son establecidos por la resolución de carácter general que expide la Superintendencia de Compañías, siendo hoy el capital suscrito mínimo ochocientos dólares de los Estados Unidos de América.

En este tipo de compañía, a más del capital suscrito y pagado, se permite pactar un capital autorizado que “es el monto que ha de fijarse en el contrato de constitución o en una reforma a éste, hasta el cual la junta general de la compañía que lo haya establecido puede resolver la suscripción y emisión de acciones, ordinarias o preferidas”³⁰.

³⁰ Art. 2 de la Resolución de la Superintendencia de Compañías No. 6. RO/ 252 de 11 de Agosto de 1999.

El capital suscrito puede ser integrado por dinero o no, si es en especie consistir en bienes muebles o inmuebles, siempre que correspondan al género de comercio de la compañía, para ello se hará constar en la escritura el bien en que consista la aportación, su valor y la transferencia de dominio, es necesario que los bienes aportados sean valuados y los informes incorporados al contrato.

En la constitución sucesiva los avalúos deben ser hechos por peritos designados por los promotores, y en la constitución simultánea, las especies aportadas serán valuadas por los fundadores o por peritos por ellos designados. Los suscriptores del contrato realizarán sus aportes en dinero que es depositado en cuenta especial, a nombre de la compañía en promoción, bajo la designación especial de "Cuenta de Integración de Capital".

El aumento de capital autorizado debe ser resuelto por la junta general de accionistas y, luego de cumplidas las formalidades pertinentes, se inscribirá en el registro mercantil correspondiente, luego los aumentos de capital suscrito y pagado que se realizaren para completar el capital autorizado no causarán impuestos ni derechos de inscripción, ni requerirán ningún tipo de autorización o trámite por parte de la Superintendencia de Compañías.

No se pueden emitir acciones por un precio inferior a su valor nominal ni por un monto que exceda del capital aportado y el contrato de formación de la compañía determinará la forma de emisión y suscripción de las acciones.

La suscripción de acciones se hará constar en boletines extendidos por duplicado, que deben contener lo establecido en el Art. 166 de la Ley de Compañías; los promotores y fundadores, así como los administradores de la compañía, tienen la obligación de canjear al suscriptor el certificado de depósito bancario con un certificado provisional por las cantidades que fueren pagadas a cuenta de las acciones suscritas, certificados o resguardos que podrán amparar una o varias acciones.

De conformidad al Art. 168 de la Ley de Compañías, las acciones serán nominativas y la compañía no puede emitir títulos definitivos de las acciones mientras que éstas no sean totalmente pagadas. Las acciones, cuyo valor ha sido totalmente pagado, se llaman liberadas.

Las acciones deben representar un efectivo aporte patrimonial.

De acuerdo con el Art. 170 de la Ley de Compañías las acciones pueden ser ordinarias o preferidas; las acciones ordinarias confieren todos los derechos fundamentales que en la ley se reconoce a los accionistas, y las acciones preferidas no tendrán derecho a voto, pero confieren derechos especiales en cuanto al pago de dividendos y en la liquidación de la

compañía, el monto de éste tipo de acciones no puede exceder del cincuenta por ciento del capital suscrito de la compañía.

3.3.3.5 Diferencias principales entra la Sociedad Anónima y la Compañía Limitada.

De manera breve podemos señalar, las principales diferencias entre la Sociedad Anónima y la Compañía Limitada.

- La compañía limitada comparte características de una sociedad personalista, en cuanto su estructura es cerrada por cuanto los personas se asocian en función de la calidad de los otros socios, sea en función de la confianza u de otra cualidad; por el contrario, la sociedad anónima, es una sociedad propiamente capitalista, los accionistas se asocian en función del capital, elemento que predomina ante el elemento personal.
- En la compañía limitada el número de socios mínimo para la constitución es de dos y no puede subsistir con más de quince, en tanto que la sociedad anónima se constituye con un mínimo de dos accionistas y no tiene un límite máximo.
- En la compañía limitada como regla general se necesita capacidad civil para contratar, sin embargo existen prohibiciones expresas que impiden que determinadas personas puedan asociarse en éste tipo de compañía, prohibiciones que no rigen para la compañía anónima.
- El capital mínimo de la compañía limitada es de cuatrocientos dólares y se requiere que para la constitución se cancele por lo menos el cincuenta por ciento, en tanto que para la sociedad anónima se requiere un capital mínimo de ochocientos dólares y se debe pagar, al tiempo de constituirse o de aumentar su capital suscrito, un mínimo equivalente al 25% del capital suscrito.
- En la sociedad anónima, al ser una sociedad capitalista y como tal abierta, existe la posibilidad de abrir al público en general el capital, mediante lo que se conoce como oferta pública, para su integración o aumento, lo cual no es posible en la compañía limitada.
- La sociedad anónima puede cotizar en la Bolsa de Valores, es decir sus acciones pueden ser negociadas libremente en éste mercado, en tanto en esto no es posible para la compañía limitada.
- Las acciones son libremente negociables y es prohibido pactar cualquier tipo de cláusula que pueda limitar su circulación, para su transferencia basta la nota de cesión en el mismo título y la inscripción de la misma en el libro de acciones y accionistas; por el contrario, las participaciones de la compañía limitada no son libremente negociables y para su transferencia es necesario el consentimiento de los otros socios, consentimiento que debe ser expresado en un acta que formará parte de la escritura pública de cesión, para luego ser inscrita en el respectivo libro.

- En la compañía limitada el voto se concede al socio en proporción de las participaciones suscritas (sobre el capital social), y en la sociedad anónima el voto se concede en proporción a su valor efectivamente pagado.
- Tanto los socios como lo accionista tienen derecho a ser informados, no obstante en los socios pueden examinar los libros y documentos de la compañía relativos a la administración social, en tanto que los accionistas de las compañías anónimas sólo tendrán derecho a que se les confiera copia certificada de los balances generales, del estado de la cuenta de pérdidas y ganancias, de memorias o informes de los administradores y comisarios, y de las actas de las juntas generales así mismo, podrán solicitar también la lista de accionistas e informes acerca de los asuntos tratados o por tratarse en dichas juntas.
- En la sociedad anónima es una exigencia contar con órganos internos de fiscalización, como son los comisarios; en la compañía de responsabilidad limitada no es obligatorio sino facultativa.
- En la sociedad anónima la convocatoria a la junta general necesariamente debe hacerse por la prensa, pudiendo además hacerla por otros medios; en la compañía de responsabilidad limitada, la ley no obliga a hacer la convocatoria a los socios por la prensa.
- En la sociedad anónima se debe tomar por lo menos el diez por ciento de las utilidades para formar la reserva legal –pudiendo la junta general de accionistas resolver segregar una cantidad mayor-; en la compañía limitada debe segregarse el cinco por ciento de utilidades.
- En la sociedad anónima se permite establecer un capital autorizado, mientras que esto no es posible en la compañía de responsabilidad limitada.

3.3.3.6 Autonomía de la voluntad en el contrato de sociedad.

No pretendo analizar la autonomía de la voluntad en el contrato de sociedad, sino, simplemente hacer notar que en este tipo contractual la voluntad de las partes está reducida y subyugada a lo que la ley determine para cada tipo societario, y a lo que en el estatuto social se pueda pactar sin incurrir en una contravención a la ley; en otras palabras, la autonomía de la voluntad está limitada.

En razón de esta limitación, puede resultar que ciertos acuerdos entre los socios resulten difíciles o imposibles de adoptar.

3.3.4 Sociedad de hecho o consorcio.

La sociedad de hecho, denominada así en la práctica legal u otras veces denominada consorcio, pretende ser un contrato, generalmente celebrado por escrito, por el cual las partes aportan algo y se comprometen mutuamente a fin de cumplir un propósito común.

En este esquema el emprendimiento inmobiliario se puede llevar de varias formas, como cuando los socios se ponen de acuerdo en adquirir el terreno y emprender; algunas de las formas empleadas pueden ser distorsionadas e inseguras, como cuando bajo esta modalidad se acuerda emprender un proyecto manteniendo el terreno en propiedad exclusiva de uno de los socios, lo cual expone al emprendimiento a una serie de riesgos que podrían dificultar su terminación.

Debemos recordar que en la legislación ecuatoriana el contrato de sociedad en un contrato típico o nominado, lo que implica que en la ley hemos de encontrar su regulación, y que la autonomía de la voluntad de los socios debe ajustarse en la medida exigida a lo dispuesto por la norma. La sociedad de hecho si bien tendría efectos jurídicos en lo que fuere legal, no se encuentra regulada en la ley y tendría en cada caso un tratamiento como un contrato atípico.

Es oportuno recordar que de acuerdo a nuestra legislación una persona jurídica tiene existencia legal sólo cuando se han cumplido los presupuestos legales para su reconocimiento, esto es mediante la aprobación de la autoridad competente expresada en un acto administrativo, y cuando se han cumplido requisitos de constitución relativos a formalidades, publicidad, registro, etc.; de ahí que se confiera tal efecto sólo a las “organizaciones” determinadas en la ley.

Con la celebración de un contrato de sociedad de hecho o consorcio no nace una persona jurídica.

Debe, por lo tanto, valorarse el efecto de atribuir el carácter de persona jurídica a una sociedad, considerando en primer orden que el otorgar este carácter a una forma asociativa busca satisfacer la necesidad de facilitar las relaciones jurídicas y simplificar las mismas, por ello, Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muiño señalan de la personalidad que: *“La concebimos como un recurso técnico de la ciencia jurídica, que posibilita que una declaración negocial de una persona o de una pluralidad de personas genere una estructura con fines instrumentales, para lograr una organización funcional que permita generar derechos y contraer imputables a su fondo de afectación, para que de esta forma alcance los fines sociales perseguidos por el ordenamiento jurídico”*³¹.

Como lo hemos anotado al analizar la sociedad o compañía al ser la sociedad una persona jurídica goza de los atributos de la personalidad, con los cuales se manifiesta y exterioriza sus actos, gozando de un nombre que la individualiza (razón social, denominación objetiva), en uso de un domicilio principal dentro del territorio nacional, de un patrimonio que se encuentra destinado exclusivamente al cumplimiento de su objeto social.

³¹ Efraín Hugo Richard y Orlando Manuel Muiño. “Derecho Societario”, 5ª Reimpresión, Editorial Astrea, Argentina, 2004, pag. 42.

Así una sociedad a diferencia de una sociedad de hecho, tiene capacidad tanto en sus relaciones externas como internas, y, actúa en el tráfico como una persona distinta de los socios con sus propios derechos y obligaciones³².

Y, quizá uno de los aspectos más importantes para los fines que estudiamos, es que como atributo de la personalidad la sociedad de derecho -a diferencia de la sociedad de hecho- tendrá un patrimonio regido por el principio de “autonomía patrimonial” o de “división patrimonial”, principio que dota al patrimonio de independencia y autonomía. En consecuencia el patrimonio de la sociedad de derecho es distinto al de los socios, permitiendo dar una garantía de que el mismo está sujeto a cumplir con los fines sociales y no puede estar al servicio o servir para satisfacer obligaciones de un socio o de un grupo de socios.

Esta breve referencia esboza claramente la situación jurídica en la que se encuentra la denominada sociedad de hecho.

3.3.5 Comunidad de Bienes.

Un esquema que ha pretendido aplicarse en el Ecuador es de la comunidad de bienes o también denominado mancomunidad, figura que es aplicada en otros países como en el caso de Chile y Argentina, en éste último el convenio o contrato ha sido llamado como “de construcción por condominio”.

Esta figura se basa en que varias personas compren en conjunto el terreno en donde ejecutarán el proyecto inmobiliario, cumplen con desembolsos de aportes que se autoimponen de acuerdo a las necesidades previamente programadas, y de ser el caso, para financiar el proyecto todos los participantes (comuneros) se obligan ante una institución financiera cuyo crédito es otorgado a todos los comuneros.

La obligación del crédito ante la institución financiera sería asumida por los comuneros de manera personal, solidaria e indivisible, pues la comunidad no constituye una persona jurídica; lo que quiere decir que se puede cobrar cualquiera de las obligaciones a uno de los comuneros, por lo que en el contrato de comunidad se suele pactar que en este caso, el comunero que ha pagado puede repetir el pago contra los demás. En otros casos, las obligaciones que se adquieran con los proveedores no necesariamente serían solidarias, salvo que se pacte expresamente.

Como se podrá advertir, el desarrollo del emprendimiento depende del cumplimiento de las obligaciones de los comuneros, por lo que cuando uno de ellos no paga o no cumple, genera un problema a los demás, y puede suceder que la construcción se detenga.

³² Macías Hurtado, Miguel. “Instituciones del Derecho Mercantil Ecuatoriano”, Biblioteca de derecho Económico, Volumen Segundo, Ediciones del Banco Central del Ecuador, Quito, 1988, pag. 216.

En este esquema existe la concurrencia de varios contratos, el de compraventa del inmueble, el de comunidad, el del crédito, el de hipoteca, y cuantos otros sean necesarios para el desarrollo del proyecto.

Al respecto, María T. Acquarone, señala que:

“Cuando se opta por el condominio, la adquisición del terreno por todos los inversores que se reúnen es paso inicial, ya que mediante ella todos tienen un derecho real primeramente sobre el terreno, y a medida que se vaya edificando, sobre lo construido.

Una vez que se conforma el condominio se deben regular las relaciones entre los condóminos, para poder edificar con las inversiones necesarias y previendo la posterior división del edificio. Este convenio es un convenio asociativo, que no se diferencia en cuanto a las relaciones internas del que realizan los inversores de cualquier sociedad, las mayores diferencias las vamos a encontrar en las relaciones con los terceros y en materia de titularidad del dominio”³³ (el resaltado me corresponde).

La citada autora citando a Laureano Moreira (Contratos sobre departamentos en construcción) dice que la “construcción por consorcio” consiste en estructurar un convenio que celebra el promotor con cada uno de los interesados en adquirir las unidades que integran el edificio a construir; los interesados *“se comprometen a la adquisición de una cuota parte indivisa del terreno y a apartar los fondos proporcionales necesarios para la construcción del edificio, encargándosele al promotor la realización de todos los actos necesarios para ello”³⁴.*

En este contrato o convenio “de construcción por condominio” o de comunidad como se lo ha llamado en Ecuador se pacta un acuerdo irrevocable de indivisión del inmueble mientras está en ejecución el proyecto, pues por las características que conforma el proyecto, mientras no concluya no se podrá pedir la división; a su vez se pacta también un acuerdo irrevocable de división de las unidades una vez terminado el proyecto, que finaliza con la adjudicación de las mismas conforme la forma prevista en el contrato.

El contrato esboza el proyecto del emprendimiento, el proyecto de reglamento de copropiedad y administración, y la forma de entrega de posesión de las unidades.

De igual forma, en el contrato se prevén circunstancias como: *i.* el procedimiento convencional a ser empleado ante el incumplimiento de pago de lo que se adeude por un comunero; *ii.* la mora y sanciones por el incumplimiento puntual de las obligaciones; *iii.* la

³³ Acquarone, María T.: Ob. cit., pp. 159.

³⁴ Acquarone, María T.: Ob. cit., pp. 160.

posibilidad de la venta de los derechos del comunero moroso, pues suelen pactar las condiciones en las que se procederá a la venta de los derechos de quien está en mora (siendo éste uno de los temas más relevantes), es común que se autorice a la asamblea de condóminos o comuneros para que lo resuelva, siendo los caminos a seguir: el absorber la parte del condómino moroso, y, el vender la participación del moroso³⁵.

Para instrumentar las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, se establece en el contrato o fuera de él un poder calificado como irrevocable a favor de un administrador o gerente apoderado, o a la Asamblea; a criterio personal, esta irrevocabilidad del poder al Gerente Apoderado es uno de los problemas mayores dentro de este esquema, pues al ser un contrato personalísimo el mandato y de confianza, la facultad de revocarlo es parte de la esencia del mismo, salvo que la irrevocabilidad nazca de la ley como en los negocios fiduciarios.

María T. Acquarone dice que *“este sistema presenta ventajas e inconvenientes; entre las primeras se hallan, en primer lugar, las económicas, ya que en ningún momento se transfiere el dominio más que en la adquisición, siendo el acto extintivo y de disolución del condominio declarativo. La ganancia de la empresa constructora también ha sido una cuestión que se ha tenido en cuenta entre las ventajas, pero en realidad no se puede considerar que sigue vigente en estos días, porque es muy difícil que un grupo de copropietarios no utilice a una empresa constructora para construir, pagando el honorario que corresponda”*. En cuanto a los inconvenientes se dicen: *“Son muchos los inconvenientes que se derivan principalmente del régimen de condominio del Código Civil, que lo plantea como algo transitorio”*³⁶.

En cuanto a los copartícipes, en el caso de nuestra legislación debemos advertir que conforme el Art. 2205 del Código Civil³⁷, en que se refiere a los efectos de la comunidad debemos remitirnos a las reglas de la sociedad.

Por ello, la doctrina coincide en asemejar las reglas de la comunidad a las de la sociedad en lo relativo a las relaciones internas entre las partes; mientras que las relaciones con terceros, tienen particularidades en el caso del condominio, por ejemplo, para entablar una acción judicial se requeriría el acuerdo y accionar unánime de los comuneros.

Los efectos del condominio (o comunidad) deben considerarse, por una parte, en lo relativo a la administración de los bienes, y, por otra, en lo relativa a la disposición de la cosa común. Juan Larrea Holguín, señala, así que en cuanto a la administración domina el principio de la

³⁵ Acquarone, María T.: Ob. cit., pp. 164.

³⁶ Acquarone, María T.: Ob. cit., pp. 161.

³⁷ “Art. 2205.- El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios en el haber social”.

“mayoría”, y para los actos que implican disposición el principio de la “unanimidad”, aunque pueden haber excepciones.

Por regla general enajenar toda la cosa común requiere el consentimiento unánime de los comuneros, pues nadie puede transferir más derechos de los que tiene; dicha enajenación, puede ser directa por parte de todos o bien mediante un poder o mandato conferido a uno de los comuneros o a un tercero.

Si uno de los Comuneros se opone a la enajenación o gravamen de la cosa no se puede vender ni gravar la misma.

Por otro lado, la enajenación o el gravamen de una cuota corresponde al comunero titular, quien puede vender o gravar libremente; en principio los demás condueños no tienen preferencia para adquirirla, sin embargo creemos que bien se puede pactar un derecho de preferencia para la adquisición de las cuotas.

El comunero también puede sufrir el embargo de su cuota por orden judicial a petición de sus respectivos acreedores propios; en tal caso los llamados a ser depositarios de esa cuota embargada son los otros comuneros.

Como conocemos para hipotecar el inmueble que pertenece a varios se necesita de la concurrencia de todos los propietarios, en tanto que para gravar una cuota basta la intervención de su titular; pero, nuestra ley admite la hipoteca de una cuota, pero sujetándola a la eventualidad de que en la partición se le adjudique al deudor bienes hipotecables.

En conclusión este sistema permite abaratar los costos de operación o lo que se denomina realizar una construcción al costo; permite avanzar conforme se realizan los aportes de los comuneros; los derechos y acciones son indivisibles hasta el momento de terminar la obra; y, por naturaleza las obligaciones no son solidarias, pero se puede pactar solidaridad o cuando la obligación sea mercantil gozará de dicha solidaridad, como en el caso de obtener un crédito en una institución financiera.

Las desventajas están a la vista: si un comunero no cumple con el pago, la obra puede detenerse; a nuestro parecer no existe una normativa “apropiada” para este contrato; en caso de incumplimiento por parte de un comunero, la solución de pago o exclusión puede resultar dificultosa; en los casos de sucesión, embargo, o, venta, también pueden suscitarse problemas; existe el riesgo de que no se respete la voluntad de los comuneros, generándose situaciones de hecho; no se podría entregar formalmente a cada comunero su parte asignada en el momento en que finalice la obra, si uno de ellos se encuentra en mora y existen medidas o hipoteca de por medio.

A continuación presentamos un cuadro que presenta las diferencias del contrato de comunidad o condominio ante el contrato de sociedad o compañía:

COMUNIDAD DE BIENES	SOCIEDAD
Comuneros tienen la intención de emprender un proyecto en común, pero no necesariamente de lucrar.	Se aporta un capitales con la intención de emprender y obtener finalmente un lucro que debe ser repartido a los socios en proporción al % que tienen en el Capital.
Regulación de un “cuasicontrato” (atípico)	Regulación de contrato (típico)
Los Comuneros tienen derecho sobre la cosa común.	Los socios tienen derechos frente a la sociedad (políticos y económicos), no directamente sobre los bienes que conforman el patrimonio de la sociedad.
Comunidad mira más a conservar y aprovechar un bien o un cúmulo de bienes.	Está más orientado a la actividad con vistas a un resultado.
No existe fin de lucro en sí, más bien de abaratar costos en este caso.	Tienen un fin de lucro
No nace persona jurídica.	Nace persona Jurídica.
No se forma un patrimonio independiente al de los comuneros	Se forma un patrimonio independiente al de los socios

3.3.6 Fideicomiso Mercantil

Otra forma por la que se puede llevar adelante el emprendimiento inmobiliario es el fideicomiso mercantil, contrato en el cual nos centraremos en adelante, y que deberemos comparar con las formas antes descritas.

El fideicomiso surge como una alternativa frente a las otras figuras, por ello Morrello y de la Colina señalan que *“el fideicomiso permite vincular a un conjunto de inversores atraídos por el ánimo de participar en un negocio mediante el aporte de bienes, pero que no tienen interés en desarrollar una estructura societaria, para lo cual organizarán la empresa mediante la formación de un fideicomiso ordinario”*; y, resaltan el hecho de que esta figura ha mostrado en pocos años una notable versatilidad para adaptarse a una innumerable variedad de supuestos³⁸.

Por su parte, Rodríguez Azuero en su obra “Negocios Fiduciarios” señala que *“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... 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 cual puede ponerle un contenido, por lo que las posibilidades son*

³⁸ Morello, Augusto M.; y, De la Colina Pedro Rafael: Ob. cit., pp. 88 y 53.

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. Por ello hemos dicho que, ante todo, la fiducia es un mecanismo instrumental que “no es en sí mismo nada pero que sirve para hacer mucho”³⁹.

Creemos que la bondad de la figura, surge de sus características, principalmente, entre ellas el que el patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica y el carácter de inembargable de los bienes que lo integran, es una ventaja importante, más aún para llevar adelante un emprendimiento inmobiliario, pues, permite “aislar” y de esta forma proteger los activos con los cuales se ejecutará el proyecto.

Por ejemplo, con el fideicomiso se logra “sacar” del patrimonio del propietario el terreno en el cual se ejecutará el proyecto, e ingresarlo al patrimonio autónomo; con ello, el terreno no estará sujeto a riesgos que le podrían afectar manteniéndose en el patrimonio de su propietario, como la persecución de los acreedores, los efectos de la sucesión por causa de muerte, etc. ya no le afectarán.

Para ampliar este criterio, anotemos el Art. 121 de la Ley de Mercado de Valores, que señala: *“Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del beneficiario, podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil”*.

La irrevocabilidad de la transferencia a favor del patrimonio autónomo y de las instrucciones dadas a la fiduciaria dan también seguridad a la fiduciaria; es decir, el constituyente no puede retrotraerse del aporte y de las instrucciones dadas, salvo que los demás partícipes en el negocio así lo consientan.

En este contexto la figura del fideicomiso brinda elementos interesantes como vehículo para llevar adelante un emprendimiento inmobiliario.

Por este momento, basta indicar que el fideicomiso mercantil, al ser un contrato flexible por excelencia, puede adaptarse a distintos esquemas de estructuración del emprendimiento inmobiliario.

Básicamente existen dos posibilidades de constitución: al costo, cuando los mismos constituyentes van ser beneficiarios de las obras o unidades habitacionales llevadas adelante por el fideicomiso; y, a precio determinado, en este caso se comprometerían las

³⁹ Rodríguez Azuero, Sergio: Negocios Fiduciarios, Legis Esditores S.A., Primera Edición, Colombia, 2005, pp. 130.

unidades habitacionales mediante promesas de compraventa que se celebrarían entre el fideicomiso y terceros, los beneficios de estas transacciones se repartirán entre los beneficiarios del fideicomiso en la proporción acordada.

Nada más, con el objeto de ejemplificar, podríamos decir que en este esquema cabría cuando existan dos o más personas que requieren de una figura contractual para garantizar sus intereses, proteger activos y someterlos al propósito del emprendimiento; pues, aclaremos que no en todo caso cabría un fideicomiso.

Por este contrato, los promotores e inversionistas, tomarían la figura de constituyentes, y como tales, transferirían al patrimonio autónomo bienes, presentes o futuros, con el objeto de que una tercera, que es la fiduciaria, los administre conforme la finalidad y las instrucciones dadas en el contrato, en beneficio de los mismos constituyentes o de terceros beneficiarios.

En este contrato cabe la posibilidad de que un tercero distinto del constituyente se adhiera y acepte las disposiciones previstas en el contrato de fideicomiso mercantil, cuando así se ha previsto en el contrato, caso en el cual se lo denominará constituyente adherente.

Como ejemplo podemos establecer un esquema sencillo del contrato, de la siguiente manera:

Participes del fideicomiso:

- Constituyentes:

- Dueño del Terreno
- Promotores
- Inversionistas

- Fiduciaria:

- La que elijan los constituyentes

- Beneficiarios:

- Dueño del Terreno
- Promotores o a quienes éstos lo designen
- Inversionistas o a quienes éstos lo designen

Bienes que se transferirían al fideicomiso:

- Dueño del Terreno: El inmueble en el que se desarrollará el terreno*

- *Promotores:* *Estudios y proyecto*
- *Inversionistas:* *Recursos*

Objeto del Fideicomiso:

El objeto del fideicomiso sería la construcción y desarrollo del proyecto habitacional denominado NN, una vez que se haya alcanzado el punto de equilibrio, y cumplidas las condiciones acordadas dar en venta las unidades habitacionales resultantes y repartir los beneficios a los beneficiarios en proporción al aporte realizado.

Descripción del Fideicomiso:

Los constituyentes constituirían el fideicomiso mercantil inmobiliario con la finalidad de que la fiduciaria, en su calidad de representante legal del fideicomiso, coordine la ejecución de todos los actos y contratos necesarios para la administración de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, de tal forma que los bienes y los resultados de dicha administración sean entregados a los beneficiarios (que en el esquema del ejemplo son los mismos constituyentes) al momento de su liquidación o por anticipado según las instrucciones estipuladas en el contrato.

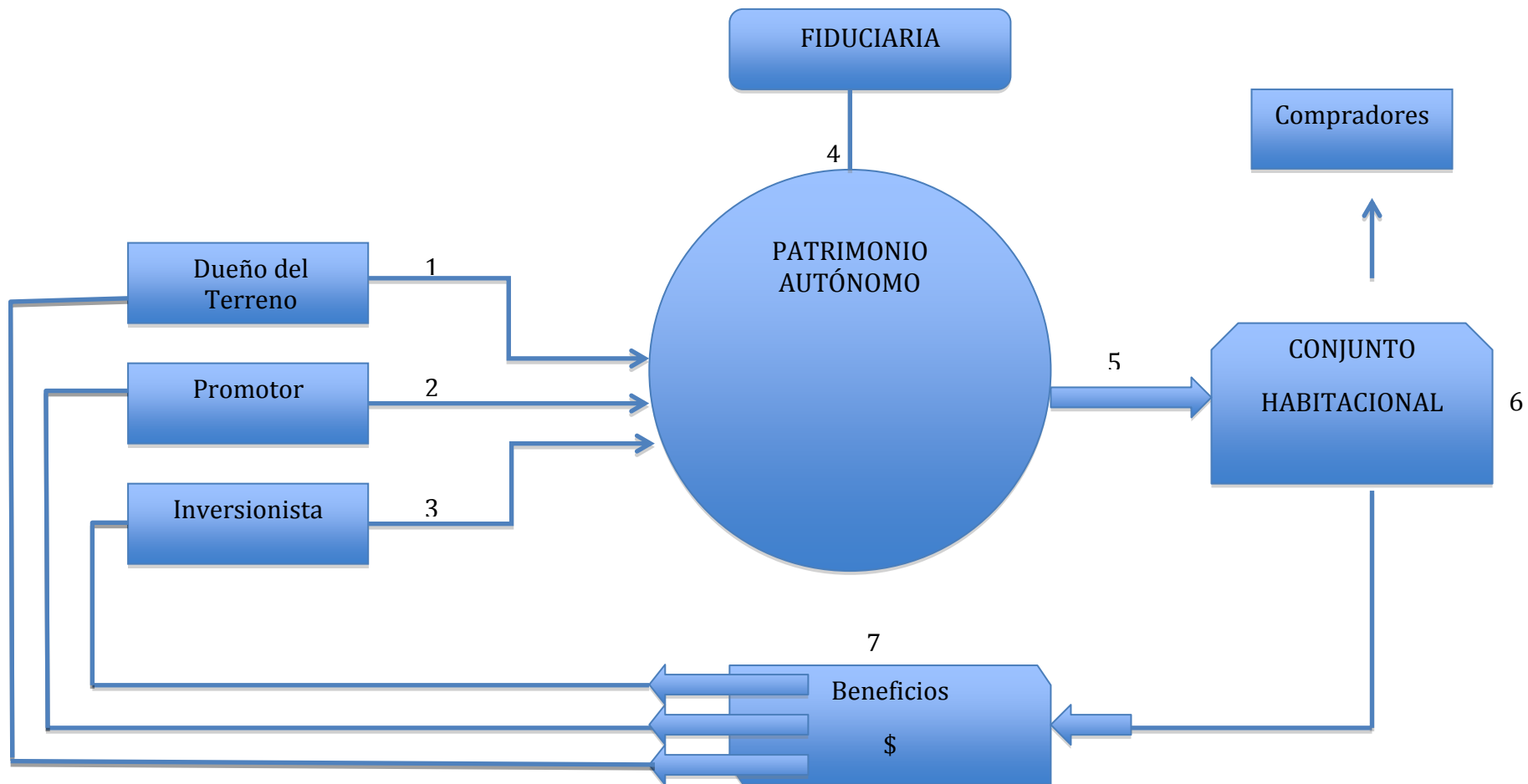
En virtud del contrato de constitución los constituyentes transfieren al patrimonio autónomo, temporal e irrevocablemente, la propiedad de los bienes muebles e inmuebles indicados, los cuales serán administrados por la fiduciaria a efectos de cumplir la finalidad determinada en el contrato mismo; para ello, los constituyentes establecen ciertas condiciones, que una vez cumplidas (punto de equilibrio) se presume la viabilidad del proyecto y se inicia su ejecución.

El punto de equilibrio del proyecto inmobiliario está dado por la viabilidad de los siguientes aspectos: legal, técnico, comercial- financiero.

Adicionalmente, para efectos de nuestro ejemplo, vamos a suponer que los constituyentes se designan a sí mismos como beneficiarios del contrato, disponiendo que los beneficios se repartan a prorrata de lo efectivamente aportado por cada uno de ellos, hasta por el valor de sus aportes.

Una vez cumplida la finalidad e instrucciones estipuladas en el contrato, se entenderá que el FIDEICOMISO debe liquidarse y terminar.

Para facilitar la comprensión nos podemos guiar por el esquema gráfico que presentamos a continuación.



1 = Aporte del terreno

2 = Aporte de proyecto y estudios (valorados)

3 = Aporta recursos

4 = Administración fiduciaria

5 = Gestión y ejecución del proyecto

6 = Finalidad (Construir el Conjunto Habitacional)

7 = Beneficios para los constituyentes (repartir las utilidades del proyecto en proporción de sus aportes)

Capítulo II

Los negocios fiduciarios y los emprendimientos inmobiliarios

En este capítulo haremos una introducción a los negocios fiduciarios, y una vez entendidos éstos, los vincularemos a los emprendimientos inmobiliarios, encadenando el análisis a lo tratado en el Capítulo anterior.

1. Los Negocios Fiduciarios.

1.1 Reseña de la cronología normativa sobre los negocios fiduciarios en Ecuador.

La Ley de Mercado de Valores promulgada en el Registro Oficial No. 367 del 23 de julio de 1998 incorporó en la legislación ecuatoriana instituciones jurídicas de interés, entre ellos, los denominados negocios fiduciarios, constituidos por el encargo fiduciario y el fideicomiso mercantil; la titularización fue también una nueva figura.

Tanto el encargo fiduciario como la titularización constituyeron una novedad de la Ley de Mercado de Valores de 1998, mientras que el fideicomiso mercantil ya se encontraba regulado en nuestra legislación, pero conceptualizado de una manera diferente.

La Ley de Mercado de Valores de 1993 (signada como Ley No. 31) publicada en el Registro Oficial No. 199 del 28 de mayo de 1993, introdujo una reforma al Código de Comercio que, mediante la incorporación de cuatro artículos, introducía *nuevamente* en nuestra legislación la figura del “fideicomiso mercantil”, a nuestro parecer con ciertas deficiencias jurídicas que no permitían una correcta aplicación práctica de esta figura. Se decía así, que el fideicomiso mercantil consistía en un acto por el cual una o más personas llamadas constituyentes transferían dineros u otros bienes a otra llamada fiduciario, quien se obligaba a administrarlos por un plazo o para cumplir una finalidad específica; los bienes transferidos formaban un patrimonio autónomo, pero vale decir que es tan sólo con Ley de 1998 que se “dota” de personalidad jurídica al patrimonio autónomo.

Decimos que la Ley de 1993 introdujo *nuevamente* en nuestra legislación la figura del fideicomiso mercantil, ya que esta tiene un antecedente legislativo anterior, me refiero a la Ley General de Operaciones de Crédito contenida en el Decreto Supremo No. 1192 del 12 de Diciembre de 1963 y publicada en el registro Oficial No. 133 del 19 de diciembre del mismo año, sin embargo estas disposiciones fueron derogadas el 11 de noviembre de 1966.

1.2 Antecedentes históricos de los Negocios Fiduciarios.

Los negocios fiduciarios tienen dos antecedentes en su historia jurídica. El antecedente más lejano lo encontramos en el derecho romano, con dos instituciones: la fiducia y los fideicomisos testamentarios; y, el antecedente más cercano en el derecho anglosajón con el trust.

1.2.1 La antigua civilización romana gustaba de conceptualizar las situaciones sociales y desarrolló en lo jurídico una eminente destreza para redactar sus normas, y más aún en teorizar sobre sus instituciones jurídicas. En un inicio, característico de los romanos fue el ceñirse rigurosamente a las formas que exigía su derecho civil para dar seguridad a sus actos a través del reconocimiento legal. Por ejemplo, la institución *mancipio* generaba diferencias jurídicas muy importantes en el período clásico; así las cosas *no mancipio* se enajenaban de una manera sencilla, pues bastaba la tradición de la cosa, debido a que éstas no eran consideradas parte de la ciudad – como el caso de inmuebles situados en las provincias- y no tenían mayor mérito, a diferencia, las “cosas de *mancipio*” (res mancipio) “requerían una ceremonia solemne y pública” debido a la relación jurídica que la institución generaba entre los ciudadanos romanos y sus tierras que eran parte de la ciudad de Roma – por ello los extranjeros no podían adquirir propiedades en Roma-⁴⁰.

Como consecuencia del carácter riguroso del derecho romano, los ciudadanos, con la finalidad de lograr alcanzar ciertos fines en relación a sus bienes o disponer de ellos de una manera distinta hasta la entonces permitida por la ley, optaron por lo que después se conoció como fiducia y los fideicomisos testamentarios.

1.2.2 El término *fiducia* significa *confianza*; en el antiguo mundo romano fue un contrato muy común. Ricardo D. Rabinovich-Berkman, en su libro de Derecho Romano, entre los contratos reales⁴¹ nos habla del contrato de confianza y nos dice:

“La confianza (fiducia) fue un contrato muy común hasta el principado, desaparecido luego. Se asociaba con la mancipación y con la cesión en el ius. Por alguno de estos medios, el “fiduciante” le daba una cosa de mancipio al “fiduciario”, que se obligaba a usarla con un fin determinado, y restituirla luego. A menudo funcionó como garantía real, en forma de prenda. También servía para dar la cosa en depósito, en comodato, etcétera. A veces encubría acuerdos entre personas allegadas (“contrato con amigo”), como si el fiduciante mancipaba (mancipación por causa de confianza) un esclavo al fiduciario, pidiéndole que luego lo manumitiese.

⁴⁰ Rabinovich-Berkman, Ricardo D.: Derecho Romano. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001, pp. 326 y 327.

