

**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO**

MAESTRÍA EN DERECHO DE EMPRESA

TEMA:

ANÁLISIS DEL FRAUDE FIDUCIARIO EN EL ECUADOR.

AUTOR:

AB. WASHINGTON ANDRÉS MARTILLO MOYANO

**Componente Práctico de Examen Complexivo, previo a la
obtención del grado de Magíster en Derecho de Empresa**

TUTOR:

Dr. Nicolás Rivera

3 de octubre del 2019



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DE EMPRESA**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. Washington Andrés Martillo Moyano

DECLARO QUE:

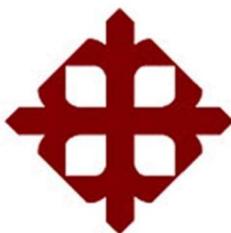
El componente práctico de examen complejo: **ANÁLISIS DEL FRAUDE FIDUCIARIO EN EL ECUADOR**, previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho Empresa**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 3 de octubre del 2019

EL AUTOR

Ab. Washington Andrés Martillo Moyano



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESA**

AUTORIZACIÓN

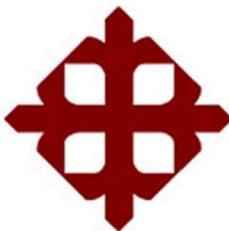
Yo, Ab. Washington Andrés Martillo Moyano

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del componente práctico de examen complejo: **ANÁLISIS DEL FRAUDE FIDUCIARIO EN EL ECUADOR**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 3 de octubre del 2019

EL AUTOR:

Ab. Washington Andrés Martillo Moyano



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO EMPRESA**

CERTIFICACIÓN

Certifico que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por el Ab. Washington Andrés Martillo Moyano, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en Derecho de Empresa.

REVISOR DE CONTENIDO

Dra. Isabel Nuques

REVISOR METODOLÓGICO

Dr. Nicolás Rivera

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Christian Viteri López

Guayaquil, 03 de octubre del 2019

INFORMA URKUND



Urkund Analysis Result

Analysed Document: EXAMEN COMPLEXIVO MARTILLO 30-08.pdf (D55145915)
Submitted: 30/08/2019 22:47:00
Submitted By: maestriaderechodempresas@gmail.com
Significance: 4%

Sources included in the report:

<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/3644/T-PUCE-3669.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
http://legal.legis.com.co/document.legis/sentencia-1909-de-agosto-3-de-2005?documento=jurcol&contexto=jurcol_759920420daaf034e0430a010151f034&vista=STD-PC
<http://felaban.s3-website-us-west-2.amazonaws.com/memorias/archivo20141120202926PM.pdf>
<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-662427>

Instances where selected sources appear:

4

DEDICATORIA

Por todo lo que sus enseñanzas representan en mi crecimiento personal y profesional, por haberme compartido sus consejos más íntimos y por haber vivido hasta el final de sus días con tanta valentía, dedico este nuevo logro como muchos otros, a Paul Martillo Moyano, el mejor hermano que pude tener, quien al recordarlo me aflige y al mismo tiempo me inspira, de parte de su más grande y fiel seguidor.

ÍNDICE

Contenido

DEDICATORIA	VI
ÍNDICE.....	VII
CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN	2
EL PROBLEMA.....	2
OBJETIVOS	3
Objetivo General.....	3
Objetivos Específicos:.....	3
BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL	3
CAPÍTULO II DESARROLLO	6
Descripción del Objeto de Investigación	7
Pregunta principal de Investigación	8
Preguntas complementarias de Investigación.....	8
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	9
Antecedentes de Estudio	9
Bases teóricas	11
Teoría del patrimonio de afectación.	12
Teoría del negocio fiduciario.	13
EL ADMINISTRADOR O FIDUCIARIO	14
LÍMITES Y ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD DEL	14
EL PATRIMONIO AUTÓNOMO Y SU EFECTO EN LA REPARACIÓN.....	26
EL GOBIERNO DEL FIDEICOMISO.....	27
METODOLOGÍA.....	32
Modalidad.....	32

Categoría	32
Diseño.....	32
Población y Muestra Tabla 1.....	33
Métodos de investigación	34
Métodos Teóricos.....	34
Métodos Empíricos.....	34
Procedimiento	35
CAPÍTULO III CONCLUSIONES	36
CONCLUSIONES	42
RECOMENDACIONES	44
BIBLIOGRAFÍA	46

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA

El derecho bursátil o derecho del mercado de valores en el Ecuador, contempla actualmente la figura del fideicomiso mercantil, instrumento que es utilizado para el cumplimiento de diversas finalidades dentro del marco del derecho empresarial, desde el sector inmobiliario al más general como lo son los de administración. Sin embargo, como toda figura legal, puede ser utilizada para finalidades delictivas o contrarias a la ley. El fideicomiso como herramienta mercantil y su vinculación con el derecho penal se encuadra en la figura del denominado “fraude fiduciario”, en donde el constituyente o en su defecto otra de las partes involucradas en el negocio fiduciario, crea este patrimonio autónomo con una finalidad ilícita, que como lo veremos en esta investigación, puede variar como en los casos de estafas, de evasión de responsabilidades y llegando incluso a la distracción de bienes con vínculos al lavado de activos.

Ecuador contempla dentro de su ordenamiento jurídico una serie de instrumentos legales que regulan este tipo de acciones, y que van en consonancia con lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal (2014), e instrumento de carácter netamente financiero como el reciente Código Orgánico Monetario y Financiero (2014) que acoge a su vez las reformas a la Ley de Mercado de Valores. (2014). Por ello es importante conocer sobre nociones generales sobre el Fideicomiso Mercantil, su naturaleza, características principales, todo ello con el fin de comprender las bases del contrato.

El problema que centra el presente trabajo se puede delimitar en la situación que tienen los operadores de justicia para perseguir no solo en la rama penal, sino civil, y mercantil la figura del fideicomiso fraudulento, aquel constituido con voluntad dolosa de perjudicar a terceros ajenos al negocio fiduciario, por parte del fiduciario. En ello el fideicomitente se comprometen de manera recíproca, a hacer entrega temporalmente e irrevocable la propiedad de bienes ya sean muebles o inmuebles, corpóreos o incorpóreos, actuales o futuros a un patrimonio autónomo y el segundo se compromete a realizar los cometidos necesarias, de modo tal que se pueda cumplir lo establecido en el contrato, bien a favor de un tercero llamado beneficiario

o bien a favor del mismo constituyente. Para lo cual aplican una serie de actos conducentes a la elaboración por parte. El ejemplo más cercano es la gran cantidad de perjudicados por empresas inmobiliarias que ven imposible recuperar su dinero invertido u obtener los resultados esperados del negocio. Son muchos los casos en que el derecho penal, logra perseguir autores y cómplices, sin embargo, no logra la meta más importante, que es la subsanación del daño causado.

OBJETIVOS

Objetivo General

Establecer los elementos del fraude fiduciario como actividad ilícita en el Ecuador y su debida regulación por la ley ecuatoriana, así como algunos de los casos en que el fideicomiso es utilizado para actividades dolosas.

Objetivos Específicos:

1. Describir los elementos de tipo penal en el fraude fiduciario.
2. Determinar los métodos que la ley ha creado para evitar el fraude fiduciario.
3. Revisar las posibles acciones que puedan ejercer los entes de control para evitar esta actividad.
4. Analizar el tipo de responsabilidad que deberían tener las personas jurídicas o naturales según lo indica el proceso.

BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

El fideicomiso mercantil, tal como lo señala Araujo (2014):

Es una figura nacida de un acto mediante el cual una o más personas, llamados comúnmente como fideicomitentes, realizan una transferencia de bienes, que son específicos a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a administrar o enajenar dichos bienes con el fin de cumplir con el objetivo establecido en el contrato constitutivo, a favor de sí mismo o de una tercera persona o beneficiario. (p. 14).

Es entendido el fideicomiso mercantil como la transferencia de bienes entre el fideicomitente y el fiduciario, quien mediante este acto queda obligado a administrar o disponer de los bienes objeto de esta figura, ya sea a favor de si mismo o de otra persona, siempre y cuando cumpla con lo establecido en el contrato que le dio origen. Este fideicomiso mercantil constituye un contrato mediante el cual una persona le transfiere a otra ya sea de forma temporal o definitiva la propiedad de los bienes objeto del contrato a otro patrimonio que es de carácter autónomo con personalidad jurídica propia que se encargará de administrar como representante legal del constituyente de modo que se cumpla lo dispuesto en el contrato mismo.

Dentro de los elementos de los fideicomisos esta la confianza, fundamental para el desarrollo correcto de los negocios, pero bien controlados. Para Broseta, y Marinez (2009):

La finalidad se ve relacionada en forma directa con el cumplimiento de los compromisos adquiridos entre el constituyente con el fiduciario a favor de un beneficiario, que como se ha indicado puede ser una tercera persona o el mismo constituyente. La ejecución de este encargo es realizada por medio de un profesional que ha sido preestablecido por medio de cláusulas estipuladas en el contrato de fiducia (p. 243).

En lo que respecta a los aspectos negativos, éste puede utilizarse como mecanismo de evasión de impuestos, incursos en delitos de fraude, corrupción o lavado de dinero. En el Fideicomiso, uno de los fraudes puede verificarse con la transferencia de patrimonios o bienes del fiduciante al fiduciario, y tienen lugar en los momentos cercanos a la insolvencia financiera, o bien puede ser utilizado para la evasión del cumplimiento de la obligación establecida en el contrato; ahora bien, en caso de que pueda probarse que el fiduciario estaba en pleno conocimiento de la insolvencia del fiduciante o de otras formas fraudulentas respecto de los fondos encomendados, se considera que el Fiduciario es cómplice del fraude cometido

En lo que respecta a Fideicomisos de Inversión, Garantías, Administración, Pensiones, Cesantías u Otros de similar naturaleza, se encuentran: La falta de cumplimiento de la obligación por parte del Fiduciario, como consecuencia de la aplicación de normativas tributarias permisivas y exiguas; también se puede referir la sustracción en fideicomisos de entes gubernamentales, como consecuencia de la desviación de fondos mediante actividades comerciales costosas susceptibles de

comprobación atendiendo a la costumbre y el derecho comparado; además de las acciones fraudulentas en la ejecución de Fideicomisos Testamentarios, en detrimento del disfrute de la herencia de los beneficiarios, que ocasionalmente se retienen injustificadamente, y que traen como consecuencia innumerables juicios.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antecedentes

La figura del Fideicomiso Mercantil se origina en el derecho romano, conocido como pacto fiducia, y cuya esencia se basaba en un contrato de encomienda, a través del cual el pater familia, designaba una persona de suma confianza, para que en su nombre, pudiera administrar los bienes de sus herederos, asegurando el aprovechamiento de los mismos, cuando éste tuviera que ausentarse por motivos bélicos. De modo que, la suscripción de éste tipo de contratación supone una extrema confianza entre ambas partes. En nuestra legislación el FIDEICOMISO ya aparece regulado en el Código Civil ecuatoriano que cataloga a la propiedad fiduciaria como una forma imperfecta de dominio, una limitación al mismo, sometiendo a la propiedad a una condición, que de cumplirse perfeccionaría el traspaso a favor de un beneficiario, similar caso albaceazgo en los casos de herencias (Eguigueren, 2008, p. 39).

Queda entendido, que como muchas de las instituciones jurídicas adoptadas por el derecho en general y así es el caso de Ecuador, tienen su origen en el derecho romano conocido como un contrato de encomienda, de esta manera el responsable de la comunidad ante la necesidad de ausentarse por motivos bélicos, encargaba sus bienes a otras personas para que estos actuaran en su nombre y representación como un acto de confianza recíproca. De esta manera es adoptado por el código civil ecuatoriano el Fideicomiso como una forma de dominio condicionada.

El inicio del sistema de fideicomiso no solo se registraba en la antigua Roma, el “trust” anglosajón tuvo un antecedente en la época feudal como señala el autor peruano Escobar (2006), se da cuando los nobles ponían sus tierras a nombre del rey, recibiendo solo lo que estas producían, el autor señala:

Es importante subrayar que el sistema inglés no reconocía derechos de propiedad sobre las tierras a favor de los nobles y demás ciudadanos. El único propietario (owner) de las tierras era el rey. Los que recibían las tierras de la corona eran simplemente tenedores (holders) de las mismas (p. 60).

