



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

NECESIDAD DE REGULACIÓN DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO
AL COSTO EN EL ECUADOR.

Autor

John Jairo Medina Gavilanes.

Año
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

NECESIDAD DE REGULACIÓN DEL FIDEICOMISO INMOBILIARIO AL
COSTO EN EL ECUADOR.

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y
Juzgados de la República.

Profesor Guía
Mg. Diego Alejandro Peña García.

Autor
John Jairo Medina Gavilanes.

Año
2018

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo, Necesidad de regulación del fideicomiso inmobiliario al costo en el Ecuador, a través de reuniones periódicas con el estudiante John Jairo Medina Gavilanes, en el semestre 2018-1, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Diego Alejandro Peña García
Magister en Derecho Empresarial
CI: 1717993909

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

“Declaro haber revisado este trabajo, Necesidad de regulación del fideicomiso inmobiliario al costo en el Ecuador, del estudiante John Jairo Medina Gavilanes, en el semestre 2018-1 dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

Miren Josune Torrontegui Martínez

Master en Ciencias Políticas

C.C 1708057631

DECLARATORIA DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los de derechos de autor vigentes.”

John Jairo Medina Gavilanes

C.C.1716756505

AGRADECIMIENTOS

A mi Familia, especialmente a mi padre y a mi madre, quienes estuvieron siempre a mi lado. A mis hermanos, quienes fueron pilar fundamental en mi formación personal, académica y profesional.

DEDICATORIA

A mis padres, Juan Medina y Angélica Gavilanes, quienes siempre estuvieron a mi lado y que nunca dejaron de apoyarme en me crecimiento académico. A mi familia en general, y a cada una de las personas que me acompañaron en el transcurso de mi carrera y mi vida.

RESUMEN

La figura del fideicomiso mercantil es una herramienta utilizada para realizar prácticamente todo tipo de negocios, entre los cuales se incluyen los proyectos inmobiliarios.

Por otro lado, la figura del fideicomiso inmobiliario ordinario es una herramienta exitosa y muy utilizada para desarrollar proyectos inmobiliarios, sobre todo, por constructoras con un gran poderío económico.

En tercer lugar, el fideicomiso inmobiliario al costo es una figura con un amplio uso en países como Argentina y Uruguay. En Ecuador hay quienes la intentan utilizar, pero debido a la falta de regulación y sobre todo a la ausencia de una normativa expresa que la regule, esta situación genera imposibilidad de aplicar dicha figura sin vulnerar la naturaleza de la misma.

El presente ensayo tiene como objetivo analizar las características del fideicomiso inmobiliario al costo, para así demostrar las diferencias que presenta frente al fideicomiso inmobiliario ordinario, y por ende visibilizar la necesidad de regulación de dicha figura.

Finalmente, se analiza cómo la figura del fideicomiso inmobiliario al costo en el Ecuador, bajo la normativa vigente, resulta imposible de aplicar sin viciar la naturaleza contractual de dicha figura.

ABSTRACT

The commercial trust figure is a tool used for developing practically any type of business, among which are included real estate projects.

On the other hand, the regular real estate trust figure is a very successful and widely used tool that develops real estate projects, especially by construction firms with great economic strength.

In third place, the real estate trusteeship at final cost is a figure that is used broadly in countries such as Argentina and Uruguay. In Ecuador, there are people that try to use it more and more, however, and due to the lack of regulation and absence of a specific regulative normative, the situation generates impossibility in terms of applying such figure without infringing its own nature.

The objective of this essay is to analyze the characteristics of the real estate trusteeship at final cost figure, in order to demonstrate the differences that presents it to the regular real estate trust, and thereby, the necessity to regulate such figure.

Finally, this work analyses how the real estate trusteeship at final cost figure in Ecuador, under the current normative, results impossible to be applied without vitiating the contractual nature of such figure.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I. EL FIDEICOMISO MERCANTIL	2
1.1. Historia del fideicomiso mercantil	2
1.2. Descripción general del fideicomiso mercantil	3
1.2.1. ¿Qué es el fideicomiso mercantil?	3
1.2.2 Características del fideicomiso mercantil	4
1.2.3 Clases de fideicomisos mercantiles	6
2. CAPÍTULO II. EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO ORDINARIO Y FIDEICOMISO INMOBILIARIO AL COSTO	8
2.1. El fideicomiso inmobiliario ordinario	8
2.1.1. Definición	8
2.1.2. Participantes	9
2.1.3. Funcionamiento	13
2.1.4. Uso del fideicomiso inmobiliario ordinario	17
2.2. El fideicomiso inmobiliario al costo	18
2.2.1. Definición	18
2.2.2. Qué significa “al costo”	20
2.2.3. Participantes	21
2.2.4. Funcionamiento	23
2.2.5. Uso del fideicomiso inmobiliario al costo	24
2.3. Diferencias entre el fideicomiso inmobiliario ordinario y el fideicomiso inmobiliario al costo	25
2.3.1. Aportes	26
2.3.2. Punto de equilibrio	27
2.3.3. Liquidación.....	28
3. CAPÍTULO III. EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO AL COSTO Y EL ECUADOR	28

3.1 Necesidad de regulación	28
3.2 Cambios normativos	30
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	34
4.1 Conclusiones.....	34
4.2 Recomendaciones	35
REFERENCIAS	36

INTRODUCCIÓN

El fideicomiso inmobiliario es una herramienta utilizada para desarrollar proyectos inmobiliarios; el reglamento sobre negocios fiduciarios del Consejo Nacional de Valores define al fideicomiso inmobiliario como:

El fideicomiso inmobiliario es el contrato en virtud del cual se transfieren bienes para que el fiduciario mercantil realice gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo de proyectos inmobiliarios, todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato (2011, p.12).