⁴¹ Los contratos reales según Rabinovich-Berkman se perfeccionaban con la entrega de la cosa (datio rei) además del consentimiento.

El “pacto de confianza” era un acuerdo informal, diferente de la mancipación, que era la causa de la obligación asumida. El fiduciante tenía la acción de confianza, que era infamante. El fiduciario, a su vez, tenía la “acción de confianza contraria”. El fiduciario podía vender la cosa si no se pagaba, podía usarla, manumitir al esclavo en su caso y, en general, tenía todos los derechos derivados de su carácter de dueño. Pero el pacto demarcaba los límites dentro de los cuales podía usar y gozar de la cosa (también llamada elípticamente “confianza”). Caso contrario, el deudor ejercería la acción de confianza, que podía usarse para exigir el cumplimiento del pacto y, en su caso, la devolución del objeto. El fiduciario debía restituir los frutos y cuidar la cosa con diligencia.

Como todas las instituciones muy ligadas al sistema de las cosas mancipio, la confianza fue desapareciendo en la segunda mitad del Principado y se extinguió en el Dominado”⁴².

Los tratadistas señalan que en un inicio en Roma no existían garantías reales y que los ciudadanos romanos para garantizar las obligaciones que nacían entre ellos contaban exclusivamente con la palabra del otro, por ello, para dar mayor garantía al cumplimiento de los compromisos adquiridos se sirvieron de lo que se conoció como fiducia, por la cual, como dice Rabinovich-Berkman, el “fiduciante” le daba una cosa de mancipio al “fiduciario”, que se obligaba a usarla con un fin determinado y restituirla luego.

Así, se desarrolló la fiducia cum creditore y la fiducia cum amico.

La fiducia cum creditore se empleaba para garantizar obligaciones crediticias; por ejemplo, cuando el deudor para garantizar la obligación que adeudaba a su acreedor, le transfería la propiedad de un bien determinado, quien lo recibía con ese fin, obligándose a devolverlo cuando se le cancelara la obligación principal, sin embargo, si no se le cancelaba, se quedaba con el bien o lo vendía para con el producto de la venta pagarse, con una particularidad, que de haber un remanente en el producto de la venta o una diferencia mayor del bien en relación con la obligación adeudada, el fiduciario no tenía obligación de reembolsarle al fiduciante.

La fiducia cum amico en cambio se utilizaba cuando el fiduciante transfería la propiedad al fiduciario para que este pueda a su provecho usarlo y disfrutarlo de manera gratuita, y una vez cumplido el fin debía restituir la propiedad al fiduciante.

1.2.3 Por su parte el fideicomiso testamentario, en palabras de Agustín Bravo y Sara Bialostoski “era una súplica dirigida por el fideicomitente a un fiduciario para que entregara determinados bienes a un fideicomisario. El fideicomitente era el autor de la herencia, el fiduciario el heredero y el fideicomisario el tercero beneficiario”; nacen como una manera

⁴² Rabinovich-Berkman, Ricardo D.: Ob. cit., pp. 578 y 579.

para eludir el rigor de las normas del derecho sucesorio y al principio se basaba únicamente en la buena fe (*bona fides*) del fiduciario, se buscaba con ello favorecer post mortem a personas que no tenían la *tetamenti factio pasiva*⁴³.

1.2.4 El otro antecedente del fideicomiso mercantil es el trust del derecho anglosajón.

Rodríguez Azuero nos dice que el antecedente del trust debe buscarse en los “uses”, por los cuales se verificaba la transferencia de un bien a favor de un tercero con obligación de conciencia a favor del transmisor u otro beneficiario, señala el citado autor que *“las primeras manifestaciones parecen haber estado ligadas a la reacción contra las numerosas cargas sobre la tierra que existían a favor del soberano y cuyas controversias, desde luego, tenían que resolverse aplicando el **common law**. Su utilización parece haberse popularizado con motivo de la expedición del estatuto de manos muertas (statute of mortmain) que impedía a las comunidades religiosas poseer bienes inmuebles. Para obviar el inconveniente, los monjes transferían o adquirían a través de un tercero (fioffe to use) la propiedad de un inmueble destinado a beneficiar a la comunidad (cestui to use)”*⁴⁴. Aparentemente el “use” se utilizó también para evadir restricciones de la ley en temas sucesorios y permitir realizar transmisiones testamentarias.

Ya a principios del siglo XV los uses dejaron de ser simples compromisos de conciencia y se convirtieron en derecho firme, para en el siglo XVI alcanzar una regulación especial en la cual se les otorgó el nombre de *trust*⁴⁵.

Se dice que esta figura es uno de los aportes más importantes que el derecho inglés ha realizado a la cultura jurídica universal y que forma parte natural de la vida para un inglés.

Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski manifiestan que la verdadera acepción jurídica *“implica el derecho de propiedad de cosas muebles e inmuebles que una persona tiene a favor de otras”*, señalan citando a Domínguez Martínez (El fideicomiso ante la teoría general del negocio jurídico) que en la definición más generalizada el trust es *“un estado de relación fiduciaria respecto de bienes que sujeta a la persona por quien dichos bienes son poseídos a deberes en equidad y a manejar dichos bienes para beneficio de otra persona, la cual se origina como resultado de la manifestación de la intención de crearlo”*⁴⁶.

Rodríguez Asuero transcribiendo una definición del Restatement of the law of trust (Serrano), señala *“es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona*

⁴³ Bravo González, Agustín; y, Bialostoski, Sara: Compendio de Derecho Romano, Cuarta Edición, Editorial Pax- México, México, 1971, pp. 93.

⁴⁴ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 17.

⁴⁵ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 21.

⁴⁶ Kiper, Claudio M.; y, Lisoprawski, Silvio V.: Tratado de Fideicomiso. Lexis Nexis Argentina S.A., Segunda Edición Actualizada, Buenos Aires, 2004, pp. 4.

que los posee (trustee) está obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero (cestui que trust). Este negocio surge como resultado de un acto volitivo expreso de la persona que crea el trust (settlor)⁴⁷.

1.3 Concepto de negocios fiduciarios.

El concepto de negocios fiduciarios tiene distintos matices dependiendo de la concepción y tratamiento jurídico que reciban en cada legislación nacional; sin embargo, sea cual fuere la actual regulación legislativa, en su génesis encontramos el mismo punto de partida. El negocio fiduciario en un origen tuvo una naturaleza, que ha ido modificándose y adecuándose a las distintas concepciones y realidades jurídicas de cada Estado.

Debemos partir formulando que los negocios fiduciarios son negocios jurídicos⁴⁸.

En palabras de Guillermo y Eduardo Ospina el negocio jurídico es la manifestación de voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos. De esta

⁴⁷ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 24.

⁴⁸ El término negocio tiene su origen en el latín *negotium*, compuesto a su vez por los vocablos *nec* (no) y *otium* (ocio). Una de las acepciones de negocio establece que es aquello que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés (Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, España, 2001); mientras que, el negocio es considerado como jurídico en consideración al carácter de los efectos que produce, en otras palabras cuando sus efectos se ajustan al derecho.

Así, el distinguido Dr. Hernán Coello García señala en su Teoría del Negocio Jurídico que negocio jurídico *“no es más que la actividad o la actuación que se lleva a cabo por quien ajusta su conducta al derecho. Por esta razón debe desligarse del concepto de negocio jurídico todo acto contrario al Derecho”*, aunque tenga un contenido jurídico (Coello García, Hernán. Teoría del Negocio Jurídico. Departamento de Publicaciones de la Universidad del Azuay). Por lo tanto, si un acto no obstante de producir efectos jurídicos es considerado por el ordenamiento como ilícito, no es un negocio jurídico, por ejemplo el delito.

Para acentuar lo expresado tomemos las palabras de Ricardo D. Rabinovich-Berkman expresadas en su libro Derecho Romano, que al hablarnos de los hechos y actos jurídicos nos dice que todos los pueblos del mundo, en toda época, han asignado un lugar y un valor jurídico a los distintos sucesos, señalando que:

“Al hecho jurídico voluntario que es lícito (permitido), es decir, que no es ilícito (prohibido), se lo denomina “acto jurídico” o “negocio jurídico” (de nec-otium, “no ocio”). El sujeto obra con un proyecto, que busca consolidar con ese actuar, y efectivamente, como ha actuado dentro de los límites que el ordenamiento acepta, la comunidad respalda el proyecto...”

En cambio, el hecho jurídico voluntario que viola los límites que la comunidad establece, es llamado “acto ilícito” (literalmente, “no permitido”). El sujeto también tiene un proyecto, y éste puede ser perfectamente aceptable, pero no así el actuar elegido (los medios)... A veces, tanto el fin como los medios están prohibidos” (Rabinovich-Berkman, Ricardo D.. Derecho Romano. Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001, pag. 435 y 439.).

definición se desprenden los dos elementos genéricos del negocio jurídico: la manifestación de voluntad, y, el objetivo de dicha voluntad de producir efectos jurídicos.

En otras palabras, el negocio jurídico como acto siempre suponemos la actuación voluntaria de un sujeto, que con ella pretende un fin consistente en crear, modificar o extinguir una relación jurídica; por ello el Dr. Hernán Coello nos dice que el negocio jurídico, de acuerdo al Art. 1461 del Código Civil, se refiere a los actos y declaraciones de voluntad *“en cuanto dan lugar al nacimiento, a la modificación o la extinción de una relación de Derecho, por la actuación voluntaria y lícita de una persona”* (Coello García, Hernán. Teoría del Negocio Jurídico. Departamento de Publicaciones de la Universidad del Azuay).

Recordemos que tan sólo los actos lícitos dan lugar a los negocios jurídicos (los actos ilícitos dan lugar a los delitos y cuasidelitos). Por lo tanto, cuando nos referimos al negocio jurídico hacemos referencia siempre a una actividad lícita.

1.3.1 Juan M. Farina en su obra “Contratos Comerciales Modernos”⁴⁹ trata de manera clara lo que se ha de entender por negocios fiduciarios y citando a LÓPEZ DE ZAVALÍA señala que la denominación de negocio fiduciario, *“es creación de REGELSBERGER, quien en 1893 afirmó que “el negocio fiduciario se caracteriza en que las partes eligen para su fin práctico un negocio jurídico, cuyos efectos jurídicos –como ellas saben- exceden de aquel fin; por ejemplo, transmisión de la propiedad para garantizar un crédito, cesión de un crédito para su cobro”*⁵⁰.

Para comprender lo que es hoy un negocio fiduciario, Farina parte explicando el concepto de **negocio jurídico indirecto** y señala que hay tal *“cuando las partes recurren a determinado instituto para alcanzar -consciente y consensualmente- fines prácticos distintos de aquellos que son propios de ese negocio jurídico”*⁵¹, sin embargo, señala citando a MOSSET ITURRASPE que en el negocio indirecto las partes concretan, real y efectivamente, un negocio jurídico y no hay apariencia o simulación, recalcando que las partes además de querer el fin que es típico del negocio adoptado, persiguen la obtención de fines ulteriores *“que son extraños a éste”*⁵².

Posteriormente, Farina citando a varios autores diferencia entre el negocio indirecto y el negocio simulado, señalando que por el primero los otorgantes logran satisfacer un interés que no es el propio de la función típica, pero siempre en el ámbito de los intereses de las

⁴⁹ Farina, Juan M., Contratos comerciales modernos, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2005.

⁵⁰ Farina, Juan M.: Ob. cit., pp. 7.

⁵¹ Farina, Juan M.: Ob. cit., pp. 1.

⁵² Farina, Juan M.: Ob. cit., pp. 2.

partes que en el intervienen, mientras que por el negocio simulado las partes tratan de presentar a los terceros un negocio aparente, generalmente en perjuicio de éstos⁵³.

El autor antes citado continúa señalando la relación que tienen los negocios indirectos con los negocios fiduciarios y para ello cita a doctrinarios como MESSINEO, que sostienen que es difícil encontrar diferencias entre unos y otros, indicando que para otros sectores doctrinarios el negocio indirecto es el género y el negocio fiduciario la especie, incluso que para otros el negocio indirecto se agota con los fiduciarios; sin embargo, para Farina entre los negocios indirectos y los fiduciarios existen diferencias estructurales, sin perjuicio de admitir –dice- notorias semejanzas, entre las diferencias señala que en el negocio fiduciario existe siempre una *“traslación ostensible del derecho de propiedad sobre una cosa o un bien, cual resulta oponible erga omnes por el fiduciario”*, mientras que en el negocio indirecto, por lo general esa traslación puede faltar *“como ocurre en los casos de mandato irrevocable con fines de garantizar o de sociedad”*⁵⁴.

Farina concluye que una de las características del negocio jurídico fiduciario es que las partes eligen un medio jurídico que excede los fines prácticos perseguidos, el cual se destaca por ser esencialmente un negocio de confianza, por lo cual en su esencia se encuentra la contraposición entre el poder y el deber del fiduciario, de tal modo que *“para frenar los poderes que éste recibe y oponerle los deberes a que se ha comprometido, el negocio fiduciario surge como un acto complejo, como una combinación entre un negocio real de transmisión plena y uno obligacional”*⁵⁵.

Por su parte, el colombiano Sergio Rodríguez Azuero señala que en una noción contemporánea el negocio fiduciario comprende a las distintas modalidades fiduciarias y se refiere al negocio cuyo cumplimiento depende tan solo de la obligación personal del

⁵³ Planiol & Ripert en su tratado de Derecho Civil (Derecho Civil, Primera Serie, Volumen 8, OXFORD University Press México S.A. de C.V., México, 2002) señalan que hay simulación *“cuando se celebra una convención aparente, cuyos efectos son modificados o suprimidos por otra contemporánea de la primera, y destinada a permanecer en secreto”*; señalan que la simulación es un entendimiento entre las partes, que dan su consentimiento con pleno consentimiento de causa (ninguna es engañada, a diferencia de lo que sucede con el dolo) y que generalmente lo hacen para perjudicar a un tercero. Así, el efecto de la simulación es modificar o suprimir los efectos jurídicos de una convención aparente, y esta señalan los tratadistas no es causa de nulidad.

Los mencionados autores señalan que existen grados diferentes de simulación, a saber:

1. *“El acto secreto puede destruir totalmente el efecto del acto ostensible, de manera que la simulación ha creado una vana apariencia que no recubre ningún acto real...”*
2. *“El acto secreto puede modificar totalmente el acto ostensible, ya no para destruir sus efectos, sino para cambiar su naturaleza...”*
3. *“...algunas veces la simulación es menor; en lugar de ocultar la naturaleza misma de su operación, las partes únicamente ocultan una parte de sus condiciones...”*

⁵⁴ Farina, Juan M.: Ob. cit., pp. 5.

⁵⁵ Farina, Juan M.: Ob. cit., pp. 8.

fiduciario, que tiene su antecedente directo en la fiducia romana y que es llamado por algunos autores como *negocio fiduciario puro*, siendo este el que surge de la autonomía de la voluntad privada y basado exclusivamente en la confianza entre las partes; deja ser un negocio fiduciario puro y pasa doctrinariamente –señala el autor citado- a calificarse como impuro, en cuanto la legislación lo reconoce y confiere derechos y defensas en torno a su celebración. Rodríguez Azuero sostiene que este proceso resulta ser una constante dentro de la evolución y que tiene su explicación en la particular posición del fiduciario que le puede conducir a la comisión de abusos en relación al fiduciante⁵⁶.

Señala Rodríguez Azuero que los autores polarizan sus simpatías en las definiciones dadas por: Regelsberger que sostiene que el negocio fiduciario es aquel “*seriamente querido, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo*”; y, por Grassetti, quien afirma que “*por negocio fiduciario entendemos una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio pero en interés, o también en interés del transferente o un tercero*”⁵⁷.

El citado autor, al referirse a las definiciones anteriormente señaladas, expresa que:

*“De la transcripción de ambas definiciones surgen, como elementos propios de cada una de ellas, la incongruencia entre medio y fin, de una parte, y la confianza, de la otra, frente a la posibilidad de abuso por parte del fiduciario. De la aceptación de ambas tesis surge una explicación razonable del negocio fiduciario, en la cual aparece como característica, en primer plano, la confianza depositada en el fiduciario que, a diferencia de la que existe en casi todos los negocios jurídicos es especialísima y reviste un grado superior al normal, precisamente porque el fiduciario tiene la posibilidad, en las manifestaciones primigenias, de abusar de su posición, como si no existiera la carga obligatoria que es imponible por o frente a terceros. Pero es obvio que la eventualidad del abuso, implícita en todo negocio de gestión, se incrementa porque las facultades jurídicas que el fiduciario tiene exceden en sus posibilidades a la finalidad económica buscada al celebrar el negocio y, desde este punto de vista, es admisible la desproporción aquellas y ésta como característica del mismo...”*⁵⁸

Por otra parte Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski en su Tratado de Fideicomiso, citando la definición de Kiper (Régimen Jurídico del dominio Fiduciario), señalan que la doctrina define al negocio fiduciario como una “*declaración de voluntad a través de la cual el fiuciante 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, como medio que excede al fin*

⁵⁶ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 166.

⁵⁷ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 167.

⁵⁸ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 168.

*práctico tenido en vista por las partes, con la obligación de devolver el derecho estando su relación limitada por la convención fiduciaria establecida entre los dos sujetos*⁵⁹. Kiper y Lisoprawski señalan que un sector importante de la doctrina afirma que los negocios fiduciarios se caracterizan por la excedencia del medio empleado, frente al fin que se requiere conseguir y dicen que siguiendo a Messina y Grasetti opinan que en realidad no se advierte una desproporción entre el medio jurídico elegido y el fin económico o práctico perseguido por las partes del negocio. Resaltando que la opinión generalizada es que la característica relevante de los negocios fiduciarios es que son de confianza y que vinculada a esta confianza, *“está la potestad de abuso del fiduciario respecto del negocio que se le confió, y a ello le sigue la situación de peligro a la cual queda expuesto el instituyente, en lo que respecta a la posibilidad de que el fiduciario pueda ir más allá del fin del negocio”*, y, citando a Guastavino señalan que bien dice cuando afirma que *“la situación de peligro es el nervio del negocio fiduciario. Sobre todo en aquellos países en que no está legislado. Tal nombre lo recibe precisamente por depender su nacimiento de un elemento espiritual (fides, fiducia, confianza) que es raíz o alma, y al mismo tiempo el puente que explica cómo llegaron a conectarse en un solo acto el efecto traslativo real y el efecto creditorio, y su privilegio”*⁶⁰.

De lo anotado podemos observar como la doctrina internacional concibe al negocio fiduciario; debiendo resaltar el hecho de que los negocios fiduciarios son considerados como puros cuando no están regulados por la legislación de un Estado y son el resultado de la autonomía de la voluntad y la confianza de las partes, pero cuando la legislación lo reconoce y lo regula, proporcionando a las partes derechos y obligaciones, deja de ser un negocio fiduciario puro, para ser como la doctrina lo conoce: impuro, es decir, a nuestro entender ya no se sustenta exclusivamente en la autonomía de la voluntad ni en la confianza de las partes, sino que tiene ya su fuente en la regulación de la Ley.

El pensamiento de los doctrinarios brevemente aquí citados responde al génesis y desarrollo de los negocios fiduciarios, por ello, al inicio de este apartado habíamos advertido que su concepto tiene distintas connotaciones, teniendo en su origen una naturaleza, la cual ha ido modificándose y adecuándose a las distintas concepciones y realidades jurídicas de cada Estado. Veamos a continuación como se lo concibe en nuestra legislación.

1.3.2 El Art. 112 de la Ley de Mercado de Valores señala:

“Negocios fiduciarios son aquellos actos de confianza en virtud de los cuales una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos para que ésta cumpla con ellos una finalidad específica,

⁵⁹ Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski: Ob. cit., pp.14.

⁶⁰ Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski: Ob. cit. pp. 15 y 16.

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”.

La norma transcrita señala varias características que nuestra legislación a impreso en los negocios fiduciarios, las que merecen ser resaltadas:

- a)** Primero, la norma parte señalando que los negocios fiduciarios *son actos de confianza*;
- b)** Establece la norma que por los negocios fiduciarios una persona *entrega* a otra uno o más bienes determinados;
- c)** La *entrega* que se realiza puede o no implicar una transferencia de propiedad. Si existe transferencia de la propiedad de los bienes, estamos frente al fideicomiso mercantil, y si existe entrega de bienes pero no transferencia de la propiedad, estamos frente al encargo fiduciario;
- d)** En cualquier caso, la entrega de los bienes se la realiza para que la persona que los recibe cumpla con ellos una *finalidad específica*; y,
- e)** La *finalidad específica* consistirá en ejecutar o realizar algo en beneficio de la propia persona que entregó los bienes, a quien se le denomina constituyente, o de un tercero.

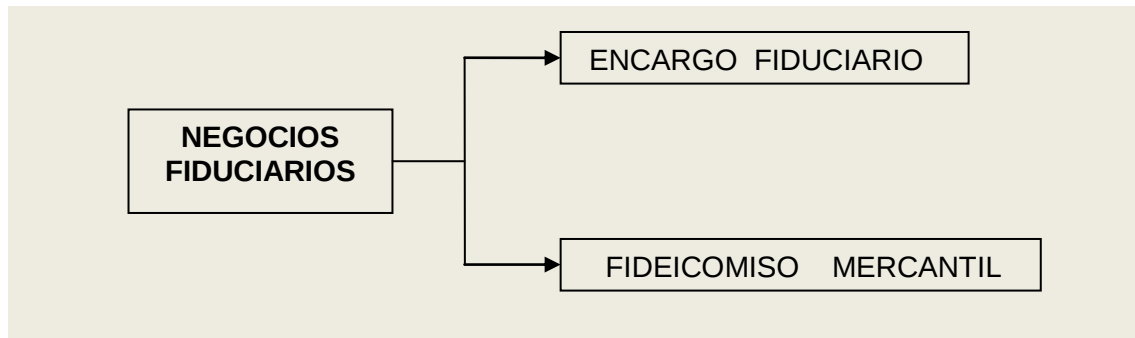
En este contexto, establezcamos cual es la noción de negocios fiduciarios en nuestra legislación, no sin antes recalcar que el término fiduciario viene de *fiducia* que significa *confianza* y que –la fiducia- como lo hemos dicho fue un contrato muy común en el antiguo mundo romano (hasta la época del Principado luego del cual desapareció).

Los negocios fiduciarios en nuestra ley son *contratos* por los cuales una persona -denominada constituyente- encarga o pone a cuidado o gestión de otra -denominada fiduciaria- un negocio o una cosa; para ello el constituyente realiza la entrega a la fiduciaria de uno o varios bienes determinados que son administrados conforme las instrucciones impartidas por el primero, para cumplir una finalidad instituida de manera irrevocable.

Si al fiduciario se le realiza una mera entrega de bienes, la ley establece que estamos frente al denominado encargo fiduciario, y, si al contrario la entrega implica transferencia de la propiedad de dichos bienes, nos encontramos frente al fideicomiso mercantil.

1.4 Clases de negocios fiduciarios.

El encargo fiduciario y el fideicomiso mercantil son dos tipos de contratos que constituyen la clasificación de los negocios fiduciarios establecidos en nuestra Ley de Mercado de Valores.



A continuación nos referimos brevemente al encargo fiduciario, considerando que por el objeto de este trabajo nos dedicaremos con mayor detalle al fideicomiso mercantil.

El **encargo fiduciario** se encuentra regulado en el Art. 114 de la Ley de Mercado de Valores, en cuyo inciso primero se establece:

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

De lo transcrito, se establece en primer término que el encargo fiduciario es un contrato, que debe celebrarse por escrito y además dice la ley “expreso”, por lo que debemos entender que debe ser un contrato que guarde la o las instrucciones claras, específicas y determinadas del constituyente para el fiduciario. Por ello, se encuentran prohibidos los encargos fiduciarios secretos, presumiendo la ley que estos existen cuando no se posea prueba escrita y expresa respecto de la finalidad pretendida por el constituyente en virtud del contrato; sin que esto menoscabe la obligación de reserva del fiduciario en razón a características puntuales de determinadas finalidades, como a los negocios finales de dichos contratos.

En segundo término, entendemos que las instrucciones que por el encargo fiduciario realiza el constituyente al fiduciario, son irrevocables es decir que no se las puede dejar sin efecto, invalidar o retraer; estas instrucciones tienen carácter temporal, esto es persisten por un tiempo determinado.

Las instrucciones que imparte el constituyente a la fiduciaria, son por cuenta de aquel y tienen por fin que esta realice tareas de gestión, inversión, tenencia o guarda, enajenación, disposición en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

La Ley establece que en el encargo fiduciario se presentan los elementos subjetivos del contrato de fideicomiso mercantil, por ello nos remitimos a lo que señalaremos posteriormente en el presente trabajo. Sin embargo, en el encargo fiduciario a diferencia del fideicomiso no existe transferencia de bienes de parte del constituyente, quien conserva la

propiedad de los mismos y solamente los destina al cumplimiento y consecución de finalidades instituidas –como se ha dicho- de manera irrevocable.

Por la celebración del contrato de encargo fiduciario, no nace ni se configura persona jurídica alguna.

Si por el encargo fiduciario se entregaron bienes al fiduciario, éste por mandato de la ley está obligado a mantenerlos separados de sus bienes propios, de los de fideicomisos mercantiles o de otros encargos fiduciarios que mantenga por su actividad, aplicando para ello, dice la ley: *“los criterios relativos a la tenencia y administración diligente de bienes de terceros”*.

Igualmente, por mandato legal, son aplicables a los encargos fiduciarios el artículo 1464 del Código Civil que trata sobre la representación en los actos y declaraciones de voluntad, como los artículos 2035, 2045, 2046, 2047, 2048, 2050, 2052, 2054, 2064, 2066, 2067, numerales 1, 2, 5, 6 y 7, 2072, 2073, 2074 del Título XXVII del Código Civil referentes al mandato; de igual manera se aplican las normas de la Comisión Mercantil previstas en el Código de Comercio; estas normas se aplican siempre que sean compatibles con la naturaleza propia del encargo fiduciario y no se opongan a las reglas especiales previstas en la Ley de Mercado de Valores.

2. Aplicación de los negocios fiduciarios en los proyectos inmobiliarios.

Los negocios fiduciarios son herramientas contractuales que permiten a las personas, tanto naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, hacer acuerdos y transacciones de múltiple naturaleza y con un alto grado de certeza de que se cumplirán sus instrucciones, gracias a la intermediación de un tercero imparcial que es la fiduciaria.

Es por eso, que podemos encontrar que el fideicomiso, por su finalidad, puede ser de garantía, de inversión, de administración, inmobiliario, o, tener combinar todas estas finalidades, o, inclusive servir como vehículo para una titularización.

Con esta aclaración entremos a ver la aplicación del encargo fiduciario y del fideicomiso mercantil en los proyectos inmobiliarios.

2.1 Utilidad del encargo fiduciario.

El contrato de encargo fiduciario al contener instrucciones irrevocables, pero con el carácter temporal, dadas por el constituyente a la fiduciaria, para que cumpla diversas finalidades, como de gestión, inversión, tenencia, guarda, o enajenación, ya sea a favor de sí mismo o

de un tercero beneficiario, puede ayudar a solucionar varios problemas que se susciten en un emprendimiento.

Si bien, el encargo fiduciario no ayudaría para estructurar de manera integral el emprendimiento, principalmente por cuanto no permitiría asegurar la tenencia de la tierra, sí daría respuesta a varias necesidades que pueden suscitarse.

La primera utilidad a resaltar para la cual podría ser útil, es para garantizar el cumplimiento de una obligación a proveedores o contristas siempre que se cumpla una condición o plazo, o para garantizar una obligación de dar. Señalemos un ejemplo, el promotor o el constructor desean adquirir un terreno que está hipotecado, pero desconfía de entregar el dinero del precio por temor de que no se levante la hipoteca y no poder registrar la transferencia a su favor, por su parte el acreedor desconfía de levantar la hipoteca por temor de que no se cancele la obligación garantizada con la referida hipoteca; en este caso las partes involucradas pueden convenir que el comprador entregue en encargo fiduciario a la fiduciaria el dinero del precio, el cual a su vez será entregado al acreedor hipotecario sólo en el evento de que se llegue a inscribir la transferencia de la compraventa en el Registro de la Propiedad.

En otros casos, por el encargo fiduciario puedo encomendar a la fiduciaria proceda a enajenar un bien, o comprar, pagar una obligación, guardar o tener un bien, administrar un edificio, hacer una inversión, etc.; esto es, una serie de posibilidades que facilitarán dar respuesta a los conflictos y dificultades que pueden suscitarse en un caso concreto en el emprendimiento.

2.2 Posibles aplicaciones del fideicomiso mercantil en la estructuración y ejecución de los proyectos inmobiliarios.

2.2.1 El fideicomiso mercantil es un contrato en el cual la autonomía de la voluntad tiene un importante rol y gran espacio, brindando la posibilidad de que los partícipes puedan concretar sus aspiraciones contractuales en un marco de seguridad; por ello, el argentino Mario A. Carregal dirá que *“el fideicomiso es una interesante figura jurídica destinada a brindar seguridad a ciertos negocios que requieren una estructura con suficiente flexibilidad para adaptarse a sus particulares modalidades, cuya principal expresión la encontramos en el terreno contractual”*⁶¹

En el caso del Ecuador, la ley al definir este contrato, evidencia que se basa en la transferencia de dominio de un bien a título de fideicomiso mercantil, al patrimonio

⁶¹ Carregal, Mario A.: FIDEICOMISO, Teoría y Aplicación a los negocios. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2008, pp. 63.

autónomo, para que la fiduciaria lo administre y cumpla una finalidad a favor del propio constituyente o de un tercero beneficiario, todo esto, en base de unas instrucciones que se determinen en el contrato.

La libertad en poder establecer y estipular las instrucciones que se den a la fiduciaria, el uso y destino de los bienes, y los compromisos que asuman las partes, dan lugar a que con este contrato se pueda realizar casi todo, y en el ámbito inmobiliario se aplique de las formas más variadas, en todo el negocio o en parte de él.

Consecuentemente, observaremos que la Ley de Mercado de Valores al tatar este contrato reconoce una esfera importante en la cual los constituyentes pueden actuar válidamente con autonomía; por lo tanto, en relación a este contrato no encontraremos una sistema normativo que gobierne o determine de manera pormenorizada todas las actividades relacionadas al mismo.

Creemos por lo tanto, que este espacio de autonomía que permite el contrato de fideicomiso mercantil, se fundamenta y gobierna por los principios de la autonomía de la voluntad consagrados en los siguientes artículos del Código Civil:

- El Art. 8 del Código Civil establece una norma que es base de la autonomía de la voluntad: *“A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”*.
- En concordancia con la norma citada anteriormente se establece en el Art. 11, que señala: *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”*.
- Como corolario, el Art. 1561 dispone que *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*.

Así, en nuestro sistema jurídico en el ámbito jurídico privado las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre prohibido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad; si bien el principio de la autonomía de la voluntad da un amplio margen de actuación, la ley impone sus límites en cuanto ésta no puede contrariar el orden público y las buenas costumbres, y de hacerlo el acto adolecería de falta de validez, todo esto en procura de los intereses de la sociedad.

2.2.2 Augusto Morello y Pedro Rafael de la Colina señalan que el fideicomiso es una herramienta de gestión eficiente para un emprendimiento y que *“en la medida en que el fideicomiso funcione como llave maestra para la realización de desarrollos de la más variada gama en el ámbito inmobiliario, la diversidad de aplicaciones posibles parecería no tener fronteras”*.

Sostienen los referidos autores que desde la perspectiva de herramienta de gestión el fideicomiso *“tiene la potencial virtud de desarticular muchos de los conflictos de intereses y resquemores que pueden derivarse de la reunión en un proyecto en común de diversos factores materiales y humanos (aportes de capital, el inmueble propiamente dicho, mano de obra especializada, gestión de dirección, servicios profesionales conexos, etc.). Ya se trate de la organización de un conjunto inmobiliario o de la construcción de un edificio de departamentos para ser afectado al régimen de propiedad horizontal, el formato admite un abanico posibilidades: que el titular del inmueble transmita la propiedad fiduciaria a una empresa constructora, y reciba a la finalización del proyecto la cantidad de unidades acordada; que en el mismo supuesto, sean el propietario y los inversores los que transfieran ese conjunto de bienes y derechos (el inmueble, los fondos para la financiación, etc.) al fiduciario que construirá el edificio u organizará el complejo; o bien que el fiduciario no actúe profesionalmente en la construcción, sino que sea el responsable de contratar a la compañía constructora del edificio, entre otras variantes posibles”*⁶².

Por su parte, Mario A. Carregal, manifiesta que por la finalidad de los fideicomisos inmobiliarios, estos podrían tener las siguientes modalidades:

- *“Fideicomisos que se limitan a la protección de los bienes afectados al proyecto”*; en estos contratos la función del fideicomiso es la de proteger los bienes sobre los cuales se realiza el proyecto hasta su finalización.
- *“Fideicomisos de garantía”*.
- *“Fideicomiso de administración de la obra”*; por el cual el fiduciario asume la celebración de los contratos necesarios para la ejecución del proyecto, el control de calidad, impulso de los trabajos y las demás funciones propias de un administrador, con el objeto de llevarla adelante hasta su finalización.
- *“Fideicomisos financieros destinados a titularizar flujos de fondos provenientes de operaciones inmobiliarias”*; esto es, aquellos por los cuales se pueden titularizar flujos que pueden provenir de los inmuebles⁶³.

Por nuestra parte señalamos que si los esquemas propuestos serían aquellos más comunes para aplicarlos en un emprendimiento inmobiliario, bien pueden existir variantes u otras formas de aplicación dependiendo de la creatividad y de las necesidades de los partícipes; sin embargo, sea cual fuere la estructuración asumida, tomando las palabras de Augusto

⁶² Morello, Augusto M.; y, De la Colina, Pedro Rafael: Ob. cit., pp. 104 – 105.

⁶³ Carregal, Mario A.: Ob. cit., pp. 377 - 378.

Morello y Pedro Rafael de la Colina, podemos decir que *“la virtualidad que tiene el fideicomiso en la negociación moderna es la de trazar un salvoconducto que hace transitar a la operatoria alejada de una serie de eventualidades que de otro modo constituirían serias amenazas a la contratación”,* pues, permiten *“facilitar que el conjunto de bienes y derechos afectados a la generación y comercialización del producto quede sometido tan sólo a aquellos riesgos más directamente ligados a la finalidad que los agrupa”*⁶⁴.

2.3 Comentario sobre su aplicación práctica.

Quienes han difundido los negocios fiduciarios y en especial del contrato de fideicomiso mercantil aseguran que ésta figura permite asegurar los activos de un proyecto, dotándoles de protección frente a los acreedores de sus propietarios, como adicionalmente afectándoles al fin propuesto: la ejecución del proyecto; sin embargo, en mi apreciación, debido al trabajo de promoción realizada, en un momento los sujetos interesados en esta figura contractual, pensaron en este contrato como un mecanismo capaz de permitir obtener (incluso, rápidamente) recursos económicos y, adicionalmente, evitar ciertas inseguridades propias de los proyectos, más aún, asimilaron a éste contrato como fórmula de negocios exitosos, lo cual, sin duda resulta equivocado si consideramos que nada tiene el éxito deseado si no se forjan proyectos económicamente viables y estructuras jurídicas debidamente concebidas.

⁶⁴ Morello, Augusto M.; y, De la Colina, Pedro Rafael: Ob. cit., pp. 104 – 109.

TITULO II

EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL EN LOS PROYECTOS INMOBILIARIOS.

Capítulo I

Consideraciones del Contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

En este capítulo nos acercamos al fideicomiso mercantil inmobiliario conceptualizándolo desde una visión general del contrato y tratando de establecer aquellos que le son particulares.

1. Referencia al concepto general de fideicomiso mercantil.

El contrato de fideicomiso mercantil con origen en el derecho romano y en el trust, toma matices distintos dependiendo la legislación nacional de cada Estado, así lo confirma Sergio Rodríguez Azuero cuando manifiesta: *“No es fácil dar un concepto universal sobre la fiducia o fideicomiso por cuanto en Latinoamérica se han adoptado distintas nociones que obedecen a diferentes teorías sobre la naturaleza jurídica del negocio, si bien la tendencia contemporánea privilegia la estructura teleológica... Ellas han incorporado la teoría del mandato irrevocable en algunos casos, la del patrimonio de afectación en otros, y la de la transmisión de la propiedad u otros derechos con el objeto de cumplir con ellos una determinada finalidad señalada por el constituyente, fideicomitente o fiduciante”*⁶⁵.