De igual manera, tuvo su desarrollo más conocido como “trust” en el derecho anglosajón, y por su efectividad en el traspaso de bienes y encargos de administración, su modalidad fue aplicándose en diversos países, el tema del trust fue transmitido como teoría jurídica y posteriormente se incorporó en las legislaciones locales, lo cual se reforzó por el intercambio comercial que se fue incrementando con el paso de los años. Hasta la década de los setentas, existía en América Latina, legislaciones, por un lado, aquellas que habían tipificado el contrato de fideicomiso y establecido sus elementos e intervinientes, y por otra parte, la de los países que intentaban incluir la figura autorizando a los bancos el desempeño de encargos de confianza.

Después de su consagración en México, con la legislación correspondiente fueron directamente influenciados Colombia y Venezuela, expandiéndose durante los últimos años al resto del continente. Como veremos en el siguiente análisis, cabe destacar el carácter "sui generis" que tiene el fideicomiso latinoamericano, en virtud de que no se trata ni de un trust ni de un negocio fiduciario.

El fideicomiso tiene como característica fundamental el ejercicio simultáneo de diferentes derechos de propiedad sobre un mismo bien que implica la coexistencia de dos regímenes jurídicos lo que permite conciliar los derechos del (fiduciante, fiduciario y fideicomisario) (Gómez, 1998, p.57).

Ciertamente sobre los bienes se abre una figura que abarca la coexistencia de distintos regímenes jurídicos, en el que existen derechos de distintas personas, jurídicas o naturales en el mismo bien, pero que su vez tienen distintos fines. En este orden de ideas, se presenta el ejercicio de forma simultánea de diversos derechos de propiedad que existen sobre los mismos bienes, atendiendo a los derechos tanto del fiduciante, fiduciario y fideicomisario, de esta forma coexisten los derechos de las partes intervinientes.

Descripción del Objeto de Investigación

Este instrumento jurídico está presente en todos los aspectos de las actividades económicas actuales, su utilización en el mercado inmobiliario y automotriz en los últimos años permitió el desarrollo de esos sectores en gran escala, por lo que su desarrollo toma en cuenta la evolución de distintos sectores económicos del país, siendo sin embargo que existen casos en que por un doloso manejo se termina perjudicando a terceros como compradores, adherentes y acreedores de los constituyentes y del propio fideicomiso, provocando o generando acciones, que se encuentran en contra de la ley. Es un trabajo que nos va a permitir analizar características, roles de los sujetos involucrados en el negocio fiduciario y también de los entes de control al establecer sus obligaciones y diferentes funciones como entes de intervención en el mercado bursátil, a través de estudio de las leyes, jurisprudencia y doctrina referente al tema.

Es un contrato que se enmarca dentro de la figura del derecho privado, y que por tanto permite que las partes contratantes puedan establecer y ponerse de acuerdo en cláusulas de la más variada naturaleza, siempre y cuando no se menoscaben derechos ni violen la normativa vigente. No debe ser mirado como una figura jurídica que puede ser utilizada para perjudicar a terceros, puesto que existen las sanciones establecidas en la ley para cualquier acto que se salga de esta esfera.

Para la ley ecuatoriana el concepto de fideicomiso mercantil se encuentra en la Ley de Mercado de Valores, referente al Contrato de fideicomiso mercantil (2006):

Definido en el artículo 109. Como: Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

En el contenido de la normativa jurídica ecuatoriana se entiende como patrimonio autónomo, el conjunto de derechos y obligaciones que pueden ser afectados con una finalidad, derivadas del contrato mismo y también denominado fideicomiso mercantil; de esta forma, cada fideicomiso mercantil tendría unas características sui generis, que a tal efecto indicará el constituyente en el contrato que suscriba, diferenciándolo de esta manera de otros que puedan ser suscritos por el fiduciario muy a propósito de la actividad que realiza. En este sentido, se puede afirmar que cada fideicomiso mercantil posee personalidad jurídica en la que el fiduciario constituye la representación legal, de modo que deberá cumplir con el mandato impuesto y descrito en el contrato.

Es decir que es claro, que lo que la ley manifiesta es la creación de un ente apartado de los que lo constituyen, similar al principio de la persona jurídica, en este caso el patrimonio autónomo también goza de la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, sin embargo, su estructuración es totalmente diferente. En primer lugar, su representante es un ente especializado como los son las compañías Fiduciarias, en segundo lugar, no está dividido en unidades participativas como acciones y participaciones, y tercero este patrimonio autónomo está afectado por una condición, que es el cumplimiento de la finalidad impuesta por el constituyente.

Pregunta principal de Investigación

¿Cuáles son las características que tiene el ordenamiento jurídico ecuatoriano para regular la figura del fraude fiduciario en Ecuador?

Preguntas complementarias de Investigación

¿Cuáles son los elementos de tipo penal en el fraude fiduciario?

¿Cómo es llevada a cabo la aplicación de leyes regulatorias?

¿Cuáles acciones ejercen los entes de control para evitar el fraude fiduciario?

¿Qué tipo de responsabilidad que deberían tener las personas jurídicas o naturales según lo indica el proceso?

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Antecedentes de Estudio

Fideicomiso Mercantil es una figura nacida de un acto por el cual, una o más personas, las cuales se las conoce como constituyentes o fideicomitentes, hacen una transferencia de bienes, que son específicos a otra persona que se lo llama fiduciario, que se obliga a administrar o enajenar dichos bienes para cumplir con la finalidad establecida en el contrato constitutivo, a favor de sí mismo o de un beneficiario. Esta transferencia del dómimo al fiduciario, es elemento característico del Fideicomiso Mercantil, para que el fiduciario mediante una administración cumpla con un fin estipulado en el contrato constitutivo. Para lo cual constituye un patrimonio independiente y autónomo que será estudiado más adelante.

Dentro de los antecedentes de estudio está el trabajo realizado por Caldas (2016) cuyo título es “El Fideicomiso Mercantil Y Su Trascendencia En La Legislación Ecuatoriana: Alcance De Las Últimas Reformas”. En el cual expone:

La seguridad jurídica que brinda esta figura, se lo otorga a la gestión que realiza la empresa fiduciaria o administradora de fondos y fideicomisos, que se muestra como una experta y conocedora de los negocios a emprender y que han sido encomendados a ella, para el cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato de Fideicomiso Mercantil (p. 27).

En la legislación ecuatoriana, la figura del fideicomiso mercantil ofrece seguridad jurídica para quien administra los fondos encargados, cumpliendo así con lo encomendado en el contrato, respondiendo así de forma profesional, responsable y experta por la labor asignada en cuanto a los bienes o fondos y fideicomisos. En este orden de ideas, la trascendencia radica en la capacidad de la empresa fiduciaria para responder por los bienes encargados en la contratación como un verdadero experto ducho en el buen manejo de los negocios que le han sido encomendados.

Otro aspecto que destaca es que el contrato de Fideicomiso Mercantil no debe ser mirado como una figura jurídica que puede ser utilizada para perjudicar a terceros, puesto que existen las sanciones establecidas en la ley para cualquier acto que se salga de esta esfera.

Demás trabajo, es el realizado por Chávez (2017), llamado “Las Responsabilidades De Las Administradoras De Fondos Y Fideicomisos y de sus Administradores En La Normativa Vigente En El Ecuador”. En este trabajo se estudia la actuación de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, en cuanto son los entes especializados para administrarlas, y analizar si estas compañías cumplen con la administración prudente y diligente que la Ley de Mercado de Valores dispone para su adecuado funcionamiento. Y recalca que

Siendo las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos las instituciones responsables del manejo de los fideicomisos mercantiles deberán basarse fundamentalmente en la confianza que el constituyente deposite en las mismas, las cuales deberán demostrar debida diligencia y profesionalismo, un manejo claro y transparente de los negocios encargados, administrados con el menor riesgo de pérdida. Igualmente El fideicomiso mercantil encaja en el desarrollo de proyectos inmobiliarios que se están desarrollando en nuestro país con las limitaciones del caso, debiendo contar con una legislación coherente, moderna y sobre todo unificada que regule con claridad y dentro de la concepción moderna del Fideicomiso Mercantil, en la cual exista armonía y complementación con las otras leyes que tratan sobre temas afines (p. 14).

Cuando se deposita en las sociedades un dinero el a la figura de fideicomiso, se establece un vínculo de confianza recíproca, resaltando la condición de los debidos manejos con ética, profesionalismo, de la forma más clara posible los negocios que le han sido encargados, de modo que se logren minimizar las pérdidas en cuanto a las gestiones que se le encargan, en la que hay una creencia factible en la institución como ente responsable en la administración del bien. Para ello existe el apoyo en las leyes y en los ordenamientos jurídicos, específicamente en la legislación ecuatoriana se asocia a las figuras inmobiliarias como actividad comercial regulada.

Otra investigación es el realizado por Yáñez (2013), cuyo nombre es “La Aplicación del Fideicomiso En La Legislación Civil Ecuatoriana”, en el cual resalta que:

El fideicomiso tiene por objeto que una persona trasmita sus bienes a otra, la misma que se obliga a cumplir con el encargo en el plazo o condiciones estipuladas en el contrato, por lo tanto al cumplirse el mismo deberá ser entregados a la misma persona o a otra que su hubiera designado. Al realizar este trabajo es destacar la utilidad del contrato de Fideicomiso como una figura de uso universal, a más de dar a conocer como se realiza la transferencia de bienes en propiedad fiduciaria, para así lograr la correcta aplicación del mismo en proyectos de orden económico, familiar, solidario,

inmobiliario, etc. Finalmente pretendo que el contrato de Fideicomiso sea un referente dentro de la sociedad ecuatoriana en el campo legal, doctrinal y jurisprudencial, ya que su uso ha alcanzado un desarrollo impresionante debido a su continua aplicación en la vida diaria (p. 91).

La existencia del contrato supone la transmisión de bienes de una persona a otra, o en su defecto a una personalidad jurídica distinta, con el compromiso en la buena fe de las partes, por lo que se asume cumplir con las obligaciones atinentes a cada una respetando los términos y condiciones que a tal efecto se establecen en la contratación. Además, en ese contrato se describe el objeto a realizar con la transferencia del bien en propiedad fiduciaria a la persona o personas designadas para el cumplimiento de la obligación, aplicable en el ámbito familiar, económico, inmobiliario, entre otros, aplicable en la sociedad ecuatoriana tanto en el campo legal como doctrinal y jurisprudencial de uso cotidiano.

Bases teóricas

Teoría del mandato irrevocable esta teoría justamente fue debatida desde su nombre, porque el mandato es un contrato de naturaleza revocable. También se lo considera inconsistente, en principio, el mandatario obra en nombre y representación de su mandante aun cuando no tenga esta última, los negocios jurídicos que celebran están destinados a radicarse en cabeza de su comitente. Esto no ocurre en el fideicomiso actual, donde:

El fiduciario actúa como propietario o titular de los bienes frente a terceros, celebrando los negocios en su nombre o en el del fideicomiso, si se quiere, pero no en el del constituyente ni en su beneficio, aunque enderece su actividad a la consecución de una determinada finalidad, como tal, pueda resultarle provechosa (Superintendencia Financiera De Colombia, 2005, p. 1).

El fiduciario tiene un fin que es económico, en ello se destaca su propósito, que no es otro que el de una ganancia financiera, siendo responsable de los bienes encomendados frente a terceras personas como si se tratara de sus propios bienes. Bajo esta acción se hace una serie de procedimientos destinados, a obtener beneficios, a través de las ganancias, que se consiguen en negocios en aras del logro de los objetivos financieros y obteniendo el mejor de los provechos.

Teoría del patrimonio de afectación.

Esta teoría fue desarrollada por el jurista francés Leupaulle (Citado por Carregal, 2006), donde explica la naturaleza del Trust, por medio del estudio de sus elementos fundamentales, no debe hacer énfasis en las supuestas obligaciones derivadas de las relaciones entre las partes, pues ellas no son constantes ni necesarias y las modalidades estudiadas demuestran que puede faltar una y otro, dentro de las distintas soluciones (p.50).

En lo que respecta a la teoría del patrimonio de afectación se desarrolla a través de la confianza y el estudio de los elementos que sirven de fundamentación, basadas en las relaciones recíprocas de confiabilidad y no en el cumplimiento de las obligaciones en sí, pese a que las modalidades objeto del estudio demuestran que la inobservancia de uno u otro elemento puede persistir en las soluciones que puedan surgir de ellas.