La legislación ecuatoriana no ha evolucionado en torno al fideicomiso inmobiliario; mientras que, otras legislaciones como la uruguay y argentina han visto en el fideicomiso inmobiliario un punto de partida, para normar variaciones de dicha figura, por ejemplo, el fideicomiso inmobiliario al costo.

El fideicomiso inmobiliario al costo es una figura que se intenta aplicar en el Ecuador, sin embargo, la falta de normativa expresa que la regule, hace imposible su aplicación sin vulnerar a la naturaleza contractual de dicha figura, lo que nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta ¿el fideicomiso inmobiliario al costo necesita ser regulado en el Ecuador? La respuesta a dicha pregunta se abordará a lo largo del presente ensayo.

1. CAPÍTULO I. EL FIDEICOMISO MERCANTIL

1.1. Historia del fideicomiso mercantil

Es importante conocer el origen del fideicomiso mercantil, ya que esto permitirá entender de mejor manera su naturaleza y el objeto para el que fue creado. Para el autor Natalio Etchegaray:

El origen del fideicomiso lo podemos encontrar, a lo largo de la historia, en distintos ordenamientos jurídicos. Reconocemos sus pilares en el derecho romano, base de nuestras instituciones; en el derecho anglosajón, por ser el creador del trust, cimiento fundamental para el fideicomiso concebido en términos modernos, y en el derecho español, por la influencia que tuvo su normativa en la Colonia. Resaltamos que lo ignora el código de Napoleón (...) *Derecho Romano* .- (...) La fiducia era un contrato real por el cual una persona le transmitía a otra la propiedad de una cosa (*mancipio dans*), agregando una cláusula especial por la cual, quien recibía la cosa (*mancipio accipiens*), se comprometía a restituirla a su transmitente, o a usarla con un fin determinado, al cumplirse una condición o plazo convenido por las partes en un contrato. (...) *El Trust*.- (...) Esta institución se creó en la época medieval, con el fin fundamental de evitar las confiscaciones de tierras del vencido en guerra, para eludir tributos o para burlar la prohibición que recaía sobre congregaciones religiosas de ser titulares de bienes inmuebles (manos muertas). Los sujetos que componían la relación eran el cedente, o señor de las tierras; el cesionario o adquirente, y el beneficiario, que era el destinatario de todo lo que produjera la cosa transmitida. (2008, pp. 7-9.).

Se puede afirmar entonces que, la figura del fideicomiso ha sido utilizada y regulada desde la antigüedad, puntualmente desde Roma, principal fuente del derecho moderno.

La figura del fideicomiso ha evolucionado y se ha adaptado a través del tiempo a las necesidades contemporáneas de cada sociedad; algo que se ha conseguido respetando y manteniendo la naturaleza contractual con la cual fue creada, lo que le permite representar una figura versátil y ampliamente utilizada en la actualidad.

Con la primera Ley de Mercado De Valores publicada en el Registro Oficial No. 199 de 28 de mayo de 1993 se incorpora la figura del “Fideicomiso Mercantil”. Finalmente, en 1998 en la Ley de Mercado de valores, de forma expresa y mucha más técnica establece la figura del fideicomiso mercantil, reemplazando la definición hasta entonces vigente.

1.2. Descripción general del fideicomiso mercantil

1.2.1. ¿Qué es el fideicomiso mercantil?

La normativa ecuatoriana define al fideicomiso mercantil en el libro segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero, en los siguientes términos:

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

El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así,

cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad. Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.

Conforme a la denominación otorgada por la Ley de Mercado de Valores, se puede decir que, el fideicomiso mercantil es un patrimonio autónomo que goza de personalidad jurídica, sin embargo, no es una persona jurídica, sino una ficción jurídica destinada a cumplir las instrucciones otorgadas en su contrato de constitución.

En base a las definiciones expuestas sobre el fideicomiso, se puede indicar que se trata de un contrato que dará lugar a la creación de un patrimonio autónomo constituido por el fideicomitente y administrado por un tercero autorizado legalmente para manejarlo y administrarlo; en el Ecuador únicamente las Administradoras de Fondos y Fideicomisos pueden realizarlo.

1.2.2 Características del fideicomiso mercantil

El fideicomiso mercantil es un contrato que cuenta con características particulares que son:

Confianza: El contrato de fideicomiso mercantil se caracteriza por la confianza que debe primar entre las partes, Claudio Arias manifiesta que:

Sobre el significado del término fideicomiso existen dos definiciones, la primera que indica que proviene de dos voces latinas, “*fidei*” que quiere decir “fe” y “*commisium*” que significa “comisión”, otro significado nos señala que etimológicamente fideicomiso viene de “fiducia” que quiere decir “confianza” y de “*commitere*” que quiere decir “encomendar” (2008, p. 8).

Se hace especial hincapié en que el contrato de fideicomiso mercantil, es un contrato basado en la confianza desde sus orígenes, hasta la actualidad.