Rodríguez Azuero señala que la noción más general sobre del contrato de fideicomiso mercantil, parte de considerar que en Latinoamérica tiene predominio la tendencia de considerar que este contrato está marcado por la transmisión de derechos para el cumplimiento de una finalidad determinada, advirtiendo que la *“posición dominical”* del adquirente (fiduciario) se encuentra limitada por las obligaciones que adquiere y por las facultades que se le conceden para el cumplimiento de la mencionada finalidad; con esta consideración define: *“el fideicomiso o la fiducia mercantil como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero”*⁶⁶.

Con este antecedente anotemos que el inciso primero del Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores de Ecuador, señala:

“Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren,

⁶⁵ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 182.

⁶⁶ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 182.

de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

.....”

De la norma transcrita, podemos resaltar y esquematizar lo siguiente:

- ☐ El fideicomiso mercantil en Ecuador es un contrato.
- Por este contrato una o más personas, denominadas constituyentes, transfieren la propiedad de bienes.
- Esta transferencia se realiza a un patrimonio autónomo, el cual está dotado de personalidad jurídica.
- La transferencia de bienes es realizada con el carácter de temporal e irrevocable.
- Los bienes transferidos al patrimonio autónomo están afectados al cumplimiento de la finalidad determinada por el constituyente.
- El patrimonio autónomo es administrado y representado legalmente por una sociedad administradora de fondos y fideicomisos, a la que se le denomina fiduciaria.
- La fiduciaria por este contrato debe cumplir con las finalidades específicas instituidas por el constituyente.
- Las finalidades instituidas por el constituyente a su vez están dirigidas a favorecer a su misma persona o a un tercero al que se le denomina beneficiario.

Conforme lo expuesto, el fideicomiso mercantil en Ecuador implica un contrato por el cual el constituyente transfiere de manera temporal e irrevocable un bien de su patrimonio personal a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, que nace o se crea en virtud de la celebración del contrato, con la finalidad de que sea administrado por la fiduciaria conforme las instrucciones impartidas en dicho contrato por el mismo constituyente, en su beneficio propio o de un tercero beneficiario⁶⁷.

⁶⁷ Varias inquietudes surgen al respecto, como por ejemplo: ¿cuál es el alcance de la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo?, ¿Cuál es la naturaleza del patrimonio autónomo?, ¿Cuál es la naturaleza de la propiedad que ejerce el patrimonio autónomo en los bienes que lo conforman?, ¿Cuál es la responsabilidad de la fiduciaria?, etc., la respuesta a estas y otras inquietudes tienen un énfasis peculiar considerando la gran influencia del trust en el contrato de fideicomiso mercantil regulado en nuestra legislación.

Para dar congruencia y seguridad al contrato, el legislador ecuatoriano revistió al fideicomiso mercantil en primer lugar de un carácter temporal, ya que no puede tener una duración indefinida sino que por regla general debe tener un límite de vigencia (salvo los casos previstos en el Art. 110 de la Ley de Mercado de Valores) en cualquier caso debe ser el tiempo necesario para que la fiduciaria pueda lograr la consecución de la finalidad pretendida por el constituyente; en segundo lugar las instrucciones que imparte el constituyente a la fiduciaria y la transferencia de los bienes al patrimonio autónomo, tienen el carácter de irrevocables, lo cual hace que el fideicomiso mercantil sea confiable para los terceros en la medida que tienen una garantía de que el constituyente no dará marcha atrás en la finalidad pretendida en el contrato.

Consecuentemente, alcanzamos advertir que el fideicomiso mercantil es una figura contractual de gran flexibilidad, o en otras palabras, permite establecer distintos y variados vínculos y efectos jurídicos. Conciérne entonces, realizar las siguientes precisiones:

a) Al definir al fideicomiso mercantil como un contrato estamos señalando que el mismo implica un acuerdo de voluntades, por ende las partes contractuales, una finalidad y un objeto. Al decir que el contrato implica un acuerdo de voluntades, nos referimos a que envuelve la unión de dos o más voluntades –o, en otras palabras: el consentimiento- sobre un objeto de interés jurídico; y, cuando evocamos el concepto de partes, estamos refiriéndonos a algo que es esencial en los contratos y consiste en su bilateralidad, esto es, nace e implica la unión de voluntades de dos o más personas⁶⁸.

En el caso específico del fideicomiso mercantil observamos que cuando nos referimos a las partes que deben intervenir en el mismo, existe una gama de posibilidades, que van desde un mínimo de participantes: por lo menos un constituyente y la fiduciaria, considerando que el propio constituyente puede ser beneficiario del contrato; hasta un máximo: la posibilidad de que concurren más de una persona en calidad de constituyentes, la fiduciaria y terceros que puedan ser beneficiarios.

En cualquier caso siempre es necesaria la concurrencia de la voluntad de las partes. Por otro lado, la finalidad de todo contrato es establecer un vínculo o una relación jurídica entre las partes, por la cual se crea, modifica o extingue derechos; y, el objeto siempre será una relación jurídica de contenido patrimonial⁶⁹.

Los vínculos y relaciones jurídicas que nacen del fideicomiso mercantil estarán matizadas de alguna forma por las personas que en el participen, las instrucciones de los

⁶⁸ Alpa, Guido: “El contrato en el derecho privado italiano actual”, coautor y artículo del Libro Estudios sobre el Contrato en General, Segunda Edición, ARA Editores, Perú, 2004, pp. 122 y 123.

⁶⁹ Alpa, Guido: Ob. cit., pp.124.

constituyentes y la administración de la fiduciaria, ya que la ley no hace sino establecer un marco dentro del cual cabe una gama de posibilidades⁷⁰.

b) Al definir al fideicomiso mercantil como un contrato, lo hacemos indudablemente concibiéndolo como un negocio jurídico, por lo tanto como un *acto lícito vinculante*, que goza de una estructura, es decir, de un ordenamiento y distribución de sus propios elementos, clasificados en elementos esenciales: comunes y específicos, elementos de la naturaleza y elementos accidentales.

c) Como lo hemos señalado, posiblemente, en este contrato es en donde mayor expresión pueda tener la autonomía de la voluntad⁷¹, ya que como veremos adelante logra tener relación con actos civiles o actos de comercio, con una sola o con varias operaciones mercantiles, etc.

d) Es particular de este contrato que en virtud de él nazca un patrimonio autónomo y, lo es más, que esté dotado de personalidad jurídica. En razón de esta ficción creada por la ley es la fiduciaria quien debe ejercer la representación legal del mismo; implica por lo tanto que el fideicomiso puede por su cuenta, pero con sujeción a las instrucciones impartidas por el constituyente, adquirir derechos y contraer obligaciones.

e) En observancia del contrato la fiduciaria debe actuar conforme las instrucciones que le imparta el constituyente, las cuales pueden ser de carácter variado, pero siempre estarán relacionadas con el patrimonio autónomo y con la consecución de la finalidad específica del contrato. Así, estas instrucciones que se imparten se asemejan a las que un mandante les da a su mandatario.

f) El contrato se celebra en beneficio del propio constituyente, que como se ha dicho puede ser una o más personas, o de uno o más terceros.

Conviene ahora señalar como se concibe al fideicomiso en otras legislaciones.

En Colombia, por ejemplo, el fideicomiso mercantil es el negocio jurídico por el cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes específicos a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario⁷². La calidad de fiduciario en Colombia sólo puede recaer en los

⁷⁰ De manera más amplia y no restringida de la compraventa o la donación, por ejemplo, cuyos objetos y efectos jurídicos, están plenamente determinados en la Ley.

⁷¹ Ver punto 2.2.1 del Capítulo II del Título I de este trabajo.

⁷² Art. 1226 del Código de Comercio Colombiano (Diario Oficial 33.339, del 16 de junio de 1971).

establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria.

En México, regulado como una operación de crédito, se establece que por el fideicomiso el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria (debidamente autorizada) la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para que estos sean destinados a fines lícitos y determinados, confiando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria⁷³.

Por otra parte, en Costa Rica por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos, quedando el fiduciario obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo⁷⁴.

En Argentina, se establece que habrá fideicomiso cuando una persona denominada fiduciante transmita la “propiedad fiduciaria”⁷⁵ de bienes determinados a otra llamada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (al que se le denomina beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario⁷⁶. Los antecedentes legislativos latinoamericanos de la Ley 24.441 en la que se encuentra regulado el fideicomiso en Argentina, son precisamente las normas de la legislación Mexicana, Colombiana y Panameña, pues son estos países los que han logrado un interesante desarrollo en el tema fiduciario.

En relación a Colombia, se ha observado por parte de Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski que la mercantilidad del fideicomiso así como la fuerte influencia anglosajona ha provocado una desnaturalización o por lo menos una incertidumbre sobre la supervivencia auténtica de la fiducia romana, en dicha legislación; criterio que bien puede ser aplicado en caso del Ecuador.

De lo anotado, se observa que en el caso de Ecuador y a diferencia de los demás países latinoamericanos, se debe considerar que el contrato de fideicomiso mercantil da lugar al nacimiento de un patrimonio autónomo el cual por estar dotado de personalidad jurídica,

⁷³ Art. 381 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (Última reforma aplicada 13/06/2003). En esta Ley mexicana el fideicomiso está regulado dentro del Título Segundo, que trata sobre las operaciones de crédito.

⁷⁴ Art. 633 del Código de Comercio.

⁷⁵ En Argentina sobre los bienes fideicomitidos se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el Código Civil y las disposiciones de la Ley 24.441. El Art. 2662 del Código Civil Argentino a su vez establece “*Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutoria, o hasta el vencimiento de una plazo resolutorio, para el efecto de restituir la cosa a un tercero*”.

⁷⁶ Art. 1 de la Ley 24.441 (Sancionada el 22 de diciembre de 1994).

tiene capacidad y por ende puede adquirir derechos y contraer obligaciones; y, es a éste patrimonio al que el constituyente transfiere la propiedad de sus bienes. Mientras que en los demás países latinoamericanos la característica general es que la transferencia de bienes se hace al fiduciario, quien puede hacer actos de disposición de los mismos para cumplir con la finalidad del fideicomiso y, por ejemplo en Argentina, los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, quedando los mismos exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario.

Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski señalan que Ecuador, en cuanto a las características del patrimonio autónomo, ha seguido la legislación de la provincia de Quebec (Canadá), la cual, en su Código Civil al regular al fideicomiso establece: *“la constitución de un patrimonio independiente, denominado patrimonio fiduciario, formado por los bienes transferidos en fideicomiso, patrimonio de afectación distinto del patrimonio del constituyente, del fiduciario o del beneficiario, sobre el cual ninguno de ellos tiene un derecho real”*⁷⁷. Los mencionados autores señalan que no se puede dejar de reconocer que esta legislación es un verdadero modelo en cuanto a las previsiones que contiene; y, en relación al Ecuador manifiestan que su legislación es, *“en lo que a fideicomiso respecta, la más avanzada de Latinoamérica”*⁷⁸.

Hemos tratado de conceptualizar de una manera general el fideicomiso mercantil en Ecuador, y hemos anotado como se lo concibe en otros países, en el siguiente punto tratemos de conceptualizar al fideicomiso mercantil inmobiliario.

2. Concepto de fideicomiso mercantil inmobiliario.

La Ley de Mercado de Valores, ni su Reglamento General, al tratar el contrato de fideicomiso mercantil no regula, ni establece, sub clasificaciones de la figura, norma el contrato de una manera general; son en las disposiciones de la *Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores*⁷⁹ (Resolución No. CNV-008-

⁷⁷ Kiper, Claudio M.; y, Lisoprawski, Silvio V.: Ob. cit., pp. 176.

⁷⁸ Kiper, Claudio M.; y, Lisoprawski, Silvio V.: Ob. cit., pp. 177.

⁷⁹ En la estructura del mercado de valores que consagra la Ley de Mercado de Valores, establece el CONSEJO NACIONAL DE VALORES como el órgano rector encargado de establecer la política general y regular el funcionamiento del mercado de valores, funciona adscrito a la Superintendencia de Compañías.

Entre sus funciones están las de expedir las normas complementarias y las resoluciones administrativas de carácter general necesarias para la aplicación de la Ley de Mercado de Valores; así como expedir las normas generales, para los procesos de fiducia que lleven a cabo las entidades y organismos del sector público en los que se observarán las disposiciones previstas en la Ley.

2006) cuanto en el Título V, sobre los Negocios Fiduciarios, establece que los contratos de fideicomiso deben objeto y finalidad del negocio fiduciario, esto es la finalidad que persigue con el contrato que se celebra, señalando expresamente que si éste es de administración, de garantía, de inmobiliario, de inversión u otro.

Así, en el Art. 17 de la Sección IV de las Disposiciones Generales, del Capítulo I del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, del Título V, que hemos hecho referencia, se señala que la modalidad del fideicomiso depende del objeto y finalidad instituidos en el contrato, recalcando que para fines de clasificación el fideicomiso mercantil tiene las siguientes modalidades: de garantía, de administración, de inversión y el inmobiliario.

Establece esta norma que las modalidades indicadas no necesariamente son únicas, y que pueden existir contratos que combinen estas modalidades. La norma señala:

“Art. 17.- Modalidades de los fideicomisos mercantiles.- La modalidad de los fideicomisos depende del objeto y finalidad instituidos en el contrato, los cuales no necesariamente son únicos, por lo que bien puede o no existir un negocio fiduciario con una modalidad única. Para efectos de clasificación se pueden mencionar los siguientes:

1. De garantía...

2. De administración...

3. De inmobiliario: el 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.

4. De inversión...

...”

Por su parte, la Superintendencia de Compañías en el Mercado de Valores es el órgano ejecutor de la política general dispuesta por el Consejo Nacional de Valores, para ello a más de las funciones señaladas en la Ley de Compañías, a través de las Intendencias de Mercado de Valores, cumple funciones de control.

De tal forma, de acuerdo con la norma emitida por el Consejo Nacional de Valores, es el objeto y la finalidad, que establecidos en el contrato, los que determinarán la modalidad de inmobiliario de un fideicomiso mercantil.

Consiguientemente, la o las personas naturales o jurídicas que intervengan en el negocio en función de un proyecto que consista en el desarrollo o construcción de una lotización, urbanización, edificio, condominio, club, hotel, oficinas o cualquier otro esquema que necesite desarrollarse sobre un inmueble, constituirán un fideicomiso inmobiliario.

El objeto y finalidad (desarrollo o construcción de un proyecto inmobiliario) está íntimamente relacionado con la transferencia de bienes al patrimonio autónomo, bienes que generalmente serán inmuebles, pues no podemos concebir un emprendimiento o proyecto inmobiliario sin relacionarlo a bienes de esta naturaleza.

La fiduciaria en su rol y conforme las instrucciones dadas por el o los constituyentes en el contrato debe administrar y desarrollar con los bienes del patrimonio autónomo el proyecto inmobiliario, para ello, estará facultada a realizar las gestiones administrativas y legales ligadas y que sean necesarias para el desarrollo del emprendimiento.

Los beneficios que resulten del proyecto irán en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.

Para completar esta noción y guardando las diferencias con nuestra legislación, podemos citar a Rodríguez Azuero que, al referirse al caso colombiano, señala:

“la fiducia inmobiliaria supone la transferencia de un lote de terreno al fiduciario, que pasa a integrar un patrimonio autónomo, con el fin de desarrollar la construcción de un edificio, de manera que el fiduciario enajene al final las unidades de vivienda resultantes a los compradores interesados. Su presencia asegura y facilita entonces la recaudación de las cuotas periódicas y el desarrollo ordenado y progresivo del proyecto a través de etapas...”⁸⁰.

En definitiva, en Ecuador, el fideicomiso mercantil inmobiliario se concibe y goza de las características “generales” del contrato de fideicomiso, y se individualiza en cuanto su esencia requiere de la transferencia de un bien inmueble en el cual se desarrolle o con el cual se vincule el proyecto inmobiliario que los constituyentes desean ejecutar; como resultado de la ejecución del proyecto se obtendrán beneficios que deben ir en provecho de quienes se determine en el contrato.

⁸⁰ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 449.

A su vez, el fideicomiso inmobiliario puede tomar distintos matices, dependiendo de las necesidades y alcance del negocio que por medio de el se instrumenta⁸¹.

3. Naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil inmobiliario.

El fideicomiso mercantil inmobiliario goza de naturaleza similar del fideicomiso en general, así en relación a la misma es necesario establecer las siguientes consideraciones:

3.1 El fideicomiso mercantil como contrato, desde su origen es de aquellos que se basa en la confianza y, como se ha dicho, entraña el cumplimiento de una finalidad previamente determinada por el constituyente, que en el caso del fideicomiso inmobiliario implicará el desarrollo del proyecto inmobiliario; la consecución de la finalidad prevista en el contrato está a cargo de la fiduciaria, quien recibe las instrucciones del constituyente y, a pesar de no poder garantizar los resultados de su gestión, debe poner su máximo esfuerzo y responder por el trabajo encomendado. En contraprestación del servicio prestado y de la responsabilidad asumida tiene derecho a cobrar una remuneración.

La gestión que realice la fiduciaria en procura de lograr la finalidad prevista por el constituyente en el contrato, debe estar dirigida a beneficiar al propio constituyente o a un tercero, que se los considera beneficiarios del contrato.

En este contexto podemos señalar que el fideicomiso mercantil inmobiliario es un contrato: bilateral, oneroso, conmutativo, solemne y típico:

- La doctrina internacional señala que el fideicomiso mercantil es un contrato bilateral, lo cual de conformidad con el artículo 1455 del Código Civil las partes se obligan recíprocamente; Luis Claro Solar sostiene que la característica de un contrato bilateral es que da lugar al nacimiento de dos obligaciones principales y esenciales, correlativas la una de la otra.

En la legislación ecuatoriana la expresión más simple del fideicomiso mercantil implica obligaciones del fideicomitente o constituyente y a su vez obligaciones del fiduciario, muchas de ellas correlativas; debemos aclarar que en otros casos, cuando el beneficiario es un tercero, su derecho en el fideicomiso no necesariamente implica una obligación correlativa para con el constituyente o la fiduciaria.

Recalcamos la importancia de establecer el carácter bilateral de un Contrato, principalmente por dos circunstancias: la primera, para la aplicación de la teoría de los riesgos, es decir,

⁸¹ Ver punto 2.2.2 del punto 2 del Capítulo II del Título I de este trabajo.

para dilucidar quién debe soportar la pérdida de la cosa; la segunda, para efectos de la condición resolutoria tácita⁸².

En relación a la bilateralidad y particularmente con la resolución de este contrato, Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski señalan que coinciden con López de Zavalía, en cuanto en *“el campo de la resolución por incumplimiento que debiera ser una de las consecuencias de la bilateralidad, se da una particularidad, pues el remedio que trae la ley y que guarda el espíritu y sentido de la finalidad de instituto, consiste, para el fiduciante, en la remoción del fiduciario; no se sigue la resolución del contrato de fideicomiso que subsiste, con la sustitución del fiduciario. La ley provee un esquema de continuidad, frente al incumplimiento, para evitar precisamente la resolución como remedio”*⁸³.

En nuestra Ley de Mercado de Valores se establecen las causas por las cuales el contrato puede terminar⁸⁴, pero en ninguna de ellas considera el incumplimiento de una de las partes del contrato, lo cual es lógico en razón de que el fideicomiso es de los contratos que se desarrollan en el tiempo (tracto sucesivo) y no se agotan en un solo acto, por esta razón no puede aplicarse en este contrato la condición resolutoria tácita establecida en el artículo 1505 del Código Civil. La aplicación de la condición resolutoria tácita en este tipo de contrato rompería con su naturaleza y con la necesaria perdurabilidad de la que debe gozar hasta poder cumplir con la finalidad establecida en el contrato.

⁸² Artículo 1505 del Código Civil.

⁸³ Claudio M. Kiper y Silvio V. Lisoprawski: Ob. cit., pp. 186.

⁸⁴ El Art. 134 de la Ley de Mercado de Valores establece: *“Son causas de terminación del fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, además de las previstas en el contrato constitutivo, las siguientes:*

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

Así, por ejemplo, en el fideicomiso mercantil el incumplimiento de la fiduciaria que se encuadre en las causales previstas en el contrato o en la ley, acarrearía su sustitución y no la terminación del contrato.

- El contrato de fideicomiso mercantil es oneroso, pero lo es en virtud de la remuneración que por mandato de la Ley siempre se le debe cancelar a la Fiduciaria⁸⁵. No se debe confundir la onerosidad del contrato con lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, que dispone que la transferencia de bienes a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario, ya que hace relación exclusivamente a la transferencia la cual fundamentada en la confianza se da como medio necesario para que la fiduciaria pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato.

El carácter de oneroso del contrato sirve para determinar la clase de culpa que debe responder el deudor, la regla general está consagrada en el Art. 1563 del Código Civil y particularmente en la Ley de Mercado de Valores.

- El Contrato es también Conmutativo, ya que cada una de las partes se obliga a una cosa que se mira como equivalencia a lo que la otra parte se obligó a su vez⁸⁶, de manera que cada parte conoce el alcance de su prestación, por lo que generalmente desde un inicio los contratantes pueden apreciar el beneficio o pérdida que le produciría el Contrato. Así, por ejemplo, la remuneración de la fiduciaria será proporcional al trabajo y responsabilidad que asuma frente al constituyente.

La clasificación del Contrato en conmutativo es importante para la aplicación de acciones como por ejemplo la acción rescisoria por lesión enorme.

- El fideicomiso mercantil es un contrato solemne, pues así establece el Art. 110 de la Ley de Mercado de Valores cuando señala que deberá constituirse mediante instrumento público abierto, y, la transferencia de la propiedad al patrimonio autónomo a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes. En el caso del fideicomiso mercantil inmobiliario para la transferencia de bienes inmuebles al patrimonio autónomo debe cumplirse con la inscripción de la transferencia (a título de fideicomiso mercantil) en el Registro de la Propiedad.

En el Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores se establece el contenido básico del contrato.

⁸⁵ El Art. 132 de la Ley de Mercado de Valores establece: *“La actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil”*.

⁸⁶ Es por ello que el término conmutativo viene del latín “conmutativus” que significa igualdad o equivalencia.

Consecuentemente, este contrato se entenderá perfeccionado cuando se hallan observado los requisitos exigidos por la Ley para su validez.

- El fideicomiso es un contrato típico, esto es se encuentra tipificado o regulado en la ley, esta característica implica que se entienden incorporadas en él, sin necesidad de cláusula especial aquellas cosas que pertenecen a su naturaleza.

En función de lo expuesto en el fideicomiso, como todo contrato, cada parte simultáneamente es deudor y acreedor de la otra parte, por lo que las prestaciones asumidas por cada una deben ser cumplidas de tal manera que no cause perjuicio a la otra, entraña que sean cumplidas de buena fe y cuando no lo hacen, la ley reviste al acreedor de las facultades para conminar al deudor a cumplirlas.

3.2 El contrato de fideicomiso mercantil como negocio jurídico, cuenta con una estructura, que de conformidad con el Art. 1460 del Código Civil ecuatoriano, está compuesta por los elementos esenciales; por los elementos de la naturaleza; y, por los elementos accidentales.

Los elementos esenciales del contrato, estos son aquellos que no pueden faltar y de omitirse alguno de ellos, o no surte efecto alguno o degenera en otro contrato diferente, consisten en elementos comunes y elementos específicos.

En cuanto a los elementos esenciales comunes, es decir que corresponden por igual a todos los contratos, manifestamos que en lo relacionado a la capacidad y al consentimiento nos remitimos a las disposiciones generales de la ley y a lo particularmente dispuesto en la Ley de Mercado de Valores, lo cual analizaremos en otro punto de este trabajo, cuando tratemos los elementos subjetivos del contrato (Constituyente o Fideicomitente, la Fiduciaria y los Beneficiarios).

De conformidad con el Art. 1476 del Código Civil, toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar (entregar un objeto o cuerpo cierto, o pagar una cantidad de dinero), de hacer (otorgar un contrato o construir una obra material) o no hacer (abstenerse de hacer algo). En caso del fideicomiso mercantil cuando nos referimos al objeto del contrato hacemos alusión a los bienes que se transfieren al patrimonio autónomo y que están comprometidos al cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato; esta parte la analizaremos cuando tratemos sobre los elementos objetivos del contrato (el patrimonio autónomo y los bienes que lo integran).

Nuestra legislación dispone que no puede haber obligación sin causa real y lícita, pero que no es necesaria expresarla, pudiendo la pura liberalidad o la beneficencia ser causa suficiente; en el caso del fideicomiso mercantil la causa del contrato es la consecución de la finalidad dispuesta por el constituyente y a cargo de la fiduciaria, ya sea en beneficio del propio constituyente o de un tercero denominado beneficiario.

4. Efectos jurídicos.

El fideicomiso mercantil inmobiliario, como contrato, es fuente de obligaciones para las partes; algunas de estas obligaciones se desprenden de su propia naturaleza y encuentran su origen en la ley, sin embargo otras obligaciones nacen por lo estipulado entre las partes en el contrato. La flexibilidad brindada por el contrato permite que las partes puedan agregar a su conveniencia, siempre que se respeten las normas de orden público, las cláusulas contractuales que mejor les sean convenientes, así logran realizar un andamiaje jurídico para el caso que les ocupe.

Sin embargo, el principal y más interesante de los efectos producidos por la celebración del contrato, es que da lugar a la constitución de un patrimonio autónomo, que de conformidad con la ley *“es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad”*; este patrimonio está dotado de personalidad jurídica. El modo como nuestra ley concibe al patrimonio autónomo es una de las cosas que ha provocado interés y discusión; en su tiempo algunos valiosos abogados ecuatorianos mostraron gran desacuerdo e inconformidad con la forma como la Ley de Mercado de Valores introdujo esta ficción.

La transferencia de bienes al patrimonio autónomo implica que los bienes transferidos salgan del patrimonio del constituyente e ingresen al patrimonio del fideicomiso mercantil. En razón de la transferencia temporal e irrevocable, surge un tipo de propiedad especial, digo especial en razón de su carácter temporal y condicionado al cumplimiento de una finalidad.

Estos aspectos los complementaremos y ampliaremos posteriormente en este trabajo, cuando tratamos sobre el Patrimonio Autónomo.

Capítulo II

La etapa previa a la celebración del Contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

Consideramos importante la etapa precontractual, por ello deseamos hacer una breve referencia a algunos aspectos básicos que se han de considerar previo a la constitución del fideicomiso mercantil inmobiliario.

1. Las tratativas.

El contrato de fideicomiso es un contrato formal, en el cual, además del consentimiento de las partes, para su perfeccionamiento es necesario cumplir con las formalidades que la ley requiere para el caso; no obstante, ¿que rol tiene la etapa previa a la celebración del contrato?.

Luigi Ferri señala que *“la formación del contrato es normalmente precedida por una fase de tratativas”*, esto es, la fase que precede el momento de perfección y que está dirigida a desembocar en el acuerdo. Explica Ferri que los contratos pueden formarse de manera instantánea o progresiva; es instantánea cuando se suceden sin interrupciones la oferta y la aceptación, esto sucede en los contratos que tienen su contenido predeterminado en todo o en parte, mientras que, cuando el contenido del contrato que se discute es complejo o de gran importancia, la formación es progresiva pues amerita que las partes deben ir discutiendo el contenido del contrato y en muchos casos llegando a acuerdos parciales que luego formarán el contrato⁸⁷.

Por su parte Guillermo y Eduardo Ospina señalan que

“Si el consentimiento consiste en el concurso real de las voluntades de dos o más personas, es obvio que este requisito específico de las convenciones solamente existe en el momento en que todas y cada una de tales personas han manifestado sus voluntades convergentes hacia un mismo querer (in ídem placitum consensus), lo que natural y lógicamente supone, a lo menos, la sucesión de dos actos simples: la propuesta y su aceptación....

⁸⁷ Ferri, Luigi: Lecciones sobre el Contrato. Ediciones Andrés Bello, 2006, pp. 28 -29.

*... en la práctica puede ocurrir que el acuerdo de las voluntades de los interesados en la celebración de una convención o contrato implique un dilatado proceso en su formación*⁸⁸.

En el caso particular del fideicomiso mercantil inmobiliario, la etapa previa a la celebración del contrato, está dada por una serie de tratativas por medio de las cuales las partes van definiendo la forma como han de estructurar el negocio y los aspectos concretos que se expresarán en el contrato.

En consecuencia las tratativas tienen como finalidad establecer y solventar los puntos de divergencia existentes entre las partes, dar solución y modular las pretensiones de las partes y solventar los conflictos que puedan existir entre ellas, todo ello, con el objeto de formar la voluntad que ha de expresarse en el contrato. Sin duda, en esta etapa, las partes han de actuar con lealtad y buena fe.

En esta etapa las partes pueden sentar actas de constancia de los acuerdos parciales alcanzados. Sin embargo, salvo que las partes celebren verdaderos contratos preparatorios (que a nuestro criterio son posibles) al fideicomiso mercantil inmobiliario, los acuerdos dados en las tratativas no tienen carácter vinculante, efecto que se logrará tan solo el momento que se suscriba el contrato de constitución del fideicomiso, cumpliendo las formalidades exigidas en la ley.

Cabe recordar que el Código Civil ecuatoriano no se refiere a la etapa de las tratativas, sin embargo el Código de Comercio si lo hace cuando trata sobre la oferta y la aceptación, normas que no debería dejarse de considerar en algún caso concreto.

Adicionalmente, a más de lo dicho, si recordamos que el Art. 1576 del Código Civil, al referirse a la interpretación de los contratos, señala: “*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*”, no podemos dejar de considerar que lo manifestado en la etapa de las tratativas –siempre que exista constancia de ello, puede servir para establecer con certeza la intención de los contratantes y por ende ayudar a interpretar un contrato complejo.

2. Análisis de factibilidad del proyecto inmobiliario.

Al contrario de lo que se pueda pensar, los proyectos inmobiliarios son generalmente distintos unos de otros, pues siempre se ejecutarán en entornos distintos y tendrán que afrontar problemas diferentes.

⁸⁸ Ospina Fernández, Guillermo; y, Ospina Acosta, Eduardo: Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis S.A., séptima edición, Bogotá, 2005, pp. 145.

Para lograr solventar las dificultades de cada caso y dar viabilidad al emprendimiento inmobiliario siempre se requerirá de un proyecto que contenga las ideas, la planificación, los procesos y productos, defina las acciones y el alcance de las mismas, determine los participantes y las funciones de los mismos, entre otros aspectos importantes.

Como en el fideicomiso mercantil inmobiliario siempre se ha de contar con un punto de equilibrio que permita definir que se han cumplido las condiciones que determinen la viabilidad del proyecto, es recomendable que previo a la celebración del contrato, se analice la factibilidad de dicho proyecto.

A más de tener en cuenta aquellos aspectos que ya mencionamos en el punto 2 del Capítulo I del Título I de este trabajo, se debe analizar el entorno y la rentabilidad para saber si el proyecto es posible y conveniente.

El análisis de factibilidad del proyecto inmobiliario, implícitamente implica la definición del proyecto y la definición o corrección de aquellos aspectos que puedan afectarlo.

En un estado de prefactibilidad, César Baquerizo Arosemena manifiesta, se debe examinar *“el potencial de todo el proyecto (insumos, tecnología, bienes sustitutos, mercado, reglamentación, costos, etc.)”*, para ello se utiliza información secundaria, y se revisa los riesgos internos y externos y cuales son las variaciones críticas; en cambio, en análisis de factibilidad, *“se mejoran las variables claves, se recolecta información primaria, se examinan detalladamente las alternativas para reducir el riesgo. En esta etapa se toma la decisión final de hacer o no el proyecto, y cuál”*⁸⁹.

En consecuencia, el análisis de factibilidad del proyecto define si se lleva adelante o no el mismo, cosa que es importante sea cual fuere el vehículo por el cual se opte ejecutar el mismo, más aún, cuando en esta modalidad de contrato es requisito que constituido el fideicomiso para iniciar la obra se determine si se ha cumplido o no con un punto de equilibrio.

3. La elección de la fiduciaria.

En Ecuador sólo las administradoras de fondos y fideicomisos pueden actuar como fiduciarias y administrar negocios fiduciarios; están sujetas al control de la Superintendencia de Compañías, órgano que debe otorgar la autorización de funcionamiento y disponer su inscripción en el Registro de Mercado de Valores. Consiguientemente, sólo una compañía

⁸⁹ Baquerizo Arosemena, César: Ob. cit., pp. 63.

legalmente constituida y autorizada para el efecto podrá administrar un fideicomiso mercantil.

Si los constituyentes son personas naturales o jurídicas de derecho privado, en virtud de la autonomía de la voluntad y libertad de contratación, podrán elegir a cualquiera de las compañías fiduciarias que operan en el país para que administre el fideicomiso inmobiliario, sin otras consideraciones que las de su experiencia en la administración de este tipo de negocios, su reconocimiento en el mercado, su oferta de servicios, sus honorarios, la conveniencia de su oferta, etc., es decir, en el ámbito netamente privado, la selección de la fiduciaria no entraña limitación alguna y está condicionada sólo por los intereses y conveniencia de los constituyentes.

Al contrario, en el ámbito público, cuando entidades y organismos del sector público van a participar en un negocio fiduciario debe regirse a un proceso reglado.

La Ley de Mercado de Valores establece, en el numeral 9 del Art. 27, como atribución del Consejo Nacional de Valores la facultad de *“expedir normas de carácter general para los procesos de fiducia que lleven a cabo las entidades y organismos del sector público en los que se observarán las disposiciones previstas en esta Ley”*.

En la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores se establece que cuando entidades y organismos del sector público deban contratar una compañía administradora de fondos y fideicomisos, el proceso de contratación estará a cargo de un comité de contratación, el cual estará conformado de acuerdo a las normas que le rijan.

El comité de contratación deberá, por lo tanto, realizar la convocatoria, calificación y selección de la fiduciaria.

La convocatoria debe efectuarse mediante una publicación en un diario de amplia circulación nacional, por tres días consecutivos, y establecerán el plazo para la adquisición de las bases de selección.

Las bases indicarán la metodología de evaluación, el plazo del contrato que se propone celebrar, el objeto y condiciones de los servicios requeridos, las demás condiciones especiales del proceso.

Para la calificación a las administradoras de fondos y fideicomisos se requerirá entre otros aspectos: certificados emitidos por la Superintendencia de Compañías con los cuales se acredite la existencia legal, cumplimiento de obligaciones y de estar al día en la presentación de la información; los estados financieros de los tres últimos años, con sus

informes auditados; nómina actualizada de accionistas; descripción de la infraestructura técnica y de los recursos humanos; certificado de la Contraloría General del Estado sobre el cumplimiento de contratos; y, los demás que se establezcan para el proceso. Sin embargo, deberá siempre requerirse en el proceso el costo o tarifa por los servicios de administración fiduciaria y el detalle de los montos de negocios fiduciarios administrados.

La selección se basará en criterios de capacidad jurídica; capacidad técnica, económica y operativa; experiencia en el negocio; capacidad técnica y profesional del personal a ser asignado para la prestación del servicio ofertado; condiciones de la oferta técnica y económica; y, no haber sido objeto de sanciones administrativas previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 208 de la Ley de Mercado de Valores, en los doce meses anteriores a la convocatoria.

Sin embargo, cuando la fiduciaria es una entidad de derecho público (como por ejemplo la CFN o el Banco Central) la contratación puede ser directa.

4. Elección y estructuración del esquema contractual.

Para la formulación del contrato de constitución del fideicomiso es necesario que previamente se haya elegido y definido el proyecto inmobiliario, y se determine el esquema contractual.

El rol de la fiduciaria en la formulación y definición del esquema contractual es muy importante, pues ésta, como ente profesional buscará detectar las necesidades particulares del cliente, para darles solución y plasmarlas en el contrato. Así, en el ámbito privado, la definición del esquema contractual se realiza en dialogo con la fiduciaria.

Generalmente, la fiduciaria al ofertar sus servicios hará la propuesta del esquema fiduciario, y con ella se abre la posibilidad de concretar la forma del contrato. Lo cierto es, que antes de la firma del contrato, es preciso definir un esquema contractual que satisfaga de manera completa los intereses de las partes.

En los procesos de la fiduciaria se contemplarán los pasos necesarios previos que debe dar su personal, con el objeto de llegar a la celebración del contrato; la propuesta del esquema, el análisis del riesgo y la aprobación de un comité fiduciario, entre otros aspectos, deben garantizar la debida estructuración del negocio fiduciario.