Con esto se determina la existencia de un patrimonio y una destinación, donde se afirma que, se trata de una institución jurídica en la cual, el patrimonio independiente de una persona natural se ve afectada libremente por disposición del ordenamiento jurídico vigente. (Rodríguez A. , 2006, p. 864). Esta teoría se criticó severamente porque se la consideró artificiosa porque, “para probar que los elementos personales no eran esenciales, se tomaron ejemplos de distintas modalidades de trust, en una de las cuales no es necesario el settlor, en otra, si no se designa trust él será designado por el tribunal y en muchos supuestos el beneficiario es inexistente (Rodríguez Azuero, 2005, p. 83).

El patrimonio de afectación supone la existencia de un patrimonio independiente de un individuo plenamente capaz y que se produzca una afectación libre en el marco de las normativas legales establecidas. Sin embargo, su contenido es considerado forjado, de modo que se puede considerar dolosa la designación de un beneficiario inexistente, estimando fraudulenta la confianza; así la consideración de elementos personales no sería esencial para producir la afectación de los bienes.

De esto se desprende que siempre hay un elemento personal vinculado con cualquier modalidad del Trust.

Se reconoce en la mayoría de las legislaciones, que los bienes que pueda recibir el fiduciario conforman una unidad patrimonial diferente al resto de los bienes de la institución; de esta forma, las incidencias económicas pueden afectar a las partes involucradas, al tiempo que el reconocimiento de la autonomía tanto jurídica como económica de los bienes transferidos constituye un gran aporte teórico (Superintendencia Financiera De Colombia, 2005, p. 1).

La separación de los bienes a los que obedece el reconocimiento de la autonomía jurídico-económica, entendiéndolos como un patrimonio en su conjunto, independientemente de los bienes de la institución, sin la intervención de sucesos que puedan afectar a las partes; por lo que así no corren el riesgo que puedan representar los cambios de factores económicos que pueden perjudicar al fiduciario, a la vez que respalda la posición de la institución como garante.

Teoría del negocio fiduciario.

Bajo esta teoría enfoca a la fiducia mercantil como una especie de negocio fiduciario, porque concurren dos elementos:

Real, de una parte, constituido por la transmisión de los bienes o derechos y personal de la otra, constituido por las limitaciones obligatorias resultante del acuerdo entre las partes. No puede afirmarse, sin embargo, que exista una desproporción entre el medio utilizado y la finalidad que se busca porque en cuanto se trate de figuras tipificadas, como sucede en nuestro caso, la finalidad que se busca debe conseguirse precisamente a través del expediente de la transmisión (Rodríguez, 2005, p. 837).

Bajo esta teoría, se manifiesta que a través de la relación obligacional que está consagrada en la ley, queda explicado que el fiduciario tiene un derecho de propiedad restringido y encaminado únicamente a cumplir con las finalidades preestablecidas en el contrato constitutivo. Otra nota, es la de la constitución del patrimonio autónomo con los bienes adquiridos. Se separa el los bienes recibidos por el fiduciario, de su propio patrimonio, por lo mismo éstos tienen su propia e

independiente administración, no se confunden con los bienes del fiduciario, no corren la suerte tanto de reducción o acrecimiento por ser de una determinada administradora de fondos y fideicomisos, sino, únicamente por la administración diligente de la fiduciaria. Dicha administración establecida en el contrato constitutivo y en las leyes aplicables. Para que la transferencia de dominio cumpla la finalidad pretendida.

EL ADMINISTRADOR O FIDUCIARIO

El administrador fiduciario, conforme lo dispone la Ley de Mercado de Valores en el caso ecuatoriano, siempre será una compañía anónima con ese objeto específico, sus obligaciones son en primera instancia, la de velar por la licitud del negocio fiduciario a crearse y en segundo lugar, ejecutar las instrucciones del constituyente con sometimiento a la ley y reglamentos respectivos:

Ley de Mercado de Valores, De las obligaciones de medio y no de resultado:

Artículo 125. Obligaciones de medios y no de resultados. 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.

En virtud de esta disposición legal, el fiduciario tiene la responsabilidad hasta por culpa leve en cuanto al cumplimiento de la gestión que le es encomendada, que se verifica con el medio de la ejecución y no con el resultado obtenido; es decir, que debe actuar diligentemente y con profesionalismo en el cumplimiento de las funciones que le fueron encomendadas, en cuyo caso el rol de control y administración que tiene el fiduciario en relación al tema de trabajo, por otra parte, los sujetos que invierten lo bienes o recursos, se denominan como constituyentes. Los cuales son los creadores que motivan la existencia de la figura a analizar.

LÍMITES Y ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso como lo determina la ley, crea un patrimonio independiente y autónomo, es decir que todo lo que se aporte a él, se entiende traspasado de su anterior dueño, por ende, le son inoponibles los procesos que se intenten contra el

constituyente, del mismo modo las deudas y actos del fideicomiso no pueden ser atribuidos a los constituyentes ni de manera directa a la fiduciaria. Fue la Ley de Mercado de Valores la que introdujo al Fideicomiso como una herramienta para el desarrollo financiero de varias actividades resultado de esto se dio el desarrollo del mercado inmobiliario, el automotriz le siguió y finalmente el fideicomiso logró incluso llegar a servir como herramienta de desarrollo para el sector público.

Ante esta situación muchos vieron en esta figura jurídica una fuente de crédito y de administración que involucra diversas actividades, entre las cuales se destaca la industria de la construcción, aunque puede ramificarse a otras áreas como la actividad forestal y la actividad agropecuaria. En lo que respecta al área de construcción, el enfoque del fideicomiso constituye una herramienta utilitaria para convocar y asociar individuos, puede ser con el interés de adquirir un inmueble o por el de mejora de ganancias de los inversores.

El fideicomiso mercantil tiene una naturaleza maleable en términos de que se puede adaptar a una diversidad de actividades, como lo vimos, pueden encomendarse actos jurídicos que pueden ir desde la creación hasta los de garantía. De esta forma el Fideicomiso se constituye como un negocio jurídico mercantil, eminentemente con base a la confianza, en el cual se transfieren los bienes de una persona que llamamos constituyente, en favor de otra llamada fiduciario, para que cumpla con la administración que le fue encomendada, en beneficio de la persona que sea designada que llamamos fideicomisario, para lo cual se deben cumplir todas las instrucciones indicadas en la contratación pactada.

Dado que el Fideicomiso se caracteriza por ser un negocio indirecto, es decir la administración está destinada a cumplir con las indicaciones del negocio encargado, existen dos objetos, la fiduciaria debe realizar los actos necesarios para que por medio de una administración responsable se cumplan las metas indicadas por el constituyente. Este objeto final, puede ser de diversa naturaleza, puede tratarse de la construcción de una obra física, de la administración de bienes, la custodia de los mismos o del respaldo como garantía a una obligación.

Sin embargo, justamente esta cualidad de separación de patrimonios es la que permite que existan verdaderas situaciones de evasión de responsabilidad, la naturaleza misma de la separación de patrimonios, en el cual se ha constituido con una finalidad y constituye un patrimonio distinto al de las partes; con lo cual se pretende el cumplimiento del mandato que expresa, que desde una perspectiva este mandato será independiente de la acción individual de los acreedores de las partes; y desde otra perspectiva se minimizan consecuencias que puedan perjudicar producto de acciones dolosas.

En lo referente a la culpa, es decir la responsabilidad de índole civil, se enfoca en la debida diligencia, y en la obligación de resarcir cualquier daño que por inobservancia se haya realizado. Es decir que el administrador fiduciario goza de un régimen general de responsabilidad civil pero muy poco se ha analizado sobre el régimen de responsabilidad penal que pueden tener estos administradores.

El Código Integral Penal (2014) en su parte respectiva no menciona el caso específico del defraudador fiduciario, más si el del sujeto que dolosamente utiliza bienes ajenos, referido en la normativa sobre la Estafa:

Artículo 186.- Estafa.- La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete. La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Lastimosamente este artículo se queda corto y si bien a primera lectura puede sonar apropiado, recordemos que una de las características de las operaciones con fideicomisos por regla general es la captación de recursos en el mercado. No representa una tipología penal acorde a la situación, ya que equipara al delincuente leve que puede causar un daño individual con aquel que puede llegar a causar un daño mayor a la sociedad en general. El concepto de fraude, puede variar de acuerdo a cada legislación o autor, por ejemplo, para el sistema estadounidense, el Departamento de Justicia de EEUU (2017) define el fraude cuando una persona o empresa intencionalmente engaña a otros con promesa de bienes, servicios, o

beneficios financieros que no existen o nunca se tuvo la intención de ser entregados. Las víctimas dan dinero por esto, pero nunca reciben lo prometido.

Destaca en este concepto la intención del engaño, por lo cual debe existir la presencia del dolo, que se debe verificar para la constitución del delito de fraude previsto en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a su vez a la promesa a futuro de beneficios financieros que no se cumplen, en ello existe un intercambio, que se presenta como dinero, o como bien material. De este modo se prevé un acto doloso a través del cual se produce el artificio de recibir una ventaja financiera que nunca se cumple.

Tal como lo manifiesta la doctrina mercantil actual, es a entender de Araujo (2014) el acto de comercio es un acto en masa, la captación de recursos por parte de los constituyentes supone un método de financiación de proyectos que deben ser cumplidos conforme los puntos de equilibrio acordados (p. 29), es decir que el bien que trataría de proteger no solo es el patrimonio económico de los afectados, sino también la confianza de los individuos en el mercado y sus instituciones.

En este sentido, la utilización del fideicomiso como instrumento de fraude:

Conlleva diversos efectos, en primera instancia el perjuicio de los sujetos que hayan confiado sus recursos en el proceso sin obtener el resultado, segundo los propios constituyentes que confiaban en la entidad fiduciaria que puede verse afectada por el manejo doloso de los recursos e incluso la propia fiduciaria que incluso de buena fe puede administrar bienes o recursos procedentes del lavado de activos u actividades ilícitas disfrazadas como aquellas encargadas (Alvear Icaza, 2008, p. 91).

Es una acción que se engloba en un tipo de delito con consecuencias penales por irresponsabilidad económica o bursátil, donde existe un dolo por parte de la institución financiera a la cual se le confió la posesión de un bien para que lo administrara con ética y responsabilidad, con la finalidad de obtener los mejores beneficios, por lo cual se viola un principio fundamental consagrado en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como es el de buena fe.

Otra situación que deviene de su uso, es la evasión de responsabilidad en sentido patrimonial, como lo establece la Ley de Mercados de Valores, referente a la Inembargabilidad, se establece la creación del patrimonio autónomo:

Artículo 12. Creación del Patrimonio autónomo. 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.

Esto además supondría una situación que se refleja en muchos casos como un problema para los perjudicados, en casos inmobiliarios se dan situaciones en que los perjudicados al perseguir el patrimonio del fideicomiso descubren la existencia de verdaderas redes de elusión, donde los terrenos pertenecen a un fideicomiso constituido por una persona jurídica, distinta de la persona jurídica que construye, y que el fideicomiso se debía a otra que solo administraba el financiamiento del mismo. Es decir que no tendrían realmente una capacidad de poder resarcirse con los patrimonios de los autores, o de la empresa de manera directa.

Este aspecto fue analizado por la Superintendencia de Compañías, por motivo del alto número de perjudicados en proyectos inmobiliarios, lo que motivo que el ente de control societario y bursátil, emita reglamentaciones aplicables a este tipo de actividades, dicho Reglamento de Funcionamiento de las Compañías que realizan Actividad Inmobiliaria (2014) o señalaba la aplicación de directrices que supuestamente iban a evitar la proliferación de estos casos, sin embargo, el mismo sufrió diversas modificaciones por las presiones de los sectores involucrados, en razón del gasto que les acarrea aplicar estas medidas, como justamente lo eran la constitución de un fideicomiso para administrar los fondos captados de los compradores.

En la actualidad dicho cuerpo legal establece:

Reglamento de Funcionamiento de las Compañías que realizan Actividad Inmobiliaria: Artículo 3. Las compañías que realicen actividad inmobiliaria, en los términos del presente Reglamento, deben abstenerse de realizar lo siguiente: a) Ofrecer al público la realización de proyectos en terrenos que no sean de su propiedad o en terrenos que sean de propiedad de fideicomisos respecto de los cuales no sean titulares de los derechos fiduciarios, excepto

en los casos en que cuenten con el compromiso por parte de la persona natural o jurídica propietaria del terreno de comparecer y obligarse en las respectivas escrituras públicas de promesa de compraventa y compraventa definitiva, según sea el caso.