Patrimonio independiente: La autora Andrea Vargas señala que:

El patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica; y, como tal, su representante legal es el fiduciario, el mismo que ejercerá sus funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato, es independiente del patrimonio individual que mantenga el constituyente, el fiduciario, el beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario. (2014, p. 40).

Se puede decir entonces que el patrimonio del fideicomitente, del fiduciario y del beneficiario están separados del patrimonio del fideicomiso.

Personalidad jurídica: Puede obligarse y adquirir derechos con terceros, sin embargo, no se le considera como una persona jurídica sino como una ficción jurídica sujeta a las instrucciones otorgadas por el fideicomitente y llevadas a cabo por la administración de un tercero, conforme lo señalado en el numeral 1.2.1 del presente ensayo.

Administración: Conforme a lo señalado en el artículo 97 y siguientes del Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero la representación legal,

manejo y administración de los fideicomisos mercantiles podrá ser única y exclusivamente realizado por Administradoras de Fondos y Fideicomisos.

1.2.3 Clases de fideicomisos mercantiles

Como ha quedado de manifiesto, el fideicomiso mercantil es un contrato aplicable a varios modelos de negocios, por lo cual existen varias clases de fideicomisos mercantiles, entre las más utilizadas encontramos:

Fideicomiso de administración: Natalio Etchegaray define al fideicomiso de administración como:

En un fideicomiso de administración se puede apreciar inicialmente que al propietario-fiduciante le transmite al administrador-fiduciario la propiedad fiduciaria de uno o más bienes, para que los administre de acuerdo con las posibilidades de explotación de cada inmueble (2008, p. 105).

Se puede decir que el fideicomiso de administración es la esencia del fideicomiso, por cuanto se debe de manera pura a la administración de bienes.

Fideicomiso de garantía: Tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación, es decir, se trata de un fideicomiso que sirve como caución. Andrea Vargas define al fideicomiso de garantía como:

Se constituye el fideicomiso mercantil en garantía donde el deudor es fideicomitente y el acreedor es el fideicomisario, a quien el fiduciario designado, deberá pagarle con el producto que obtenga de la venta del bien en caso de que el deudor no satisfaga la deuda que mantiene y una vez realizado si existe un sobrante o remanente será entregado al fideicomitente (2014, p. 36).

Fideicomiso de inversión: Tal y como indica su nombre, el fideicomiso de inversión, se utiliza con la finalidad de invertir capital y obtener ganancias, se caracteriza por la entrega de una cantidad determinada de dinero por parte del fideicomitente a un fideicomiso, donde dicho capital se convierte en un patrimonio autónomo destinado a ser utilizado en inversiones. Dentro de este tipo de fideicomiso se encuentra que las instrucciones entregadas a la fiduciaria son determinantes al momento de invertir el dinero, esto se debe al riesgo que toda inversión conlleva, y que, en este caso la fiduciaria debe procurar disminuir los riesgos y acertar al momento de generar ganancia. Ivana Terranova define a este tipo de fideicomiso con el siguiente ejemplo:

Un grupo de personas aporta recursos financieros al fideicomiso con un conjunto de instrucciones claras y/o parámetros a que debe acogerse para realizar las inversiones, como por ejemplo: ubicación geográfica donde se debe invertir (interna y externamente), grupo económico en el cuál se debe invertir, institución, tipo de inversión, etc (2011, p. 6).

Fideicomiso de titularización: Proceso en el que activos líquidos o difíciles para negociar se convierten en documentos libremente negociables tanto en el mercado financiero como en el mercado bursátil.

Fideicomiso inmobiliario: Se lo desarrollará a profundidad en el siguiente capítulo.

2. CAPÍTULO II. EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO ORDINARIO Y FIDEICOMISO INMOBILIARIO AL COSTO

2.1. El fideicomiso inmobiliario ordinario

2.1.1. Definición

El fideicomiso inmobiliario es considerado como un fideicomiso de administración con un objetivo específico. Para el autor Roberto González se trata de “Un contrato comercial cuya finalidad es la de obtener la administración de un bien por parte del fiduciario, o su enajenación para cumplir la finalidad propuesta por el constituyente, bien a su provecho o de un tercero” (2005, p. 26)

El fideicomiso inmobiliario tiene como característica fundamental el desarrollo de un proyecto inmobiliario; de acuerdo a la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores se trata de:

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

Se puede decir que el fideicomiso inmobiliario es el contrato por el cual se realiza la transferencia de un bien inmueble (que puede ir o no acompañado de recursos financieros), hacia un fideicomiso, es decir, un patrimonio autónomo que será administrado por una fiduciaria con el objetivo de realizar un proyecto inmobiliario, mismo que puede ser para uso comercial, vivienda u oficinas; y que se regirá de acuerdo a las cláusulas establecidas en la celebración del contrato de fideicomiso, que se celebra entre el o los constituyentes y la

fiduciaria, transfiriendo a la finalización del proyecto inmobiliario los bienes inmuebles a los beneficiarios o compradores.

2.1.2. Participantes

Las partes intervinientes del fideicomiso inmobiliario son:

- Constituyente
- Fiduciario
- Beneficiario

Constituyente:

En el fideicomiso inmobiliario, a diferencia del resto de fideicomisos, el constituyente puede ser:

Constituyente promotor: Persona natural o jurídica que se encarga de aportar el bien inmueble (terreno), así como también de los estudios para la realización del proyecto, promoción del proyecto, así como diversos temas que se deban coordinar para el desarrollo del proyecto inmobiliario.