En el ámbito público, si el negocio es complejo, antes de la contratación de la fiduciaria, es preciso definir el esquema contractual, para ello podría contratarse previamente el estudio

para formular el esquema contractual, o, se podría contratar con la fiduciaria y ésta a más de administrar el negocio contribuir en su estructuración.

5. Celebración de acuerdos preparatorios.

Consideramos viable que las partes puedan celebrar acuerdos o contratos previos o preparatorios del fideicomiso mercantil inmobiliario.

Por ejemplo, se puede celebrar un acuerdo para generar las condiciones necesarias, mediante obligaciones que asuman cada parte y que se estipulen expresamente, con el objeto de sortear dificultades a fin de que en un futuro se pueda celebrar un fideicomiso inmobiliario.

Acuerdo previos por los cuales los propietarios de terreno se obliguen a no enajenar, ni gravar o limitar el dominio que tengan sobre los inmuebles por un tiempo determinado y mientras se realicen estudios; o, que permitan generar las facilidades necesarias, para que los promotores puedan realizar los estudios técnicos y materiales necesarios para la construcción del proyecto.

Estos acuerdos pueden contener obligaciones de hacer, que en términos del Art. 1569 del Código Civil pueden dar lugar a que el deudor indemnice a la parte cumplida, de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato; indemnización de perjuicios que comprendería el daño emergente y el lucro cesante, ya sea porque no se cumplió la obligación, o se cumplió imperfectamente, o se retardó el cumplimiento.

Creemos que se podrían también celebrar contratos de promesa de transferir como aporte a un fideicomiso mercantil inmobiliario un determinado bien, o, quizá incluso las partes se puedan comprometer en un contrato de promesa a celebrar en un futuro un fideicomiso mercantil, pues la promesa de celebrar un contrato es un acuerdo al que la ley asigna efectos propios y específicos, distintos de los que produce el contrato prometido, siempre que se cumplan los requisitos generales establecidos en el Art. 1570 del Código Civil que señala:

“Art. 1570.- La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes:

1.- Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código;

2.- Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces;

3.- Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y,

4.- Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente.”

En conclusión, para que la promesa de celebrar un fideicomiso mercantil inmobiliario o la promesa de realizar el aporte de un bien inmueble al patrimonio autónomo, exista y sea válida, se requerirá que dicho contrato cumpla con las formalidades mínimas como por ejemplo que dicha promesa se realice bajo la solemnidad de escritura pública.

Capítulo III

Celebración y efectos del Contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

El presente capítulo comprende el análisis de los elementos y requisitos que deben concurrir para la celebración del contrato, las partes que comparecen al mismo, y sus principales efectos y características.

1. Celebración y formalidades.

1.1 De conformidad con nuestro Código Civil, al establecer en el Libro IV la clasificación de los contratos, señala en el Art. 1459, que por la forma de perfeccionarse los contratos es: *i*. Real, cuando para su perfeccionamiento se requiere de la tradición de la cosa a que se refiere; *ii*, es Solemne, cuando para su perfeccionamiento está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de tal forma que sin ellas no surte ningún efecto civil; y, *iii*, es Consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

Al respecto, cabe citar a Rodríguez Azuero que, analizando el fideicomiso mercantil en el derecho comparado resalta que en muchos países este contrato es solemne; así, señala: *“Sobre el formalismo y las solemnidades podemos afirmar que existe una amplia gama de posibilidades que oscila entre la perfección del contrato, por simple manifestación verbal, propia de la forma consensual, hasta la existencia de requisitos solemnes, como constar en escrito auténtico o en escritura pública...”*⁹⁰.

Como lo hemos expresado ya en este trabajo (ver punto 3.1, punto 3, Capítulo I, Título II), el fideicomiso mercantil en general y por ende el inmobiliario, en Ecuador es un contrato solemne, consiguientemente, para su perfeccionamiento debe observarse los requisitos exigidos por la Ley para su existencia, y por ende para su validez.

El primer inciso del Art. 110 de la Ley de Mercado de Valores señala que *“el fideicomiso mercantil deberá constituirse mediante instrumento público abierto”*, y resalta esta norma que *“Cuando al patrimonio del fideicomiso mercantil se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la ley exija la solemnidad de escritura pública, se cumplirá con este requisito”*.

Al respecto, Rodríguez Azuero manifiesta que, *“como el fideicomiso importa la tradición o transferencia de bienes y derechos, debe someterse a las formalidades establecidas en*

⁹⁰ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 191.

*cada legislación, que en la mayor parte de los casos impondrán el registro en la oficina competente para aquellos negocios que versen sobre inmuebles...*⁹¹.

Por ello, en Ecuador el fideicomiso mercantil inmobiliario debe constituirse por escritura pública, y al estar siempre vinculado con la transferencia de bienes inmuebles al patrimonio autónomo deberá inscribirse dicha transferencia en el Registro de la Propiedad.

Cabe resaltar el hecho de que, por ende, en nuestro país no será lícito la celebración de fideicomisos mercantiles secretos o confidenciales. Podemos citar a Mario A. Carregal que sobre este tema dice *“El fideicomiso es un negocio jurídico realizado públicamente, que no implica por sí mismo ocultamiento ni simulación. Podrá haber algún fideicomiso simulado, como también se podrán simular otros negocios jurídicos. Pero el primero no es, respecto a los segundos, ni más ni menos apto como medio de simulación... El negocio oculto no será entonces un fideicomiso”*⁹².

Sin embargo, el instrumento público no es sino la forma en la que se contiene el contrato, requisito de celebración que es necesario para la existencia, pero existen también otros requisitos que se deben cumplir para la validez del mismo.

En este contexto y siguiendo el esquema contenido en el Art. 1460 del Código Civil⁹³, tratemos de esquematizar los elementos del fideicomiso mercantil inmobiliario para establecer las formalidades que debe cumplir:

a. Elementos de la esencia.- El Código Civil señala que son de la esencia aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; si consideramos que solamente aquello que nace a la vida jurídica es capaz de surtir efectos, los elementos de la esencia son aquello que son necesarios para la existencia del contrato.

La doctrina señala que los elementos de la esencia son comunes y específicos; todos los contratos deben cumplir en general con los primeros y en particular con los segundos.

Son elementos esenciales comunes la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa; de manera general, estos requisitos permitirán –siempre que se cumplan con las demás formalidades exigidas por la ley- la existencia del contrato, sin embargo, para que el

⁹¹ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 193.

⁹² Carregal, Mario A.: Ob. cit., pp. 74.

⁹³ “Art. 1460.- Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

contrato además de existente sea válido⁹⁴, se ha de exigir: que la capacidad sea la requerida por la ley para cada acto y de acuerdo al sujeto actuante en el mismo; que el consentimiento sea libre de vicios; que el objeto sea lícito; y, que la causa sea lícita.

Así, el Art. 1461 del Código Civil señala:

“Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

- Que sea legalmente capaz;*
- Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;*
- Que recaiga sobre un objeto lícito; y,*
- Que tenga una causa lícita.*

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

Consiguientemente, en relación a la capacidad, como la aptitud que asigna la ley a las personas para hacerlas titulares de la facultad de adquirir derechos y de ejercitarlos, deberá observarse en cada caso las normas aplicables al sujeto que participe en la constitución del contrato. Por ejemplo, no es lo mismo que el constituyente de un fideicomiso mercantil inmobiliario sea, una persona natural o una persona jurídica, y en éste último caso si es una de derecho público o derecho privado; en el caso de las personas jurídicas habrá que observar si no existen prohibiciones que la ley o sus normas imponga para la celebración del fideicomiso inmobiliario, o, si requieren autorizaciones especiales para hacerlo, o quienes tienen la facultad de representarlos en la constitución.

Por otra parte, es preciso diferenciar entre ausencia de consentimiento, del supuesto distinto de consentimiento viciado; en el primer caso no puede hablarse de acuerdo de voluntades y, en el segundo, nos encontramos frente al error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento.

En cuanto al consentimiento en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario se requiere que los constituyentes presten su consentimiento libre de vicios; en particular hemos de recordar que los constituyentes tengan pleno conocimiento del negocio que realizan y que esta manifestación de voluntad se preste cumpliendo las exigencias que las normas señalan.

⁹⁴ Un contrato que nace a la vida jurídica produce todos los efectos a los que está llamado a producir, si no fuese nulo, hasta que se declare la nulidad.

El objeto del fideicomiso mercantil inmobiliario implicará la realización de un proyecto inmobiliario, el cual puede entrañar a su vez obligaciones de dar (entregar un objeto o cuerpo cierto o pagar una cantidad de dinero), hacer (otorgar un contrato o construir una obra material) o no hacer alguna cosa (abstenerse de hacer algo); tanto respecto a derechos personales como a los derechos reales. No obstante, todas ellas enmarcadas en la licitud del mismo.

Por lo tanto, es condición de validez del contrato que el objeto sea lícito; de conformidad con el Código Civil señala que hay objeto ilícito: *i.* En todo lo que contraviene al derecho Público ecuatoriano (Art. 1478); *ii.* Cuando el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva es objeto de una donación o contrato, aún cuando intervenga el consentimiento de la misma persona (Art. 1479); *iii.* En la enajenación (Art. 1480): de las cosas que están fuera del comercio; de los derechos y privilegios que no pueden transferirse a otras personas; de las cosas embragadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello; *iv.* En la condonación del dolo futuro (art. 1481); y, *v.* En las deudas contraídas en los juegos de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida, láminas, pinturas estatuas obscenas, etc. (art. 1482).

El Art. 1483 del Código Civil establece, en el inciso segundo, que se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato. Carlos A. Molina dice que cabe preguntarse ¿cuál es la causa en el contrato de fideicomiso? o ¿Cuál es la razón determinante de este negocio?, este autor manifiesta que la causa no es única y que dependerá de las características particulares y de las circunstancias fácticas de cada caso, sin embargo, dice, deben diferenciarse grandes grupos –tipos de fideicomisos- que encuentran su punto distintivo en la finalidad “general” o “común” perseguida por las partes, por ello dice que la causa será administración, garantía, inversión, etc., y que éstas finalidades genéricas dan lugar a los distintos tipos de fideicomiso; concluyendo que *“la generalización de determinada utilización del negocio fiduciario signa la causa fin de cada contrato”*, con lo que la causa tendría una gran conexión con los llamados *“fines del fideicomiso”*⁹⁵.

En nuestra legislación debe entenderse la causa como causa final, esto es, se la entiende como la fuerza determinante o el propósito inmediato e invariable de todo acto o contrato en cada caso concreto; por lo que en el fideicomiso mercantil inmobiliario, la causa será llevar adelante la realización de un proyecto inmobiliario. Ahora, la causa debe ser real, para evitar los contratos simulados; y, lícita, esto es no contraria a las buenas costumbres, al orden público o a la ley.

⁹⁵ Molina Sandoval, Carlos A.: Ob. cit., pp. 61 -62.

Esto en cuanto a los elementos esenciales comunes; pero, ¿cuales son los elementos esenciales específicos en el fideicomiso mercantil inmobiliarios?.

Siguiendo la idea de Mario A. Carregal, quien señala que, *“los dos componentes fundamentales de este negocio jurídico consisten en la existencia de un encargo y en la transferencia de propiedad fiduciaria de los bienes sobre los que recaerá su ejecución”*, resaltando que esta unión o conjunción *“no se presenta en ninguna otra figura legal y por su unidad ideológica se la distingue con claridad, cualquiera fuese la complejidad o la simpleza de la transacción en que se la utilice”*⁹⁶. Dice el autor que, el fiduciante (constituyente) *“transfiere la propiedad a título de confianza, porque tiene la convicción de que el fiduciario habrá de cumplir el encargo que acepta ejecutar”*⁹⁷.

Partiendo de esta idea general, creemos entonces que, son elementos esenciales específicos del fideicomiso mercantil inmobiliario, la transferencia de bienes al patrimonio autónomo a título de fideicomiso mercantil y las instrucciones dadas a la fiduciaria para que ésta administre los bienes con el objeto de lograr la realización del proyecto inmobiliario.

b. Elementos de la naturaleza.- Son aquellos que no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; en el caso del fideicomiso mercantil en general, y por ende en el inmobiliario, son varios los elementos de la naturaleza del contrato, como: el carácter de irrevocable de las instrucciones que imparte el constituyente a la fiduciaria; la naturaleza de la transferencia de los bienes a título de fideicomiso mercantil frente a la cual nace la propiedad fiduciaria con su carácter de temporal y sujeta a una finalidad; la función de confianza de la fiduciaria y su gestión de medios y no de resultados; la inembargabilidad de los bienes del patrimonio autónomo; entre otras.

c. Elementos accidentales.- Son aquéllos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales; esto es, condiciones, plazos y modos, que las partes pueden agregar libremente en la estructuración del negocio.

1.2 En el Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores se establece el contenido básico del contrato⁹⁸, entre ellos se enumeran unos requisitos mínimos del contrato, como son la identificación del o los constituyentes y del o los beneficiarios; la declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima, que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del

⁹⁶ Carregal, Mario A.: Ob. cit., pp. 71.

⁹⁷ Carregal, Mario A.: Ob. cit., pp. 72.

⁹⁸ En el siguiente punto de este trabajo anotamos las normas que regulan el contenido del contrato.

constituyente o a terceros; la transferencia de los bienes en fideicomiso mercantil; los derechos y obligaciones a cargo del constituyente, de los constituyentes adherentes, en caso de haberse previsto su adhesión, del fiduciario y del beneficiario; las remuneraciones a las que tenga derecho el fiduciario por la aceptación y desempeño de su gestión; la denominación del patrimonio autónomo; las causales y forma de terminación del fideicomiso; las causales de sustitución del fiduciario y el procedimiento que se adoptará para tal efecto; y, las condiciones para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil.

Si la Ley de Mercado de Valores exige unos requisitos mínimos del contrato, entre ellos, como se verá la transferencia de bienes al patrimonio autónomo, la aceptación por parte de la fiduciaria de la gestión encomendada, etc. entendemos que la falta de estos puede acarrear la nulidad del contrato, sin embargo, falta establecer claramente en la ley si su ausencia acarreará nulidades absolutas o relativas. En nuestro criterio, la ausencia de alguno de ellos puede acarrear nulidad absoluta en unos casos, como por ejemplo si hay objeto ilícito, el contrato podría ser inexistente si no existe transferencia de bienes al patrimonio autónomo, o, si no se estableció el procedimiento de sustitución de la fiduciaria podría ser motivo de una nulidad relativa.

En el Título V de los Negocios Fiduciarios de la Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores⁹⁹, cuando trata sobre la conformación del negocio fiduciario, ratifica que el contrato de fideicomiso mercantil se debe otorgar mediante la suscripción de escritura pública, y, el Art. 2 dispone que el contrato debe redactarse en términos sencillos, que sea de clara comprensión y que refleje fielmente las condiciones jurídicas y económicas que se deriven del mismo, así como que se encuentre determinando su objeto y las instrucciones; transcribamos la norma referida:

“Art. 2.- Redacción del contrato.- Los contratos deben redactarse en términos sencillos, de forma tal, que sean de clara comprensión y reflejen con fidelidad y precisión, las condiciones jurídicas y económicas que se deriven del contrato, determinando claramente, el objeto del fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario y las instrucciones que harán viable el mismo.”

La Codificación, por el artículo siguiente al transcrito, prohíbe expresamente que en el contrato se agreguen cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original, o impliquen un menoscabo ilícito de algún derecho ajeno; esta misma norma exige que los contratos de adhesión a los fideicomisos contemplen los requisitos que señala la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y demás leyes aplicables o pertinentes, para cada caso.

⁹⁹ Resolución No. CNV-008-2006.

Así, por ejemplo, de acuerdo con el Art. 41 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor el contrato de adhesión debe “*estar redactado con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos¹⁰⁰, de acuerdo a las normas informáticas internacionales, en términos claros y comprensibles y no podrá contener remisiones a textos o documentos que, no siendo de conocimiento público, no se faciliten al consumidor previamente a la celebración del contrato*”.

Además, en el Art. 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se dispone que son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que limiten la responsabilidad de los proveedores por vicios de cualquier naturaleza de los servicios prestados; impliquen renuncia a los derechos que dicha Ley reconoce a los consumidores; inviertan la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; permitan al proveedor de servicios la variación unilateral del precio o de cualquier condición del contrato; autoricen exclusivamente al proveedor a resolver unilateralmente el contrato; entre otras.

1.3 De acuerdo con el numeral 11 del Art. 18 de la Ley de Mercado de Valores, en el Registro del Mercado de Valores deberán inscribirse “*Los contratos de fideicomiso mercantil y de encargos fiduciarios, de conformidad con las normas de carácter general que para el efecto dicte el C.N.V.*”.

Desarrollando lo establecido en la Ley, la Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores señala que –entre otros- en el Registro del Mercado de Valores se debe inscribir los fideicomisos mercantiles inmobiliarios; esto es, una vez constituidos, la fiduciaria debe proceder al registro, requiriéndose para el efecto una solicitud de inscripción suscrita por el representante legal de la fiduciaria, a la que se debe adjuntar copia de la escritura pública del contrato de fideicomiso y la ficha registral¹⁰¹ correspondiente.

1.4 A manera de conclusiones podemos decir que el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario debe otorgarse por escritura pública; que el fideicomiso mercantil como negocio jurídico necesita cumplir con unos elementos básicos de su estructura; el contrato por mandato legal requiere de un contenido mínimo, el cual lo analizaremos en el siguiente punto de este trabajo; y que, el contrato debe ser inscrito en el Registro de la Propiedad por

¹⁰⁰ Por mandato legal, cuando un contrato de adhesión esté escrito con determinado tamaño de caracteres y existiese además, textos escritos con letras o números significativamente más pequeños, éstos se entenderán como no escritos.

¹⁰¹ La ficha registral es un formulario normalizado y expedido por el órgano de control, por el cual la fiduciaria pone en conocimiento de la autoridad la información requerida para cada acto.

la transferencia del bien inmueble que se aporte al patrimonio autónomo, y en el Registro del Mercado de Valores.

2. Contenido del contrato.

Para establecer cual a de ser el contenido del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario hemos de partir considerando el Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores, el cual establece el contenido básico del contrato de fideicomiso mercantil:

“Art. 120.- Contenido básico del contrato.- El contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios deberá contener por lo menos lo siguiente:

1.- Requisitos mínimos:

a) La identificación del o los constituyentes y del o los beneficiarios;

b) Una declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos tienen procedencia legítima; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros;

c) La transferencia de los bienes en fideicomiso mercantil y la entrega o no cuando se trate de encargos fiduciarios;

d) Los derechos y obligaciones a cargo del constituyente, de los constituyentes adherentes, en caso de haberse previsto su adhesión, del fiduciario y del beneficiario;

e) Las remuneraciones a las que tenga derecho el fiduciario por la aceptación y desempeño de su gestión;

f) La denominación del patrimonio autónomo que surge como efecto propio del contrato;

g) Las causales y forma de terminación del fideicomiso mercantil;

h) Las causales de sustitución del fiduciario y el procedimiento que se adoptará para tal efecto; e,

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

2.- Además, el contrato podrá contener elementos adicionales, tales como:

a) La facultad o no y la forma por la cual el fiduciario pueda emitir certificados de participación en los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil, los mismos que constituyen títulos valores, de conformidad con las normas de titularización que dicte el C.N.V.; y,

b) La existencia o no de juntas de beneficiarios, de constituyentes o de otros cuerpos colegiados necesarios para lograr la finalidad pretendida por el constituyente.

3.- En los contratos no se podrán estipular cláusulas que signifiquen la imposición de condiciones inequitativas e ilegales, tales como:

a) Previsiones que disminuyan las obligaciones legales impuestas al fiduciario o acrecienten sus facultades legales en aspectos importantes para el constituyente y/o beneficiario, como aquellas que exoneren la responsabilidad de aquél o se reserve la facultad de dar por terminado el contrato anticipadamente o de apartarse de la gestión encomendada, sin que en el contrato se hayan indicado expresamente los motivos para hacerlo y se cumplan los trámites administrativos a que haya lugar;

b) Limitación de los derechos legales del constituyente o beneficiario, como el de resarcirse de los daños y perjuicios causados, ya sea por incumplimiento o por defectuoso cumplimiento de las obligaciones del fiduciario;

c) La determinación de circunstancias que no se hayan destacado con caracteres visibles en la primera página del contrato al momento de su celebración, a partir de las cuales se derive, sin ser ilegal, una consecuencia en contra del constituyente o beneficiario, o que conlleve la concesión de prerrogativas a favor del fiduciario;

d) Previsiones con efectos desfavorables para el constituyente o beneficiario que aparezcan en forma ambigua, confusa o no evidente, y, como consecuencia, se le presenten a éste discrepancias entre los efectos esperados o previsibles del negocio y los que verdaderamente resulten del contenido del contrato;

e) La posibilidad de que quien debe cumplir la gestión encomendada sea otra persona diferente al fiduciario, sustituyéndose así como obligado, salvo que por la naturaleza del contrato se imponga la necesidad de hacerlo en personas especializadas en determinadas materias; y,

f) Las que conceden facultades al fiduciario para alterar unilateralmente el contenido de una o algunas cláusulas, como aquellas que permitan reajustar unilateralmente las prestaciones que correspondan a las partes contratantes.”

La norma transcrita se complementa con el Art. 4 de la Sección I, del Capítulo I que trata del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario de la Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, que establece los elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios, manifestando:

“Art. 4.- Elementos fundamentales de los contratos de negocios fiduciarios.- Tanto los contratos de fideicomiso mercantil como los de encargos fiduciarios, cuando corresponda, deberán estipular, además de los requisitos señalados en la Ley de Mercado de Valores, lo siguiente:

1. Objeto y finalidad del negocio fiduciario: se debe determinar expresamente en todos los negocios fiduciarios, la finalidad que persigue con el contrato que se celebra.

Además, deberá señalarse expresamente si éste es de administración, de garantía, de inmobiliario, de inversión u otro.

2. Instrucciones: comprenderá las gestiones o actividades específicas que debe realizar la fiduciaria, conducentes a cumplir con la finalidad del negocio fiduciario, haciendo una enunciación clara y completa de las mismas y la forma cómo se llevarán a cabo dichas instrucciones, según el tipo de negocio fiduciario a celebrarse.

3. Información de los intervinientes: el contrato de negocio fiduciario debe contener la identificación, la nacionalidad, el estado civil, domicilio y la condición en que comparecen las partes.

4. Bienes: deben detallarse las características y las condiciones de cada uno de los bienes que el constituyente transfiere o se compromete a transferir, para el caso de fideicomiso; o a entregar, tratándose de encargo fiduciario.

5. Obligaciones y derechos de las partes contratantes: se determinarán las obligaciones y derechos de la fiduciaria, fideicomitente y beneficiario, así como de cualquier otra parte que pueda comparecer en la celebración del contrato. En todo caso, las limitaciones o restricciones a tales derechos y obligaciones, deberán

convenirse con arreglo a lo establecido en la Ley de Mercado de Valores y en este capítulo.

6. Remuneración: se expresará claramente los valores o la forma de calcular la remuneración que percibirá la fiduciaria por su gestión, así como la forma, fuente de pago y oportunidad en que la misma será liquidada y cobrada.

7. Transferencia de activos a la terminación del contrato de fideicomiso: deberá señalarse la forma como se transferirán los activos del fideicomiso que existan al momento en que ocurra cualquiera de las causales de la terminación del contrato, previstas en el mismo o en la Ley, indicando las circunstancias que resulten pertinentes para el efecto, así como, la forma como se atenderán las obligaciones generadas en el negocio, cuando a ello haya lugar.

En el contrato podrá establecerse que, cuando en la liquidación del mismo no haya sido factible la entrega de los bienes al beneficiario, éstos serán consignados judicialmente, conjuntamente con la rendición final de cuentas.

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.

9. Emisión de valores en procesos de titularización: el contrato de fideicomiso mercantil puede establecer la forma por la cual el fideicomiso mercantil emitirá valores en procesos de titularización, de conformidad con lo establecido en el Título XVI de la Ley de Mercado de Valores y esta codificación.

10. Gastos: deberán señalarse expresamente los gastos que estarán a cargo del negocio fiduciario, particularmente aquellos que no correspondan a la operación normal del mismo, así como aquellos que serán asumidos por una o más de las partes que intervienen en el negocio fiduciario.

11. Rendición de cuentas: en el contrato deben establecerse los parámetros, forma y periodicidad a los cuales debe sujetarse la rendición, siendo entendido que esta obligación comporta el deber de informar, de manera detallada y pormenorizada, al constituyente, al constituyente adherente y al beneficiario, de la gestión encomendada durante el respectivo período, justificando y demostrando con medios idóneos el cumplimiento de dicha labor, para lo cual debe indicar los sustentos que documentan la información presentada.

En el contrato debe establecerse la periodicidad de la rendición de cuentas al constituyente y al beneficiario.

12. Reformas al contrato: en los contratos de negocios fiduciarios debe señalarse el procedimiento para reformar el contrato señalando quiénes deben intervenir para su reforma.

13. Exclusión de responsabilidad de la Superintendencia de Compañías: en todo contrato de negocio fiduciario deberá constar la mención expresa de que este acto no implica, por parte de la Superintendencia de Compañías ni de los miembros del Consejo Nacional de Valores, responsabilidad alguna ni garantía sobre el cumplimiento del objetivo y finalidad del contrato.”

En consecuencia y de manera general el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario deberá contener:

- a)** La identificación de las partes del contrato, esto es, del o los constituyentes, del o los beneficiarios y de la fiduciaria; señalando sus nombres o razón social, nacionalidad, estado civil, domicilio y la condición en que comparecen.
- b)** El objeto y finalidad del fideicomiso inmobiliario, señalando expresamente su condición de inmobiliario.
- c)** La transferencia de los bienes que se fideicomiten; detallándose sus características y las condiciones de cada uno de los bienes que el constituyente transfiere o se compromete a transferir.
- d)** La denominación del patrimonio autónomo que nace como efecto de la celebración del contrato.
- e)** La declaración juramentada del constituyente de que los dineros o bienes transferidos al fideicomiso tienen procedencia legítima; que el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que con su celebración no se irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros.

Así como la mención expresa de que el contrato no implica, para la Superintendencia de Compañías ni para los miembros del Consejo Nacional de Valores, responsabilidad alguna ni garantía sobre el cumplimiento del objetivo y finalidad del mismo.

f) Las instrucciones impartidas por los constituyentes, por las cuales se establecerán de manera clara y completa, las gestiones y actividades que debe realizar la fiduciaria con el objeto de cumplir con la finalidad del fideicomiso, y la forma como se llevarán esas instrucciones; cabe indicar que en el caso del fideicomiso mercantil inmobiliario es necesario que se establezca un punto de equilibrio del proyecto, cumplido el cual se iniciará el proceso de construcción.

g) Los derechos y obligaciones de las partes contratantes, esto es, de la fiduciaria, del o los constituyentes y de los beneficiarios, y de cualquier otra parte que pueda comparecer en la celebración del contrato, así como de los constituyentes adherentes, en caso de haberse previsto su adhesión

h) Los órganos del fideicomiso mercantil, esto en caso de que se pactaren; en el fideicomiso inmobiliario se suele pactar que exista una junta de fideicomiso para la toma de decisiones, no obstante sus resoluciones no pueden alterar, ni en todo ni en parte, el objeto o la finalidad del contrato.

i) La remuneración a las que tenga derecho la fiduciaria por su gestión, expresando valores o la forma de calcular la misma, así como la forma, fuente de pago y oportunidad en que será liquidada y cobrada.

j) Las causales y forma de terminación del fideicomiso mercantil.

k) Las causales de sustitución de la fiduciaria y el procedimiento que se adoptará para el caso.

l) Las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil; por lo que se deberá determinar la forma como se transferirán los activos del fideicomiso que existan al momento en que ocurra cualquiera de las causales de terminación del contrato, el reparto de beneficios, y, la manera como se atenderán las obligaciones generadas en la ejecución del proyecto

Deben expresarse también los gastos a cargo del fideicomiso, determinando aquellos que deben ser asumidos cada una o de las partes que intervienen en el contrato.

m) La obligación de la fiduciaria de entregar a las partes la rendición de cuentas, la forma y la de la misma.

n) El procedimiento para reformar el contrato.

Por otra parte, están prohibidas las cláusulas que contravengan lo dispuesto en el numeral 3 del Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores, entre ellas, las que disminuyan las obligaciones legales impuestas al fiduciario o acrecienten sus facultades legales en aspectos importantes para el constituyente o el beneficiario, no cabe tampoco aquellas que exoneren la responsabilidad de la fiduciaria o se reserve la facultad de dar por terminado el contrato anticipadamente; así como las que limiten de cualquier forma los derechos conferidos por la ley a los constituyentes o beneficiarios.

3. De las partes que intervienen en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario.

Es propio de los contratos que estos sean originados por el acuerdo de voluntades de dos o más personas “*sobre un objeto de interés jurídico*”, siendo el consentimiento de las partes un elemento esencial de todo contrato¹⁰²; consecuentemente, no existe contrato sin la concurrencia de por lo menos dos partes contratantes que manifestando su acuerdo sobre un objeto de interés jurídico, decidan vincularse entre ellas.

No está por demás señalar que, de conformidad con el Art. 1454 del Código Civil, cada parte contratante puede estar conformada por una o más personas; esto es posible, gracias a que cada una de ellas, es considerada como un *centro de intereses*.

Son elementos subjetivos o partes en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario: el o los constituyentes o fideicomitentes; la fiduciaria; y, el o los beneficiarios.

A diferencia de otros contratos típicos regulados en nuestra legislación, la naturaleza del fideicomiso mercantil permite conjugar una serie de alternativas con quienes son “parte” del contrato, lo cual con otras particularidades, precisamente son las que dan ese carácter de maleable a este contrato.

En este contexto, nos corresponde ahora hacer referencia a las partes que pueden intervenir en el contrato de fideicomiso mercantil.

3.1 Constituyentes o fideicomitentes.

3.1.1 Concepto.

De acuerdo con nuestra legislación y partiendo del concepto de fideicomiso mercantil *constituyente*, es aquel que transfiere de manera temporal e irrevocable la propiedad de uno o más de sus bienes a un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, para que con ellos la fiduciaria –que representa legalmente a dicho patrimonio y lo administra- de cumplimiento a las finalidades determinadas por el propio constituyente en el contrato, buscando favorecer a su misma persona o a un tercero.

¹⁰² Planiol, Marcel; y, Ripert, Georges: Derecho Civil, Primera Serie, Volumen 8, OXFORD University Press México S.A. de C.V., México, 2002, pp. 816.

Definido *quien* es constituyente, cabe establecer *los que pueden* obrar en dicha calidad.

a.) El inciso primero del artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, señala que:

“Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil”

De la norma transcrita se desprende que pueden ser constituyentes tanto las personas naturales como las personas jurídicas, ya sean nacionales o extranjeras; para las personas jurídicas no existe restricción en cuanto a su carácter, pues pueden constituir fideicomisos tanto las privadas, las públicas o las mixtas.

Se señala también que pueden actuar como constituyentes las *entidades dotadas de personalidad jurídica*.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define *entidad* como la *“colectividad considerada como unidad. Especialmente, cualquier corporación, compañía, institución, etc., tomada como persona jurídica”*.

Luis Claro Solar define persona como *“todo ente o ser capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones”*; y, por su parte Julián Bonnecase señala que *“El sujeto de derecho se designa con el término técnico de persona. A este respecto se distinguen, por una parte, las personas físicas, que corresponden a los individuos, al ser humano como se dice en sociología; por la otra, las personas morales o jurídicas, que se reducen a grupos o establecimientos destinados a desempeñar un papel social y provistos, para el efecto, de los atributos de la personalidad física compatibles con su estructura y sus fines propios; en estas agrupaciones o establecimientos, los individuos que forman parte de ellos, desaparecen jurídicamente en provecho de una especie de ser abstracto, éste adquiere por ese hecho una individualidad que le coloca frente a la regla de derecho, en la misma situación que la persona humana”*¹⁰³.

El Dr. Jorge Morales Álvarez citando a Victorio Pescio dice que *“la PERSONALIDAD es la aptitud o idoneidad para ser sujeto de derechos o titular de relaciones jurídicas”*, para luego decirnos que: *“la personalidad no está reservada solamente a los hombres, puesto que ha sido atribuida a seres o entes ficticios que, evidentemente, no son individuos de la especie*

¹⁰³ Bonnecase, Julien: “Tratado elemental de derecho civil”, Primera Serie, Volumen 1, OXFORD University Press México S.A. de C.V., México, 2002, pp. 100.

*humana y que en la terminología de nuestro Código Civil son denominados PERSONAS JURIDICAS*¹⁰⁴.

Nuestro Código Civil en su artículo Art. 40 señala que las personas son naturales o jurídicas, y en el Art. 41, dice que “*son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición*”, mientras que el Art. 564 expresa que “*se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente*”.

Por regla general, en nuestra legislación, ha sido aceptado que tan solo las personas, naturales o jurídicas, pueden ser titulares de derechos, como del derecho de propiedad¹⁰⁵.

Sin embargo, es evidente que el legislador ecuatoriano al establecer que a más de las personas jurídicas pueden ser constituyentes de un fideicomiso mercantil entes dotados de personalidad jurídica, implícitamente reconoce la posibilidad de nuevas ficciones que sin llegar a ser personas pueden gozar de personalidad.

Consecuentemente, cabe establecer a que entes pretendió referirse el legislador cuando manifiesta que, además de las personas jurídicas, pueden también ser constituyentes las “*entidades dotadas de personalidad jurídica*”.

Por excepción, en nuestra legislación encontramos ciertos casos en los que el legislador ha conferido personalidad jurídica -o la aptitud de ser sujetos de derechos y obligaciones- a ficciones que no son personas jurídicas; ejemplos de estos entes son la masa de bienes del quebrado, la herencia yacente y el mismo fideicomiso.

El fideicomiso mercantil es un ente dotado de personalidad jurídica y –a nuestro parecer- no una persona jurídica, en otras palabras por efecto de la celebración del contrato se genera un patrimonio autónomo al cual por una ficción se le dota de *personalidad*, sin que sea propiamente una *persona*.

Esta situación se ha generado a pretexto de una “tendencia moderna”, de la influencia ejercida por otras legislaciones, de la incidencia de procesos de integración, y, del ánimo de adecuar el derecho conforme a una “dinámica” y “requerimientos” del mundo actual, por lo cual nuestros legisladores han ido introduciendo en la legislación normas que distan y en

¹⁰⁴ Morales A. Jorge. “Derecho Civil de las Personas”, Talleres Gráficos de la Universidad del Azuay, Cuenca – Ecuador, 1992, pp. 5.

¹⁰⁵ Recuérdese que cosa fundamental es, en el concepto de fideicomiso mercantil y en el de constituyente, el hecho de que existe por parte de éste último la transferencia de dominio de uno o varios de sus bienes hacia un patrimonio autónomo.

algunos casos hasta rompen con principios e instituciones del derecho que tienen a su haber cientos de años de tradición, rompiendo la armonía en las instituciones¹⁰⁶.

b.) Cuando el inciso primero del artículo 115 de la Ley de Mercado de Valores, señala que: *“Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles.... quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil”*, establece que para que puedan actuar como constituyentes las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, deben tener *capacidad para disponer de sus bienes*; sólo quien puede disponer de lo suyo, puede transferir el dominio.

Resaltamos, quien tiene capacidad para disponer de sus bienes puede ser constituyente; al respecto Rodríguez Azuero dice *“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 mencionada transferencia”*¹⁰⁷.

Corresponde por lo tanto hacer una breve referencia a la capacidad del constituyente.

3.1.2 Capacidad y el acto de disposición.

Como regla general, para poder comparecer como constituyente en un fideicomiso inmobiliario transfiriendo el dominio de un bien a título de fideicomiso mercantil a favor del patrimonio autónomo se requerirá capacidad civil para contratar y tener la libre administración de bienes.

Para entender éste tipo de capacidad debemos remitirnos al Código Civil y analizar las regulaciones relacionadas a las incapacidades absoluta, relativa y las especiales que son prohibiciones a ciertas personas para la realización de ciertos actos.

El Art. 1462 del Código Civil señala que *“Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”*.

Consiguientemente, por principio, la capacidad es la regla general y la incapacidad es la excepción. El Dr. Hernán Coello García nos recuerda que *“la capacidad es, en general, la aptitud que asigna la ley a las personas, para hacerlas titulares de la facultad de adquirir derechos y de ejercitarlos”*, de lo cual —continúa el Dr. Coello— se *“deduce que la capacidad debe entenderse desde un doble punto de vista, esto es, como capacidad adquisitiva o de*

¹⁰⁶ A criterio de varios juristas ecuatorianos este proceso no respondería a las razones argumentadas en este trabajo, sino a otras no justificadas para ser aceptadas.