En lo que respecta a este trabajo de investigación la determinación del tipo penal de fraude fiduciario, nos obliga a hacer las siguientes precisiones. Es un delito de tipo especial, su sujeto activo no solo recae en una persona jurídica, sino en una persona jurídica determinada por la ley, como especial por ende su nivel de responsabilidad es mayor. Es una persona jurídica que debe cumplir con un mayor deber de confianza y con mayores parámetros técnicos para cumplir con el objeto social que se establece. Es decir que su desviación del correcto proceder es agravada por la conducta más disciplinada que se le exige en razón de los contratos de fideicomiso, que son de estricta buena fe.

Los bienes pertenecen al Fideicomiso y por ende no pueden ser perseguidos por obligaciones referentes a los constituyentes o al administrador. Sin embargo, sí son materia de embargo por deudas que pertenezcan al Fideicomiso. Que es lo que nos lleva a pensar a continuación sobre qué tipo de situaciones conllevan a analizar el tema del fraude fiduciario o uso del fideicomiso como medio de elusión de responsabilidades.

De un análisis a primera vista, el fideicomiso puede tener los siguientes aspectos como sujeto pasivo: 1. Obligaciones de índole civil o comercial por el cumplimiento de sus actividades; 2. Obligaciones de tipo laboral, porque para continuar con su cumplimiento deberá contratar personal, muchas veces se utiliza la situación de contratación civil con cláusula de exención de responsabilidad sin embargo, la ley laboral determina que siempre el último responsable será el que se beneficia del trabajo; 3. Obligaciones con el Fisco, porque a pesar de ser un patrimonio autónomo, deberá cumplir con sus obligaciones tributarias, siendo la Fiduciaria la responsable de que se dé cumplimiento a lo dispuesto por la ley; 4. Obligaciones Tributarias: Siendo el fideicomiso el responsable y ente directo cuya finalidad es el cumplimiento de su objeto, es el llamado a obtener todos los permisos necesarios para dicho fin. Como en este caso lo son los licenciamientos y concesiones dependiendo del caso; 5. Obligaciones de tipo penal: Este el tema que ahondaremos de manera más profunda en el presente trabajo.

Artículo 173. Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: 12. El titular fiduciario, el administrador de fondos comunes de inversión o el dador de un contrato de leasing, que en beneficio propio o de un tercero dispusiere, gravare o perjudicare los bienes y de esta manera defraudaren los derechos de los contratantes (Congreso Nacional, 2018).

En razón de este trabajo hemos buscado en otras legislaciones penales la tipificación del fraude fiduciario o como la pudimos ubicar “defraudación fiduciaria” para primero poder ubicar su naturaleza especial, que elementos lo separan o diferencian de tipos penales como estafa, y lo identifican como un tipo especial del derecho. En el caso de la Ley de Mercado de Valores de Argentina (2018), si existe la tipificación diferenciada:

En ambos casos hemos podido identificar que el legislador reconoce que el negocio fiduciario supone la creación de una situación jurídica especial, diferenciada de los demás. En estos aspectos es necesario comparar con lo manifestado por las doctrinas penales, los autores argentinos señalan que este tipo penal encierra varias conductas “En consecuencia es también una defraudación por abuso de confianza y un delito de resultado material, en tanto requiere la afectación patrimonial de cualquiera de los cocontratantes, ya que los actos del administrador infiel sobre los bienes fideicomitidos deben afectar el fideicomiso en beneficio propio o de un tercero.” (Rodríguez P., 2018, p.1).

Por otra parte también se lo puede ubicar en la legislación de República Dominicana, en la Ley 189-11 promulgada para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana (2012), De la responsabilidad penal del Fiduciario:

Artículo 33. Sin perjuicio de cualquier otro tipo de responsabilidad penal a la que de conformidad con la ley pudieren ser sometidos los miembros del Consejo de Administración, los directores, administradores o empleados del o de los fiduciarios, si le dieran al patrimonio fideicomitado a su cargo una aplicación diferente a la destinada o si en beneficio propio o de un tercero dispusieren, gravaren o perjudicaren los bienes fideicomitados, serán pasibles de ser condenados por los tribunales penales competentes de la República, con multas de quinientos mil pesos (RD\$.500.000) a diez millones de pesos (RD\$ 10,000.000.00) ajustables por inflación anual conforme reglamentariamente se determine y penas de tres (3) a diez (10) años de prisión (Ley 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana, 2012).

En esta definición del delito, como una forma de protección del negocio fiduciario, en cual se violenta las atribuciones conferidas dentro de un contrato, y por lo tanto de la buena fe que es depositada en el fiduciario, en la institución o persona a la que se le encarga su bien, y que debe estar expresado en el documento que da origen a la obligación, con el propósito de obtener un fin económico; sin embargo, producto del fraude que representa el menoscabo de los bienes encomendados.

De igual manera, la conducta que se revisa, está compuesta por diversos verbos rectores:

Las acciones típicas del ilícito son, por un lado, dos actos jurídicos: disponer (4) (vender, ceder, permutar, etc.) y gravar (embargo, preñar, hipotecar, etc.); por el otro, un resultado jurídico: perjudicar (destruir, ocultar, dañar, el no ejercicio de acciones en defensa de los bienes, el no cobro de créditos, etc.) los bienes objeto del contrato, es decir, los bienes fideicomitados. En ambos casos, el fiduciario debe perseguir un beneficio propio o de un tercero, el cual debe ser de contenido económico y en el que necesariamente se deben defraudar los derechos de los cocontratantes. (Calvo, 2010, p. 1).

Estos verbos rectores definen el accionar del delito de fraude, a entender la existencia de dos actos como es el de disponer y gravar, para así obtener como resultado jurídico, como es el de perjudicar, todo ello bajo la existencia a la figura del contrato, que permite el manejo de tales bienes. En el presente caso, también debemos analizar el rol del principal sujeto activo en este tipo de delitos, que como lo vimos inicialmente es la administradora fiduciaria, siendo un sujeto activo especial, por tratarse de una persona jurídica, y como sabemos en la actualidad, el debate sobre su posibilidad de delinquir ha sido materia de amplio debate.

Revisando lo establecido podemos definir que el tipo penal de fraude fiduciario o defraudación fiduciaria es un tipo penal, por su esquema, viéndolo desde el punto de vista del sujeto activo, las administradoras fiduciarias en lo que corresponde al fideicomiso mercantil, son compañías anónimas que deben cumplir amplios requisitos para su operatividad, sin embargo no han estado exentas de escándalos y problemas en los últimos años.

Si no apegamos a la concepción civilista de la persona jurídica como ficción del derecho, utilizada para el cumplimiento de obligaciones específicas que nacen del establecimiento de su objeto social, en este caso, la administración de fideicomisos y fondos, está claro que en la actualidad, la persona jurídica, realiza actos con grandes repercusiones además del campo económico o comercial-societario estrictamente, en el campo del derecho penal, recordemos el concepto de persona jurídica una organización de personas, con un fin que el derecho debe proteger y por lo cual, actúa como sujetos de derecho reconocidos por el orden jurídico (Larrea, 1998, p.11), sin embargo en este caso estamos ante un patrimonio autónomo administrado por una persona jurídica, es decir dos situaciones de “ficción”, una ficción administrando otra ficción.

Tal era la corriente doctrinaria penal de antaño, que autores como Vélez Zarfield, (citado por Báez, 2009), mantenían a raja tabla que la persona moral, no puede ser alcanzada por el derecho penal (p. 65), es decir que la doctrina tradicional buscaba la sanción al autor persona humana, sin contemplar la faceta del daño causado por el ente jurídico, que en este caso de administrador puede causar un gran daño al bien común de la sociedad. El motivo de esta situación es que la persona jurídica permite un sistema de administración mayor, recordemos que las compañías fiduciarias administran una gran cantidad de fideicomisos, por ende, una persona natural no podría cumplir con la finalidad de todos ellos. Es por esto que la fiduciaria como persona jurídica en el instrumento de desarrollo para gran cantidad de actividades. Sin embargo, recordemos que detrás de todo ente jurídico se encuentran personas naturales, encargadas de la administración y guía de la misma.

Es muy cierto que la persona jurídica también ha sido utilizada como un escudo, para los socios o representantes legales, para evadir responsabilidades, y en este caso analizado podría llegar a ser una segunda desviación de responsabilidad, pero

el derecho, debe prever las situaciones que pueden perjudicar al bien público, y tal como lo señalan varios autores, entre ellos Reyna Alfaro, (citado por Labatut, 2009) en su trabajo para el congreso Mundial de Derecho, los países latinoamericanos no fueron ajenos a fenómenos como el descrito, fue el COIP el cuerpo legal que instaura el inicio de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Ecuador (p. 62).

Sin embargo, así como el derecho penal crea tipos penales especiales por el sujeto activo, creemos que es necesario que para el caso analizado, se analice una tipología especial, por tratarse de un tipo especial de compañía, que como su propio nombre lo establece, opera en negocios de “extrema buena fe”. De igual manera el rol del fideicomiso y del administrador fiduciario en este tipo de delitos, involucra un análisis de los elementos del delito que buscamos analizar, señala Labatut (2009) que los delitos de defraudación se caracterizan por el engaño que sufre la víctima al creer que recibirá un beneficio al contraer una obligación o hacer entrega de un bien (p.19). En este caso el fideicomiso es utilizado como una pantalla de confianza, trasmite una figura de seriedad en el mercado y de garantía en los actos que se le encargan, González (2008) manifiesta en los delitos en que interviene el fraude, desaparece la violencia, para ser reemplazada por recursos intelectuales; en otras palabras, el fraude repugna la violencia (p. 48). Se trata de un tipo de delito que no maneja el concepto de violencia referido a otro tipo de delitos, sin embargo si suscita un perjuicio y un daño que afecta en este caso al fiduciario.

En similar criterio, el autor García (2015), manifiesta, que la administración de un patrimonio ajeno puede dar lugar a un conjunto de irregularidades. Por un lado, el administrador puede abusar de la libertad que tiene para administrar el patrimonio ajeno, y afectar de esta manera a terceras personas. (p. 213). El administrador tiene una responsabilidad, de la cual puede valerse para cometer un acto contrario a la ley y de esta forma obtener un beneficio. En ello se conjuga la violación que supone el delito de estafa y del rompimiento del vínculo supeditado por la buena fe del fiduciario.

En el caso del fraude fiduciario, estamos ante la creación de un patrimonio autónomo utilizado dolosamente por naturales, quienes a través de personas jurídicas, terminan lesionando el interés general de los involucrados. Esto nos lleva

a la discusión si realmente bastaría con imputarse un delito a una persona jurídica administradora de este patrimonio autónomo, o en su defecto es necesario incluir a los constituyentes.

Bajo esta perspectiva, es importante referirnos a que las teorías generales de imputación a la persona jurídica no serían del todo aplicables, por ejemplo, la denominada Teoría de la Ficción cuyo propulsor fue Von Savigny (1845), en la cual esboza que las personas jurídicas, son personas que no existen sino únicamente para fines jurídicos y que presentan estrecha relación con la propiedad, por lo cual se destinan a que su relación sean para alcanzar dichos fines (p. 91). Ciertamente la persona jurídica es creada para alcanzar un fin y por lo tanto tiene para ello, derechos y obligaciones, que derivan en la responsabilidad que adquieren para alcanzar tal fin. Por tanto son sujetos susceptibles de una acción jurídica, cuando desvían su finalidad, y cometen una acción delictiva.

La segunda Teoría es la llamada Teoría de la Realidad de Otto Von Gierke de 1881, (citado por Cortázar 2004), manifiesta que tanto las personas naturales como las jurídicas forman parte de la realidad social, concluyendo que ésta existe por medio de sus miembros, y que en tal virtud no se trata de un ente falto de cuerpo y alma (p. 71). Así pues, Gierke no realiza su análisis desde el punto de vista ético, como lo realiza Von Savigny, sino desde el punto de vista social y bajo esta teoría la persona jurídica tiene capacidad de acción y de culpabilidad. Los fraudes empresariales y bancarios acaecidos a nivel mundial y que causaron graves efectos no solo a las víctimas directas, sino al mercado, por citar algunos ejemplos, son solo algunos hechos que impulsaron a los legisladores a nivel mundial apliquen esta teoría en las normativas de los países, con la finalidad de proteger los bienes jurídicos que están inmersos en el campo económico.

Lo enunciado es una realidad innegable, pero existen aún dudas en cuanto a la aplicación de esta imputación en la parte práctica, como por ejemplo al señalar que el gerente o administrador pueden ser imputados de acuerdo a la normativa vigente, cuando un gerente es solo el responsable de ejecutar las decisiones de la junta. También cabe preguntarse, si imputar a una persona jurídica una cierta conducta conllevaría a que se diluya la responsabilidad de los miembros de juntas; o en su defecto, si la decisión fue por una mayoría por qué se debería castigar a una

sociedad donde terceros incluso votaron de manera negativa al acto que pudo desembocar en el delito, si todos los miembros de la persona jurídica a la cual se le atribuyó responsabilidad penal, deben responder con los bienes de la persona jurídica.