Constituyente adherente: La Ley de Mercado de Valores en el artículo 115, define al constituyente adherente como:

(...) cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.

Se puede decir entonces que, es necesario para la existencia del constituyente adherente que el contrato de fideicomiso mercantil contenga de manera

expresa dicha condición, ya que de no existir no se puede adherir a una tercera persona sea natural o jurídica al contrato de fideicomiso inmobiliario.

Fiduciario:

Es la persona jurídica, debida y legalmente autorizada para administrar negocios fiduciarios; su función principal dentro del fideicomiso inmobiliario es la de administrar los recursos del fideicomiso y certificar el punto de equilibrio, que parte del análisis técnico, financiero y legal.

De acuerdo a la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, el punto de equilibrio debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a. Que se acredite el perfeccionamiento de la transferencia de dominio del bien o de los bienes inmuebles al patrimonio autónomo, mediante la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.
- b. Que sobre el inmueble no pese orden judicial o administrativa de prohibición de enajenar ni gravamen o limitación al dominio.
- c. Que los constructores y/o promotores acrediten experiencia, solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera acorde a la magnitud del proyecto.
- d. Que los constructores y/o promotores presenten el respectivo estudio de factibilidad, que deberá contener como mínimo los estudios de mercado, técnico y financiero que soporten la viabilidad técnica, financiera, ambiental y socioeconómica del proyecto. Adicionalmente, deberán presentar el presupuesto y cronograma de la obra que incluya el tiempo estimado de ejecución de la misma, y en caso de ser por etapas se incluirá el presupuesto y cronograma por etapas.
- e. Que se hayan obtenido las aprobaciones, autorizaciones y permisos pertinentes para la construcción y desarrollo de la obra, de acuerdo a los requerimientos establecidos en la ley y demás normas aplicables.

- f. Que el financiamiento haya alcanzado el cien por ciento de los costos fijos y variables de todo el proyecto; y en caso de ser por etapas, que el financiamiento haya alcanzado el mismo porcentaje de dichos costos por cada etapa.
- g. Que la ocurrencia del punto de equilibrio se dé dentro del plazo establecido en el contrato, el cual podrá ser prorrogado por una sola vez.

Podemos decir que la realización del proyecto inmobiliario en el fideicomiso inmobiliario depende del punto de equilibrio, ya que, si este no se alcanza, el proyecto inmobiliario no contará con el aval de la fiduciaria que certifica que el proyecto se podrá finalizar sin inconvenientes; podemos decir que el punto de equilibrio es la manera de garantizar que el proyecto inmobiliario se lleve a cabo con el menor riesgo posible.

El punto de equilibrio representa un conjunto de condiciones técnicas, legales y financieras que deben ser cumplidas para que así se apruebe el inicio de la ejecución del proyecto inmobiliario objeto del fideicomiso inmobiliario.

La fiduciaria es también la encargada de regular los posibles acuerdos entre las partes que conforman al fideicomiso inmobiliario; así como también de transparentar el manejo de recursos y asegurar el flujo de información sobre los avances y desarrollo del fideicomiso.

Es importante aquí manifestar el grado de responsabilidad que tiene la fiduciaria, conforme lo establecido en el artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores, que indica:

De las obligaciones de medio y no de resultado. - No obstante, las obligaciones señaladas precedentemente, así como las que se provean en el contrato de fideicomiso mercantil y en el de encargo fiduciario, el fiduciario no garantiza con su actuación que los resultados y finalidad 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

Se puede decir entonces que, el fiduciario responderá por su gestión hasta por culpa leve, lo que implica que podrá responder por culpa o descuido levísimo, culpa o descuido leve; el Código Civil ecuatoriano señala al respecto que:

Art. 29.- Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

De acuerdo a lo señalado, la fiduciaria en sus labores de administración del fideicomiso, de no conseguir los objetivos planteados por el fideicomitente responderá únicamente por faltar al debido cuidado de su gestión.

Beneficiario:

Sergio Rodríguez define al beneficiario como:

Es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo, y, eventualmente, los

mismos bienes fideicomitidos al vencimiento del término estipulado (...) el beneficiario debe ser una persona capaz de recibir derechos, lo que conduce a afirmar que toda persona puede ser beneficiario, pues por el hecho de serlo goza de capacidad general o goce (2017, p. 250)

Se puede decir entonces que el beneficiario es la persona natural o jurídica designada por el constituyente como tal, pudiendo ser el mismo constituyente o un tercero.

2.1.3. Funcionamiento

2.1.3.1. Etapa previa:

El fideicomiso inmobiliario, al igual que cualquier fideicomiso mercantil, debe ser constituido mediante escritura pública, de acuerdo al Art. 1 del capítulo 1 del Título V de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores.

La celebración del contrato de fideicomiso mercantil debe cumplir mínimos requisitos legales, y, de acuerdo al artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores deben ser:

Comparecientes: Quienes suscriben el contrato, también se los denomina otorgantes o intervinientes.

Glosario de términos: Se establece el significado de los términos que van a emplearse en el contrato, en virtud de evitar interpretaciones posteriores de las partes.

Antecedentes: Debe contener la información de quienes comparecen, sean personas naturales o jurídicas, así como el historial de los bienes que van a ser útiles a los fines del fideicomiso.