¹⁰⁷ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 223 y 224.

*goce y como capacidad de ejercicio*¹⁰⁸. La capacidad adquisitiva permite obtener derechos por el simple hecho de tener la calidad de persona, mientras que por la capacidad de ejercicio la ley reconoce la aptitud de ejercitar los derechos que se han adquirido; pese a que todos tenemos capacidad adquisitiva, no todos tienen capacidad de ejercicio.

El Código Civil, señala que son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas; los actos de estas personas no surten efectos, ni aún obligaciones naturales.

Mientras que son incapaces relativos los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas; los actos de éstas personas pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de las incapacidades absolutas y relativas, hay unas prohibiciones particulares que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

En este contexto, podría celebrar el contrato de fideicomiso toda persona que tenga capacidad, con las excepciones que se puedan establecer en la ley o en las normas particulares que la rijan.

Los incapaces para actuar como constituyentes necesariamente deberán actuar a través de sus representantes y éstos obtener autorización judicial para poder realizar la transferencia. Así, por ejemplo, lo disponen el Art. 418 del Código Civil en concordancia con el Art. 415 del mismo cuerpo legal, cuando señala que al tutor o curador le corresponden representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le conciernan, no siendo lícito para estos representantes enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos con hipoteca o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos o que tengan valor de afección, sin previa decisión o autorización judicial, que deberá ser dada por el Juez siempre que reporte utilidad o satisfaga necesidad del incapaz.

Merece hacer especial referencia a las personas jurídicas, que como incapaces relativos, necesitan de terceros que puedan representarlas para actuar válidamente; éstas en principio siempre pueden actuar como constituyentes y transferir bienes al fideicomiso, sin embargo se debe considerar:

¹⁰⁸ Coello García, Hernán. Teoría del Negocio Jurídico. Departamento de Publicaciones de la Universidad del Azuay, 1992.

- La persona jurídica debe actuar por medio de sus administradores y representantes legales. Los administradores para el efecto debe tener facultades para actuar judicial y extrajudicialmente en nombre y representación de la persona jurídica, ser designados por el organismo competente de la misma y para el ejercicio de sus funciones debe contar con su nombramiento en inscrito ante dependencia competente.
- El administrador y representante legales, en ejercicio de la administración, supone tener un propósito: realizar el objeto o finalidad social de la persona jurídica; por ende, se debe verificar que el propósito del fideicomiso y la transferencia que hacia el realiza se encuadre dentro del objeto de la persona jurídica, pues, además hemos de recordar que este objeto limitará las facultades del administrador.
- Existirán casos en los que para que una persona jurídica actúe válidamente, necesita el actuar conjunto de dos o más de sus representantes, o que exista autorización de algún órgano social (como una Junta General de socios, o, de un Directorio).
- En el caso de las personas jurídicas de derecho público las exigencias para la constitución del fideicomiso, y la posibilidad de transferencia del bien para el fideicomiso, siempre serán mucho más rígidas y restringidas; por mandato legal del Art. 115 de la Ley de Mercado de Valores, se dice que las instituciones del sector público que actúen en calidad de constituyentes, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el C.N.V.. De ahí que no cualquier persona jurídica de derecho público podrá fideicomiso mercantil inmobiliario.

De cualquier forma siempre se ha de tener presente que el fideicomiso no implica la transferencia del bien y enajenación perpetua del mismo, sino que se lo transfiere al patrimonio autónomo para que con el mismo se cumpla una finalidad.

Por otra parte, el fideicomiso mercantil *“no es posible utilizarlo para realizar, por esa vía, negocios que le fuera prohibido llevar a cabo directamente por el fideicomitente”*¹⁰⁹.

3.1.3 Protección a los acreedores.

Cuando un constituyente transfiere el dominio de un bien a favor del fideicomiso, a título de fideicomiso mercantil, produce un desplazamiento de la propiedad de dicho bien de su patrimonio hacia el patrimonio del fideicomiso, y en lugar del bien dicho constituyente tendrá un derecho fiduciario respecto al patrimonio autónomo.

En algunos casos esta transferencia podría implicar un fraude a terceros o acarrear perjuicios a sus acreedores, quienes podrían tener interés particular en el bien transferido o

¹⁰⁹ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 201.

ver disminuida la posibilidad de cobro de alguna acreencia, ante la eventual situación de que se desmejore o mengue un patrimonio; pues, debemos tener presente que en virtud del Art. 121 de la Ley de Mercado de Valores los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, ni pueden ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario.

Al respecto, bien señala Rodríguez Azuero, en cuanto los actos dispositivos del constituyente *“no pueden tener como causa ni como resultado la burla de los derechos de los acreedores”* y resalta que *“la mala fe no puede fundar un derecho”*¹¹⁰; consecuentemente, el constituyente por medio del fideicomiso no puede defraudar ni perjudicar a terceros, ni puede utilizar un medio lícito para obtener un resultado ilegítimo. Por lo tanto, *“el fideicomiso no es una excepción a las reglas de protección de los deudores afectados”*¹¹¹.

Para asegurar que en la voluntad del constituyente no existe la intención de defraudar a un tercero, o, si efectivamente existe ese ánimo configurar el dolo del constituyente, el Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores dispone que el contrato de fideicomiso deberá contener, como hemos anotado entre otros requisitos, una declaración juramentada por la que se manifieste que *“el contrato no adolece de causa u objeto ilícito y, que no irroga perjuicios a acreedores del constituyente o a terceros”*.

Pero, ¿que sucede cuando el fideicomiso ha servido para defraudar a tercero o acreedores del constituyente?. Como la mala fe no puede fundar un derecho, el contrato fraudulento puede ser impugnado, por ello la Ley de Mercado de Valores, en el Art. 123 señala:

“Art. 123.- Acciones por contratos fraudulentos.- El contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros por el constituyente, o en acuerdo fraudulento de éste con el fiduciario, podrá ser impugnado judicialmente por los interesados, mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista en la ley, según el caso; sin perjuicio de la acción y responsabilidad penal a la que hubiere lugar.”

La norma transcrita establece la posibilidad de impugnar el contrato de fideicomiso mercantil otorgado en fraude de terceros, esto es, cuando el constituyente ha actuado con dolo, es decir con intención de causar un perjuicio al patrimonio del otro; o, cuando el constituyente ha actuado en acuerdo fraudulento con la fiduciaria, esto es, cuando existe entre estos un

¹¹⁰ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 200 - 201.

¹¹¹ Maulumián, Nicolás; Diplotti, Adrián G.; y, Gutierrez, Pablo: Fideicomiso y Securitización, análisis legal, fiscal y contable. La Ley S.A., Buenos Aires, 2001, pp. 80.

acuerdo colusorio. En estos casos, puede ser impugnado judicialmente por quien tenga interés en ello mediante las correspondientes acciones de nulidad, simulación o cualquiera otra prevista por la Ley.

Sobre este aspecto podemos citar a Rodríguez Azuero quien señala que el actuar fraudulento puede ser corregido mediante el ejercicio de una acción pauliana que buscaría dejar sin efectos el acto traslativo, con el objeto de lograr el reintegro de los bienes dados al fideicomiso al patrimonio del fideicomitente, lo cual dice, estará vinculado invariablemente a *“la prueba, simultánea, del daño causado a los acreedores con la disposición de los activos o eventos damni y del acuerdo torticero y consciente entre los intervinientes en la operación –en nuestro caso, fideicomitente y fiduciario- quienes deben haber participado en la realización del acto con el propósito dañoso antes enunciado, actitud que doctrinariamente se conoce como concilius fraudis”*¹¹².

Adicionalmente, en el numeral 6 del Art. 213 de la Ley de Mercado de Valores se tipifica como delito la celebración fraudulenta de contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros, sancionándolo con prisión de uno a cinco años y doscientos sesenta y dos 89/100 (262,89) a dos mil seiscientos veintiocho 90/100 (2.628,90) dólares de los Estados Unidos de América, a quienes lo hubieren celebrado. La norma referida señala:

“Art. 213.- Defraudaciones.- Serán sancionados con prisión de uno a cinco años y multa de doscientos sesenta y dos 89/100 (262,89) a dos mil seiscientos veintiocho 90/100 (2.628,90) dólares de los Estados Unidos de América:

...

6. Los que hubieren celebrado fraudulentamente contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros;

...”

3.1.4 De los constituyentes adherentes.

La naturaleza del fideicomiso mercantil y aún más la del fideicomiso inmobiliario, permitiente que terceras personas, distintas al constituyente original, se adhieran al contrato en calidad de constituyentes adherentes, para tal efecto es necesario que el contrato constitutivo permita la adhesión, y, que el tercero suscriba el respectivo contrato de adhesión mediante el cual acepte las disposiciones del contrato constitutivo y sus modificaciones.

Si el constituyente adherente aporta al patrimonio autónomo un bien inmueble, el contrato de adhesión y el aporte se realizará mediante la solemnidad de escritura pública.

¹¹² Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 201.

Cuando el contrato constitutivo contemple la posibilidad de contar con constituyentes adherentes, en éste, se deberá establecer de manera clara los derechos y obligaciones que correspondan a los adherentes.

Es importante señalar que la posibilidad de contar con adherentes en un fideicomiso, esta circunstancia no implica que se pueda publicitar, o promocionar a través de los mecanismos de oferta pública, o de cualquier otro medio de invitación al público en general, la incorporación de constituyentes adherentes a un fideicomiso mercantil; esta prohibición, es expresa para las fiduciarias.

Los contratos de adhesión deben ser registrados por la fiduciaria, a fin de tener cuenta de todos los que se encuentran vinculados al negocio fiduciario.

3.1.5 Derechos y obligaciones.

La Ley de Mercado de Valores en el Art. 126 se establecen como derechos del constituyente: a) Los que consten en el contrato; b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil; c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales; y, d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión.

Por la forma como lo presenta, de manera sistemática, siguiendo a Rodríguez Azuero señalemos que los derechos que le corresponden al fiduciante (constituyente) serían¹¹³:

a) Los derechos que se hubiere reservado.- Señala el autor que la misma amplitud de la posibilidad la hace imprecisa; sin contar con los derechos que se expresarán luego, el constituyente podría reservarse o establecer contractualmente ciertos derechos, por ejemplo, podría transferir algunos de los derechos derivados de la propiedad como el usufructo, pero conservar la nuda propiedad. Rodríguez Azuero destaca el criterio de varios autores en cuanto que la reserva de derechos se relaciona con aquellos que corresponden a la genérica posibilidad de vigilar el desarrollo del fideicomiso con el fin de verificar que sus disposiciones se cumplen en un todo de acuerdo con lo previsto.

b) Revocar el fideicomiso.- Dice el autor que si bien el fideicomiso es irrevocable, el constituyente podría reservarse en el acto constitutivo la posibilidad de poner fin al encargo, analizando esta posibilidad señala que *“la facultad de revocar parece razonable en buena parte de los casos porque salvo aquellas modalidades en las cuales se quieren conseguir resultados a largo plazo... Pero asimismo, hay casos en los cuales y por la propia naturaleza del negocio no puede concebirse la revocación”*, no cabría la revocación -según

¹¹³ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 315 a 320.

el citado autor- en aquellos fideicomisos traslativos del dominio en relación con los cuales existen terceros de buena fe.

c) Exigir rendición de cuentas.- Para Rodríguez Azuero la rendición de cuentas es una obligación general del fiduciario, por la cual debe presentar informes razonados sobre el estado del fideicomiso, dentro de ciertos plazos establecidos por la ley o el contrato.

d) Ejercer la acción de responsabilidad contra el fiduciario.- Señala Rodríguez Azuero que por esta facultad el constituyente puede “*discutir los actos del fiduciario ante los jueces y en caso de que, como resultado de su actuación, se hayan producido perjuicios para el patrimonio fideicomitado o los intereses del fideicomitente o el fideicomisario, exigirle la responsabilidad correspondiente y la indemnización de daños y perjuicios a que haya lugar*”; la posibilidad de accionar en contra de la fiduciaria estará vinculada al incumplimiento de obligaciones derivadas de la ley o el contrato.

e) Pedir la remoción del fiduciario y designar uno nuevo.- La remoción de la fiduciaria debe responder a causales establecidas en el contrato.

f) Obtener la devolución de los bienes.- El aporte que realiza el constituyente al patrimonio autónomo tiene el carácter de temporal, por ello Rodríguez Azuero señala que los bienes fideicomitados deben retornar al vencimiento del fideicomiso.

De igual manera, en cuanto a las obligaciones que le corresponden al Constituyente, siguiendo a Rodríguez Azuero¹¹⁴, le corresponden:

a) Remunerar a la fiduciaria.- Se establece que la primera obligación del fiduciante es remunerar al fiduciario dentro del principio de que el encargo es oneroso.

b) Reembolsar los gastos.- Se señala que el fiduciario tuvo que realizar gastos en el desempeño de su encargo, es racional que el fiduciante, por cuya iniciativa se encuentra precisamente ejecutándolo, se obligue a reembolsárselos.

c) Salir al saneamiento por evicción.- Dice el autor que si el fideicomiso es un acto traslativo de dominio, es legal que el fideicomitente debe salir al saneamiento por evicción, sugiriendo que debe destacarse que cuando el fideicomiso es “gratuito” el saneamiento debe resultar del pacto expreso que se da en el contrato.

Agregando a lo dicho por Rodríguez Azuero, es preciso señalar que se exprese o no en el contrato, por la naturaleza misma del contrato, corresponderá al constituyente transferir los bienes que se aportan y que en el futuro pudiere aportar, y sanear los mismos de conformidad con la ley en caso que sea necesario; como proveer de todas las facilidades a la fiduciaria para el cumplimiento de las instrucciones impartidas en éste contrato; así como

¹¹⁴ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 321 - 322.

las demás obligaciones contempladas en las leyes que puedan aplicarse y las que se pacten en este contrato.

3.2 La fiduciaria.

3.2.1 Concepto.

Carlos A. Molina Sandoval, señala refiriéndose a Argentina que, “*por fiduciario debe entenderse a la persona física o jurídica que se obliga a recibir del fiduciante la propiedad fiduciaria de bienes determinados y que deberá ejercer en beneficio de una persona designada en el contrato hasta tanto se cumpla el plazo o la condición, luego de la cual deberá transmitirlo a quien se designe al finalizar el contrato*”¹¹⁵; claro está que en Argentina puede ser fiduciario una persona natural o jurídica, así como la transferencia de los bienes se da a dicho fiduciario. Para Rodríguez Azuero, con una visión similar, señala que “*el fiduciario es quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo*”¹¹⁶, así el fiduciario se constituye como un propietario frente a terceros, y se obliga a cumplir la voluntad del constituyente establecida en el contrato.

Sin embargo, en Ecuador pueden actuar como fiduciaria las administradoras de fondos y fideicomisos las que deben constituirse bajo la especie de compañías o sociedades anónimas, las que por mandato legal su objeto social está limitado a: administrar fondos de inversión; administrar negocios fiduciarios, definidos en la Ley; actuar como emisores de procesos de titularización; y, representar fondos internacionales de inversión.

Las compañías administradoras de fondos y fideicomisos no pueden realizar ninguna otra actividad de las antes establecidas, y para operar requiere de la autorización de funcionamiento por parte de la Superintendencia de Compañías.

Las administradoras de fondos y fideicomisos que tengan como objeto social únicamente la actividad fiduciaria y participen en procesos de titularización deberán acreditar un capital suscrito y pagado de doscientos sesenta y dos mil ochocientos noventa (262.890) dólares de los Estados Unidos de América; y, si se dedicaren tanto a administrar fondos de inversión y fideicomisos y participe en procesos de titularización, requerirán un capital suscrito y pagado adicional al antes mencionado, de ciento treinta y un mil cuatrocientos cuarenta y cinco (131.445) dólares de los Estados Unidos de América.

¹¹⁵ Molina Sandoval, Carlos A.: El Fideicomiso en la dinámica mercantil. Editorial B de F, Buenos Aires, 2009, pp. 32.

¹¹⁶ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 225.

Se permite que ciertas entidades del sector público, como la Corporación Financiera Nacional o el Banco Central, puedan actuar como fiduciarios de conformidad con lo previsto en sus propias leyes.

Considerando que cada fideicomiso mercantil es un patrimonio independiente, la fiduciaria debe llevar la contabilidad de cada patrimonio autónomo de manera independiente y por separado de otros fondos y negocios fiduciarios, y de su propia contabilidad; cada negocio fiduciario estará sujeto a auditoría externa que la debe realizar una misma firma auditora.

La designación de la administradora de fondos y fideicomisos debe ser realizada por el constituyente y con ella celebrar el contrato de fideicomiso inmobiliario; en virtud de la aceptación del encargo que le confía el constituyente, nace para la fiduciaria la obligación contractual de administrar los bienes que se encuentren en el patrimonio autónomo, administración que debe ser prudente y diligentemente, en su calidad de administrador la fiduciaria tiene la facultad de celebrar los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades que se hayan dispuesto por el constituyente.

Por la administración, la fiduciaria debe rendir cuentas de su gestión tanto al constituyente como al beneficiario, conforme a lo que se establezca en el contrato, pero siempre de acuerdo con la ley; la rendición se debe hacer con la periodicidad establecida en el contrato, y si no se ha estipulado la misma se deberá realizar en forma trimestral.

Adicionalmente, como consecuencia del encargo recibido por el constituyente y de la administración fiduciaria que realice, la fiduciaria es responsable de la gestión y está obligada a responder ante los constituyentes, beneficiarios e incluso ante terceros, por los perjuicios o pérdidas que ella o cualquiera de sus funcionarios, empleados o personas que le presten servicios, causaren.

Así, la fiduciaria es responsable de cumplir y velar por el cumplimiento de las instrucciones establecidas en el contrato, y velar por la integridad del patrimonio autónomo.

3.2.2 Capacidad de la fiduciaria.

Siguiendo a Carlos A. Molina Sandoval, recordando que su análisis lo hace desde la perspectiva de la realidad argentina y que en dicho país el fiduciario puede ser una persona natural o jurídica, señala que se exige a la fiduciaria la capacidad para administrar y disponer de bienes, y resalta que esta exigencia responde a que una de las *“principales obligaciones del fiduciario es la de administrar los bienes a favor de un beneficiario designado en el contrato y disponer de ellos, transmitiéndolos a su término al fideicomisario”*, se pregunta el autor, si el fiduciario debe gozar de capacidad de hecho, o si debe contar con capacidad jurídica o de derecho no quedan dudas, ya que de lo contrario

no podría constituirse un fideicomiso válido, pero en relación a la capacidad de hecho la cuestión podría cambiar¹¹⁷.

En el caso del Ecuador la fiduciaria tiene capacidad en virtud de la constitución legal de la compañía administradora de fondos y fideicomisos, y la autorización conferida por la Superintendencia de Compañías; en el proceso de autorización, la compañía que pretende obtener el permiso de funcionamiento debe acreditar ante el organismo de control una capacidad mínima de “hecho” en infraestructura, en capacidad de personal, etc., para poder prestar el servicio.

Como ya se a dicho, la fiduciaria como persona jurídica es un incapaz relativo y necesita actuar representada por sus administradores; como tal, está sujeta a un actuar que está reglado en la ley.

Una vez que la fiduciaria está legalmente autorizada y operando en un negocio concreto la fiduciaria, en su gestión, debe ceñirse a las instrucciones establecidas en el contrato.

Molina Sandoval señala que todas las facultades del fiduciario se hallan reguladas por la ley y por el contrato, que deberá actuar conforme se le ha instruido, y que *“se encuentra constreñido legalmente al fiel cumplimiento de su mandato fiduciario, so riesgo de responder por los daños y perjuicios que su conducta ocasione”*¹¹⁸.

3.2.3 La independencia en la gestión de la fiduciaria: el conflicto de intereses.

Debemos partir de que la función de una fiduciaria, como la encargada de velar por el debido cumplimiento del contrato y ende de los derechos de las partes, se basa en la independencia e imparcialidad; más aún cuando los negocios fiduciarios son por naturaleza actos de confianza.

Una fiduciaria puede ver comprometida su independencia e imparcialidad cuando surja un conflicto de interés, el cual surgiría cuando *“al tener que tomar una decisión para su cliente se encuentra con que ella puede beneficiarlo a él mismo o a un tercero, en detrimento, naturalmente, de la posición y los derechos del primero”*¹¹⁹; sin embargo, no se trataría simplemente de prohibir los conflictos de interés, sino de encontrar y solucionar los mismos, mediante mecanismos razonables que los desactiven.

¹¹⁷ Molina Sandoval, Carlos A.: Ob. cit., pp. 33.

¹¹⁸ Molina Sandoval, Carlos A.: Ob. cit., pp. 76.

¹¹⁹ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 230.

Lo que debe ser reprobado y sancionado es el actuar desleal y parcializado, cuando la fiduciaria se aleje de su rol, de las instrucciones dadas en el contrato y con ello cause un daño.

El Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores señala que *“Queda expresamente prohibido la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas”*, con esta prohibición, la legislación pretende evitar situaciones que desnaturalicen el tipo de gestión que debe realizar la fiduciaria; se pretende evitar los conflictos de interés.

Art. 14 de la Sección III de las Disposiciones Generales del Capítulo de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, Subtítulo III, de la Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, al establecer las prohibiciones para las administradoras de fondos y fideicomisos cuando actúen como fiduciarias, señala, en sus numerales 2 y 5, que éstas no deberán:

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

...

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

De acuerdo con las resoluciones de la Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, se entiende que el conflicto de intereses es la contraposición entre los intereses propios de un participante del mercado de valores, de sus empleados y de la de su cliente, precisando que se encuentran también entre las situaciones de conflicto de interés aquellas que pudieren menoscabar la autonomía, la independencia y la transparencia de la fiduciaria, en la administración encomendada.

Por otra parte, la vinculación es la relación entre personas domiciliadas o no en el Ecuador, en las que una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, administración, control o capital de la otra, que conlleve a un comportamiento sistemáticamente concertado. La vinculación se dará por la propiedad, la gestión y presuntivamente.

Por lo expuesto, queda claro que una fiduciaria no podría constituir un fideicomiso mercantil inmobiliario en el cual una de sus empresas vinculadas por propiedad o por gestión se encuentre en calidad de beneficiario, o sus administradores.

Debemos recordar además, que las personas jurídicas no son sino ficciones del derecho para facilitar el tráfico jurídico, y que el interés de las normas relacionadas con la vinculación y los conflictos de interés es proteger a terceros y garantizar el actuar imparcial e independiente de la fiduciaria.

Sobre la independencia, Hayzus señala que el fiduciario *“debe ser neutral respecto de los intereses en juego, pues ésta es la condición previa que resguarda el fiel cumplimiento de las instrucciones impartidas en el contrato”*¹²⁰.

En conclusión, debemos resaltar la necesidad del rol independiente e imparcial de la fiduciaria pues es ella, la encargada de velar por el cumplimiento de las instrucciones contractuales y la consecución del fin pretendido por las partes.

3.2.4 La especialidad.

La Ley ecuatoriana impone a la fiduciaria ciertas obligaciones, que le pueden ser exigibles, sólo en razón de considerar su gestión como profesional; un actuar profesional alude la idea de acciones habituales en determinada materia, por ello, la habitualidad confiere al sujeto una preparación que va más allá de lo formal, imponiéndole la necesidad de un ejercicio continuo y dinámico.

Las fiduciarias en el Ecuador al ser sociedades anónimas, jurídicamente, están catalogadas como comerciantes y el comercio es el ejercicio de una profesión; más si recordamos que el objeto social de las administradoras de fondos y fideicomisos es restringido a la administración de negocios fiduciarios, administración de fondos de inversión y la titularización, ratificamos el deseo del legislador de requerir de éstas entidades un actuar profesional.

El carácter profesional de la fiduciaria, implica la necesidad de especialidad en el manejo de negocios fiduciarios; lo dicho se desprende claramente del segundo inciso del Art. 125 de la Ley de Mercado de Valores, cuando establece que la fiduciaria *“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*

¹²⁰ Hayzus, Jorge Roberto: Fideicomiso. Astrea. Buenos Aires. 2001. pp. 141.

instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan”.

Consiguientemente, a la fiduciaria, por mandato legal, se le requiere un actuar diligente y profesional, siendo la medida de ese actuar su responsabilidad hasta por la culpa leve, en otras palabras, se le exige en su actuar aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Por otra parte, el literal a) del Art. 103 de la Ley de Mercado de Valores establece que le corresponden a la fiduciaria administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil.

La exigencia de diligencia y prudencia en la actuación de la fiduciaria está ligada al cumplimiento de las obligaciones que adquiere en cada contrato celebrado, sin embargo, debemos resaltar que su gestión es de medio y no de resultado, consecuentemente, con las obligaciones contractuales adquiridas se compromete a realizar su mejor esfuerzo (diligente y prudente) para llegar a un determinado resultado, sin que la imposibilidad de alcanzarlo le sea imputable, si las razones que han truncado la finalidad son ajenas a su actuar.

Si la gestión de la fiduciaria es de medio, requiriéndole para ello diligencia y prudencia, está claro que quien ofrece sus servicios para administrar un negocio fiduciario debe contar con capacidad y destreza, por ello Rodríguez Azuero dirá que el fiduciario “es *un gestor profesional de intereses ajenos*”¹²¹. La destreza y pericia en la administración se logra sólo con la ejecución habitual del negocio.

Kiper y Lisoprawski señalan que para ser considerado profesional basta con poseer conocimientos suficientes respecto a una determinada actividad que se practica con habitualidad; “*su conocimiento particular de los negocios que ofrecen a un mercado, los obliga a actuar con un cuidado excepcional, ya que despiertan una confianza especial en su idoneidad. En el mundo mercantil, cabe ser severo con aquellos interlocutores que se ofrecen, y son aceptados, por sus condiciones y habilidades para actuar de manera más eficiente*”¹²².

La falta de diligencia en materia mercantil equivale al dolo.

3.2.5 Deberes y derechos de la fiduciaria.

¹²¹ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 265.

¹²² Kiper, Claudio M.; y, Lisoprawski, Silvio V.: Ob. cit., pp. 311.

Son derechos de la fiduciaria:

a) *Recibir el pago de sus honorarios.*- El fideicomiso mercantil es un contrato que implica necesariamente la remuneración de la fiduciaria, la cual actuará prestando sus servicios buscando un beneficio o lucro, y, es por ello que la Ley de Mercado de Valores, en el Art. 120, exige entre los requisitos mínimos que ha de contener el contrato la determinación de *“las remuneraciones a las que tenga derecho el fiduciario por la aceptación y desempeño de su gestión”*.

Por concepto de honorarios en un fideicomiso mercantil inmobiliario, la fiduciaria podría cobrar valores por los siguientes conceptos: por constitución del fideicomiso; por administración fiduciaria (un valor durante la etapa previa, y otro en la etapa de ejecución); por la elaboración de contratos; por reformas al contrato de fideicomiso; por la elaboración del instrumento de liquidación y su proceso; comisión por las ventas, permuta, o dación en pago de bienes de propiedad del Fideicomiso Mercantil; y, por administración de cartera y cobranzas.

b) *Ser reembolsada en los gastos realizados en interés del fideicomiso.*- En obvio que los gastos que haya debido realizar la fiduciaria en interés del fideicomiso le deben ser reembolsados; debo aclarar que la fiduciaria no estaría obligada a desembolsar sus recursos propios en interés del fideicomiso, esta es una obligación del constituyente, no obstante de hacerlo por razones justificadas sería su derecho poder solicitar el reembolso.

c) *Exigir del constituyente y beneficiario el cumplimiento de sus obligaciones.*- Este derecho nace como contrapartida de las obligaciones del constituyente y beneficiario, y en pro de velar por el fiel desempeño del contrato.

Además le corresponderán los derechos que se le reconozcan en los respectivos contratos.

De conformidad con el Art. 103 de la Ley de Mercado de Valores, a las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos en su calidad de fiduciarias, a más obligaciones establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil, les corresponde:

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

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

La contabilidad del fideicomiso mercantil y de los encargos fiduciarios deberá reflejar la finalidad pretendida por el constituyente y se sujetarán a los principios de contabilidad generalmente aceptados;

c) Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de estipulación la rendición de cuentas se la realizará en forma trimestral;

d) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al contrato;

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

f) Informar a la Superintendencia de Compañías en la forma y periodicidad que mediante norma de carácter general determine el C.N.V..”

Estas obligaciones establecidas en nuestra ley, las podemos conjugar con aquellas que Rodríguez Azuero determina en su libro *Negocios Fiduciarios*¹²³.

Así podemos decir que existen unas obligaciones que se derivan de la condición de profesional de la fiduciaria, siendo éstas las de información, lealtad, eficacia y prudencia; el deber de lealtad entraña el propósito de que el negocio pretendido llegue a buen fin y no exista la velada pretensión de traicionar la confianza depositada en el acuerdo; el deber de información se deriva de la obligación de lealtad, e implica manifestar aquellas situaciones que puedan comprometer los intereses del negocio y del cliente, no bastando informar sino rendir cuentas; la eficacia y prudencia revelan la necesidad de una competencia por la cual el cliente se sienta confiado del servicio que se le pueda prestar, para ello la fiduciaria debe contar con infraestructura y capacidad.

Tiene la fiduciaria obligaciones de medio y no de resultados, esto es, la fiduciaria está ligada por su obligación administrativa como gestora a la necesidad de poner toda su capacidad y esfuerzo a la obtención de la finalidad prevista en el contrato; esta obligación se traduce en la realización de los mejores esfuerzos profesionales a obtenerlo el resultado esperado, sin que sea lícito garantizar su consecución.

Tiene también la obligación de representar al patrimonio, pues éste conforme la ley, es un patrimonio autónomo que necesita de representación; por ende, también existe la obligación de administrar los bienes del patrimonio autónomo en la forma determinada en el contrato, a más, de hacerlo según la naturaleza de los bienes, con los cuidados y precauciones del caso.

¹²³ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 265 – 314.

Es también su obligación, realizar los actos necesarios para la consecución de la finalidad deseada en el contrato; como complemento de la anterior, está obligada a rendir cuentas de su gestión realizada y responder por su manejo.

Se a dicho que *“la rendición de cuentas es la contracara de la libertad para actuar del fiduciario... le impone el contrapeso de la adecuada rendición de cuentas que no puede ser dispensada en el contrato”*¹²⁴.

En nuestra legislación la rendición de cuentas es indelegable y le corresponde exclusivamente al fiduciario; esta rendición de cuentas de las actuaciones debe ser comprobada y con ella se debe justificar, argumentar y demostrar, con certeza, a través de los medios pertinentes, el cumplimiento de la labor encomendada, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato de constitución y las normas de carácter general emitidas por el C.N.V., órgano que ha dispuesto que la rendición de cuentas debe basarse en documentos que comprueben la veracidad de la actuación, observándolo requerido para cada tipo de negocio fiduciario.

Con la rendición de cuentas se pretende que el constituyente y el beneficiario tengan conocimiento de la existencia de los documentos que acreditan las diversas actuaciones de la fiduciaria, y que puedan verificar o revisar físicamente los documentos, cuando así lo estimen pertinente.

Es oportuno señalar que la fiduciaria debe velar por llevar una adecuada contabilidad, la cual *“es indispensable para conocer qué bienes componen cada fideicomiso y mantenerlos segregados entre sí y de los bienes propios del fiduciario. En otras palabras, no es posible imaginar la actividad responsable de fiduciario sin adecuada contabilidad”*¹²⁵.

Una vez cumplida la condición o el plazo del contrato, la fiduciaria tiene la obligación de transferir los bienes del patrimonio autónomo a favor de quien se haya establecido en el contrato.

3.2.6 Responsabilidad.

Como hemos anotado entre las obligaciones de la fiduciaria se encuentra la de administrar prudente y diligentemente los bienes que han sido transferidos por los constituyentes y que conforman el patrimonio autónomo; de manera particular, en su gestión las obligaciones que

¹²⁴ Maulumián, Nicolás; Diplotti, Adrián G.; y, Gutierrez, Pablo: Ob. cit., pp. 101.

¹²⁵ Maulumián, Nicolás; Diplotti, Adrián G.; y, Gutierrez, Pablo: Ob. cit., pp. 101.

asume son de medio y no de resultado, debiendo emplear así el mayor de los cuidados y el mejor de los esfuerzos.

El Art. 125 de la Ley de Mercado de Valores establece:

“Art. 125.- De las obligaciones de medio y no de resultado.- No obstante las obligaciones señaladas precedentemente, así como las que se prevean en el contrato de fideicomiso mercantil y en el de encargo fiduciario, el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan.

El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan.”

A nuestro criterio la norma transcrita es esencial para entender el grado de responsabilidad que tiene la fiduciaria. Creemos que el deber de diligencia y profesionalismo a la que está obligada, atraviesa por todas las demás obligaciones que le imponen la ley y el contrato, por ello, un incumplimiento concreto debe ser analizado a través del cristal de la diligencia empleada; por lo tanto, ante un incumplimiento, será necesario juzgar el proceder de la fiduciaria, comparando lo que hizo con lo que hubiera podido hacer.

Si la idea de responsabilidad implica la obligación de reparar y satisfacer las consecuencias de sus actos, debemos acotar que la medida de esa responsabilidad es la culpa leve; esta medida, por mandato legal, implica que la fiduciaria debe responder por el descuido calificado como leve o ligero, generado por la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Al respecto Maulumián, Diplotti y Gutierrez, señalan que, *“no existe un término medio y abstracto del buen hombre de negocios en general, sino que la norma exige la capacidad adecuada para dirigir los negocios concretos en los que se involucra el fideicomiso... la diligencia del fiduciario se medirá en relación con el cumplimiento del encargo fiduciario, el objetivo tenido en miras por el fiduciante al momento de celebración del contrato. Es por ello que es de la mayor importancia que este objetivo sea expresado en forma clara para evitar situaciones indeseables”*¹²⁶.

¹²⁶ Maulumián, Nicolás; Diplotti, Adrián G.; y, Gutierrez, Pablo: Ob. cit., pp. 98.

Ahora bien, no logrado el fin pretendido en el contrato de fideicomiso, se ha de analizar si tal fracaso es imputable al actuar de la fiduciaria, correspondiendo a quien se sintiese afectado a el probar que la contraparte no actuó diligentemente, a su vez a la fiduciaria le corresponde demostrar que no pudo cumplir una obligación o que la cumplió a medias por circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito o por hechos irresistibles o por incumplimiento del constituyente.

Si bien la responsabilidad de la fiduciaria puede vincularse en primer orden con su gestión, esto es derivada del propio contrato de fideicomiso; puede también, derivarse de cualquier otra de fuente, como por ejemplo de la ley, esto es, nacer del incumplimiento de normas que se transgredan.

Por ello, la responsabilidad de una fiduciaria puede ser de diversa naturaleza, así el Art. 12 de la Sección III, de las Disposiciones Generales, del Capítulo I, sección III, del Título II de los Participantes del Mercado de Valores de la Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, señala:

“Art. 12.- Obligación de indemnización y responsabilidad.- La administradora de fondos y fideicomisos es responsable y está obligada a responder a los partícipes, constituyentes, beneficiarios o a terceros de los fondos de inversión y negocios fiduciarios, según corresponda, por los perjuicios o pérdidas que ella o cualquiera de sus empleados, funcionarios o personas que le presten servicios les causaren, como consecuencia de infracciones a la Ley de Mercado de Valores, sus normas complementarias o al reglamento interno del fondo; por dolo, abuso de confianza, culpa y, en general, por el incumplimiento de sus obligaciones, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal que corresponda a las personas implicadas.”

De esta forma la fiduciaria a igual que sus funcionarios podría incurrir en responsabilidad administrativa y civil; y, sus funcionarios incluso penal.

La *responsabilidad administrativa* tiene lugar cuando la fiduciaria o sus funcionarios han incumplido con ciertas obligaciones que tienen que ver, principalmente, frente a la Administración Pública, como los organismos de control, Servicio de Rentas Internas, etc..

La *responsabilidad civil* tiene un carácter reparador y comúnmente se la define como la obligación de reparar un perjuicio causado a un sujeto de derecho. Nos parece que en éste ámbito puede la fiduciaria incurrir en una responsabilidad contractual, como extracontractual. La responsabilidad contractual surge del incumplimiento injustificable de una obligación que emana del contrato, mientras que la responsabilidad extracontractual nace simplemente de la producción de un daño a quien no tenía relación alguna previa el contrato.