En cuanto a los modelos que han implementado la mayoría de las legislaciones que han incluido la responsabilidad de la persona jurídica dentro de sus ordenamientos, corresponde referirnos a dos, el modelo de la imputación y el modelo de la culpabilidad de la organización. Zavala (2014), dice que el modelo de la imputación se asienta en la atribución directa a la persona jurídica del injusto penal cometido por los administradores y representantes, y en cuanto al modelo de la culpabilidad de la organización:

Legitima las sanciones penales a las personas jurídicas sobre la base de la comprobación de un déficit organizativo que haya posibilitado la comisión del delito de los órganos, equivalente a la culpabilidad de las personas individuales en la forma de una culpabilidad de organización, esto es, corporación que cumple el Derecho (p. 109).

Las legislaciones que han incorporado la responsabilidad penal de la persona jurídica, sus propulsores han llegado a la conclusión de que definitivamente han existido delitos de tipo económico que han sido provocados por grandes corporaciones, es decir una especie de “asociación ilícita” de compañías. En algunos casos se ha analizado el efecto nocivo que puede acarrear la desaparición de la compañía (pérdida de puestos de trabajos, producción) y concluyendo de deben tomarse medidas alternativas, sin dejar de lado las penas privativas de libertad contra los principales autores, centrándose en una modalidad de autoría del delito de tipo más intelectual que material donde no solo ejecuta el acto, sino que existe todo un proceso del iter criminis que puede llegar a nacer de los propios accionistas o en su defecto, casos de defraudación donde los representantes pensando obrar dentro del marco de la ley, se ven involucrados en quiebras o actos delictivos, por el simple hecho de ejercer su cargo.

EL PATRIMONIO AUTÓNOMO Y SU EFECTO EN LA REPARACIÓN INTEGRAL

La ley ecuatoriana no otorga una definición de que debemos entender como patrimonio autónomo, sin embargo la jurisprudencia y la doctrina nos da los elementos y naturaleza que lo conforman y caracterizan, por ejemplo el concepto que nos da la Corte Suprema colombiana (citado por Superintendencia Financiera De Colombia, 2005)

En su contenido indica que el ejercicio del derecho y la asistencia de diversos efectos jurídicos han suavizado la concepción sobre el patrimonio, ya que una persona puede tener varios patrimonios simultáneamente sin producir confusión entre ellos, delimitados de forma íntegra, por lo que se pueden generar relaciones jurídicas autónomas. De esta forma surgen los patrimonios autónomos doctrinalmente, con autonomía distinta aunque puede ser de forma transitoria, sin embargo, los bienes son transferidos de forma definitiva a una persona ya sea natural o jurídica con la finalidad de cumplir con la afectación designada en el contrato; consecuentemente, las acciones dan lugar a ciertas transacciones de origen mercantil de utilidad socioeconómica.

Los patrimonios descritos se originan en la Ley, tal como puede ocurrir con la fiducia mercantil, a modo de darle cumplimiento a la finalidad de la constitución de la obligación contraída, inclusive, en lo que respecta a la fiducia que constituye el centro de la Litis, definido legalmente por la Corte, esa condición de patrimonio autónomo es otorgada por el legislador a sus bienes (p. 1).

Este patrimonio autónomo sujeto a diversas modalidades, supone un verdadero problema para algunos sectores del derecho que han buscado su interpretación en diversos modos. Sin embargo como lo veremos, este patrimonio puede estar constituido por bienes muebles, inmuebles, acciones, derechos, créditos, etc. Esto significa que la regulación del mismo es muy importante, recordemos que uno de los primeros casos que se registraban de control del Estado sobre el mercado fue cuando en la década de los cincuenta, en EEUU el grupo ROCKEFELLER creó un

fideicomiso de administración de todas sus empresas, causando una centralización del poder y un verdadero monopolio en la cadena de producción. Existen patrimonios que están constituidos por recursos, como pueden ser los de titularización, los de administración de flujos, etc.

El COIP no señala expresamente un tipo penal aplicable al administrador fiduciario, en su parte pertinente a las Defraudaciones bursátiles señala:

Art 313. La persona que realice cualquiera de las siguientes actividades, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años: 1. La persona que, sin estar legalmente autorizada a intervenir en el mercado de valores, utilice en forma pública cualquiera de las expresiones o denominaciones que tengan el carácter de exclusivas determinadas en la Ley de la materia. 2. Los administradores y demás personas que actuando a nombre de sociedades que, en estado de quiebra, emitan o negocien valores de oferta pública. 3. Las personas que, estando obligadas, no impidan que sociedades en estado de quiebra emitan o negocien valores de oferta pública. 4. Las personas que realicen operaciones bursátiles ficticias o que tengan por objeto fijar, en forma fraudulenta, precios o cotizaciones de valores. 5. Las personas que celebren, en forma fraudulenta, contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros. 6. Las personas que usen indebidamente dineros, acciones o títulos que los representen entregados por terceros para ser negociados o invertidos en el mercado de valores. 7. Los tenedores de títulos de renta variable que fraccionen o subdividan paquetes accionarios, bajo cualquier modalidad contractual, a fin de eludir el cumplimiento de sus obligaciones legales, salvo que exista autorización previa y expresa de la autoridad competente. 8. Las o los directores o administradores de un emisor que, en forma maliciosa, reserven hechos relevantes por perjudicar el interés del mercado que deban ser conocidos por el público.

EL GOBIERNO DEL FIDEICOMISO

Una vez que hemos revisado los sujetos inmersos en el desarrollo de la actividad fiduciaria y como la administración de la misma puede verse inmersa en conductas “antijurídicas” y desviadas del objeto con que se constituyó. El derecho penal si bien es el elemento de ultima ratio, por medio el cual el Estado busca castigar y corregir a los sujetos que atentan contra el bien común, es necesario determinar cuáles son los sujetos llamados a controlar el desarrollo de un fideicomiso en el ejercicio de sus actividades. El Código Orgánico Monetario y Financiero (2014) señala en su parte pertinente al Contenido básico del contrato:

Las juntas de fideicomisos son órganos que pueden existir como elementos de gobiernos de los mismos, sin embargo, como bien lo podemos observar de la lectura de la ley, son órganos que pueden ayudar a la mejor administración y cumplimiento de los fines del fideicomiso. Por regla general, la práctica ha demostrado que en la mayoría de casos se conforman por los representantes de la fiduciaria y por los de los constituyentes. En lo que respecta al fideicomiso inmobiliario, Zavala (2014) señala que como contraste la gestión para el sector ha evolucionado en épocas recientes, limitando al máximo la intervención de la fiduciaria al manejo de los recursos del proyecto, esto es, al recaudo de las cuotas de los inversionistas (p. 64). Esta es una figura que se constituye más en una inversión, que por su naturaleza, es de mediano o largo plazo, por lo que su acción se maneja distinta a otros tipos de fideicomiso.

Artículo 120. Contenido básico del contrato. El contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios deberá contener por lo menos lo siguiente: 2.- Además, el contrato podrá contener elementos adicionales, tales como: 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 (p. 40).

Este órgano que puede ser encargado de la revisión y aprobación de las decisiones de mayor importancia dentro del fideicomiso, es de hecho un elemento muy importante, recordando los principios del buen gobierno corporativo, donde se busca fomentar la transparencia y participación de los involucrados en el desarrollo de las compañías mercantiles, también podemos aplicarlos a estas figuras.

El principal problema que se descubre en los procesos fallidos de fideicomisos es justamente la falta de vigilancia o de indebida utilización de los recursos, sin embargo la existencia de estas juntas no releva de responsabilidad a la fiduciaria, las respuestas de las situaciones que se presentan se resuelven de forma casuística, dependiendo del rol y competencias que se dispongan en cada contrato respecto de las asociaciones para determinar la forma de responder frente al fideicomitente o fideicomisario exclusivamente de forma solidaria o individual, según las decisiones que sean tomadas; Además dependerá de la esencia que otorguen los juzgadores de la calidad que corresponden a los comités de fideicomisos a los mandatos expresos así como para otros actores (González, 2008, p. 1).

La auto regulación del negocio fiduciario debe comprender, no solo los sujetos involucrados en su inicio, sino también incluir a aquellos que se adhieran posteriormente ya sea como beneficiarios o constituyentes adherentes, independiente de la forma que se los plasme en el contrato, debemos identificar a aquellos sujetos que son atraídos por la finalidad del fideicomiso, como lo son los compradores de vehículos o bienes inmuebles en proyectos inmobiliarios, o tenedores de títulos de titularización.

La práctica nacional lo ha determinado de diversos modos, tomemos como ejemplo lo expresado por Fondos Pichincha en su página web:

COMITÉ FIDUCIARIO: El organismo encargado de vigilar e impartir instrucciones a la FIDUCIARIA para el desarrollo del objeto del FIDEICOMISO MERCANTIL, cuya conformación y facultades están determinadas en el contrato constitutivo, las partes de mutuo acuerdo establecen un órgano encargado de vigilar el desarrollo del objeto del FIDEICOMISO MERCANTIL denominado COMITÉ FIDUCIARIO.

Además forma parte de este comité con voz informativa: el Gerente del Proyecto, el Comercializador, el Fiscalizador y el Constructor. El COMITÉ FIDUCIARIO es el órgano a través del cual los CONSTITUYENTES PROMOTORES se reunirán con el fin de coordinar la ejecución y desarrollo del PROYECTO INMOBILIARIO e informar y asesorar sobre el mismo, para la toma de decisiones en política de inversiones, decisiones relacionadas con la construcción del PROYECTO INMOBILIARIO, u otros aspectos inherentes al objeto de este FIDEICOMISO MERCANTIL. (Fondos Pichincha, 2011)

En el presente caso, el principal problema encontrado es justamente la poca vigilancia que se da al manejo del fideicomiso incluso existiendo estos órganos que suponen un filtro u mecanismo de control de los actos del fideicomiso, e incluso de las decisiones de los constituyentes. Este aspecto se puede traducir en la sensación que siente el inversionista o interesado, tercero ajeno al negocio inicial, el inversionista ahorrador acude a la fiduciaria por su reputación, por su conocimiento y pericia en el manejo de los negocios sobre los bienes que administra, ofreciendo confianza y seguridad.

Los fracasos de diversos proyectos de índole inmobiliaria en los últimos años, si bien se pueden imputar a situaciones más allegadas a incumplimientos contractuales que de tipo penal, son un perfecto ejemplo de casos en que estos órganos han fallado conjuntamente con los de control administrativo. En primer lugar, muchas veces los terceros perjudicados se ven involucrados como consumidores expectantes de un desarrollo que es ajeno de sus voluntades, no existe un verdadero medio de información, para el consumidor.

En segundo lugar, no existe como lo vimos un mecanismo de participación para aquellos que entregan los recursos al fideicomiso, y deben confiar en lo que reporta la fiduciaria, situación que se puede prestar a diversos actos de colusión. La mala experiencia del caso TERRABIENES, en donde el sistema penal se vio obligado a actuar, por la cantidad de sujetos perjudicados, y donde a través de una investigación se determinó la distracción de recursos nos debe servir de lección. En seis años, Terrabienes sacó del país unos USD 7,9 millones al exterior. Según la Fiscalía, a empresas de EE.UU. y Panamá. Aunque Ortega señaló que solo al primer país.

El deber de informar y poner en conocimiento de los clientes se ha manifestado en el sistema colombiano de acuerdo al siguiente concepto: referente al deber de información; basado en el carácter profesional que tienen las sociedades fiduciarias, deberán informar los riesgos, además de los aspectos negativos que puedan afectar los bienes que conforman la obligación, de esta forma, se informa al cliente sobre las implicaciones que contiene la contratación, tanto antes, como durante y después de la formalización del contrato; su alcance corresponde al carácter y conocimiento

de las partes que intervienen en el mismo, siendo que el deber implica la obligación de informar a los clientes las dificultades que puedan ocurrir en torno a la ejecución del mismo.(Superintendencia Financiera de Colombia, 2019, p.1).

En el sistema fiduciario ecuatoriano, si bien se ha intentado crear mecanismos de confianza y transparencia, hasta la presente fecha no existen normas legales que realmente permitan una participación de los inversores en la vigilancia de la administración en los fideicomisos donde estos invierten; por lo que, para evitar incurrir en posibles delitos, el responsable debe informar los riesgos o cualquier otro tipo de afectación negativa sobre los bienes o servicios que le han sido encomendados y responder por ellos con profesionalismo y con base a principios morales.