Transferencia de bienes: Contiene la entrega de bienes, en este caso el terreno sobre el que se desarrollará el proyecto inmobiliario es obligatorio.

Constitución del fideicomiso: Debe contener la denominación del fideicomiso, así como la constitución del patrimonio del fideicomiso.

Derechos y obligaciones de los intervinientes: Debe contener los derechos y obligaciones de las partes, tanto las convenidas como las establecidas por la ley

Honorarios del fiduciario: Solo podrán ser los establecidos en el contrato del fideicomiso.

Costos y gastos: Se establece quien es el encargado de entregar los recursos para cubrir los gastos del negocio fiduciario.

Proceso de mediación: Se establecen los mecanismos a utilizarse en caso de inconvenientes entre las partes que integran el fideicomiso.

Domicilio de intervinientes: Uso para entregar información del fideicomiso, así como posibles notificaciones.

Causales de liquidación del fideicomiso: Mismas que son:

- Cumplimiento del objeto
- Imposibilidad de cumplimiento
- Vencimiento de plazo
- Decisión arbitral

Régimen tributario: Se lo debe establecer de conformidad al patrimonio autónomo constituido.

Finalidad: Debe ser posible identificarla sin interpretación alguna.

Instrucciones generales: Actividades que debe cumplir la fiduciaria en el periodo de desarrollo del fideicomiso.

Proceso de ejecución: Planificación del desarrollo del proyecto inmobiliario.

Única y exclusivamente son las Administradoras de Fondos y Fideicomisos quienes pueden administrar un fideicomiso mercantil, bajo los parámetros generales previamente mencionados, que son: funcionar en base a las órdenes otorgadas por parte de él o los constituyentes, y llevar a cabo la administración con la mayor diligencia y cuidado.

2.1.3.2 Ejecución

Posterior a la certificación del punto de equilibrio, el proyecto inmobiliario comenzará en su etapa de ejecución, es decir, la construcción como tal del proyecto inmobiliario; para lo cual la fiduciaria nombrará órganos que participarán del proyecto y que son los siguientes:

Junta del Fideicomiso:

Organismo de control cuyas funciones son las de coordinar, vigilar y asesorar a la fiduciaria para la ejecución del objetivo del fideicomiso. Las facultades de la Junta del Fideicomiso deben estar establecidas en el contrato de constitución del fideicomiso inmobiliario.

Comercializador:

Es la persona natural o jurídica, que deberá ser contratada por el fideicomiso para desarrollar las funciones de comercialización y promoción del proyecto inmobiliario, debe encargarse también de las promesas de compra venta, contratos de reserva, así como los trámites requeridos para la transferencia de dominio de los bienes a favor de los beneficiarios o compradores.

Constructor:

Persona natural o jurídica responsable de la construcción del proyecto inmobiliario, esto posterior a la celebración del respectivo contrato con el fideicomiso; es responsable de la calidad técnica de la construcción.

Fiscalizador:

Persona natural o jurídica que debe controlar el uso del patrimonio del fideicomiso en la ejecución del proyecto. Debe ser contratada por el fideicomiso.

Gerente del proyecto:

Persona natural o jurídica que debe realizar los trámites necesarios para la obtención de permisos y licencias necesarias para el desarrollo del proyecto.

2.1.3.3 Terminación

Finalizar la construcción del proyecto inmobiliario no necesariamente significa la terminación del fideicomiso mercantil, por cuanto en el contrato de constitución del fideicomiso, se pueden agregar condiciones resolutorias como la venta de la totalidad del proyecto inmobiliario, o un porcentaje avanzado, etc. La ley de Mercado de Valores nos menciona que:

Art. 134.- Terminación del fideicomiso mercantil.

Son causas de terminación del fideicomiso mercantil o del encargo fiduciario, además de las previstas en el contrato constitutivo, las siguientes:

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

2.1.3.3 Liquidación

Una vez terminado el fideicomiso inmobiliario se debe liquidar el mismo. Sergio Rodríguez menciona que “En la liquidación, como su nombre lo sugiere, se liquida la totalidad de los contratos y se presenta la rendición final de cuentas, cuya importancia es incuestionable pues incluye las restituciones mutuas a que haya lugar, así como los finiquitos de rigor” (2017, p. 481)

2.1.4. Uso del fideicomiso inmobiliario ordinario

Conforme se ha expuesto, el fideicomiso inmobiliario ordinario busca la consecución de un proyecto inmobiliario, que será comercializado a un precio fijo que vendrá determinado por el valor comercial del inmueble; se puede afirmar que el desarrollo de un proyecto inmobiliario bajo esta modalidad representa, por su naturaleza, el ánimo de obtener réditos económicos a partir del proyecto inmobiliario, sea por venta o arriendo, es decir, el fin último del fideicomiso inmobiliario no es la obtención del bien inmueble, sino el lucro por la venta o arriendo de las unidades inmobiliarias finales.