La *responsabilidad penal* implica un actuar doloso y el cometimiento de un delito; la legislación ecuatoriana sigue la corriente internacional que se inclina por la incorporación de tipos penales específicos en las leyes especiales que regulan la materia.

3.2.7 La renuncia y sustitución de la fiduciaria.

En principio, *“el fiduciario no puede renunciar a un cargo que le ha sido conferido en razón en razón de la confianza depositada en él”*¹²⁷.

Sin embargo, debemos anotar que la fiduciaria puede renunciar al encargo asumido por el contrato de fideicomiso mercantil, esencialmente, si esta renuncia es aceptada por el constituyente, configurando un verdadero acuerdo entre las partes, pero si no existe acuerdo la fiduciaria puede hacerlo ante la Superintendencia de Compañías, ante lo cual Rodríguez Azuero señala que existen *“previsiones expresas para aceptar su renuncia por parte de la Superintendencia, por causas justificadas, bien porque se hayan pactado o porque la ley las presuma. Y lo hace al tener como tales la imposibilidad o negativa del beneficiario a recibir las prestaciones que le correspondan o que el fiduciario no reciba las contraprestaciones pactadas, porque los bienes no generen los frutos suficientes o el fideicomitente, sus causahabientes o el beneficiario, en su caso, se nieguen a pagarlas... Tanto el fideicomitente como el fideicomisario –partes interesadas- pueden pedir la remoción del fiduciario”*¹²⁸.

Al respecto, nuestra Ley de Mercado de Valores en el Art. 131 señala:

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

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

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

A menos que hubiere acuerdo entre las partes, el fiduciario para renunciar requerirá autorización previa del Superintendente de Compañías quien en atención a las

¹²⁷ Hayzus, Jorge Roberto: Ob. cit., pp. 163.

¹²⁸ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 236.

disposiciones del contrato podrá resolver la entrega física de los bienes del patrimonio autónomo al constituyente o a quien tenga derecho a ellos o al fiduciario sustituto previsto en el contrato, al que designe el beneficiario o al que el Superintendente de Compañías designe, según el caso”.

De la norma transcrita se desprende que la fiduciaria solo podrá renunciar a su gestión, siempre que no cause perjuicio al constituyente, al beneficiario o a terceros vinculados con el fideicomiso mercantil; al respecto se deberá considerar: *i.* La renuncia será posible si todas las partes del contrato están de acuerdo en la renuncia de la fiduciaria, esto es, la renuncia está supeditada a la aceptación de los demás participantes en el negocio fiduciario; y, *ii.* Si no existe acuerdo, la renuncia debe presentarse ante la Superintendencia de Compañías y es éste órgano el que debe calificar si con la renuncia no se causa perjuicio a los demás partícipes del contrato, para dar la autorización que se requiere para que se proceda con la misma.

Por otra parte la renuncia procederá solamente cuando concurra una razón estipulada para el efecto; estas causas serán las estipuladas en el contrato o a falta de estipulación las establecidas en la norma transcrita.

En la Sección III, de las Disposiciones Generales, del Capítulo I, sección III, del Título II de los Participantes del Mercado de Valores de la Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, se regula lo referente a la renuncia de la fiduciaria y el procedimiento que se debe seguir.

En el Art. 16 de la mencionada Codificación se dice que ante la renuncia de la fiduciaria el fideicomitente debe designar la fiduciaria sustituta, y la renunciante efectuar la entrega física de los bienes del patrimonio autónomo a la fiduciaria designada, previo a la rendición de cuentas e inventario; de estas circunstancias debe notificarse a la Superintendencia de Compañías.

Se establece que si no existe acuerdo entre las partes sobre la renuncia, la fiduciaria podrá proceder a liquidar el negocio fiduciario, siempre y cuando con la liquidación no se afecte los intereses del constituyente, beneficiario o terceros; pero, si la liquidación no es factible porque podría afectar a los intereses del constituyente, beneficiarios o terceros, la fiduciaria para renunciar requerirá de la autorización previa de la Superintendencia de Compañías.

En el Art. 17 se establece el procedimiento que se ha de seguir ante para la Superintendencia de Compañías para la autorización de renuncia, esta norma señala:

“Art. 17.- Procedimiento para la autorización de renuncia de la administradora de fondos y fideicomisos como fiduciaria.- A efectos de que la Superintendencia de Compañías autorice la renuncia de la administradora de fondos y fideicomisos como fiduciaria, se deberán presentar los siguientes documentos:

1. Solicitud de autorización para renunciar, exponiendo fundamentadamente las causas y razones de su decisión y aquellas por las que no es factible la liquidación del negocio fiduciario, de conformidad con el contrato o la Ley.

2. Copia de la última rendición comprobada de cuentas remitida al constituyente o beneficiario, según corresponda, de acuerdo a lo establecido en el contrato, y de la comprobación del cumplimiento de obligaciones tributarias. La rendición deberá hacerse con apego a lo determinado en la Ley de Mercado de Valores y en el Título de Negocios Fiduciarios de esta codificación.

3. Certificación o constancia de haberse entregado al constituyente o beneficiario la rendición de cuentas.

En caso de autorización de la renuncia: Una vez autorizada la renuncia de la fiduciaria, se entenderá como aceptada por las partes y el Superintendente de Compañías dispondrá la entrega física de los bienes del patrimonio autónomo a la fiduciaria sustituta designada en el contrato, o al constituyente, o a quien tenga derecho a ellos según el contrato, o al que designe el beneficiario o a la fiduciaria que el Superintendente de Compañías designe, según el caso.

La entrega de los bienes del patrimonio autónomo deberá realizarse dentro del término de quince días, contados a partir de la fecha de la respectiva resolución, prorrogable por una sola vez a petición de la fiduciaria.

Cuando la fiduciaria designada por los beneficiarios acepte el cargo se informará sobre el particular a la Superintendencia de Compañías.

En todos los casos de sustitución de la fiduciaria de negocios fiduciarios, inscritos en el Registro del Mercado de Valores, se deberá cumplir con la correspondiente marginación del contrato de fideicomiso mercantil en dicho registro.

En caso de que no se autorice la renuncia: El fiduciario sigue en sus funciones y, por tanto, continuará administrando el fideicomiso mercantil.

Cuando no fuere posible designar fiduciario sustituto en reemplazo de un fiduciario que renuncia: En ese caso, la Superintendencia de Compañías dispondrá que el fiduciario liquide el fideicomiso mercantil con sujeción a las disposiciones previstas en el contrato de fideicomiso mercantil, entregando los bienes del patrimonio autónomo al constituyente, al beneficiario o a quien tenga derecho a ellos”.

Por otra parte, el Superintendente de Compañías puede disponer de oficio la sustitución de la fiduciaria cuando a su juicio y una vez cumplida una investigación de oficio, expresada en resolución motivada, proceda esa medida para salvaguardar los derechos de terceros que hayan contratado con el patrimonio autónomo; y, en caso de disolución de la fiduciaria.

3.3 Los Beneficiarios.

3.3.1 Concepto.

De conformidad con el Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores, pueden ser beneficiarios del fideicomiso mercantil las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución.

De la norma citada se desprende que cualquier persona puede ser beneficiario, y además, – al igual que constituyente- pueden ser también beneficiarios las entidades dotadas de personalidad jurídica, como es el caso, otro fideicomiso. Nuestra legislación no establece limitaciones especiales para adquirir esta calidad, salvo la prohibición de constituir fideicomisos mercantiles en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas.

Sobre la capacidad del beneficiario nuestra legislación guarda silencio; y, referente a ello, Rodríguez Azuero manifiesta que el beneficiario *“debe ser una persona capaz de recibir derechos, lo que conduce a afirmar que toda persona puede ser fideicomisario”*, aclarando que quien de conformidad con las leyes de un país quien sea indigno o incapaz de recibir determinados bienes o de ciertas personas por vía sucesoria, no podría adquirirlos tampoco a través del negocio fiduciario¹²⁹.

Lo importante es que la designación del beneficiario se lo realice en el contrato por el constituyente, o lo puede hacer posteriormente, si en el contrato se ha previsto esa atribución.

En principio el beneficiario existirá al momento de la celebración del contrato, pero puede también designarse como beneficiario a una persona que aún no exista pero se espera que exista; así, la existencia del beneficiario al momento de constitución del fideicomiso no es necesaria, sin embargo si lo es la determinación del mecanismo para establecer el mismo, a fin de que la finalidad y beneficio del contrato puedan tener pleno efecto, por ejemplo, en podría constituir un fideicomiso inmobiliario en el cual sus beneficiarios sean los damnificados de una zona en la que ha ocurrido un desastre, éstos son beneficiarios

¹²⁹ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 245.

genéricos e indeterminados, pues se desconoce quienes recibirían el beneficio hasta que se les otorgue.

Por otra parte, el citado Art. 116 establece que en el contrato se pueden designar varios beneficiarios, incluso determinándoles en distintos grados de preeminencia entre ellos e inclusive estableciendo beneficiarios sustitutos. Si no existe estipulación en el contrato, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado, y si no existen beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso.

El derecho del beneficiario surge de la estipulación realizada a su favor por el constituyente, desde ésta óptica el beneficiario podría ser un tercero o el mismo constituyente; cuando es un tercero se necesitará de su aceptación para que le sea imponible el beneficio y las obligaciones que puedan nacer de él.

Molina Sandoval señala que el beneficiario a ser la persona en cuyo beneficio ejerce el fideicomiso, así como el fiduciario ha asumido obligaciones en la ejecución del dominio fiduciario, el beneficiario luego de aceptar la estipulación realizada a su favor se ha constituido en titular de una serie de derechos emanados del contrato, estos derechos tienen el carácter de creditorios o personales y no de derechos reales.

3.3.2 Derechos y obligaciones.

La Ley de Mercado de Valores en el Art. 127 establece los derechos de los beneficiarios, así la norma señala que son:

a) “Los que consten en el contrato”.- Se establece el contrato como principal fuente de los derechos que le correspondan al beneficiario, y a él se ha de estar para entender su alcance y naturaleza.

b) “Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil”.- Si el beneficiario es quien debe beneficiarse de la administración que realice la fiduciaria, es natural que tenga como derecho el poder exigir que ella cumpla con las finalidades determinadas en el contrato; este derecho se vincula con la posibilidad de ejercer acciones para exigir el cumplimiento del contrato o las de responsabilidad frente a un eventual incumplimiento.

c) “Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales”.- Este derecho reconoce la necesidad del beneficiario de conocer el estado del patrimonio autónomo y la gestión realizada por la fiduciaria, a fin de que pueda –de ser el caso- hacer valer sus derechos en procura de sus intereses.

d) *“Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión”.*- Este derecho surge como una condición propia de la calidad de “acreedor” del beneficiario ante la fiduciaria, pues la administración que realiza ésta última siempre va encaminada a lograr el beneficio del segundo, en los términos del contrato.

e) *“Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la ley”.*- A criterio de algunos, este derecho daría lugar a una acción similar a la acción pauliana, con la cual se buscaría enderezar el actuar indebido de la fiduciaria.

f) *“Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos”.*- Pedir la sustitución de la fiduciaria, es un derecho que nace de la propia estructura del contrato, pues lo contrario sería condenar al fideicomiso a sufrir el inadecuado manejo de una fiduciaria.

En cuanto a las obligaciones estas se estipularán en el contrato y a manera de ejemplo podríamos señalar que al Beneficiario se le podría exigir que provea de todas las facilidades a la fiduciaria para el cumplimiento de las instrucciones impartidas en este contrato; en algunos casos pagar los honorarios de la fiduciaria, como también los gastos, costos, tributos y otros rubros que podrían estipularse en el contrato; entregar la información que soliciten los órganos de control; etc.

4. Creación del patrimonio autónomo.

4.1 Noción.

Para conceptualizar el patrimonio autónomo es preciso que transcribamos el Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores:

“Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal,

cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

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

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

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

Del artículo transcrito se desprende:

- a)** Como efecto jurídico de la celebración del contrato de fideicomiso mercantil nace a la vida jurídica el *patrimonio autónomo*; esto es, el surgimiento de este patrimonio es consecuencia de la celebración del contrato.
- b)** La ley define que el patrimonio autónomo es *el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad*.

Por principio y como regla general se considera patrimonio al conjunto de derechos y obligaciones, generalmente de una persona, pero también de una universalidad como de la herencia yacente.

Tradicionalmente, se ha considerado al patrimonio como un atributo de la personalidad; expliquemos, sobre el patrimonio existen dos teorías:

- La teoría subjetiva que ha considerado al patrimonio como un reflejo de la personalidad, consecuentemente toda persona tiene un patrimonio y solo las personas pueden tenerlo; por lo tanto, *“nadie tiene más que un patrimonio y el mismo es inseparable e inalienable. Pueden contraerse nuevas obligaciones, adquirirse nuevos derechos o cederse unas y otros, pero el patrimonio como atributo personal continuará vinculado indefinidamente al individuo mientras subsista como tal”*¹³⁰.

¹³⁰ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 197.

Desde esta óptica, se entiende que de la persona (natural o jurídica) -emana de si misma- una personalidad, esto es, la forma como la persona se expresa hacia el mundo de una manera concreta y exterioriza sus actos, para ello es necesario concederle atributos, como por ejemplo, un nombre que le permita individualizarla y distinguirla de otras; un domicilio en el cual desarrolla sus actividades y que del cual depende varias consecuencias jurídicas; como también el patrimonio.

- La teoría objetiva que reconoce al patrimonio una individualidad jurídica propia y lo concibe como una afectación a un fin determinado; *“se explican así los llamados patrimonios especiales en cabeza de una persona y que coexisten con su patrimonio general, por lo que constituirían excepción indudable a la afirmación según la cual la persona no puede tener más de un patrimonio y los denominados autónomos o separados que tienen relevancia jurídica en sí mismos considerados, sin requerir por lo tanto del sustento personal propio de la doctrina clásica”*¹³¹.

Consecuentemente, de manera clara, podemos determinar que la Ley de Mercado de Valores, rompiendo la doctrina clásica recogida en la legislación ecuatoriana, a optado por reconocer al patrimonio autónomo una individualidad jurídica, ficción, que la ley se esfuerza en fortalecer al señalar que *“cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad”*.

Sin embargo, hemos de aclarar que la individualidad jurídica del patrimonio autónomo, le hace *capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones*, sin que el patrimonio sea una persona jurídica, precisando la Ley que *“no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil”*, aclaración que el legislador la realiza a fin de asegurar la verdadera naturaleza del patrimonio autónomo.

Al respecto recordemos en cambio que a la sociedad *“la concebimos como un recurso técnico de la ciencia jurídica, que posibilita que una declaración negocial de una persona o de una pluralidad de personas genere una estructura con fines instrumentales, para lograr una organización funcional que permita generar derechos y contraer obligaciones imputables a su fondo de afectación, para que de esta forma alcance los fines sociales perseguidos por el ordenamiento jurídico”*¹³²; a la sociedad se le reconoce capacidad tanto en sus relaciones externas como internas; así puede actuar en el tráfico identificándose con

¹³¹ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 198.

¹³² Efraín Hugo Richard; y, Orlando Manuel Muíño. “Derecho Societario”, 5ª Reimpresión, Editorial Astrea, Argentina, 2004, pp. 42.

su nombre, ejercer el comercio y adquirir la calidad de comerciante, y, ser persona distinta de los socios con sus propios derechos y obligaciones¹³³.

c) En el patrimonio autónomo no pueden entenderse comprendidos aquellos derechos que no tienen un contenido pecuniario, como lo son los derechos personalísimos, por ejemplo, el derecho a la vida, al honor, etc..

d) El fideicomiso mercantil es el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. En otras palabras, el fideicomiso es el propietario de los bienes que se encuentran en el patrimonio autónomo; ahora bien, este dominio del fideicomiso sobre sus bienes (dominio fiduciario), en palabras de Kiper y Lisoprawski tiene las siguientes características: absoluto, exclusivo y temporal (temporal):

Absoluto.- Kiper y Lisoprawski resaltan que en general el dominio es absoluto, lo cual significa que no sea ilimitado, pues tiene un estatuto regulador que le impone restricciones y puede estar sujeto al arbitrio del titular; es absoluto en tanto otorga a su titular la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa, desde esta óptica, el dominio fiduciario también lo es, pues, el dominio fiduciario goza de las mismas atribuciones que le corresponden al titular pleno, sin que la existencia de modalidades resolutorias le priven de dicho carácter.

Exclusivo.- En Ecuador sería que el fideicomiso es el dueño del bien, sin permitir la coexistencia de dos derechos de dominio sobre la misma cosa y al mismo tiempo, en otras palabras, no es posible que dos personas puedan tener cada una en el todo el dominio de una cosa. Esto, al contrario de teorías que han sostenido que sobre el bien fideicomitido podría existir una coexistencia de dos derechos de dominio, la del fiduciario y el del fiduciante; lo cual no sería aceptable en nuestro sistema.

Temporal (temporal).- El dominio fiduciario es temporal porque no está sujeto a durar indefinidamente, su duración está subordinada al cumplimiento de la condición o plazo resolutorio¹³⁴.

e) El patrimonio autónomo como ficción que puede ejercer derechos y contraer obligaciones, requiere actuar a través de la fiduciaria, quien es su administradora y representante legal, y como tal debe ejercer las funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el contrato.

¹³³ Macías Hurtado, Miguel. "Instituciones del Derecho Mercantil Ecuatoriano", Ob. cit., pp. 216.

¹³⁴ Kiper, Claudio M.; y, Lisoprawski, Silvio V.: Ob. cit., pp. 51-59.

El Art. 119 de la Ley de Mercado de Valores corrobora lo manifestado cuando determina que *“el fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente”*.

e) Los bienes que conforman el patrimonio autónomo deben estar afectos a cumplir la finalidad dispuesta en el contrato por el constituyente, finalidad que delimitará el actuar y gestión de la fiduciaria.

Por otra parte, la Ley señala que el patrimonio autónomo es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario.

4.2 Los bienes que forman el patrimonio autónomo en el fideicomiso inmobiliario.

La norma señala que se pueden transferir al patrimonio autónomo *“la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan”*.

Recordemos que de acuerdo a nuestro Código Civil los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales; son corporales las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa o un libro, y, son incorporeales las que consisten en meros derechos, como los créditos o las servidumbres activas. Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles y las cosas incorporeales en derechos reales o personales.

Consecuentemente pueden formar parte del patrimonio autónomo los bienes muebles e inmuebles, los derechos reales (como el usufructo, uso o habitación, una servidumbre, etc.) y los derechos personales (como el crédito que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado). Como lo hemos ya mencionado, creemos que al patrimonio no puede transferirse derechos personalísimos; pues estos son intransferibles y no son sujetos de enajenación.

Bienes que pueden existir al momento de la celebración del contrato o que se espera que existan; sobre éstos últimos dispone el Art. 117 de la Ley de Mercado de Valores que pueden comprometerse en el contrato de fideicomiso mercantil *“a efectos de que cuando lleguen a existir, incrementen el patrimonio del fideicomiso mercantil”*, en consecuencia existirá una promesa de transferir los mismos.

Al respecto Molina Sandoval señala que *“el contrato debe contener la individualización de los bienes objeto del contrato; en caso de no resultar posible tal individualización a la fecha de celebración del fideicomiso, constará la descripción de los requisitos y características que deberán reunir los bienes”* y que *“deberá contemplar la determinación del modo en que otros bienes podrán ser incorporados al fideicomiso”*¹³⁵.

Dice el citado autor que *“en caso de que los bienes no se transfieran, por mediar un obstáculo para ello, y se deba esperar un momento posterior, tales bienes deberán identificarse con claridad y determinar la manera en que los mismos llegarán al dominio del fiduciario”*; además, en referencia a los requisitos y características de los bienes, *“ello no abarca sólo el tipo de bienes, su individualización, sino también la situación jurídica de los mismos (esto es, titularidad, gravámenes, desmembramientos, ocupaciones y todo otro dato vinculado)”*¹³⁶.

Cabe indicar que la intención con la que el constituyente transfiere un bien al fideicomiso es para que el fideicomiso lo reciba para volverse dueño del mismo y con el se cumpla una finalidad, pero esta transferencia a favor del fideicomiso es temporal, esto es *“para que en forma transitoria esté bajo su dominio como titular del derecho de propiedad sobre el bien transmitido, hasta tanto se cumpla el plazo o la condición a que generalmente está subordinado”*¹³⁷. Por ello, Molina Sandoval ha señalado que *“la principal característica del dominio fiduciario es la falta de carácter perpetuo”*¹³⁸.

Por último, en este punto, es preciso considerar que los bienes que conforman el patrimonio autónomo pueden *“disminuir o aumentar, pueden transformarse o sustituirse”*¹³⁹ conforme las circunstancias estipuladas en el contrato.

En consecuencia, a manera de conclusión podemos anotar lo dispuesto en el Art. 118 de la Ley de Mercado de Valores: *“Cada fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo que es, estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos en fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente”*.

4.3 La transferencia a título de fideicomiso mercantil.

¹³⁵ Molina Sandoval, Carlos A.: Ob. cit., pp. 53.

¹³⁶ Molina Sandoval, Carlos A.: Ob. cit., pp. 53.

¹³⁷ Carregal, Mario A.: Ob. cit., pp. 72.

¹³⁸ Molina Sandoval, Carlos A.: Ob. cit., pp. 82.

¹³⁹ Molina Sandoval, Carlos A.: Ob. cit., pp. 55.

De conformidad con las normas de nuestro Código Civil la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas; este modo consiste en la entrega que hace el dueño de la cosa a otro, siendo necesario que exista, por una parte, la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra, la capacidad e intención de adquirirlo. Se requiere por lo tanto que sea hecha voluntariamente por el tradente o por su representante, así como también se requiere el consentimiento del adquirente o de su representante.

La persona puede transferir el dominio entregando la cosa, entregándola el mismo o por medio de mandatarios o representantes legales; entendiéndose que la tradición hecha por un mandatario o representante legal que se encuentra debidamente autorizado, alcanza los mismos efectos como si el mismo mandante o representado la hubiere realizado; sin embargo, es preciso para la validez de la tradición en la que intervienen mandatarios o representantes legales que éstos obren dentro de los límites de su mandato o de su representación legal, consecuentemente, no pueden extralimitarse.

Ahora bien, para que la tradición opere se requiere además que le acompañe un título traslativo de dominio¹⁴⁰, como el de venta, permuta, donación, etc.; luego, la Ley de Mercado de Valores de 1998 introdujo un nuevo título traslativo de dominio: el fideicomiso mercantil.

Carregal señala que *“por título de transmisión entendemos la motivación subyacente en el acuerdo de voluntades que ha precedido a la enajenación o es concomitante con ella. Representa, en alguna medida, el porqué del acto y el interrogante que conlleva tiene una respuesta: se transmite el bien porque se tiene la confianza necesaria en que el adquirente hará cumplir el encargo, así como el vendedor entrega el bien porque recibe por él un precio, y el donante lo hace porque desea beneficiar al donatario”*¹⁴¹.

El título de fideicomiso mercantil implica el deseo del tradente (constituyente) que con dicho bien se cumpla la finalidad dispuesta en el contrato; como, este título entraña en el fondo de su naturaleza un encargo sui géneris, la Ley de Mercado de Valores en el Art. 113 señala que *“la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato”*.

¹⁴⁰ Apel, quien formuló la teoría del título y el modo, afirmó que todo dominio tenía dos causas, una próxima por la cual se conseguía inmediatamente el dominio, y otra, remota, por la cual y mediando la misma uno se hacía dueño, así, la causa próxima era la entrega de la cosa, mientras que la remota, era la compra o la donación de la cosa.

¹⁴¹ Carregal, Mario A.: Ob. cit., pp.103.

Resaltamos, la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita; para explicar como esto es posible, citemos a Kiper y Lisoprawski que señalan que el título de adquisición es la confianza, lo que significa que el fiduciario recibe el bien no a título oneroso ni a título gratuito¹⁴².

Esto es, como señala Carregal, en los actos de transferencia del dominio fiduciario el constituyente no recibe una contraprestación equivalente al valor del bien, como sería en el caso de venta o de la permuta del bien, *“no hay entonces relación conmutativa entre el valor entregado por el enajenante y el valor de las prestaciones que éste recibirá del adquirente, las que, por otra parte, se circunscribirán al cumplimiento de encargo formulado, pero no tendrán como contrapartida la entrega del bien”*; por otra parte, *“los compromisos que contrae el fiduciario en el contrato del fideicomiso no se deben entonces como contraprestación de la transmisión del dominio, sin perjuicio de que el fiduciario deberá al fiduciante al menos el valor del bien, en cuanto esta obligación cubre la eventualidad de que el fiduciario dé al patrimonio fideicomitado un destino distinto del previsto en la convención”*¹⁴³.

Por último hemos de señalar que si la ley exige solemnidades especiales para la enajenación, no se transfiere sin ellas el dominio de los bienes; así como que la tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que éstas se expresen en el contrato.

4.4 Separación patrimonial.

El Art. 118 de la Ley de Mercado de Valores dispone que *“el patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario”*; cada patrimonio autónomo es distinto de otro, tiene esa individualidad dada en virtud de la personalidad jurídica que le concede la ley.

Por ello, es obligación de la fiduciaria el mantener el fideicomiso mercantil separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, llevando para el efecto una contabilidad independiente para cada uno de éstos; la contabilidad debe reflejar la finalidad pretendida por el constituyente y se sujetarán a los principios de contabilidad generalmente aceptados.

¹⁴² Kiper, Claudio M.; y, Lisoprawski, Silvio V.: Ob. cit., pp. 185.

¹⁴³ Carregal, Mario A.: Ob. cit., pp.103.

Tomando las palabras de Molina Sandoval podemos señalar que *“se supone que si son patrimonio separado, la “separación” debe ser real y no meramente nominal o teórica. Una separación efectiva excluye cualquier atisbo que permita la confusión patrimonial entre los bienes personales del fiduciario y el patrimonio fideicomitado”*¹⁴⁴.

Por su parte, Rodríguez Azuero manifiesta que *“la separación es jurídica pero debe, ante todo, reflejarse en los registros contables y busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni con aquellos correspondientes a otros fideicomisos en cabeza de la entidad, esto es, que en cualquier momento sea posible identificarlos todos de manera inequívoca. Supone la existencia de cuentas separadas para cada uno de los fideicomisos con indicaciones precisas sobre el constituyente, el beneficiario, etc., en forma que no quede ninguna duda sobre la manera como están constituidos los incrementos recibidos, los cargos hechos, etc.”*¹⁴⁵.

Al tener el patrimonio autónomo una individualidad en virtud de la personalidad jurídica otorgada por la ley, podemos entender que como consecuencia de ello, los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso mercantil garantizan las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario haya contraído por cuenta del fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades previstas por el constituyente en el contrato; de tal forma, el referido Art. 118 establece que *“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 mas no los bienes propios del fiduciario”*.

Así dirá Molina Sandoval que *“en este sentido, y dada la separación patrimonial, los acreedores personales del fiduciario no pueden cobrarse de los bienes fideicomitados, sólo pueden ejecutar los bienes que conforman el patrimonio del fiduciario”*¹⁴⁶; o, si el fiduciario, en dicha calidad, causa un daño derivado de un delito o un cuasidelito, responderá con su patrimonio personal si se dan los presupuestos de la responsabilidad por su propio actuar, por su culpa o negligencia¹⁴⁷.

Como consecuencia de la separación patrimonial o autonomía del patrimonio, el fideicomiso esta libre de acciones de los acreedores del fiduciario, de los acreedores del constituyente o del beneficiario, salvo si la transferencia de los bienes y la constitución del fideicomiso estuvo envuelto de fraude o se realizó en perjuicios de terceros, pues los actos de

¹⁴⁴ Molina Sandoval, Carlos A.: Ob. cit., pp. 247.

¹⁴⁵ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 199.

¹⁴⁶ Molina Sandoval, Carlos A.: Ob. cit., pp. 248.

¹⁴⁷ Molina Sandoval, Carlos A.: Ob. cit., pp. 249.

disposición del constituyente “*no pueden tener como causa ni como resultado la burla de los derechos de los acreedores*”¹⁴⁸.

Ahora, las obligaciones adquiridas por el fideicomiso están garantizadas con los bienes que conforman su patrimonio, sin embargo, la ley impone un límite de responsabilidad ante dichas obligaciones, pues dice el Art. 108 que el patrimonio autónomo responderá por las obligaciones únicamente hasta el monto de los bienes que hayan sido transferidos al patrimonio del fideicomiso mercantil, quedando excluidos los bienes propios del fiduciario.

5. Vigencia del contrato.

En la legislación ecuatoriana por regla general el fideicomiso mercantil debe tener un plazo de vigencia, es decir, el contrato debe expresar el tiempo dentro del cual está llamado a surtir efectos jurídicos, en este caso el plazo es expreso; o puede convenirse que el contrato tenga vigencia hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición.

En el primer caso, llegado el día o cumplido el tiempo determinado en el contrato para su vigencia el fideicomiso mercantil debe terminarse y liquidarse, claro está que de convenir a los intereses de las partes y no perjudicar a terceros bien puede el plazo de vigencia extenderse. En el segundo caso, si la vigencia depende del cumplimiento de la finalidad prevista en el contrato, el tiempo de vigencia será el indispensable para el cumplimiento de dicha finalidad, agotándose la razón de ser del fideicomiso una vez alcanzada la causa que motivó su celebración; y, si la vigencia del contrato está determinada por la ocurrencia de un evento futuro e incierto, es decir, si depende de una condición, esta surte los efectos de una condición resolutoria.

Sea de cualquier forma, en ningún caso la duración del fideicomiso mercantil podrá ser superior a ochenta años, lo cual se justifica por el carácter temporal propio de la naturaleza de este contrato¹⁴⁹, sin embargo la ley rompe la regla general para abrir la posibilidad de que como excepción los contratos puedan tener una duración mayor a los ochenta años, exclusivamente en los casos determinados en el artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores, siendo estos los siguientes:

¹⁴⁸ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 201.

¹⁴⁹ Si bien en todo contrato es necesario establecer el tiempo dentro del cual las partes deben cumplir con las obligaciones que nacen del acuerdo de voluntades, con igual o más razón en este contrato, pues la temporalidad de la consecución de la finalidad prevista en el contrato está dada por el mismo carácter temporal de las partes que intervienen en el fideicomiso y que de él quieren beneficiarse.

- “a) Si la condición resolutoria es la disolución de una persona jurídica; y,*
- b) Si los fideicomisos son constituidos con fines culturales o de investigación, altruistas o filantrópicos, tales como los que tengan por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación científica o difusión de cultura, o de aliviar la situación de los interdictos, los huérfanos, los ancianos, minusválidos y personas menesterosas, podrán subsistir hasta que sea factible cumplir el propósito para el que se hubieren constituido.”*

En el primer caso, es una excepción al plazo de los ochenta años pero no se constituyen en un plazo indefinido sino tan sólo condicionado, con la particularidad que si se establece que la duración del contrato es la disolución de una persona jurídica, bien puede acontecer la condición resolutoria luego de los ochenta años, como bien puede acontecer antes; siempre considerando que una persona jurídica no es eterna y que la disolución es la antesala de la extinción de la misma, a la que sólo le restaría su respectiva liquidación. Esta excepción puede ser de mucha utilidad práctica, principalmente para fines empresariales.

6. Auditoría externa.

El Art. 94 de la Ley de Mercado de Valores, en la parte pertinente, señala:

“Art. 194.- Del concepto.- 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.

Las instituciones reguladas por esta Ley, así como los emisores de valores inscritos en el Registro del Mercado de Valores estarán obligados a llevar auditoría externa.

Dicha auditoría deberá efectuarse por lo menos anualmente de acuerdo con las normas que para el efecto dicte el C.N.V.

...”

De la norma transcrita se desprende que la auditoría externa consiste en la opinión sobre la razonabilidad de los estados financieros para representar la situación financiera y los resultados de las operaciones de la entidad auditada; también puede expresar recomendaciones respecto de los procedimientos contables y del sistema de control interno del sujeto auditado.

En el segundo inciso de la norma se establece quienes deben ser auditados. Esto es, se señala que obligatoriamente son todas las instituciones reguladas por esta Ley, así como los emisores de valores inscritos en el Registro del Mercado de Valores.

De lo mencionado no cabe duda que la Fiduciaria está obligada a contar con Auditoría externa; la pregunta es si ¿un fideicomiso tiene la obligación de contar con auditoría externa?

Al respecto, bien señala el último inciso del Art. 118 de la Ley de Mercado de Valores que dice:

“Contractualmente el constituyente podrá ordenar que el fideicomiso se someta a auditoría externa; sin embargo el C.N.V., establecerá mediante norma general los casos en los que obligatoriamente los fideicomisos deberán contar con auditoría externa, teniendo en consideración el monto y naturaleza de los mismos.”

Así, existen dos posibilidades:

- i. Que sin estar obligado por ley, la obligación de contratar la auditoría externa para un fideicomiso en particular nace del contrato, por voluntad del constituyente; y,
- ii. Que la obligación de contratar la auditoría externa nace de la norma general que imponga por resolución el CNV.

Ahora bien, el Art. 21 de la Sección IV de las Disposiciones Generales, Capítulo I del Título V que trata sobre los Negocios Fiduciarios, Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores, señala los casos en los que un negocio fiduciario debe contar con la auditoría externa.

Así la norma referida señala:

“Art. 21.- Obligatoriedad de contratar auditoría externa.- (Reformado por el Art. 2 de la Res. CNV-004-2011, R.O. 461, 2-VI-2011).- Deberán contar con auditoría externa de una auditora inscrita en el Registro del Mercado de Valores, los negocios fiduciarios que tienen la obligación de inscribirse en dicho registro, excepto los fideicomisos en los que participa el sector público como constituyente, constituyente adherente o beneficiario, salvo que en el respectivo contrato se hubiere dispuesto la contratación de auditoría externa.

También 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;

los que prevean contar con constituyentes adherentes; y, aquellos casos en los que el constituyente hubiere ordenado contractualmente que el fideicomiso se someta a auditoría externa. Adicionalmente, cuando el constituyente fuere una institución del sistema financiero, la firma auditora externa también deberá ser calificada por la Superintendencia de Bancos y Seguros.”

Así como el fideicomiso inmobiliario debe inscribirse en el Registro del Mercado de Valores, por lo cual debe contar con auditoría externa; sin embargo el fideicomiso inmobiliario generalmente contempla la posibilidad de contar con constituyentes adherentes, o prevé la posibilidad de recibir recursos de personas distintas a los constituyentes iniciales, tales como promitentes compradores, por todo ello, se le exige la auditoría externa.

De acuerdo a la normativa en estos casos, los informes deben contener de manera general lo siguiente:

- 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.

Y, de manera particular para los negocios fiduciarios, incluir lo siguiente:

- a. Verificación de que la contabilidad del negocio fiduciario refleja el cumplimiento del objeto del fideicomiso.
- b. Verificación del cumplimiento de las instrucciones establecidas en el contrato.
- c. Revelación de los hechos o situaciones que impidan el normal desarrollo del fideicomiso y que retardan, o pueden retardar de manera sustancial, su ejecución o terminación del mismo.
- d. Opinión sobre la razonabilidad del valor de los bienes del patrimonio del negocio fiduciario.
- e. Sobre fideicomisos mercantiles utilizados en procesos de titularización, adicionalmente se verificará el cumplimiento de lo establecido para emisores de valores.

Por último y muy importante, la rendición de cuentas de la fiduciaria deberá contener –entre otros- el informe de auditoría externa.

Capítulo IV

La inembargabilidad, la garantía general de prenda y la irrevocabilidad en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario.

Este capítulo comprende tres aspectos del contrato de fideicomiso mercantil que dotan a esta figura de ventajas que le dotan de una característica especial.

1. La inembargabilidad.

Pro mandato legal los bienes que integran el patrimonio autónomo de un fideicomiso son inembargables; así lo dispone el Art. 121 de la Ley de Mercado de Valores:

“Art. 121.- Inembargabilidad.- Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por los acreedores del fiduciario. Los acreedores del beneficiario, podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil.”

De conformidad con la norma transcrita ni los acreedores del constituyente, ni los acreedores del beneficiario, ni los acreedores del fiduciario, pueden embargar los bienes del patrimonio autónomo, ni intentar medidas precautelatorias o preventivas sobre los mismos.

Sin duda, la inembargabilidad de los bienes del fideicomiso es reconocida por la ley como una consecuencia de concebir al patrimonio autónomo como un ente individual, dotado de personalidad jurídica; la autonomía de la cual goza el fideicomiso debe también reflejarse en las relaciones jurídicas sobre sus bienes. Esto es, la inembargabilidad es consecuencia de lo que en la doctrina internacional se ha denominado la separación de patrimonios y, que conforme lo hemos analizado, se recoge en el Art. 118 de la Ley de Mercado de Valores, cuando dispone que el patrimonio autónomo es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario; por lo tanto, las obligaciones que adquiera el fideicomiso estarán garantizadas con los bienes que conformen su patrimonio.