En la normativa bancaria (Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero, 2001), al incluirse el defensor del cliente:

LIBRO I de las normas generales para la aplicación de la ley general de instituciones del sistema financiero. TÍTULO XIV. Código de transparencia y de derechos del usuario. CAPÍTULO VII.- DEL DEFENSOR DEL CLIENTE DE LAS INSTITUCIONES DE LOS SECTORES FINANCIEROS PÚBLICO Y PRIVADO (incluido con resolución No. JB-2009-1281 de 31 de marzo del 2009, sustituido con resolución No. JB- 2012-2226 de 10 de julio el 2012 y renumerado con resolución No. JB-2013- 2393 de 22 de enero del 2013) SECCIÓN I.- GLOSARIO DE TÉRMINOS, REQUISITOS E INHABILIDADES, en su Art. 1.- Para efectos de este capítulo, se considerarán las siguientes definiciones: 1.2 Defensor del cliente.- Son las personas naturales designadas en un proceso eleccionario organizado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, cuya función principal es la protección de los derechos e intereses particulares de los clientes, así como informar a los clientes de sus obligaciones ante las instituciones del sistema financiero sujetas a la supervisión, vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos y Seguros; y, que son clientes de las instituciones donde ejercerán sus funciones. Las instituciones financieras privadas, incluidas las sucursales de instituciones financieras extranjeras, están sujetas a la obligación de contar con un defensor del cliente, independientemente de que todos sus clientes sean personas jurídicas. Para tal efecto, el defensor del cliente será designado de entre las personas naturales, que sean delegadas por las personas jurídicas clientes de la institución.

Es claro que la captación de recursos por parte de los entes del sistema fiduciario supone una actividad que necesita una confianza y a su vez amerita que el inversor tenga acceso a la información del estado de su inversión, algo que realmente no se

ha dado de manera precisa en los diversos proyectos del país. De la simple revisión de los reportes emitidos por las fiduciarias del Ecuador, solo se emite el listado de los fideicomisos a su cargo, si es verdad que el acceso se puede lograr mediante la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, es obligación del fiduciario tenerla información al alcance del inversor, situación que si se da con los procesos de titularización, mas no con los inmobiliarios. Si se garantiza el acceso a la información a un tipo de inversores, lo lógico es que se dé para todos los involucrados en procesos de captación de recursos en pro de la protección necesaria para los patrimonios involucrados.

METODOLOGÍA

Modalidad

Se trata de una modalidad de investigación cualitativa, que permitirá la compilación de leyes o instrumentos legales para desarrollar una serie de interpretaciones sobre las disposiciones jurídicas y doctrinas que proporcionan una visión sobre la realidad en torno al Fraude Fiduciario en Ecuador, y de este modo desarrollar las unidades de análisis correspondientes; es interpretativo, ya que se le asigna un significado en función de la percepción que tenemos de los instrumentos legales que establece la legislación ecuatoriana.

Categoría

La categoría elegida para este trabajo de investigación es la no interactiva, debiéndose a que no participan sujetos en el desarrollo de este trabajo, sino que se han empleado objetos relativos a las normas jurídicas del fraude fiduciario en el Ecuador. Además, estas normas se encuentran vinculadas con principios constitucionales de regulación del mercado bursátil. La normativa presentada, evidentemente está relacionada con la doctrina del derecho financiero y penal para una mejor explicación del problema de investigación.

Diseño

El diseño que constituye esta investigación es el de análisis de conceptos, en el que se ha elegido núcleos conceptuales relacionados con el problema de investigación para una mejor identificación y comprensión del mismo, lo que ayudará a proponer las soluciones más adecuadas para el efecto.

La determinación del diseño que guiará el desarrollo de esta investigación en función de los objetivos generales y específicos que apremia el proyecto, con el fin de realizar, en forma adecuada, el proceso de recolección, análisis e interpretación de los datos. En atención al diseño, la presente investigación es una Investigación Documental, con apoyo en una revisión de las normativas legales de relevancia significativa.

En virtud de lo anteriormente planteado, mediante la investigación bibliográfica, que permitirá el desarrollo de la hermenéutica jurídica con base a libros jurídicos, tesis de grado, trabajos de ascenso, leyes regulatorias de la materia, en este caso el Código Orgánico Monetario y financiero, el código Orgánico Integral penal, doctrina y jurisprudencia relacionados con la figura del Análisis del Fraude Fiduciario en el Ecuador.

Población y Muestra

Tabla 1

Unidades de Observación	Población Nº (Total de Artículos)	Muestra Nº (Artículos seleccionados)
Código Orgánico Integral Penal Art.186, 313	483 artículos	2 artículos
Código Orgánico Monetario y Financiero (La Ley de Mercado de Valores es agregada como Libro II) Art. 109, 110, 113, 123, 125, 205	520 artículos	6 artículos
Reglamento de funcionamiento de las Compañías que realizan Actividad Inmobiliaria Art. 3	9 artículos	1 artículo
Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero. Art. 1	33 artículos	1 artículo

Elaborado por: Washington Andrés Martillo Moyano

Métodos de investigación

Métodos Teóricos

La investigación en cuanto métodos empezó por el análisis de las normas jurídicas relacionadas con el derecho bursátil y financiero, en el caso que nos ocupa, el Código Orgánico Monetario y Financiero y el Código Orgánico Integral Penal como normativa especial que regula la materia, y los preceptos sancionatorios inherentes, además de las disposiciones constitucionales vinculadas con la descripción del delito como hecho punible.

Entre los métodos teóricos se aplicó la deducción del problema, la cual se verificó comenzando por la constitución del documento fiduciario entre las partes, la manifestación del elemento doloso que le cataloga como delito de fraude fiduciario en el Ecuador, hasta las repercusiones que pueda llegar a tener la sociedad ecuatoriana aunado a la responsabilidad civil, penal y administrativa que pueda derivarse de esta.

La síntesis de normas jurídicas y doctrina, si consideramos el orden de prioridad de la aplicación de la normativa legal de Kelsen, comenzamos con la Constitución como carta magna de los derechos y garantías, la aplicación de las leyes orgánicas que regulan la materia específicamente, y finalmente la aplicación de la Jurisprudencia y la doctrina permiten una identificación clara del problema, y dentro de la propia descripción de estos elementos proponer alternativas de solución.

Métodos Empíricos

En relación con los métodos de naturaleza empírica, se aplicó la observación documental de las normas jurídicas, las que se encuentran definidas en la legislación financiera y bursátil como en la Ley del Mercado de Valores y en las normas penales del Código Orgánico Integral Penal. Estas normas permiten reconocer las conductas punibles que afectan a la legislación financiera y al mercado bursátil, además de identificar los principios o normas en derecho que contribuyan a la solución del problema enunciado a lo largo de esta investigación.

Igualmente, se efectuó el análisis de contenido de las normas jurídicas, puesto que una vez observadas las normas antes descritas y que son parte las unidades de análisis de esta investigación, se llevó a cabo el razonamiento de las mismas para

desglosar el problema y encontrar la solución acorde con la propia normativa jurídica objeto de estudio.

Procedimiento

1. En primer lugar, se identifican las normas jurídicas que guardan relación con el problema de investigación, para así definir el fenómeno jurídico que se presenta y aportar soluciones apropiadas en el contexto jurídico del derecho positivo ecuatoriano.
2. En segundo lugar, se seleccionan las disposiciones legales correspondientes al problema jurídico y que sirven de soporte legal, y de esta forma aportar posibles soluciones con apoyo a la normativa de legislación financiera, en concordancia con las normativas penales y constitucionales para ser parte de las unidades de análisis.
3. En tercer lugar, elaboradas las unidades de análisis, se procede a realizar un estudio analítico con base a la hermenéutica jurídica, para que, con base a la interpretación de dichas normas, se deduzca una solución al problema de fraude fiduciario en el Ecuador.
4. En cuarto y último lugar, se elaboraron las conclusiones y recomendaciones de la investigación, y de esta forma darles respuesta a los objetivos de investigación planteados de forma sistemática.

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

Base de Datos Normativos

Tabla 2

Unidades de análisis

Casos de objeto estudio	Unidades de análisis
	<p data-bbox="584 568 1361 819">Art. 186.- Estafa.- La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.</p> <p data-bbox="584 936 1361 1733">Artículo 313.- Defraudaciones bursátiles. - La persona que realice cualquiera de las siguientes actividades, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años: 1. La persona que, sin estar legalmente autorizada a intervenir en el mercado de valores, utilice en forma pública cualquiera de las expresiones o denominaciones que tengan el carácter de exclusivas determinadas en la Ley de la materia. 2. Los administradores y demás personas que actuando a nombre de sociedades que, en estado de quiebra, emitan o negocien valores de oferta pública. 3. Las personas que, estando obligadas, no impidan que sociedades en estado de quiebra emitan o negocien valores de oferta pública. 4. Las personas que realicen operaciones bursátiles ficticias o que tengan por objeto fijar, en forma fraudulenta, precios o cotizaciones de valores. 5. Las personas que celebren, en forma fraudulenta, contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros. 6. Las personas que usen indebidamente dineros, acciones o títulos que los representen entregados por terceros para ser negociados o invertidos en el mercado de valores. 7. Los tenedores de títulos de</p>

<p>Código Orgánico Integral Penal Art.186, 313</p>	<p>renta variable que fraccionen o subdividan paquetes accionarios, bajo cualquier modalidad contractual, a fin de eludir el cumplimiento de sus obligaciones legales, salvo que exista autorización previa y expresa de la autoridad competente. 8. Las o los directores o administradores de un emisor que, en forma maliciosa, reserven hechos relevantes por perjudicar el interés del mercado que deban ser conocidos por el público.</p> <p>Análisis</p> <p>El COIP como instrumento en el que se contempla la tipología de las conductas, que producen una afectación o un daño, en este sentido y en relación con el tema de investigación, los artículos contemplados vinculan comportamientos y acciones, como es el de estafa, previsto en el artículo 186 del Código Orgánico Integral Penal, que una forma amplia, existe una conducta dolosa en dicho acto, en la que se hace engaño manifiesto a los inversores, y existe en ello un rompimiento de la responsabilidad adquirida.</p> <p>En cuanto a las defraudaciones bursátiles, el cual se encuentra establecido en el artículo 313 (COIP) que tiene que ver con conductas vinculantes referentes al mercado de valores, siendo relevante el punto cinco, sobre las personas que celebren, en forma fraudulenta, contratos de fideicomiso mercantil en perjuicio de terceros, siendo entonces que la tipología está establecida, y es sancionable como delito.</p>
<p>Código Orgánico Monetario y Financiero Art. 109, 110, 113, 123, 125, 205</p>	<p>Artículo 109. Una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles e inmuebles, corporales e incorporales, que existen o se espera que existan; a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos que es su fiduciaria, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario</p> <p>Art. 110. El contrato de fideicomiso mercantil deberá otorgarse mediante escritura pública. La transferencia de la propiedad a título de fideicomiso se efectuará conforme las disposiciones generales previstas en las leyes, atendiendo la naturaleza de los bienes.</p>

El fideicomiso mercantil tendrá un plazo de vigencia o, podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición. La duración del fideicomiso mercantil no podrá ser superior a ochenta años, salvo los siguientes casos: 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.

Artículo 113. Se entiende en todos los casos por restitución la transferencia de dominio que haga el fiduciario a favor del mismo constituyente, del bien aportado a título de fideicomiso mercantil, en las mismas condiciones en las que fueron transferidos inicialmente. Las constancias documentales sobre los derechos personales derivados del contrato de fideicomiso mercantil no constituyen valores.

Artículo 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.

Artículo 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.

Artículo 205. Las personas naturales y jurídicas que, por infracciones de esta Ley, de sus reglamentos y otras normas complementarias y de las demás disposiciones que regulan el mercado de valores, ocasionen daños a terceros serán solidariamente responsables y deberán indemnizar los perjuicios causados, en conformidad con el derecho común. Esta responsabilidad civil es independiente frente a las sanciones administrativas o penales a que hubiere lugar.