La mayoría de constituyentes de fideicomisos inmobiliarios ordinarios, son empresas dedicadas a la construcción, que buscan, mediante la seguridad que esta figura representa, beneficiarse del lucro que se genere a futuro, mediante venta o arriendo; para Natalio Etchegaray:

Las ventajas que surgen de la utilización del contrato de fideicomiso, como marco jurídico al desarrollo de emprendimientos urbanísticos, tales como los barrios cerrados, clubes de campo, edificios en propiedad horizontal y cualquier otro conjunto inmobiliario, son las mayores seguridades, beneficios y garantías que tendrá todo aquel que participe en el negocio. Así, quien transmite la fracción de terreno, como quien la recibe y desarrolla el emprendimiento, no confunden sus bienes ni su patrimonio social con el patrimonio fiduciario en cuestión, dado que este constituye un patrimonio de afectación, distinto, destinado pura y

exclusivamente a cumplir con la manda encomendada en el contrato fiduciario. (2008, p. 114).

2.2. El fideicomiso inmobiliario al costo

2.2.1. Definición

La figura del fideicomiso inmobiliario al costo no se encuentra regulada en la legislación ecuatoriana por lo que para realizar el análisis respectivo utilizaremos información de Argentina y Uruguay, países donde dicha figura se encuentra regulada y desarrollada.

En Uruguay, el decreto N° 27/013, de 23 de enero de 2013, define al fideicomiso inmobiliario al costo como:

Se entenderá por fideicomiso de construcción al costo, aquellos que cumplan conjuntamente las siguientes condiciones:

Tengan por objeto la construcción de inmuebles destinados a ser transferidos a los fideicomitentes en cumplimiento del contrato de fideicomiso.

En virtud del referido contrato, los fideicomitentes se obliguen a realizar aportes equivalentes a los costos incurridos por el fideicomiso para la consecución de su objeto, el fideicomiso podrá ser considerado como un fideicomiso al costo y desde el punto de vista tributario, la adjudicación de los inmuebles a los beneficiarios será exenta de IRAE (Impuesto a la Renta de las Actividades Económicas).

El fideicomiso inmobiliario al costo, al igual que el fideicomiso inmobiliario ordinario busca la creación de un proyecto inmobiliario, con la diferencia de que, en este caso, el proyecto se venderá bajo la modalidad de venta al costo; por lo que la naturaleza de ambos contratos supone un objetivo diferente, Sergio Rodríguez lo define como:

Un proyecto inmobiliario se realiza al costo cuando los inversionistas se comprometen a comprar al precio que resulte, teniendo desde luego uno de referencia, determinado de conformidad con el presupuesto. En este caso los eventuales sobrecostos se trasladan al precio, razón por la cual resulta claro que los inversionistas asumen los riesgos del proyecto. Ahora bien, tal asunción supone, en este caso, el estudio de la capacidad económica de los promitentes compradores pues, de no tenerla, será imposible recuperar oportunamente la inversión (2017, p. 483)

Se puede decir entonces que, en el fideicomiso inmobiliario al costo se debe realizar un análisis de quienes serán los compradores del proyecto inmobiliario, debido a que la liquidez que tengan será fundamental para la realización del proyecto; por otro lado, Silvio Lisoprawski señala que:

El emprendimiento al costo es un tipo de estructuración de negocios que implica que cada uno de los interesados en acceder a un inmueble — vivienda, lote, local comercial, etc.— asuma la figura de inversor por su porcentaje de participación. Invertir en un emprendimiento al costo está asociado a las expectativas respecto de la evolución de los precios finales de los inmuebles y los costos de construcción. En general la operatoria al costo gana fuerza cuando el sistema financiero no participa de manera activa en el mercado de bienes raíces y la inflación es alta o creciente la expectativa (...) Este tipo de fideicomiso se constituye con el fin de construir una casa o edificio residencial, comercial o fabril en condiciones previamente pactadas, con aportes de los inversores dados por un anticipo en efectivo y cuotas planificadas que le permiten —una vez finalizada la obra— la adjudicación en propiedad de una o más unidades en la calidad de beneficiario. No existe un precio de venta, sino un compromiso del partícipe de aportar los fondos que sean necesarios para el desarrollo del emprendimiento (...) En tal sentido la obligación del fiduciario se caracteriza más como de medios que de fines, en relación a la obtención del resultado del negocio. (2011, p. 3)

Se puede afirmar que el fideicomiso inmobiliario al costo implica un mayor riesgo para quienes invierten en él, por cuanto al no tener un precio fijo unitario, son factores externos los que pueden alterar el costo de la unidad inmobiliaria, así como están expuestos también a la falta de liquidez, por lo que, para el desarrollo del proyecto se deben realizar aportaciones continuas.

Como bien se menciona, la figura del fideicomiso inmobiliario al costo, gana fuerza por el ahorro que para una persona puede representar el construir un bien inmueble al costo, sumado a las garantías jurídicas que ofrece la figura del fideicomiso.

2.2.2. Qué significa “al costo”

El término “al costo” hace referencia a que el valor final de un producto será el de producción. Para Mariela Schenone esto representa:

Cualquier negocio tiene una estructura financiera y económica propia, cuyo análisis es el paso previo para tomar decisiones de inversión. En tal sentido, los proyectos inmobiliarios no escapan de esta lógica y en todos ellos se realiza un análisis temporal de ingresos y costos, cuya diferencia constituirá el beneficio del negocio. La particularidad principal de los fideicomisos al costo, es que el beneficio será cero ya que supone que los valores de adjudicación de las unidades producidas deben ser iguales a los costos que ha demandado su ejecución. Y esto así porque el fideicomiso es creado con un fin al que todos sus participantes adhieren y este fin no es la renta del negocio inmobiliario dentro del marco del fideicomiso, sino la construcción de las unidades, independientemente del fin que cada fiduciante le otorgue una vez que ingresen en su patrimonio. Por ello es que, en este tipo, los desarrolladores no trabajan por beneficios, sino que cobran honorarios predefinidos en los costos. (2013, párr. 4)

Por su naturaleza, el fideicomiso inmobiliario al costo no genera utilidades, rendimientos o beneficios económicos; se entiende entonces que la finalidad de esta figura es la obtención de un bien inmueble, evitando que, quien desarrolla el proyecto, reciba una compensación económica fuera de la remuneración estipulada en la constitución del fideicomiso.