Al respecto, en la Doctrina No. IV del Mercado de Valores al analizar el aspecto de la inembargabilidad, se fundamenta la misma señalando, que por el contrato de fideicomiso

mercantil el constituyente transfiere la propiedad de bienes al patrimonio autónomo, el cual a partir del momento en que se perfecciona dicha transferencia, se convierte en el titular de dichos bienes; este patrimonio autónomo es diferente y está separado del patrimonio del constituyente y el de la fiduciaria, considerando que los bienes que lo conforman están destinados, exclusivamente, a la consecución de la finalidad para la cual el fideicomiso fue creado, para lograr este fin, se le ha dotado al patrimonio autónomo de personalidad jurídica. Como mecanismo para lograr el cumplimiento de la finalidad prevista por el constituyente en el contrato, se resalta, que el principal efecto del fideicomiso mercantil, es la creación de un patrimonio autónomo y de afectación. En atención a la naturaleza separada e individual del fideicomiso, no pueden los acreedores de las partes perseguir sus acreencias en los bienes que conforman el patrimonio autónomo¹⁵⁰.

El citado Art. 121, señala como excepción, que los bienes del fideicomiso mercantil pueden ser embargados o sujetos a medidas precautelatorias o preventivas cuando ello se haya pactado en el contrato; pacto que deberá ser expreso e inequívoco. Sin embargo, creemos que no se podría pactar que los bienes del patrimonio autónomo puedan ser embargados por los acreedores del fiduciario, pues, dicho acuerdo, sería contrario a la naturaleza del contrato.

Los acreedores del beneficiario, pueden perseguir los derechos y beneficios que le corresponden a éste en el fideicomiso, pero no pueden, ejecutar acciones directas contra los bienes del patrimonio autónomo.

Nótese que la inembargabilidad es una característica especial que sirve como un mecanismo para dar viabilidad a la consecución de la finalidad pretendida con el fideicomiso; esta característica, es fundamental para un emprendimiento inmobiliario, pues gracias a ella se permitirá aislar los bienes del proyecto y eliminar contingentes o riesgos que de otra manera existirían si los mismos permanecieran en el patrimonio personal de los constituyentes.

2. La garantía general de la prenda.

En el Art. 2367 del Código Civil se consagra a nivel normativo el principio de la garantía general de prenda, cuando se establece que toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean estos bienes presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables.

Por esta norma todos los bienes que posee una persona –y, debemos agregar, una entidad dotada de personalidad jurídica- en su patrimonio, garantizan las obligaciones personales

¹⁵⁰ Gaceta Societaria No. 26, pp. 24-29.

que como deudor ha adquirido frente a sus acreedores; quedan excluidos de esta garantía general los bienes que no son embargables¹⁵¹.

En este contexto el Art. 122 de la Ley de Mercado de Valores, ratificando la naturaleza del fideicomiso, al considerarlo como un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, dispone que los bienes que lo conforman respaldan todas las obligaciones contraídas por el fideicomiso para el cumplimiento de las finalidades establecidas por el constituyente, en consecuencia pueden ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas por parte de los acreedores del fideicomiso mercantil.

Dicha norma señala:

“Art. 122.- Garantía general de prenda de acreedores del fideicomiso mercantil.- Los bienes transferidos al patrimonio autónomo respaldan todas las obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades establecidas por el constituyente y podrán, en consecuencia, ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas por parte de los acreedores del fideicomiso mercantil. Los acreedores del beneficiario podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil.”

En consecuencia, los acreedores del fideicomiso mercantil están respaldados en el cumplimiento de sus obligaciones con todos los bienes que conformen el patrimonio autónomo. Para que proceda tal garantía se debe considerar:

- a) Que los bienes sean del fideicomiso, esto ya por que los constituyentes los hubieren transferido al patrimonio autónomo o porque ellos sean el resultado de un incremento patrimonial en razón del cumplimiento de la finalidad contractual; y,
- b) Que las obligaciones sean contraídas por el fideicomiso, en otras palabras, aquellas que sean adquiridas por el fideicomiso en el cumplimiento de las finalidades establecidas por el

¹⁵¹ Los bienes que no son embargables se encuentran principalmente designados en el Art. 1634 del Código Civil, pero también encontraremos casos especiales en otras leyes. Entre otros, los bienes inembargables se encuentran: los sueldos y remuneraciones de los servidores y trabajadores en general; el lecho del deudor, el de su cónyuge e hijos que viven con él; los libros relativos a la profesión del deudor hasta el límite establecido en la ley; las máquinas e instrumentos de que se sirve el deudor para la enseñanza de alguna ciencia o arte, hasta el valor establecido en la ley; los bienes raíces donados o legados con la expresión de no embargables, siempre que se haya hecho constar su valor al tiempo de la entrega por tasación aprobada judicialmente; el patrimonio familiar; y, los demás que leyes especiales declaren inembargables.

constituyente. Esto implica, que las obligaciones hayan sido adquiridas por la fiduciaria en su calidad de administradora y representante legal del fideicomiso.

Para abundar en fundamento, podemos citar a Jorge R. Hayzus, que señala: *“dado que la noción de patrimonio abarca activo y pasivo, se entiende que los bienes originarios del fideicomiso, así como todos los provenientes de su evolución en el tiempo, responden por las obligaciones que, generadas por el fiduciario dentro de sus facultades y en cumplimiento de las finalidades especificadas en el contrato, quedan a cargo del fideicomiso”*¹⁵².

Consiguientemente, los acreedores del fideicomiso podrán ejercer acciones solicitando embargos y requiriendo medidas precautelatorias o preventivas sobre los bienes del patrimonio autónomo, ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas por la fiduciaria en calidad de administradora y representante legal del fideicomiso.

3. La irrevocabilidad.

Conforme el Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores, el contrato de fideicomiso mercantil entraña la transferencia de bienes del constituyente a favor del patrimonio autónomo, transferencia que se la hace de manera temporal e irrevocable.

Irrevocabilidad implica no poder revocar, con lo cual, la ley establece que la transferencia realizada por el constituyente no se puede dejar sin efecto y retroceder, volver las cosas a su estado anterior.

Esta irrevocabilidad que diferencia al fideicomiso mercantil del mandato (que es esencialmente revocable), le da una característica especial de seguridad a la figura, asegurando que la finalidad del contrato pueda lograrse, evitando que el constituyente de paso atrás, lo cual, de ser posible, podría en riesgo la seguridad de las demás partes.

La imposibilidad de revocar la transferencia del bien, implica además, la irrevocabilidad de las instrucciones dadas en el contrato, pues, recordemos que la transferencia del bien se la hace con una finalidad y bajo unas instrucciones que deben ser cumplidas por la fiduciaria, así, los bienes del patrimonio autónomo están afectos a una finalidad y al cumplimiento de las instrucciones dadas por el constituyente; el bien del fideicomiso está vinculado estrechamente al cumplimiento de la finalidad. Si, las instrucciones dadas en el contrato fueran revocables, el contrato perdería fuerza y seguridad.

De tal forma, la irrevocabilidad implica, tanto la imposibilidad de dejar sin efecto el encargo dado a la fiduciaria, como la de la transferencia del bien.

¹⁵² Hayzus, Jorge Roberto: Ob. cit., pp. 174.

Sin embargo, la irrevocabilidad tiene una excepción: la revocatoria podría proceder cuando al realizarla no se perjudicaría interés o derecho alguno, ni de los demás partícipes del contrato, ni de terceros. Será a la fiduciaria a la que le corresponde verificar estas circunstancias.

4. Ventajas que reportan al fideicomiso mercantil inmobiliario.

La inembargabilidad, la garantía general de prenda y la irrevocabilidad, son características que brindan al negocio fiduciario seguridad, en la medida que hacen del fideicomiso un mecanismo bondadoso para viabilizar un propósito. Estas características en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario ayudan a construir un andamiaje jurídico adecuado para llevar adelante un emprendimiento inmobiliario.

En el emprendimiento inmobiliario ejecutado mediante un fideicomiso, la inembargabilidad ayudará a poder aislar, principalmente, el bien sobre el cual se ejecuta el proyecto, de los eventuales riesgos que los podrían afectar si permaneciera en el patrimonio del constituyente, igual cosa sucederá con los demás bienes que se transfieran al patrimonio autónomo.

Carregal señala al respecto que una de las principales ventajas del fideicomiso para encausar un negocio inmobiliario es la protección legal de que gozan los bienes afectados al proyecto. Dice este autor que la imposibilidad de que el patrimonio fiduciario no pueda ser atacado por los acreedores del fiduciante, del fiduciario o de los constituyentes, permite que, si el proyecto tiene asegurado el financiamiento no habrá riesgos mayores, puesto que resultará previsible que todos los interesados cobren sus acreencias, estas particularidades destacan al fideicomiso sobre otras alternativas legales, pues permite aislar los bienes de contingencias del propio desarrollista resultantes de otros proyectos ajenos al fideicomiso cuya suerte le fuese adversa; esta protección no sólo favorece al propio empresario inmobiliario sino también a los inversores y hasta a los compradores¹⁵³.

Por su parte, la garantía general de prenda constituye un complemento a la capacidad del fideicomiso de poder obligarse, sin la cual sus acreedores estarían desprotegidos en la posibilidad de hacer efectivas acciones para cobrar sus acreencias. Por lo tanto, esta característica hará del fideicomiso inmobiliario un mecanismo adecuado para adquirir obligaciones y permitir que los bienes que lo integren, sirvan para garantizar las mismas.

¹⁵³ Carregal, Mario A.: Ob. cit. pp. 375 y 376.

La irrevocabilidad, sin duda, es la característica fundamental que hace del fideicomiso un mecanismo válido para el emprendimiento inmobiliario, en la medida que da seguridad entre los constituyentes de no poder retroceder en las pretensiones planteadas en el contrato y para las cuales cada quien transfirió los, así como, en la relación del fideicomiso con terceros (proveedores, constituyentes adherentes y promitentes compradores) pues garantizará el destino de los bienes y las instrucciones dadas a la fiduciaria.

Estas características en conjunto hacen del fideicomiso mercantil inmobiliario una plataforma legal que permitirá garantizar de manera equitativa los intereses de los participantes.

Capítulo V

Principales aspectos operativos en la ejecución del Contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

En este capítulo analizaremos los principales aspectos operativos del fideicomiso inmobiliario, para ello partimos de un caso hipotético.

1. Referencia al esquema contractual y al rol de las partes en la ejecución del contrato.

1.1 En base del ejemplo expuesto en el Capítulo 1, del Título I de este trabajo, especifiquemos el esquema del negocio, para establecer luego, el rol de las partes en el mismo.

Hemos planteado (descripción del fideicomiso) como ejemplo que los constituyentes constituirían el fideicomiso mercantil inmobiliario con la finalidad de que la fiduciaria, en su calidad de representante legal del fideicomiso, coordine la ejecución de todos los actos y contratos necesarios para la administración de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, de tal forma que los bienes y los resultados de dicha administración sean entregados a los beneficiarios (que en el esquema del ejemplo son los mismos constituyentes) al momento de su liquidación o por anticipado según las instrucciones estipuladas en el contrato.

Plantearemos el caso, como ejemplo, señalando que el esquema del negocio busca llevar adelante el emprendimiento inmobiliario bajo la modalidad de precio determinado, las unidades habitacionales que resulten de la ejecución del proyecto se comprometerán en venta a terceros mediante promesas de compraventa, y, los beneficios de estas transacciones se repartirán entre los beneficiarios del fideicomiso en la proporción acordada¹⁵⁴.

En este contexto el objeto del fideicomiso será la construcción y desarrollo del proyecto habitacional denominado *NN*, una vez que se haya alcanzado el punto de equilibrio, y

¹⁵⁴ Esto a diferencia de la modalidad al costo, que implica que los mismos constituyentes van ser beneficiarios de las obras o unidades habitacionales llevadas adelante por el fideicomiso.

cumplidas las condiciones acordadas dar en venta las *UNIDADES HABITACIONALES* resultantes y repartir los beneficios a los beneficiarios en proporción al aporte realizado.

Las UNIDADES HABITACIONALES comprenden los lotes de terreno urbanizados con las viviendas sobre el construidas, así como departamentos, estacionamientos, entre otros, que serán construidos en virtud del desarrollo del proyecto.

Establezcamos los partícipes del contrato y algunos aspectos contractuales del negocio.

a) Como constituyentes, participan:

i. CONTITUYENTE 1, quien es propietario de un cuerpo de terreno que aportará al patrimonio autónomo constituido por la celebración del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, bien que se lo transfiere valorado en USD \$ 500.000,00.

ii. CONTITUYENTE 2, quien como promotora, supondremos que es una compañía mercantil propietaria de anteproyectos y estudios inmobiliarios para el desarrollo de una urbanización privada, entre otros, que los aportará para el desarrollo del proyecto inmobiliario *NN* que se desarrollará en función del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario; los anteproyectos y estudios inmobiliarios se transfieren valorados en USD \$80.000,00.

Supondremos que esta compañía anónima es conocida localmente y posee un buen nombre comercial por su experiencia en el campo de la construcción y desarrollo de proyectos inmobiliarios.

iii. CONTITUYENTE 3, quien como inversionista, aportará al fideicomiso mercantil la cantidad de USD \$ 200.000,00.

b) Como beneficiarios, se establece que son las personas a favor de quien se desarrolla el presente contrato, siendo éstas los mismos CONSTITUYENTES 1, 2 y 3 a quienes se les designará respectivamente *BENEFICIARIOS 1, 2 y 3*.

En el contrato se establece que el régimen de beneficios es el siguiente:

- Los BENEFICIARIOS 1, 2 y 3 recibirán beneficios a prorrata de lo efectivamente aportado por cada uno de ellos al patrimonio autónomo hasta por el valor de sus aportes, quienes podrían alternatively recibir en dinero el valor equivalente a la valoración con la cual aportan sus bienes, o, recibir en unidades habitacionales al valor de comercialización establecido para el efecto por la Junta del Fideicomiso hasta el monto aportado.
- Obtenido el resultado neto del proyecto inmobiliario, luego de haber cancelado todas las obligaciones contraídas y restituidas las aportaciones realizadas, el saldo se repartirá el 70% entre los BENEFICIARIOS 1 y 3, quienes participarán en ese porcentaje a prorrata de

lo efectivamente aportado al fideicomiso por cada uno de ellos, y, el 30% será para el BENEFICIARIO 2.

Se pacta también que pueden existir nuevos beneficiarios por cesión de derechos fiduciarios de los constituyentes a favor de terceros.

c) Se pacta en este contrato que no existirán constituyentes adherentes.

d) Participa como fiduciaria la compañía **ABC S.A. Administradora de Fondos y Fideicomisos**.

e) El fideicomiso mercantil que se constituye se denomina **“FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO NN”**, el cual contará con su propio patrimonio autónomo y contabilidad, distinto de los patrimonios individuales de los constituyentes, beneficiarios, fiduciaria y de los otros fideicomisos mercantiles que ésta administre.

f) Los CONSTITUYENTES han acordado que en este fideicomiso exista una JUNTA DEL FIDEICOMISO la cual es establecida en el contrato como el órgano máximo de decisión del fideicomiso, cuyas facultades y atribuciones se establecen en el mismo.

g) Los CONSTITUYENTES, además, han acordado que en el emprendimiento inmobiliario exista una **GERENCIA DEL PROYECTO INMOBILIARIO**, que tendrá a cargo coordinar los aspectos técnicos y de relación con proveedores del proyecto inmobiliario y cuyas atribuciones se determinan en el contrato.

También se establece que existirá un **FISCALIZADOR**, que será un tercero, no relacionado a las partes, que como contratista controle el buen uso de los recursos y materiales utilizados en el proyecto, la adquisición de bienes y servicios, el correcto desarrollo del proyecto.

1.2 El emprendimiento inmobiliario comprenderá tres etapas: una previa o precursora, una de ejecución, y una de venta y liquidación.

La etapa previa o precursora es una fase inicial, que está comprendida desde la celebración del contrato hasta el momento en el que se alcance y declare el punto de equilibrio del proyecto inmobiliario. En este período de tiempo se realizan todos los actos necesarios para alcanzar el punto de equilibrio, esto es, que el proyecto haya alcanzado una viabilidad legal, técnica y financiera (de este tema nos ocupamos en el punto 3 de este capítulo).

La etapa de ejecución es la fase comprendida desde que se ha declarado alcanzado el punto de equilibrio hasta la culminación de la construcción del proyecto; cabe aclarar que un proyecto puede construirse en un solo impulso o por etapas.

La etapa de venta y liquidación implica el tiempo de venta y cierre del emprendimiento, esto es vender las unidades habitacionales y cumplir con los contratos celebrados, así como

cubrir las obligaciones con los proveedores, etc.. Debemos reconocer que la comercialización de las unidades habitacionales puede hacerse desde antes de terminar la construcción de las mismas, por lo que no cabe pensar en absoluto en esta etapa como existiera una prelación estricta entre la de ejecución y la de venta y liquidación, en otras palabras no hay una línea rígida entre las dos.

1.3 Partiendo de nuestro caso hipotético, establezcamos el rol de cada uno de los partícipes en el emprendimiento inmobiliario.

1.3.1 De los CONSTITUYENTES.

En primer lugar, desde el punto de vista económico, a los constituyentes les corresponde, por su condición contractual, transferir al patrimonio autónomo y a título de fideicomiso mercantil, los bienes determinados; además, puede ser el caso que en algún contrato, una vez cumplidas las condiciones estipuladas, un constituyente deba realizar una aportación futura.

Como ya lo hemos indicado en este trabajo, toda aportación que realizaren los constituyentes debe ser valorada conforme las normas legales vigentes.

Luego, a los constituyentes les corresponde asumir los gastos, costos, honorarios, remuneraciones, tributos y los demás rubros que se generen a consecuencia de la constitución y administración del fideicomiso mercantil; podría también pactarse que hasta el cumplimiento del punto de equilibrio, dichos rubros sean de cuenta de un constituyente en particular, quien “arriesgaría” dichos valores a fin de alcanzar la viabilidad del proyecto, y, que luego de alcanzado el referido punto de equilibrio los valores por dichos conceptos, así como los que se generen posteriormente por la terminación del fideicomiso, serán en primer término de cargo del patrimonio autónomo, y subsidiariamente de los beneficiarios.

Por otra parte, desde un punto de vista participativo y al existir una junta de fideicomiso¹⁵⁵, conforme se haya pactado, corresponderá a todos los constituyentes o a parte de ellos, participar en la Junta de Fideicomiso, y desde ella, como órgano colegiado dar las directrices e instrucciones –seempre que no se opongan a las dadas ya en el contrato- para que sean cumplidas por la fiduciaria.

Y, de manera general a los constituyentes les corresponderá exigir a la fiduciaria el cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato, y, como mecanismo para hacer valer este derecho, podrá ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal en contra del FIDUCIARIO por culpa leve o dolo a que hubieren lugar.

¹⁵⁵ Este órgano puede ser llamado Junta del Fideicomiso, Comité Fiduciario, o tener otra designación.

A los constituyentes además les corresponderá informar a la fiduciaria de cualquier hecho o situación relevante que afecte directa o indirectamente al desarrollo del fideicomiso.

En el contrato se podrán establecer roles u obligaciones particulares que deban cumplir todos o parte de los constituyentes.

1.3.2 De los BENEFICIARIOS.

A los beneficiarios les corresponde exigir el cumplimiento de la finalidad e instrucciones determinadas en el contrato; y, recibir y asumir los resultados positivos o negativos que genere el fideicomiso.

Se ha de acordar que deben proveer de todas las facilidades a la fiduciaria para el cumplimiento de las instrucciones impartidas. Al respecto, como solución práctica, en el contrato se ha de establecer que a los beneficiarios les corresponderá, en el evento que no existieren en el patrimonio autónomo recursos suficientes, cubrir los gastos, costos, honorarios, remuneraciones, tributos y los demás rubros que se generen a consecuencia del desarrollo del fideicomiso mercantil, a prorrata de su beneficio.

Es usual que ante la falta de entrega de los recursos por parte de los beneficiarios se autorice a la fiduciaria para que pueda: vender o disponer los bienes del patrimonio autónomo o endeudarlo con cargo a dichos bienes, con el objeto de poder cubrir las necesidades existentes; ejercer el derecho a renunciar como fiduciaria; y, a dar por terminado el contrato por la imposibilidad económica de cumplir la finalidad pretendida en el contrato.

Además, deben informar a la fiduciaria de todo hecho relevante que pueda afectar al fideicomiso y cumplir con las obligaciones especiales que se le puedan imponer en el contrato.

1.3.3 De la FIDUCIARIA.

A la fiduciaria le corresponderá exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los constituyentes y los beneficiarios, cumplir las que a ella le correspondan y exigir el respeto de sus derechos, entre ellos el solicitar el pago de sus honorarios.

Sin embargo, entre sus obligaciones le corresponderá, en su calidad administradora y representante legal del fideicomiso, cumplir las instrucciones dadas por los constituyentes y coordinar la ejecución de todos los actos necesarios para la administración de los bienes que conformen el patrimonio autónomo.

En el fideicomiso mercantil inmobiliario le corresponderá a la fiduciaria cumplir con unas instrucciones de carácter general y otras de carácter netamente inmobiliario.

a. Entre las instrucciones de naturaleza general se podrán encontrar:

- Recibir de los constituyentes los bienes que se aportan a la constitución del fideicomiso; así como aquellos bienes que se han comprometido aportar en un futuro. Los bienes aportados deben ser registrados en la contabilidad del patrimonio autónomo al valor instruido por los constituyentes.
- Suscribir los contratos para la incorporación de constituyentes adherentes cuando se hubiere pactado.
- Ejercer la representación legal del fideicomiso sujetándose a las instrucciones y cláusulas estipuladas en el contrato.
- Contratar la elaboración de avalúos para los bienes del patrimonio autónomo o realizar inspecciones a fin de determinar su estado de los mismos, según sea requerido o instruido en el contrato o por disposición de la Junta del Fideicomiso.
- Constituir gravámenes sobre los bienes del fideicomiso para garantizar sus obligaciones, según sea requerido o instruido en el contrato o por disposición de la Junta del Fideicomiso.
- Contratar pólizas de seguro para los bienes del fideicomiso, según sea requerido o instruido en el contrato o por disposición de la Junta del Fideicomiso.
- Contratar créditos con cargo al patrimonio autónomo, según sea requerido o instruido en el contrato o por disposición de la Junta del Fideicomiso.
- En general, realizar compras, ventas, arrendamientos, permutas, comodatos, usufructos, prendas, hipotecas, etc., según sea requerido o instruido en el contrato o por disposición de la Junta del Fideicomiso.
- Realizar las inversiones instruidas en el contrato o por la Junta del Fideicomiso conforme se haya pactado.
- Efectuar liquidaciones o disminuciones parciales del patrimonio autónomo, siempre que dichas restituciones no afecten al desarrollo del proyecto inmobiliario.
- Una vez cumplido el plazo o condición establecida en el contrato transferir a los beneficiarios los bienes y resultados que genere el fideicomiso.
- Pagadas las obligaciones del patrimonio autónomo y efectuada la transferencia de beneficios a los beneficiarios, proceder con la terminación y liquidación del fideicomiso.

b. Entre las instrucciones de naturaleza inmobiliaria se podrán encontrar:

- En ejecución de la administración fiduciaria y en coordinación con la gerencia del proyecto, verificar el desarrollo del proyecto inmobiliario; deberá verificar que se cumpla con la elaboración del proyecto inmobiliario definitivo, incluyendo la aprobación de los diseños estructurales, hidrosanitarios, eléctrico, telefónicos, y los demás necesarios.
- Verificar la obtención de permisos o licencias de construcción, y demás aprobaciones de las entidades públicas y municipales competentes. La obtención de permisos y licencias estará a cargo del planificador y gerente del proyecto.
- Recibir el presupuesto referencial por parte del gerente del proyecto. El presupuesto referencial suele ser elaborado por el gerente del proyecto en base de la información entregados por el planificador, constructor y los demás contratistas.
- Cumplir las instrucciones que pudiere impartir la junta del fideicomiso sobre que el proyecto inmobiliario se ejecute en su integridad o por etapas, una vez alcanzado el punto de equilibrio.
- Destinar los recursos monetarios que ingresaren al patrimonio autónomo al desarrollo del proyecto inmobiliario de conformidad con el flujo de caja que se apruebe.
- Suscribir los contratos con los profesionales que vayan prestar servicios al emprendimiento.
- Verificar la declaratoria de propiedad horizontal o cualquier otra forma de división del inmueble sobre la base de la cual se vaya a desarrollar el proyecto inmobiliario.
- Verificar la entrega de las unidades habitacionales y de las demás edificaciones o construcciones ejecutadas en el proyecto.

Se a de dejar expresamente establecido en el contrato que las instrucciones impartidas a la fiduciaria serán cumplidas por ella siempre y cuando se le proporcione o cuente en el patrimonio autónomo con los recursos monetarios suficientes para cubrir los costos y gastos que demanden las mismas; si a la fiduciaria no le fueren entregados los recursos necesarios para que pueda cumplir con las instrucciones, estará excenta de responsabilidad por las consecuencias que se pudieren generar por la no realización de las referidas instrucciones. No corresponde que la fiduciaria utilice recursos propios para cumplir con la finalidad del fideicomiso.

De lo ejecutado por la fiduciaria se a de informar a las partes contractuales a través de la remisión de los informes de gestión fiduciaria y rendición comprobada de cuentas, con la periodicidad pactada y cumpliendo los requisitos mínimos establecidos en la normativa vigente.

2. La junta del fideicomiso.

Rodríguez Azuero señala que con alguna frecuencia y en negocios complejos suele pactarse la existencia de comités de distintos tipos, cuyas funciones son operacionales o instrumentales, pero con facultades esenciales para el cumplimiento del encargo realizado a la fiduciaria; estos son frecuentes en los fideicomisos inmobiliarios. El citado autor resalta la utilidad de esta figura, pero señala que se debe tener cuidado para no usarlos como forma para evadir responsabilidades de la fiduciaria, y en las facultades que se les asigna para evitar que puedan impartir instrucciones que se alejen de las instrucciones dadas originalmente por los constituyentes¹⁵⁶.

Con la opinión del referido autor, hemos de decir que estos comités pueden tomar varios nombres, en Ecuador, en los fideicomisos inmobiliarios se suele designarlos como junta de fideicomiso.

Contractualmente suele establecerse que la junta del fideicomiso es el máximo órgano de decisión en los asuntos del fideicomiso; junta que tendrá las facultades establecidas en el contrato, entre ellas las de normar y resolver sobre aquellos aspectos que no hubieren sido expresamente contemplados en el contrato y que sean necesarios para el cumplimiento de su objeto.

Es necesario que en el contrato se establezcan la forma de conformación de la junta, las normas que se han de aplicar para su funcionamiento y las facultades que tenga.

En cuanto a la conformación se debe establecer quienes serán miembros de la junta. Para nuestro caso hipotético, podríamos decir que formarán parte de la Junta un representante por cada uno de los BENEFICIARIOS 1, 2 y 3, así como la fiduciaria; se puede pactar que puedan asistir a la junta, en calidad de invitados, cualquier persona involucrada en el desarrollo del proyecto (quienes tendrán únicamente derecho a voz).

En relación con el funcionamiento se podría pactar que los miembros de la junta del fideicomiso, que representan a los beneficiarios, tendrán derecho a voz y a voto; debiendo determinar la manera de la votación, por ejemplo: cada miembro tiene derecho a un voto; las resoluciones se toman por unanimidad; o, el voto es equivalente a la participación en el patrimonio autónomo. En cuanto a la fiduciaria debemos ser categóricos: tiene derecho a voz, pero no a voto; sin embargo debe tener derecho a vetar las resoluciones que contravengan normas legales o estipulaciones expresas del contrato, o que le pongan en

¹⁵⁶ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit. pp. 238 y 239.

situación de riesgo. El veto da la posibilidad a la fiduciaria de velar por la cabal ejecución del contrato.

Se puede acordar que las juntas puedan reunirse ordinariamente con la periodicidad acordada y extraordinariamente cada vez que fueren convocadas; se debe pactar como se han de realizar las convocatorias y la forma de llevar las sesiones, esto es, quien las preside, quien realizará las veces de secretario, los quórum para la instalación y para la votación, la forma de llevar las actas, y todos los demás aspectos necesarios para su funcionamiento.

Entre las atribuciones de la Junta en un fideicomiso inmobiliario se podría establecer:

- Resolver sobre cualquier instrucción que se requiera dar al Fiduciario; en particular, decidir e instruir sobre aquellos aspectos que no hubieren sido expresamente contemplados en el contrato.
- Resolver sobre si el proyecto se ejecuta integralmente o por etapas.
- Establecer los reglamentos que se requieran para el desarrollo del proyecto.
- Aprobar los presupuestos referenciales y definitivos, así como los flujos de caja del proyecto.
- Resolver sobre la contratación de pólizas de seguros para los bienes del patrimonio autónomo y las condiciones de las mismas.
- Resolver sobre la contratación de inversiones.
- Resolver sobre la terminación anticipada del contrato, siempre que no se afecte a derechos de terceros.
- Autorizar restituciones, liquidaciones o disminuciones parciales del patrimonio autónomo a favor de los beneficiarios, siempre que con ellas no se afecten a terceros, ni al desarrollo del proyecto.
- Resolver sobre la contratación de los profesionales o contratistas necesarios para el desarrollo del proyecto.
- Solicitar informes sobre la gestión de contratistas y demás personas involucradas con el proyecto.

En general, podríamos señalar, a la junta del fideicomiso le podría corresponder la definición de aquellas actividades necesarias para el desarrollo, construcción y comercialización de las unidades habitacionales, esto es, hasta la conclusión y entrega del proyecto.

3. El punto de equilibrio como condición para el inicio de la construcción del proyecto.

Hemos hecho referencia a que el proyecto inmobiliario ejecutado por medio del fideicomiso mercantil debe pasar por dos etapas iniciales, la etapa previa y la etapa ejecución; el punto que separa las dos etapas es el punto de equilibrio.

Podemos definir la etapa previa con las palabras de Rodríguez Azuero que señala como la que *“está enderezada a tener certeza sobre los requisitos mínimos que en los distintos campos, jurídico, financiero, técnico y comercial deben haberse cumplido antes de iniciar la obra”*¹⁵⁷. Es así que, la etapa previa es la fase inicial en la que se debe realizar todos los actos necesarios para dar viabilidad al proyecto inmobiliario, antes de iniciar la etapa de ejecución del proyecto.

En el contrato se ha de establecer que tan sólo verificado y alcanzado el punto de equilibrio se iniciará la fase de ejecución en la que se iniciará y desarrollará la construcción.

El punto de equilibrio estará dado por la viabilidad de los aspectos legal, técnico y financiero.

La viabilidad legal debe estar dada por la transferencia de dominio del bien sobre el que se realizará el proyecto a favor del patrimonio autónomo, y que sobre el mismo no exista limitación de dominio o gravamen que impidan desarrollar el proyecto; así como, se cuente con la declaratoria de propiedad horizontal si fuese el caso.

La viabilidad técnica estará dada cuando se obtenga la aprobación de los planos y del proyecto, por parte de los órganos competentes; se cuente con los permisos, licencias y autorizaciones necesarias para el inicio de la construcción; se cuente con el presupuesto de obra, cuadro de costos del proyecto y el cronograma valorado, los cuales deberán ser aprobados por la junta del fideicomiso y autorizado por el fiscalizador.

La viabilidad financiera estará dada cuando se cuente con los recursos o compromisos de recursos que representen el porcentaje necesario (establecido en el contrato o establecido por la Junta del Fideicomiso) de los ingresos establecidos en el presupuesto aprobado para la ejecución del proyecto; este porcentaje será igual al que se necesita para que el proyecto no tenga pérdidas. Los recursos o compromisos de recursos pueden provenir de preventas, las cuales pueden a su vez consistir en promesas de compraventa o reservas, o provenir de aportaciones de los constituyentes, o de financiamiento o líneas de crédito concedidas por instituciones financieras.

¹⁵⁷ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 450.

El punto de equilibrio del proyecto debe alcanzarse en el plazo que se pacte en el contrato, el que se contabilizará desde la celebración del contrato; y, deberá ser verificado y declarado por la junta del fideicomiso, ante dicha declaratoria la fiduciaria deberá verificar que efectivamente se hayan alcanzado la viabilidad en los aspectos determinados (legal, técnico y financiero), caso contrario deberá vetar dicha declaratoria.

El plazo estipulado para alcanzar el punto de equilibrio podría ser ampliado por resolución de la junta del fideicomiso, para lo cual se requeriría unanimidad de los miembros de dicha junta.

Si por la razón que fuera no se alcanzare el punto de equilibrio, los aportes realizados por los constituyentes les serían restituidos, así como cualquier recurso que hubiere sido recibido por la fiduciaria; si antes del punto de equilibrio, se hubieren recibido recursos de terceros por concepto de reservas, estos recursos no pueden ocuparse, y de no alcanzarse el punto de equilibrio deben ser devueltos a los reservistas más el interés generado en la cuenta del fideicomiso.

4. La gerencia del proyecto y la fiscalización.

Todo proyecto que implique mediana importancia requerirá que cuente con una gerencia, la cual tendrá a su cargo la administración de la obra y la coordinación de los actos y acciones necesarias para llevar a fin el proyecto; entre sus funciones estarán estructurar el planteamiento general del proyecto, la coordinación y gestión de aprobación de planos, la obtención de permisos de construcción, la relación con los contratistas, el solventar y resolver los problemas técnicos que se presenten, establecer y definir presupuestos, recibir provisional y definitivamente la obra, coordinar la entrega recepción de las unidades habitacionales a los promitentes compradores, reservantes o compradores, etc..

De acuerdo con Rodríguez Azuero el gerente de proyecto puede ser el mismo promotor o el constructor, pues no existen reglas preestablecidas, sin embargo, señala el autor que *“tales posibilidades le restarían independencia a la función administrativa y constituiría un claro quebranto de un tradicional principio de buena gestión y es el denominado del “doble control”, en virtud del cual una sola persona no debe ordenar y realizar un gasto de significación”*¹⁵⁸.

En la práctica, es usual que alguno de los constituyentes desempeñen la función de gerentes del proyecto, si esta situación es insalvable, es preciso que se tomen medidas de contrapeso para evitar manejos abusivos.

¹⁵⁸ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 457.

Una posibilidad de ejercer un adecuado control sobre la construcción de la obra, así como de la gestión del gerente de proyecto, es contar con un fiscalizador, que como contratista tenga a su cargo la confirmación del buen uso de los recursos y materiales utilizados en el proyecto, para tal efecto y la correcta prestación de sus servicios deberá contar con personal residente de la obra (ingeniero civil, ingeniero eléctrico, etc.), de un inspector y más personal dependiendo la magnitud de la obra, así como de las herramientas y facilidades necesarias para su rol de control.

5. La comercialización.

En el contrato se puede pactar que previa resolución de la junta del fideicomiso se iniciará la comercialización de las unidades habitacionales del proyecto, consiguientemente la fiduciaria en representación y a cuenta del fideicomiso podrá realizar y suscribir contratos de reserva, promesas de compraventa y compraventas, y por concepto de ellos recibir de los reservantes, promitentes compradores y compradores, los recursos dinerarios que se generen por ellos.

La fiduciaria debe llevar un registro y contabilidad de los recursos recibidos, los cuales deben ser destinados exclusivamente al cumplimiento de la finalidad del contrato.

Es frecuente que se pretenda financiar la construcción del proyecto con la venta anticipada de las unidades habitacionales; al respecto, como ya lo hemos mencionado, los recursos que provengan de reservas o promesas de ventas sólo se podrán utilizar una vez que se haya verificado y declarado el punto de equilibrio del proyecto, lo contrario sería poner en una situación de riesgo a los terceros reservantes o promitentes compradores, esta circunstancia debe ser vigilada cuidadosamente por la fiduciaria.