Análisis

Al entrar en materia de una de las leyes que se vinculan directamente con la figura del fideicomiso, en este sentido se explica en el art. 109, en qué consiste el fideicomiso como acto, y describe quienes son sujetos de derecho. Es en este art. donde se encuadra la figura del fideicomiso. Otro punto esencial es el establecido en art. 110 sobre la importancia de que el contrato de fideicomiso mediante escritura pública, esto es para dar validez al contrato a través de una acción, que es ante todos, erga omnes, respecto de todos o frente a todos", utilizada en derecho para referirse a la aplicabilidad de un contrato es así de esta manera que queda constancia en fe pública, de manera obligatoria que el contrato de Fideicomiso Mercantil, esto es, el título como tal, siempre deberá celebrarse mediante escritura pública, ya sea tenga como objeto un bien mueble, inmueble u otro. Del art. 113 se hace referencia a la restitución en la transferencia de dominio, del cual se desprende, del patrimonio que conforma el título de fideicomiso mercantil, en las condiciones en las que fueron trasladados. En lo que respecta al artículo 123, el mismo contiene las acciones derivadas de los contratos fraudulentos, refiriendo el contrato de origen mercantil que se otorga mediante artificios o dolo contra terceras personas por parte de quien lo constituye, otorgando la posibilidad de que las personas interesadas puedan impugnar judicialmente el instrumento que lo constituye, para lo cual, la legislación prevé las acciones de nulidad o simulación, dejando abierta la posibilidad del ejercicio de acciones penales que puedan desprenderse de ésta. El contenido del art. 125, versa sobre las obligaciones que se desprenden del desempeño del fiduciario, estableciendo su responsabilidad por culpa leve en el cumplimiento de su obligación encomendada, estipulando que es de medio y no de resultado. Finalmente, el precepto establecido en el artículo 205, que dispone las responsabilidades principales y subsidiarias de las personas que infrinjan el contenido del ordenamiento jurídico sobre la materia de mercado de valores, de modo tal que sus acciones produzcan daños a terceras personas, estableciendo la corresponsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados y el deber de indemnizar conforme al derecho común; sin

	perjuicio de las acciones administrativas o penales que puedan derivarse de ellas.
<p>Reglamento de Funcionamiento de las Compañías que realizan Actividad Inmobiliaria</p> <p>Art. 3</p>	<p>Artículo 3. Las compañías que realicen actividad inmobiliaria, en los términos del presente Reglamento, deben abstenerse de realizar lo siguiente:</p> <p>Ofrecer al público la realización de proyectos en terrenos que no sean de su propiedad o en terrenos que sean de propiedad de fideicomisos respecto de los cuales no sean titulares de los derechos fiduciarios, excepto en los casos en que cuenten con el compromiso por parte de la persona natural o jurídica propietaria del terreno de comparecer y obligarse en las respectivas escrituras públicas de promesa de compraventa y compraventa definitiva, según sea el caso.</p> <p>Análisis</p> <p>En el contenido de las disposiciones legales del Reglamento de funcionamiento de las compañías que realizan actividades inmobiliarias se establece una prohibición de ofrecer a los clientes la realización de construcción de edificaciones en terrenos de los cuales no tengan la titularidad, o en el supuesto que no sean titulares de derechos fiduciarios de terrenos que sean propiedad de fideicomisos, a menos que se encuentren comprometidos por parte de la persona ya sea natural o jurídica según documento de promesa de venta o de compra venta, en cuyo caso deberá cumplir con la obligación contenida en el respectivo documento.</p>
<p>Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero.</p> <p>Art. 1</p>	<p>Art. 1.- Para efectos de este capítulo, se considerarán las siguientes definiciones:</p> <p>1.2 Defensor del cliente.- Son las personas naturales designadas en un proceso eleccionario organizado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, cuya función principal es la protección de los derechos e intereses particulares de los clientes, así como informar a los clientes de sus obligaciones ante las instituciones del sistema financiero sujetas a la supervisión, vigilancia y control de la Superintendencia de Bancos y Seguros; y, que son clientes de las instituciones donde ejercerán sus funciones. Las instituciones financieras privadas, incluidas las sucursales de instituciones financieras extranjeras, están sujetas a la obligación de contar con un defensor del cliente, independientemente de que todos sus clientes sean personas jurídicas. Para tal efecto, el defensor del cliente será designado de entre las personas naturales, que sean delegadas por las personas jurídicas clientes de la institución.</p> <p>Análisis</p> <p>Refiere el artículo la definición de defensor del cliente, indicando que son las personas que se designan mediante un proceso de elección organizado por el organismo denominado Consejo de Participación ciudadana y control social con la finalidad de proteger los derechos e intereses de</p>

	<p>los clientes, mantenerlos informados sobre sus obligaciones en lo que al sistema financiero se refiere, siendo clientes de la institución bancaria donde serán ejercidas las funciones, por ende, todas las instituciones financieras adscritas a la Superintendencia de bancos y seguros están en el deber de contar con un defensor del cliente, de esta forma garantizarle el cumplimiento de sus derechos como cliente.</p>
--	--

Elaborado por: Washington Andrés Martillo Moyano

CONCLUSIONES

Una vez desarrolladas todas las unidades de análisis con base a la hermenéutica jurídica de los instrumentos legales que proporcionan elemento de valor para la presente investigación, se llegan a las siguientes conclusiones:

Los elementos de tipo penal que se encuentran vinculados al fraude fiduciario se encuentran contemplados en el Código Orgánico Integral Penal, enmarcando dentro de las acciones típicas del ilícito, a dos actos jurídicos: por un lado, disponer y gravar; por el otro, un resultado jurídico: perjudicar (destruir, ocultar, dañar, el no ejercicio de acciones en defensa de los bienes, el no cobro de créditos, etc.) los bienes objeto del contrato, es decir, los bienes fideicomitidos. En ambos casos, el fiduciario debe perseguir un beneficio propio o de un tercero, el cual debe ser de contenido económico y en el que necesariamente se deben defraudar los derechos de los contratantes. El objeto del delito lo constituyen los bienes u objetos inmateriales susceptibles de valor, es decir, los bienes perjudicados por medio de la disponibilidad, gravamen o perjuicio de los mismos, que es llevada a cabo por el agente. El delito se comete mediante acción u omisión.

Ahora bien, en el caso de los métodos que la Ley establece para evitar el Fraude fiduciario, el Código Orgánico Monetario y Financiero, así como La Ley de Mercado de Valores establecen que la figura de Fideicomiso Mercantil, proviene de un contrato que presenta total utilidad para emprender en negocios que puedan materializarse a través de las diferentes clases de fideicomisos, gran parte de la seguridad jurídica que brinda esta figura, se lo otorga a la gestión que realiza la empresa fiduciaria o administradora de fondos y fideicomisos, que se muestra como una experta de los negocios que le han sido encomendados, para el cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato de Fideicomiso Mercantil. Otro método se refiere a la inembargabilidad de los bienes que conforman el patrimonio autónomo, este debe establecerse en el contrato de constitución del Fideicomiso Mercantil y debe entenderse respecto de posibles acreedores del constituyente, mas no respecto de acreedores del Fideicomiso Mercantil.

Al revisar las posibles acciones que pueden ejercer los entes de control para evitar el fraude fiduciario, se considera que la legislación bursátil actual no cuenta con un órgano de control o fiscalización propiamente dicho; en el presente caso, estamos hablando de fideicomisos que captan recursos del público, realizan intermediación en cierto modo, no propiamente en el concepto bancario, pero si capta los recursos de los promitentes compradores, concepto generalmente aceptado por la práctica mercantil y empresarial actual, cuando señala que este instrumento es apto para desarrollar emprendimientos inmobiliarios con fondos de terceros. Los inversores son los fiduciantes que aportarán los fondos para comprar el terreno y hacer frente a los costos de la obra. De este modo, se ha identificado la distracción de los fondos dentro del fideicomiso, o en su defecto su errónea utilización, como el pago de honorarios altos a gestiones comunes en su desarrollo, o la falta de control en los gastos reportados por los constructores, que muchas veces en contubernio con la fiscalización de la obra, realizan verdaderos perjuicios a los compradores e inversionistas de estos proyectos.

Al referirnos a los tipos de responsabilidad de las personas jurídicas o naturales según el proceso lo indica, se concluye la existencia de tres tipos, involucrando tanto a personas jurídicas como naturales, en cuanto a la responsabilidad civil, en lo que se refiere a la responsabilidad por daños y perjuicios ante terceros, quienes asumen subsidiariamente la garantía de indemnización por daños y perjuicios causados, de conformidad con el derecho común, en la responsabilidad penal ya ha sido señalado en el COIP su tipificación y atribución, para lo cual podrá de inmediato hacer del conocimiento de la Fiscalía General del Estado. Por otra parte, la Responsabilidad Administrativa, señala en su parte inicial que constituyen infracciones administrativas, aquellas que vayan en contra de la ley en mención, a todas las normativas legales vigentes y complementarias, y demás disposiciones que regulan el Mercado de Valores.

En este orden de ideas, se determina que las características implícitas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para regular la figura del fraude fiduciario tienen la particularidad de ser novedosas, porque incluso la figura del fideicomiso lo es en sí mismo como modalidad contractual. Es entonces que existen o se presentan modalidades utilizadas en sus más diversas formas y aplicado a todo tipo de actividades, mercantiles o no, dado los acentuados beneficios que este contrato

genera para las partes; de este modo, resulta trascendental aclarar que no sólo se requiere la existencia misma de un contrato de fideicomiso, sino que es preciso que, a su vez, se haya procedido a la efectiva transmisión de los bienes al fiduciario..

La vulneración del bien jurídico protegido incluyendo derechos reales y personales, bienes inmateriales o materiales y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer, que, bajo el presupuesto del delito, está la existencia de un contrato de fideicomiso en cuya ejecución, el titular fiduciario incurre en acciones infieles efectivas que conducen al fraude en desmedro patrimonial de los otros contratantes. Por lo que, la actividad de aquellos, desarrollada por sujetos que tienen disposición de causar un daño o un perjuicio, puede producir serios perjuicios en fraude de los derechos de terceros de buena fe.

RECOMENDACIONES

En vista de lo expuesto, se propone la inclusión de un representante de los compradores o inversionistas en las juntas de fideicomiso, así como la creación del defensor del usuario no solo para este tipo de proyectos, sino para el acceso que debe tener cualquier interesado en un fideicomiso que capte recursos del público, indistintamente de su naturaleza. Es decir que garantizar la presencia de los representantes de los inversionistas o compradores, sería uno de los primeros mecanismos para asegurar la vigilancia del uso de los recursos del proyecto.

- El Fideicomiso Mercantil debe sujetarse a la normativa vigente, y evite ser constituido con la finalidad de perjudicar a terceros que se pueden ver involucrados como acreedores del constituyente.
- Los negocios fiduciarios deben estar basados efectivamente en la confianza, y que el constituyente debe cerciorarse de que la Fiduciaria sea experta en los negocios que va emprender, ya que a ella confiará la gestión de sus bienes, mismos que estarán destinados a una finalidad determinada.

En primera instancia, debería reformarse el CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO, LIBRO II LEY MERCADO VALORES, en relación al siguiente articulado propuesto: dentro del artículo 120 que establece los requisitos mínimos del contrato de Fideicomiso, se propone incluir dos nuevos literales:

j) La determinación del ente que representará a los beneficiarios, constituyentes adherentes, o demás terceros que entreguen recursos al fideicomiso para lograr la finalidad pretendida por el constituyente y,

k) La designación y conformación del ente encargado de la vigilancia y fiscalización de los actos realizados para la obtención de los fines del fideicomiso.

De igual manera proponemos se incluya en la parte correspondiente de la norma, la figura del representante de los inversores o compradores:

Art....- Representación de terceros interesados.- En todo fideicomiso donde se proceda a la captación de fondos del público, o realice operaciones de financiamiento donde se puedan incluir fondos de terceros, deberá incluirse el clausulado que determine el órgano de representación de estos terceros interesados.

El representante de terceros interesados no podrá mantener ningún tipo de vínculo con los constituyentes, ni con compañías relacionadas por gestión, propiedad o administración del constituyente o la fiducia. Deberá ser obligatoriamente convocado a todas las juntas de fideicomiso.