En el fideicomiso inmobiliario al costo el inversor ingresa sin conocer de manera cierta cuál será el costo final de la unidad inmobiliaria, esto a pesar de que exista un valor estimado. El precio de dicha unidad es abierto y el inversor deberá pagar el costo de la unidad inmobiliaria.

En la figura del fideicomiso inmobiliario al costo nadie garantiza al inversor el valor final de la unidad, sin embargo, en un período de tiempo predeterminado en el contrato de constitución del fideicomiso, la fiduciaria le comunica los gastos en los que se ha incurrido conforme al avance que haya tenido la obra.

La materialización del aporte que realiza el inversor para la construcción del proyecto inmobiliario es progresiva, es decir es directamente proporcional al avance de la obra.

2.2.3. Participantes

En Argentina, de acuerdo a la Ley 24.441/95, el fideicomiso inmobiliario al costo se compone de los siguientes participantes:

Reservantes: Los interesados en obtener los bienes que se desarrollarán a partir del fideicomiso inmobiliario al costo, se los denomina reservantes hasta que se ha obtenido el 100% de interés en las unidades totales que se va a obtener a partir del desarrollo del proyecto inmobiliario, entonces adquieren el carácter de fiduciantes y de beneficiarios.

Fiduciantes o constituyente – Beneficiarios: Se convierten en quienes invierten, obligándose a aportar la totalidad de recursos que se necesitan para el proyecto inmobiliario, el compromiso es asumido por cada uno de ellos en virtud de el o los bienes inmuebles que busquen adquirir. Una vez finalizado el proyecto, tienen el derecho de recibir el dominio y la adjudicación de los bienes inmuebles.

Fiduciario: Persona jurídica que recibe el dominio fiduciario de los bienes y fondos necesarios para la realización del proyecto inmobiliario, esto lo realiza de forma temporal y condicionada. La retribución del fiduciario se establece en el contrato del fideicomiso inmobiliario al costo y es fija e inamovible; cabe recalcar que no es quien vende las unidades, ni quien dirige la obra como tal y no se responsabiliza de lo antes mencionado; es un administrador de fondos, que se debe encargar de contratar a quienes realicen las demás tareas para llevar a cabo el fin del fideicomiso inmobiliario al costo.

Gerente de proyecto: Encargado de gerenciar la parte técnica, financiera y administrativa del proyecto inmobiliario, su retribución se establece en el contrato de fideicomiso mercantil al costo y es fija e inamovible.

Estudio: Encargado del diseño arquitectónico, retribución fijada en el contrato, fija e inamovible.

Constructor: Empresa que, mediante licitación, realizará la construcción del proyecto inmobiliario, responde por la calidad de la construcción.

Director de obra: Persona que encabeza la empresa constructora asumiendo las responsabilidades respectivas.

Fiscalizador: La fiduciaria elige a quien auditará la obra de entre opciones que presenten los fiduciantes, quien auditará y certificará la información que otorgue el fiduciario en cuanto al uso de los fondos y las inversiones que se realicen en nombre del fideicomiso.

Los participantes del fideicomiso inmobiliario al costo son similares en Argentina y Uruguay.

2.2.4. Funcionamiento

El fideicomiso inmobiliario al costo busca la realización de una obra que tiene como objeto adjudicar las unidades resultantes del proyecto inmobiliario a los fiduciantes.

Primero se debe celebrar el contrato de constitución del fideicomiso inmobiliario al costo, en el cual los fiduciantes se comprometen a aportar los recursos para desarrollar el proyecto inmobiliario, normalmente se aporta una cantidad para empezar el proyecto a manera de entrada, seguido de aportaciones continuas conforme el desarrollo del proyecto y asumir costos que se puedan elevar de la proyección inicial.

Los fiduciantes o inversionistas recibirán en contraprestación al aporte que realicen, una o más unidades inmobiliarias; aquí es importante manifestar que en algunos casos también se comprometen a aportar la parte de aquellos participantes que no cumplan con sus obligaciones con el proyecto inmobiliario, así mismo tendrán derecho preferencial para la compra de los derechos de los beneficiarios que sean dados de baja por incumplimiento de sus obligaciones. El fiduciante podrá ceder su condición de beneficiario a un tercero para que cumpla con los pagos.

Una vez constituido el fideicomiso, la fiduciaria seleccionará la empresa constructora y suscribirá el contrato para la realización del proyecto inmobiliario; dicha empresa constructora deberá periódicamente certificar los avances de la obra de acuerdo a un cronograma pactado en el contrato para la realización del proyecto.

En la construcción del proyecto el dinero necesario vendrá de los aportes de los fiduciantes y/o preventas realizadas a terceros.