Además debemos recordar la prohibición contenida en el Art. 477 del COOTAD, que señala:

“Art. 477.- Fraccionamiento de inmuebles sin autorización con fines comerciales.- Quien procediere al fraccionamiento total o parcial de un inmueble situado en el área urbana o de expansión urbana, con fines comerciales, sin contar con la autorización de la respectiva autoridad, y recibiere u ordenare recibir cuotas o anticipos en especie o en dinero, por concepto de comercialización del mismo, incurrirá en delito de estafa tipificado en el Código Penal. Las municipalidades afectadas aplicarán las sanciones económicas y administrativas previstas en la ley y en las respectivas ordenanzas.”

La norma transcrita tipifica como estafa y sanciona por este delito a quien procediere al fraccionamiento total o parcial de un inmueble situado en el "área urbana o de expansión urbana" con fines comerciales, sin contar con la autorización de la autoridad, y recibiere u ordenare recibir cuotas o anticipos en especie o en dinero, por concepto de

comercialización.

Debe considerarse, por otra parte, que la promesa de compraventa de inmuebles, para su validez, debe cumplir con similares condiciones que la compraventa, entre ellos con la determinación plena del inmueble a ser objeto del contrato de compraventa.

En este contexto creemos que mientras en los contratos de reserva o de promesa de compraventa se deje constancia clara de las condiciones para la reserva de una unidad habitacional no existiría inconveniente en que el fideicomiso reciba dinero por dicho concepto, considerando:

- Que mientras no se llegue al punto de equilibrio (y no se obtenga la aprobación municipal de la lotización o urbanización) no se pueden hacer uso de esos dineros, y no alcanzado el mismo este dinero se restituiría a los reservantes o promitentes compradores, con los intereses respectivos.
- Que se indique con claridad el estado del proyecto al momento de celebrar la reserva o promesa.

Capítulo VI

Aspectos Tributarios

En el presente capítulo revisaremos los principales aspectos normativos que envuelven al fideicomiso mercantil inmobiliario

1. La Normativa tributaria que rige en el fideicomiso mercantil inmobiliario.

1.1 Para establecer la normativa tributaria que rige al fideicomiso mercantil inmobiliario debemos partir de aquellas contenidas en la Ley de Mercado de Valores.

Así, tratemos en primer lugar la norma contenida en el Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores:

“Art. 113.- De la transferencia a título de fideicomiso mercantil.- La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.

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

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

La norma transcrita contiene las reglas generales sobre el fideicomiso mercantil, las cuales, al aplicarse a todos los fideicomisos se deben también aplicar al inmobiliario, de esta forma, tracemos los principios generales:

a) La norma partiendo que la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita, sino como lo hemos indicado, definida por la doctrina internacional como de confianza para el cumplimiento de un encargo¹⁵⁹, y consiguientemente no implica un provecho económico ni para el constituyente, ni para el fiduciario, establece que dicha transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones.

Esta exención se basa en que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias, ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.

Con esta exención, principalmente, se exonera a estas transferencias de los correspondientes efectos del impuesto a la renta y del IVA.

b) De manera particular, se exime a la transferencia de dominio de bienes inmuebles en favor del fideicomiso mercantil del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos.

Esto es, la norma libera del pago de los impuestos y tasas que por transferencias se generan ante las municipalidades y registros de la propiedad.

c) De manera particular, también se exime del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos, a las transferencias de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil.

d) Si, las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, ya porque tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, o por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor, o por efectos contractuales que determinen que los bienes deben restituirse o volver al constituyente que los aportó, “*en las mismas condiciones en las que fueron transferidos*”, esto es, sin sufrir modificación, gozarán también de las exenciones establecidas anteriormente.

¹⁵⁹ Como medio necesario para que la fiduciaria pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato.

Esta regla se aplica tanto para bienes muebles como inmuebles.

e) En cambio, la norma dispone que si estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.

Por lo tanto, simplificando, toda transferencia a título de fideicomiso mercantil realizada a favor del patrimonio autónomo, y, toda restitución del bien al constituyente que lo aportó, por el mismo título y bajo las mismas condiciones en las que fue transferido, están exentas del pago de impuestos.

Ahora bien, aquellas transferencias que no encuadren en los casos anteriores estarán sujetos a las reglas generales, así como también las demás transacciones que pueda realizar el fideicomiso mercantil, en ejercicio de la personalidad jurídica y capacidad reconocida por la ley.

En consecuencia, para complementar la norma anterior, el legislador acertadamente incluyó en la Ley de Mercado de Valores la siguiente norma contenida en el Art. 135:

“Art. 135.- Responsabilidad tributaria.- 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 en los términos de la legislación tributaria vigente.

En el caso de encargos fiduciarios, el fiduciario hará la retención a nombre de quien otorgó el encargo.

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

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

La norma transcrita constituye al fideicomiso mercantil como agente de recepción o de percepción en relación a los impuestos que al fideicomiso le correspondan retener y percibir en los términos generales que establezca la ley tributaria vigente. Ante las obligaciones que le corresponden cumplir al fideicomiso por tales calidades, se constituye a la fiduciaria en responsable solidaria en caso de incumplimiento.

La responsabilidad de la fiduciaria, como administradora del fideicomiso, está normada por las reglas del Código Tributario.

1.2 En Ecuador se grava con el impuesto a la renta, la renta global.

Para efectos tributarios se considera renta los ingresos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito u oneroso, bien sea que provengan del trabajo, del capital o de ambas fuentes, consistentes en dinero, especies o servicios; así como los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país o por sociedades nacionales¹⁶⁰.

En este contexto y de manera general, para efectos tributarios, podemos decir que se considera dos clases de fideicomisos mercantiles, los que tienen actividad empresarial y los que no, todos deben declarar pero sólo los que generan renta pagan dicho impuesto. Veámoslo.

El Art. 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece que son sujetos pasivos del impuesto a la renta *“las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, que obtengan ingresos gravados de conformidad con las disposiciones de esta Ley”*.

La misma Ley, en el Art. 98, establece que en el término sociedad se encuentran comprendidos el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, excepto los constituidos por las Instituciones del Estado siempre que los beneficiarios sean dichas instituciones.

Así, en términos generales el fideicomiso es sujeto pasivo del impuesto a la renta.

Por otra parte, en el numeral 15 del Art. 9 de la referida Ley de Régimen Tributario Interno, se establece que para fines de determinación y liquidación del impuesto a la renta, están exonerados los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles, siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha.

Se entiende que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera un negocio en marcha, cuando su objeto o la actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra forma que implique ánimo de lucro, y que regularmente pueda también ser realizada a través de otro tipo de sociedades¹⁶¹.

Para que el fideicomiso pueda beneficiarse de la exoneración, es necesario que al momento de la distribución de los beneficios, la fiduciaria efectúe la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta, en los mismos porcentajes establecidos para el caso de distribución de dividendos y utilidades, al beneficiario, constituyente o partícipe del fideicomiso mercantil, y, además, que haya presentado una declaración informativa al

¹⁶⁰ Art. 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno (Codificación No. 2004-026).

¹⁶¹ Art. 42.1 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

Servicio de Rentas Internas, por cada fideicomiso mercantil, con la información y en la periodicidad requerida por el Director General del SRI mediante Resolución de carácter general. Si no se han cumplido estos requisitos, los fideicomisos mercantiles deberán tributar sin exoneración alguna.

A pesar de que un fideicomiso esté exento en el pago del impuesto a la renta, está obligado a presentar una declaración informativa de impuesto a la renta.

Al contrario, los fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha deben declarar y pagar el correspondiente impuesto a la renta por las utilidades obtenidas, de la igual manera como lo realizan las demás sociedades.

El fideicomiso mercantil inmobiliario generalmente implicará una actividad empresarial y tendrá un fin de lucro (salvo que se realice un fideicomiso mercantil inmobiliario que lo hemos denominado al costo), por lo que, estará obligado al pago del impuesto a la renta; por ello, en el último inciso del Art. 42.1 de la Ley de Régimen Tributario Interno se señala: *“Así mismo, para efectos de aplicación del anticipo, en el caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, para determinar el momento de inicio de la operación efectiva, se tendrá en cuenta el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario o de cualquiera de sus etapas”*, es decir, se considerará como inicio de las actividades y operación efectiva el cumplimiento del punto de equilibrio.

Además, para el caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios se deberán tener en cuenta las siguientes normas, en base de las cuales se establece que cancelarán el impuesto a base de los resultados que arroje la contabilidad, la presunción que rige en caso de que no exista contabilidad, así como los sistemas de técnica contable por los que pueden optar:

“Art. 28.- Ingresos de las empresas de construcción.- Las empresas que obtengan ingresos provenientes de la actividad de la construcción, satisfarán el impuesto a base de los resultados que arroje la contabilidad de la empresa. Cuando las obras de construcción duren más de un año, se podrá adoptar uno de los sistemas recomendados por la técnica contable para el registro de los ingresos y costos de las obras, tales como el sistema de "obra terminada" y el sistema de "porcentaje de terminación", pero, adoptado un sistema, no podrá cambiarse a otro sino con autorización del Servicio de Rentas Internas.

Cuando las empresas no lleven contabilidad o la que lleven no se ajuste a las disposiciones legales y reglamentarias, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar, se aplicará la siguiente norma:

En los contratos de construcción a precios fijos, unitarios o globales, se presumirá que la base imponible es igual al 15% del total del contrato.

Los honorarios que perciban las personas naturales, por dirección técnica o administración, constituyen ingresos de servicios profesionales y, por lo tanto, no están sujetos a las normas de este artículo.

Art. 29.- Ingresos de la actividad de urbanización, lotización y otras similares.- Quienes obtuvieren ingresos provenientes de las actividades de urbanización, lotización, transferencia de inmuebles y otras similares, determinarán el impuesto a base de los resultados que arroje la contabilidad.

Para quienes no lleven contabilidad o la que lleven no se ajuste a las disposiciones legales y reglamentarias, se presumirá que la base imponible es el 30% del monto de ventas efectuadas en el ejercicio.

El impuesto que se hubiere pagado a los municipios, en concepto de impuesto a la utilidad en la compraventa de predios urbanos, será considerado crédito tributario para determinar el impuesto. El crédito tributario así considerado no será mayor, bajo ningún concepto, al impuesto establecido por esta Ley.”

1.3 El Art. 63 de la Ley de Régimen Tributario Interno establece quienes son sujetos pasivos del IVA, dicha carga está dada en general por el giro del negocio o de la actividad que realizan; debiendo como sujeto pasivo debe cumplir la obligación de presentar sus declaraciones en el tiempo y forma que determina la Ley.

El fideicomiso mercantil inmobiliario será sujeto pasivo del IVA.

En este sentido, de conformidad con la Ley de Régimen Tributario Interno, el fideicomiso mercantil que no haya causado un IVA por no haber realizado ningún tipo de transacción gravada con este impuesto, o por haberse mantenido inactivo, debe obligatoriamente presentar una declaración mensual.

De igual manera, si el fideicomiso mercantil registró en forma esporádica transacciones gravadas con el IVA, o ha declarado alguna transacción como agente de percepción o de retención, gravado con este impuesto, debe realizar la declaración de manera mensual.

1.4 En el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario se pactará generalmente que los impuestos, tasas y contribuciones que se causen como consecuencia del contrato de fideicomiso deben ser cancelados por éste; de manera subsidiaria y en caso de falta de recursos propios del patrimonio autónomo, se puede establecer que serán cancelados por los beneficiarios.

En el caso del Impuesto a la Renta, cuando existen beneficios gravables con dicho impuesto, éste deberá ser distribuido entre los beneficiarios del fideicomiso, a prorrata de su participación de tales derechos.

Como se ha dicho, la fiduciaria debe presentar la declaración informativa del Impuesto a la Renta, con la información y periodicidad establecidas en las disposiciones tributarias.

Capítulo VII

La Terminación del Contrato de Fideicomiso Mercantil Inmobiliario.

La terminación y liquidación del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario son los aspectos que tratamos en este capítulo.

1. Causas por las que termina el contrato: cumplimiento del plazo, cumplimiento de la finalidad o de la condición.

Jorge Roberto Hayzus, en relación a las causas de terminación del fideicomiso, manifiesta que al respecto se debe abrir dos perspectivas diferentes, *“la de la realización de sus objetivos al vencimiento del plazo o al cumplirse la condición según el contrato, y la de disolución anticipada por obra de las circunstancias, lo cual puede significar la frustración de dichos objetivos”*¹⁶².

El Art. 134 de nuestra Ley de Mercado de Valores señala cuales son las causas de terminación del fideicomiso mercantil:

“Art. 134.- Terminación del fideicomiso mercantil.- Son causas de terminación del fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, además de las previstas en el contrato constitutivo, las siguientes:

- a) El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato;*
- b) El cumplimiento de las condiciones;*
- c) El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria;*
- d) El cumplimiento del plazo contractual;*
- e) La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo;*
- f) La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la ley;*

¹⁶² Hayzus, Jorge Roberto: Ob. cit., pp. 185.

g) La resciliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros; y,

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

Esta norma, que contiene causas que podrían clasificarse, tanto de terminación regular del contrato (como la del cumplimiento del fin), como de terminación irregular (como imposibilidad absoluta de cumplir la finalidad), abre la puerta además a que las partes puedan pactar causales de terminación en el contrato.

Revisemos las causas establecidas en la ley.

a) El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato.- Como lo señala Rodríguez Azuero, “el fideicomiso se constituye para la realización de un propósito determinado, una vez que éste se cumple no siendo susceptible de repetirse en el tiempo, el encargo llega a su fin”¹⁶³; al alcanzarse la finalidad pretendida por el constituyente, debe operar la consecuencia lógica de la terminación, pues se habrán agotado los principales efectos jurídicos y obligaciones del contrato.

b) El cumplimiento de las condiciones.- En este caso la ley hace referencia a condiciones que se establecen en el contrato como acontecimientos futuros que pueden suceder o no, es decir, se hace referencia de manera general a condiciones positivas o negativas, que una vez acontecidas o cumplidas dan lugar a la terminación del contrato. En este caso, pensamos que las condiciones se deben estipular en el sentido de que el contrato surta efectos jurídicos hasta el cumplimiento de las mismas, como una forma de agotar o verificar que el contrato a cumplido con sus efectos.

c) El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria.- A diferencia de la anterior, con esta causal se hace referencia de manera particular a la condición resolutoria, por la cual se establecerá como condición el acaecimiento de un hecho futuro e incierto, del cual depende la extinción del contrato, en consecuencia, cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse los bienes a los constituyentes. En este caso creemos que la condición surge como hecho que interrumpe el desarrollo del contrato de fideicomiso.

d) El cumplimiento del plazo contractual.- De conformidad con nuestro Código Civil, el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación; de tal forma, transcurrido el tiempo pactado el contrato debe terminar. Recordemos, de ninguna manera, el plazo del contrato puede exceder del plazo máximo establecido en la ley.

¹⁶³ Rodríguez Azuero, Sergio: Ob. cit., pp. 328.

e) La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo.- En este caso el contrato termina porque han surgido causas no previstas como son el caso fortuito y fuerza mayor que impiden la realización de la finalidad del contrato, como por ejemplo cuando se ha destruido el bien fideicomitido y sin el no se puede cumplir el encargo. La imposibilidad debe ser absoluta.

f) La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la ley.- En este caso se habla de manera general de sentencia, la que debe encontrarse ejecutoriada, y que obviamente disponga la terminación del contrato o que tenga dicho efecto; la sentencia puede ser el resultado de acciones de nulidad, resolución, de protección de acreedores, etc.

g) La resciliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros.- La resciliación implica el mutuo acuerdo de las partes, será preciso la participación de las partes y que con la terminación no se cause perjuicio o afecte los derechos de los mismos o de terceros.

h) La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.- La quiebra y disolución de la fiduciaria la ponen en situación de imposibilidad de seguir cumpliendo su objeto social, lo cual, ante el hecho de que no exista sustituto, pone al patrimonio autónomo en un estado de imposibilidad de llevar adelante su desarrollo por falta de administrador.

A más de las causas establecidas en el Ley, en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, se podrían —a manera de ejemplo— incluir como causales de terminación: cuando exista resolución de la Junta del Fideicomiso en ese sentido, siempre que con ella no se perjudique a terceros; por falta de pago de honorarios, tributos, gastos que se generen en la administración fiduciaria; por no haberse alcanzado el punto de equilibrio dentro del plazo establecido en el contrato.

Como consecuencia de la terminación, la fiduciaria debe proceder a liquidar el patrimonio autónomo.

2. La liquidación y cancelación.

Verificada cualquiera de las causales de terminación establecidas en el contrato o la ley, la fiduciaria debe proceder a liquidar el fideicomiso y proceder a perfeccionar la terminación del mismo; lo lógico es que en el período de liquidación la fiduciaria se abstenga de ejecutar las instrucciones que se refieran a la finalidad del contrato y se limite a efectuar aquellas relativas a la liquidación del fideicomiso.

Hayzus señala que la liquidación no significa necesariamente la enajenación total de los bienes que integren el fideicomiso para cubrir sus obligaciones, sino en la medida que corresponda deberá cumplir hasta donde pueda, entregando los bienes a los beneficiarios¹⁶⁴.

En el caso de Ecuador, al no existir un procedimiento de liquidación establecido en la ley, es preciso que en el contrato se establezca el proceso que se ha de seguir, el mismo que debe ser claro y efectivo.

Así en el contrato se puede pactar que en el proceso de liquidación y antes de cerrar el contrato se procure el cumplimiento de las obligaciones que terceros tuvieran a favor del fideicomiso y que no se afecten obligaciones de terceros, como la de los acreedores del mismo.

Luego la fiduciaria, en representación del fideicomiso, deberá pagar con cargo a este, las obligaciones que mantenga a favor de los acreedores, para lo cual en el contrato se puede establecer un orden de prelación.

Es preciso que se deje constancia en el contrato que las obligaciones y gastos a cargo del fideicomiso serán cubiertas, por este, hasta por el valor de su patrimonio.

Finalmente, cumplidas y cubiertas las obligaciones y derechos fideicomiso, las partes establecidas en el contrato deberán suscribir la escritura pública que contenga la terminación del fideicomiso.

Cabe anotar que mientras el fideicomiso se encuentre en liquidación, la fiduciaria no estará obligado a presentar rendiciones de cuentas ni informes de gestión, pues no existe gestión en procura de la finalidad pretendía inicialmente por el constituyente, pero esta expensa deberá pactarse en el contrato; sin embargo, en todo caso deberá presentar una rendición final de cuentas.

Terminado el contrato este deberá cancelar su inscripción en el Registro de Mercado de Valores.

¹⁶⁴ Hayzus, Jorge Roberto: Ob. cit. pp. 187.

Capítulo VIII

Reflexiones sobre las relaciones y responsabilidades jurídicas en el fideicomiso mercantil inmobiliarios.

En este capítulo reflexionamos sobre aquellos aspectos que atañen a las relaciones de las partes y a la responsabilidad de las partes en el desarrollo del proyecto inmobiliario.

1. Responsabilidad en el proyecto inmobiliario de los constituyentes, de los beneficiarios y de la fiduciaria.

Existen aspectos que creemos son necesarios dejarlos planteados, y, sobre los cuales no encontramos que exista una normativa expresa que los trate o jurisprudencia que supla la falta de regulación para casos concretos.

En primer lugar, nos referimos a las relaciones que existen entre los constituyentes, el fideicomiso y la fiduciaria.

En el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario los constituyentes se comprometen a cumplir varias obligaciones, entre ellas, puede nacer la obligación de cumplir con aportes futuros de bienes o numerario al patrimonio autónomo, necesarios para el desarrollo del proyecto. Ante este tipo de obligaciones cabe preguntarnos quien es el acreedor de dicha obligación, ¿el fideicomiso o los demás constituyentes?; en primera instancia consideramos que por la personalidad jurídica de la cual está dotado el patrimonio autónomo, sería acreedor el mismo constituyente, en tal caso, ante la falta de cumplimiento de la obligación (por ejemplo de transferir dinero) el fideicomiso podría requerir el pago.

Sin embargo, con la falta de cumplimiento, puede causarse perjuicios económicos directos a los demás constituyentes que esperan en conjunto poder realizar el emprendimiento inmobiliario; en este sentido, creemos que al tratarse el patrimonio autónomo de una ficción legal y por ende es un mecanismo que la ley crea para facilitar el tráfico jurídico, consideramos que el constituyente cumplido tendría la posibilidad de accionar la reparación de un posible daño a quien no cumplió. No obstante, necesariamente deberá analizarse la forma como el constituyente incumplido se obligó en el contrato de constitución y las razones del incumplimiento; si surgida la obligación, clara, determinada e incondicional, y no la cumple por simple capricho, sería contrario al orden y a la paz social, dejar sin reparar los perjuicios que se habrían causado a quien si se esforzó en cumplir, por otra parte, si la

obligación no es –por decirlo de laguna manera- pura e incondicional, sino contempla un simple ofrecimiento de hacer algo, no existiría la contundencia para exigir su cumplimiento o requerir una reparación.

Esto es, habrá que analizar cada caso y las condiciones bajo las cuales nacieron las obligaciones.

Otro tema que nos inquieta es saber cual es el grado de responsabilidad de los constituyentes, de los beneficiarios y de la fiduciaria en las obligaciones adquiridas por el fideicomiso mercantil inmobiliario.

Hemos analizado que el fideicomiso responde ante sus acreedores hasta el monto de su patrimonio, en otras palabras, cubriría las obligaciones con sus acreedores hasta el monto que le permitiría sus activos; sin embrago, ¿que sucedería si las obligaciones son superiores a los activos?, la ley no establece que los constituyentes tengan responsabilidad limitada al valor de sus aportes en el patrimonio autónomo ante las obligaciones adquiridas por el fideicomiso. Este es un tema importante que creemos debe aún desarrollarse. Desde la posición de la fiduciaria ésta tendrá, como administradora, solidaridad y subsidiaridad por obligaciones que nazcan ante el Servicio de Rentas Internas, Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y las que devienen del Código de Trabajo, cuando el fideicomiso haya contratado trabajadores, pero no tendría solidaridad ni responsabilidad en ningún otro caso.

En principio, podemos sostener que ante la inexistencia de recursos en el patrimonio autónomo, los constituyentes en primer orden, y luego los beneficiarios si se han beneficiado del fideicomiso, deben responder por el cumplimiento de las mismas; más aún en un fideicomiso inmobiliario en la que generalmente la participación de los constituyentes en el emprendimiento es activa, algunas veces direccionando la ejecución del proyecto desde una junta de fideicomiso y otras, incluso, como gerente de proyecto.

Un último aspecto y en relación con lo anterior, es establecer sobre la responsabilidad que surja sobre obligaciones adquiridas por el fideicomiso una vez terminado el mismo, entre ellas, las que se puedan tener ante los adquirentes de las unidades habitacionales que han resultado de la ejecución del proyecto inmobiliario.

En general, la fiduciaria deberá tratar de liquidar toda obligación al momento de terminar el contrato, no obstante, de aparecer obligaciones por cumplir o se deba reparar daños causados por la ejecución del proyecto, luego de terminado el fideicomiso, debemos considerar que si el proyecto se concluyó y se obtuvo resultado del mismo, los beneficiarios del fideicomiso deberán responder patrimonialmente ante las obligaciones pendientes o

reparaciones debidas, en cada caso se deberá analizar la responsabilidad y el beneficio que reportó para cada partícipe el desarrollo del fideicomiso.

Debemos partir de los principios generales, los primeros que sustentan la base de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, y los segundos, relacionados con el hecho de que nadie puede incrementar su patrimonio ilegítimamente en perjuicio de un tercero.

En relación con las personas que adquirieron una unidad habitacional o inmobiliaria, veamos el siguiente punto.

2. Los consumidores y su seguridad.

Hemos de partir diferenciando si el fideicomiso mercantil inmobiliario ha implicado o no oferta de bienes a terceros distintos de los participantes del contrato, esto es, si las unidades habitacionales fueron ofertados a personas ajenas a la relación contractual del fideicomiso, de ser así, debemos preguntarnos cuales son las posibilidades de protección de quien adquiere un inmueble producto del emprendimiento inmobiliario, ejecutado a través del fideicomiso.

Primero, no cabe duda que quien adquiere el inmueble, en calidad de comprador, en virtud de la normativa consagrada en el Código Civil tiene derecho a recibir el bien y poder usarlo y gozarlo, para garantizar ello tiene acceso a las acciones pertinentes relacionadas con estos derechos, entre ellas las del saneamiento por evicción y vicios redhibitorios.

Segundo, a más de la protección general que le puede asistir hay que definir si la oferta a terceros y la adquisición de bienes por parte de ellos constituye una relación de consumo que pueda estar protegida por las normas de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor¹⁶⁵.

En el caso Argentino, Morello y de la Colina señalan que en *“el vértice de la negociación inmobiliaria que atiende a la protección de los derechos de los adquirentes, en no pocos supuestos delimita una precisa manifestación de la relación de consumo, calificada por el tinte preeminente del interés jurídico tutelado: el acceso a la vivienda”*; señalan estos autores que el deseo de acceso de los adquirentes a un inmueble, merece ser protegido, más aún hoy en día cuando existen fenómenos modernos complejos que rodean las formas de acceso como la comercialización, el financiamiento, la publicidad, etc.. Por ello se resalta la necesidad de proteger al consumidor inmobiliario¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Ley 2000-21, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 116, 10-VII-2000, ha sido reformada posteriormente y en varias oportunidades.

¹⁶⁶ Morello, Augusto M.; y, de la Colina, Pedro Rafael: Ob. cit., pp. 17 – 19.

En este contexto, cabe entonces preguntarnos si en Ecuador la relación con el adquirente de un inmueble producto del emprendimiento inmobiliario, es una relación de consumo que pueda estar protegida bajo la normativa del consumidor.

La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores promoviendo el conocimiento y protegiendo los derechos de los consumidores y procurando la equidad y la seguridad jurídica en las relaciones entre las partes.

Nuestra ley señala que es consumidor toda persona que como destinatario final adquiera bienes, o bien reciba oferta para ello; y, es proveedor toda persona natural o jurídica de carácter público o privado que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución, alquiler o comercialización de bienes.

De esta forma si el fideicomiso como ente que tiene como finalidad construir, ofertar, vender y cobrar, los bienes productos de un emprendimiento, consideramos que la relación con los adquirentes debe estar protegida por la regulación de defensa del consumidor.

Desde ésta óptica, cabe resaltar, que existe una protección constitucional cuando en el Art. 52 de la Constitución de la República se determina que *“las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características”*. Derecho que puede bien hacerse valer ante la oferta inmobiliaria de un fideicomiso y que se complementa con todos los demás derechos establecidos en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Entre los principales derechos se encuentra el derecho a que proveedores públicos y privados oferten bienes y servicios competitivos, de óptima calidad, y a elegirlos con libertad, lo cual se complementa con lo dispuesto en el Art. 3 del Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que establece que se entiende por bienes de óptima calidad aquellos que cumplan con las normas de calidad establecidas por el INEN o por el organismo público competente o, en su defecto, por las normas mínimas de calidad internacionales; a falta de las normas indicadas, el bien deberá cumplir con el objeto para el cual fue fabricado u ofertado.

La calidad así, no es más que, la idoneidad del bien para satisfacer las necesidades para las cuales ha sido construido, así como de las condiciones adecuadas de satisfacción de las necesidades para las cuales está destinado.

Además, el derecho a la información adecuada, veraz, clara, oportuna y completa sobre los bienes ofrecidos en el mercado, así como sus precios, características, calidad, condiciones de contratación y demás aspectos relevantes de los mismos, incluyendo los riesgos que pudieren prestar.

Todos estos derechos deben entenderse e interpretarse desde los principios sobre los que se fundamenta el derecho al consumidor, principalmente: el principio pro consumidor; el principio de solidaridad en la cadena de producción; y, el de la responsabilidad objetiva.

Un aspecto transversal en la relación es el de la oferta, pues las condiciones de esta se entienden siempre incorporadas al contrato y será fuente de obligaciones.

La oferta al público se caracteriza por el hecho de que no está dirigida a una persona determinada, sino a una generalidad de personas, o en todo caso, al que quiera obtener provecho de ella; y, al momento de realizar la oferta el proveedor está obligado a entregar al consumidor los datos, instructivos, antecedentes, indicaciones o contraindicaciones del producto o servicio.

El consumidor también tienen derecho a la protección contra la publicidad engañosa o abusiva.

Así, en razón de la normativa existente, al adquirente, como consumidor, le asistirá la protección contractual debida, protección que se circunscribe a la normativa relacionada con los contratos de adhesión; a la garantía relacionada a la cláusulas prohibidas; al derecho de devolución; y, a los sistemas de crédito.

CONCLUSIONES

1. Luego del análisis realizado en este trabajo, en primer lugar debo resaltar, el amplio campo de acción que tiene la autonomía de la voluntad de los constituyentes en el fideicomiso mercantil inmobiliario; esta concesión de la Ley, es quizá, a mi criterio, la mayor de las características en este tipo de contrato.

Queda comprobado en este trabajo que, gracias a la amplia posibilidad de actuar libremente, en el marco de protección que brinda el contrato de fideicomiso mercantil, los promotores inmobiliarios, los propietarios de terrenos y los constructores, en calidad de constituyentes tienen a través del fideicomiso mercantil la posibilidad de asociarse de manera temporal a efectos de ejecutar un emprendimiento inmobiliario.

No cabe concluir categóricamente que el fideicomiso mercantil es la mejor opción, frente a otras figuras, para llevar adelante un emprendimiento inmobiliario, pues, las circunstancias de cada negocio determinarán la mejor figura para cada caso. Sin embargo, sí podemos concluir que por su naturaleza, el fideicomiso mercantil, puede tener mayores posibilidades de satisfacer necesidades asociativas en los emprendimientos inmobiliarios, a diferencia de otras figuras más rígidas como el contrato de sociedad.

Sin duda, el fideicomiso mercantil inmobiliario es más graduable a las necesidades asociativas que el contrato de sociedad; lo que no quiere decir, que en todo caso se deba realizar un fideicomiso. Las necesidades de las partes, la naturaleza de la administración fiduciaria, las consideraciones operativas de cada proyecto y los costos, entre otros, serán elementos que incidirán en cada caso, para resolver si cabe o no la constitución de un fideicomiso.

Consiguientemente, no todo proyecto inmobiliario cabe realizarlo por medio de un fideicomiso.

2. Concluimos que la naturaleza del patrimonio autónomo (dotado de personalidad jurídica), la inembargabilidad y la irrevocabilidad, hacen en general del fideicomiso mercantil una figura segura, que, en el caso de los proyectos inmobiliarios se pueden aprovechar bien en la estructuración del negocio.

Con este trabajo he podido comprobar que la regulación del fideicomiso mercantil en Ecuador, basada en la ficción del patrimonio autónomo, rompe con criterios jurídicos tradicionales, que si bien para unos puede ser una aberración o para otros una innovación, sin duda, dotan al fideicomiso de una peculiaridad propia, diferente a la regulación de otros países de Latinoamérica, que puede ser bien aprovechada en la práctica.

3. Es mi criterio que, en cuanto al régimen de responsabilidades de los constituyentes que llevaron adelante el emprendimiento inmobiliario por medio de un fideicomiso, frente a los clientes que han adquirido unidades inmobiliarias producto del mismo, se debe desarrollar la normativa actual, de tal forma que se regule de manera más amplia y segura esta relación contractual.

Pues, no existe una normativa especial que proteja al consumidor inmobiliario, y, la generalidad actual de la norma lleva a imprecisiones y ambigüedades.

4. Consideramos que la responsabilidad de la fiduciaria es un tema que aún debe ser desarrollado en la práctica jurídica; en Ecuador, aún no contamos con un desarrollo doctrinal, ni jurisprudencial, al respecto.

5. El fideicomiso mercantil inmobiliario es un tipo contractual en desarrollo, tanto comercialmente como jurídicamente; las características del contrato que le confiere la ley ecuatoriana, permiten que existan amplias posibilidades de aplicación en el futuro, sin duda, aún no planteadas en Ecuador.

Una de ellas es vincular el fideicomiso mercantil a la estructuración financiera, negocio de cartera, quizá la reactivación del mercado de cédulas hipotecarias; basta, el impulsar la investigación de nuevos esquemas, la reforma de leyes y creación de otras, y posiblemente se pueda, con apoyo en esta figura contractual, lograr avizorar formas de optimizar recursos, mercados y, sobre todo, satisfacer las necesidades inmobiliarias, sobre todo el de la vivienda, de la población ecuatoriana.

Bibliografía

- Acquarone, María T.. “Los Emprendimientos Inmobiliarios”, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
- Alexander, Gordon J.; Sharpe, William F.; Bailey, Jeffery V.. “Fundamentos de Inversiones”, Pearson Educación, México, 2003.
- Alpa, Guido. “El contrato en el derecho privado italiano actual”, coautor y artículo del Libro “Estudios sobre el Contrato en General”, Segunda Edición, ARA Editores, Perú, 2004.
- Baquerizo Arosemena, César. “Gerencia de Proyectos para Constructores e Inmobiliarias”, Talleres gráficos del Archivo Histórico del Guayas, Guayaquil, 2007.
- Bonnetcase, Julien. “Tratado elemental de derecho civil”, Primera Serie, Volumen 1, OXFORD University Press México S.A. de C.V., México, 2002.
- Bravo González, Agustín, y, Bialostoski, Sara. “Compendio de Derecho Romano”, Cuarta Edición, Editorial Pax- México, México, 1971.
- Carregal, Mario A.. “FIDEICOMISO, teoría y aplicación a los negocios”. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2008.
- Cevallos Vásquez, Víctor. “Compendio de derecho Societario Ecuatoriano”. Editorial Jurídica del Ecuador, primera edición, Quito, 1992.
- Coello García, Hernán. “Teoría del Negocio Jurídico” Departamento de Publicaciones de la Universidad del Azuay, 1992.
- Dávila Torres, César: Derecho Societario, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Volumen 1, 1999.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Madrid, 2001.
- Doctrina No. IV del Mercado de Valores Gaceta Societaria No. 26, de Ecuador.
- Kiper, Claudio M.; y, Lisoprawski, Silvio V.. “Tratado de Fideicomiso”, Lexis Nexis Argentina S.A., Segunda Edición Actualizada, Buenos Aires, 2004.
- Farina, Juan M.. “Contratos comerciales modernos”, Tomo 2, 3ª edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2005.
- Ferri, Luigi. “Lecciones sobre el Contrato”. Ediciones Andrés Bello, 2006.

- Hanna Musse, Alfredo. "Lecturas de Derecho Económico", Volumen Tercero, Ediciones del Banco Central del Ecuador, 1990.
- Hayzus, Jorge Roberto. "Fideicomiso", Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
- Macías Hurtado, Miguel. "Instituciones del Derecho Mercantil Ecuatoriano", Biblioteca de derecho Económico, Volumen Segundo, Ediciones del Banco Central del Ecuador, Quito, 1988.
- Maulumián, Nicolás; Diplotti, Adrián G.; y, Gutierrez, Pablo: "Fideicomiso y Securitización, análisis legal, fiscal y contable", La Ley S.A., Buenos Aires, 2001.
- Molina Sandoval, Carlos A.. "El Fideicomiso en la dinámica mercantil", Editorial B de F, Buenos Aires, 2009.
- Morales A., Jorge. "Derecho Civil de las Personas", Talleres Gráficos de la Universidad del Azuay, Cuenca, 1992.
- Morello, Augusto M., y, De la Colina, Pedro Rafael. "Negocios Inmobiliarios", Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2007.
- Ospina Fernández, Guillermo; y, Ospina Acosta, Eduardo. "Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico". Editorial Temis S.A., séptima edición, Bogotá, 2005.
- Planiol, Marcel; y, Ripert, Georges. "Derecho Civil", Primera Serie, Volumen 8, OXFORD University Press México S.A. de C.V., México, 2002.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo D.. "Derecho Romano", Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001.
- Richard, Efraín Hugo; y, Muiño, Orlando Manuel. "Derecho Societario", 5^a Reimpresión, Editorial Astrea, Argentina, 2004.
- Rodríguez Azuero, Sergio: Negocios Fiduciarios, Legis Esditores S.A., Primera Edición, Colombia, 2005.
- Código de Comercio de Colombia (Diario Oficial 33.339, del 16 de junio de 1971).
- Código Civil de Ecuador.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) de Ecuador.
- Código de Comercio de Ecuador.

- Codificación de las Resoluciones Expedidas por el Consejo Nacional de Valores (Resolución No. CNV-008-2006) de Ecuador.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México (Reforma aplicada 13/06/2003).
- Ley 24.441 de Argentina.
- Ley de Mercado de Valores de Ecuador.
- Ley de Compañías de Ecuador.
- Ley de Régimen Tributario Interno (Codificación No. 2004-026) de Ecuador.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de Ecuador.