Con estas reformas buscamos incluir un mecanismo de control a las decisiones que muchas veces se toman en los procesos de fideicomisos sin que se considere a los terceros inversionistas o compradores en fideicomisos inmobiliarios.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvear Icaza, P. (2008, p. 91). La aplicación de los principios registrales al Libro de Acciones y Accionistas. *Revista de Derecho Societario*, 91-109.
- Andrade Ubidia, S. (2010). El levantamiento del velo societario en la Doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana. *Revista de Derecho Societario*, 167-223.
- Araujo, M. (2014). *La nueva teoría del delito económico empresarial en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicados.
- Araujo, M. (2014). *La nueva teoría del delito económico empresarial en el Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios y Publicados.
- Arias, F. (2006). *El Proyecto de Investigación*. Caracas: Episteme.
- Arteaga Molina, M. V. (s.f.).
- Asamblea Nacional. (2001). *Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero*. Quito.
- Asamblea Nacional. (2006). *Ley de Mercado de Valores*. Quito.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Integral Penal*. Quito.
- Asamblea Nacional. (2014). *El Código Orgánico Monetario y Financiero*. Quito.
- Asamblea Nacional. (2014). *Reglamento de funcionamiento de las compañías que realizan la actividad inmobiliaria*. Quito.
- Baez, J. C. (2009, p. 65). *Protección del Fideicomiso Financiero*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Bavaresco, A. (2006). *Proceso metodológico en la investigación (Cómo hacer un Diseño de Investigación)*. Maracaibo, Venezuela: Editorial de la Universidad del Zulia.
- Broseta Pont, M., & Marinez Sanz, F. (2009). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos.
- Burbano, E. (15 de Noviembre de 1997, p.1). *Diario EL Tiempo*. Obtenido de Responsabilidad de las fiduciarias: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-662427>
- Bustillos, L. (2004). *Doctrina penal y proceso penal*. Caracas: Informe anual del fiscal general de la República.

- Cabezas Parrales, L. (2006). La Administración. En A. E. Societario, *La compañía Anónima* (pág. 173). Guayaquil: Corporación Myl.
- Caldas, S. G. (2016). *El Fideicomiso Mercantil Y Su Trascendencia En La Legislación Ecuatoriana: Alcance De Las Últimas Reformas*. Cuenca-Ecuador: Universidad De Cuenca.
- Calvo, D. (14 de 09 de 2010, p. 1). *La figura de la defraudación fiduciaria*. Obtenido de http://www.csdabogados.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=112: defraudacionfiduciaria&catid=40:derecho-penal
- Carregal, A. M. (2006, p.50). *El Fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Chávez Escalante, K. (2017). *Las Responsabilidades De Las Administradoras De Fondos Y Fideicomisos Y De Sus Administradores En La Normativa Vigente En El Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Congreso Nacional. (2018). *Ley de Mercado de Valores de Argentina*. Buenos Aires.
- Cortazar Vinueza, C. (2004). La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. *Revista de Derecho societario*, 51 a 68.
- Cortazar, C. (2004). La responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. *Revista de Derecho societario*, 51 a 68.
- Departamento de Justicia de EEUU. (4 de Junio de 2017). *Departamento de Justicia de EEUU*. Obtenido de <https://www.justice.gov/usao-wdwa/victim-witness/victim-info/financial-fraud>
- Eguigueren, G. (2008, p. 39). *Derecho de Propiedad en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Escobar, F. (2006). *Tradiciones, trasplantes e ineficiencias: el caso del fideicomiso peruano*. Obtenido de Universitas. Revista de la universidad Javeriana: <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14663>
- Fierro, I. e. (2014). *La importancia de las técnicas de toma de notas para los estudiantes de interpretación. Saber, Ciencia y Libertad. Vol. 9, N° 2. ISSN: 1794-7154*. . Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/arti>

- Fondos Pichincha. (2011). *Diccionario De Términos Fiduciarios*.
Obtenido de <http://fondospichincha.yage.ec/portal/web/fondos-pichincha/diccionario-fiduciario>
- García Cavero, P. (2015). *Derecho Penal Económico*. Piura: Instituto Pacífico.
- García Falconí, R. (2014). *Código Orgánico Integral Penal comentado*. Lima: Ara Editores.
- Garrido, M. (2003). *Derecho Penal, Parte General*. Santiago: Jurídica.
- Garriguez, J. (1984). *Curso de Derecho Mercantil*. México: Editorial Porrúa.
- Gómez, D. (1998, p.57). *Elfideicomiso Mercantil*. Quito: Albazul Offset.
- González, R. (15 de Octubre de 2008, p. 1). *Aspectos Jurídicos del Fideicomiso en Latino América*. Obtenido de http://www.felaban.net/archivos_memorias/archivo20141120202926PM.pdf
- Hernández Sampieri, R. (1991). *Metodología de la Investigación*. McGRAW - HILL INTERAMERICANA DE MÉXICO, S.A.
- Hernandez, R., Fernandez, C., & Baptista, M. (2014). Metodología de la investigación. México: Mc Graw Hill. Obtenido de <http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>
- Hurtado, J. (2005). *Metodología de la investigación holística*. Caracas: Sipal.
- Iza de Díaz, A. (2006). Órganos de Fiscalización de la compañía anónima ecuatoriana. En A. e. societario, *La compañía Anónima Análisis Sistemático de su Normativa* (pág. 217). Quito: Impresores MYL.
- Jargue, G. (1997). *El Sobreseimiento en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Jargue, G. (1997, p.59). *El Sobreseimiento en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- La legítima defensa, Sentencia n° 681 Expediente N° 10-0178 (Tribunal Supremo de Justicia de la Sala Constitucional 9 de 7 de 2010).
- La legítima defensa, 910, exp-16-044 (Tribunal Supremo de Justicia 28 de 10 de 2016).
- Labatut, G. (2009). *Derecho Penal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Larrea, J. (1998, p.11). *Manual Elemental de Derecho Civil* (sexta edición ed.). Guito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley 189-11 para el Desarrollo del Mercado Hipotecario y el Fideicomiso en la República Dominicana. (2012). *Servicios Legales de Alto Nivel para Maximizar Oportunidades y Concretar Negocios y Soluciones Globales*. Recuperado el 23 de agosto de 2019, de <http://www.oficinabisono.com/NoticiasYPublicaciones/MercadoHipotecarioyFideicomiso/tabid/85/language/es-CO/Default.aspx>
- Libster, M. (2000). *Delitos Ecológicos*. Buenos Aires: De palma. Magistrada Miriam Morandy. (s.f.). *sentencia 276, fecha 06/06/04, Exp. C07-0022*.
- Magistrado Eladio Apornte. (s.f.). *TSJ de fecha 28 de Junio de 2005, Exp. C05-0258, Sent. 401*.
- Magistrado Héctor Coronado. (s.f.). *Sentencia TSJ en fecha 13/11/09, Exp. C09-185, Sent. 569*.
- Méndez, C. (2005). *Metodología*. (2da ed.). Bogota: Mc. Graw Hill Interamericana.
- Morales, V. (2006). *Técnicas de Estudio*. Caracas, Venezuela.: Editorial Nueva América.
- Murrieta Wong, K. (2000). *Practica Societaria*. Guayaquil: Edino.
- Parra, M. (2006). *Cómo se Produce el Texto Escrita: Teoría y Práctica*. Bogotá: Cooperativa Editorial Magisterio.
- Reyna Alfaro, L. (s.f.). *Alfonzo Zambrano Pasquel*. Obtenido de http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/101010/dp-responsabilidad_penal_pjuridicas.doc
- Robles Planas, R. (Abril de 2006). *Indret*. Obtenido de www.indret.com/pdf/344.pdf
- Robles, A. (2008, p. 361). *De La Naturaleza Jurídica Del Patrimonio Fideicomitado*. Obtenido de <http://repositorio.iberopuebla.mx/bitstream/handle/20.500.11777/1155/deLanaturalezajuridicadelpatrimoniodefideicomitado.pdf?sequence=1&isAllowed=>
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarios y su significaciòn para Amèrica Latina*. Colombia: Legis Editores.
- Rodríguez, A. (2006, p. 864). *Contratos Bancarios*. Bogotá: 5ta Edición Legis.

- Rodríguez, P. (2018, p.1). *Código Penal Comentado De Acceso Libre*
-Pedro Rodríguez. Obtenido de Revista Pensamiento Penal:
<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpcomentado/cpc37768.pdf>
- Savigny, V. (1845). *Teoría de la Ficción*.
- Schwarzenberg, C. (2007). *Las técnicas de estudio*. Barinas, Venezuela: Unellez.
- Superintendencia Financiera De Colombia. (2005, Agosto 3).
Superintendencia Financiera De Colombia. Retrieved from
Jurisprudencia Financiera y de Valores 2005:
<https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Jurisprudencia2005/patrimonioautonomofiduciamera022.htm>
- Superintendencia Financiera de Colombia. (2019, p.1). Recuperado el 10 de 2 de 2019,
de
[Https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com.%20Soc%20Fiduciar%20ias.doc](https://www.superfinanciera.gov.co/descargas?com.%20Soc%20Fiduciar%20ias.doc)
- Tamayo y Tamayo, M. (2001). *El Proceso de Investigación Científica*. México: Limusa.
- Terradillos Basoco, J. (2010). *Cuestiones Actuales del Derecho Penal Económico y la Empresa*. Lima, Perú: Ara editores.
- TSJ. S.C.P. Magistrada: Deyanira Nieves Bastidas. Fecha: 21/03/2006 Exp. C05-0503. Sentencia 96. (s.f.).
- Universidad Pedagógica Experimenta Libertador. (2012). *Manual de Trabajos de Grado de Especialización y Maestría y Tesis Doctorales. (4ta. Ed. reimpresión)*. Caracas: Fedupel.
- Vásquez, M. (2001, p. 115). *Nuevo Derecho Procesal Penal (2ª ed.)*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Velásquez Velásquez, F. (1997). *Derecho Penal Parte General*. Santa Fé de Bogota: Editorial Temis S.A.
- Venezuela, Ministerio Público. (2003, p. 693-702). *Informe FGR*. Caracas: Ministerio Público.
- Wilenmann, J. (2015). Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa. *Polít. crim*, 10(20).

- Yáñez, C. R. (2013). *La Aplicación Del Fideicomiso En La Legislación Ecuatoriana*. Quito-Ecuador: Universidad Central Del Ecuador.
- Zaffaroni, E. R. (s.f.). *Derecho Penal Parte General*. Argentina: Ediar Sociedad Anónima Editora.
- Zambrano Pasquel, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zavala Egas, J. (2014). *Código Orgánico Integral Penal (COIP)*. Edilex.
- Zavala Egas, X. (1995). *Régimen Punitivo en el mercado de Valores*. Guayaquil: Edino.
- Zavala, J. (2014). *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el sistema Constitucional Ecuatoriano*. Guayaquil: Universidad Espiritu Santo.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, Washington Andrés Martillo Moyano, con C.C: # 0919250209 autor del trabajo componente práctico de examen complejo: **“ANÁLISIS DEL FRAUDE FIDUCIARIO EN EL ECUADOR”**, previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO DE EMPRESA** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 3 de octubre del 2019

f. _____
Ab. Washington Andrés Martillo Moyano
C.C: 0919250209

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	ANÁLISIS DEL FRAUDE FIDUCIARIO EN EL ECUADOR.		
AUTOR(ES):	Martillo Moyano Washington Andrés		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES):	Nicolás Rivera, Isabel Nuques		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho de Empresa		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho de Empresa		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	3 de octubre del 2019	No. DE PÁGINAS:	51
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho empresarial, Derecho Penal, Derecho Tributario		
PALABRAS CLAVES/:	Fideicomiso, defraudación tributaria, patrimonio, sanciones.		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>El presente trabajo consiste en efectuar un análisis del Fraude Fiduciario debido a la gran cantidad de perjudicados en el Ecuador, quienes con el ánimo de incrementar su patrimonio conforman Fideicomisos, sin embargo, por el inapropiado manejo por parte de la Fiduciaria, varios ciudadanos obtienen un detrimento en su patrimonio por cuanto a pesar de ser evidente la afectación, en el Ecuador no existe normativa eficaz para que se consiga una reparación del daño causado, mucho menos que los responsables tengan alguna repercusión penal. La Fiduciaria es una compañía anónima que se dedica exclusivamente a administrar los Fideicomisos y que en virtud su experiencia, se confía que cumpla con diligencia y profesionalismo las obligaciones establecidas en el contrato. Como resultado del análisis encontramos que es adecuado que los ciudadanos que decidan invertir y ser parte de los Fideicomisos, sean representados por un ente que esté presente de manera permanente en las decisiones y manejo del Fideicomiso, es decir junto a la Fiduciaria. Adicionalmente se requiere de reformas en la Ley Penal en donde se sancione a los responsables del manejo inadecuado de los bienes e incumplimiento de las obligaciones del contrato, que dé como resultado una afectación al patrimonio de los inversionistas.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0993851161	E-mail: andresmartillo87@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE):	Nombre: Peralta Moarry Salma Pierina		
	Teléfono: 0985979088		
	E-mail: maestriaderechodempresas@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			