A la finalización de la construcción del proyecto inmobiliario, el autor Mario Gómez señala que:

Una vez finalizada la obra, las unidades terminadas son adjudicadas a los beneficiarios. Para ser precisos, lo que se llama "obra al costo" es en verdad un presupuesto o estimación de costo, porque sólo cuando se termine el emprendimiento puede determinarse el costo real y final. (2011, p. 113)

Sólo una vez contrastado el valor del inmueble fruto del fideicomiso inmobiliario al costo con un inmueble de similares características y valor de mercado, se podrá tener una noción real del ahorro obtenido por la construcción del inmueble con la modalidad al costo.

Con la entrega de los bienes se liquidará el fideicomiso para lo cual se deberá llevar a cabo la rendición de cuentas final por parte de la constructora a la fiduciaria y de la fiduciaria a los beneficiarios.

2.2.5. Uso del fideicomiso inmobiliario al costo

El fideicomiso inmobiliario al costo, para Gonzalo Lorenzo busca:

(...) la captación de inversores privados, para la adquisición de un inmueble y construcción, que serán luego transferidas a los inversores. Este no es un punto nuevo. Lo que realmente diferencia al fideicomiso al costo, de cualquier otro fideicomiso de administración que pueda instaurarse, es que cada uno de los inversores solamente aportará lo estrictamente necesario para soportar los costos de la obra. Se incluyen en dichos costos, naturalmente, los suministros, gastos de construcción, impuestos, honorarios de profesionales intervinientes en el proyecto y administración de la obra. Lo habitual es que los inversores – fideicomitentes–, sean a su vez los beneficiarios y reciban la unidad que

les corresponde según su inversión. Se ha dicho que esta modalidad tiene la gran ventaja para el inversor de que recibe una unidad terminada, habiendo pagado solamente el costo, y luego tiene absoluta libertad para su comercialización, sin depender el retorno de su inversión de los planes de comercialización que pueda tener el promotor. (2011, párr. 5)

Se puede decir que el fideicomiso inmobiliario al costo busca la obtención de un bien inmueble a precio de costo, lo que lo convierte en una figura deseable para personas naturales que buscan ahorrar dinero y obtener un bien inmueble, y por el contrario una figura no tan utilizada por empresas cuyo giro de negocio sea la construcción por cuanto no obtendrán utilidades del desarrollo del proyecto, sino únicamente un pago previamente pactado de manera constante.

2.3. Diferencias entre el fideicomiso inmobiliario ordinario y el fideicomiso inmobiliario al costo

Una vez desarrolladas las figuras del fideicomiso inmobiliario, así como la del fideicomiso inmobiliario al costo, podemos concluir que se trata de figuras que si bien tienen un objetivo similar, que es la consecución de un proyecto inmobiliario, tienen una naturaleza distinta, así como componentes distintos, situaciones que imposibilitan que se considere a ambas figuras como similares, tanto ante el giro de negocio, como ante la ley; Sergio Rodríguez nos menciona sobre el fideicomiso inmobiliario ordinario que:

En la modalidad a precio fijo, el inversionista adquiere el derecho a comprar la unidad resultante en un precio determinado desde un comienzo, de suerte que las variaciones en el presupuesto que surjan durante el desarrollo del contrato y que pudieran incrementar el costo final, reduciendo el beneficio y aun anulándolo, deben ser asumidas por alguien diferente. Este será, normalmente, el fideicomitente/beneficiario que tiene la natural expectativa de obtener una utilidad en el negocio y

de no ser él o de compartir la expectativa con otro de los partícipes, como sería el promotor, en ese evento, entonces, lo normal sería que el riesgo se les trasladará proporcionalmente a todos a prorrata de su interés. (2017, p. 483).

Entonces, se puede afirmar que en el fideicomiso inmobiliario ordinario se busca obtener una rentabilidad por la construcción del proyecto inmobiliario, y como tal, representa un riesgo para quienes llevan a cabo el proyecto. Sergio Rodríguez, a continuación, nos menciona sobre el fideicomiso inmobiliario al costo, que:

Se dice, por el contrario, que un proyecto se realiza al costo cuando los inversionistas se comprometen a comprar al precio que resulte, teniendo desde luego uno de referencia, determinado de conformidad con el presupuesto. En este caso los eventuales sobrecostos se trasladan al precio, razón por la cual resulta claro que los inversionistas asumen los riesgos del proyecto. Ahora bien, tal asunción supone, en este caso, el estudio de la capacidad económica de los promitentes compradores, pues, de no tenerla, será imposible recuperar oportunamente la inversión. (2017, p. 484)

El objetivo del fideicomiso inmobiliario al costo, es que la unidad inmobiliaria llegue a su propietario lo menos gravoso posible; al tratarse de un proyecto inmobiliario al costo, el precio final de la obra se podrá conocer con certeza únicamente cuando se finalice la construcción.

2.3.1. Aportes

En el fideicomiso inmobiliario ordinario los aportes serán realizados por:

Constituyentes del fideicomiso: Quienes buscan obtener utilidades del proyecto inmobiliario.

Promitentes compradores: Quienes buscan unidades del inmueble, y lo compran previo a la finalización del proyecto inmobiliario, o inclusive previo al comienzo de la construcción del proyecto inmobiliario, en la denominada venta en planos.

Inversores: quienes no son constituyentes del fideicomiso, pero buscan invertir en el mismo para obtener utilidades fruto de la venta o arriendo de las unidades resultantes del proyecto inmobiliario.

En el fideicomiso inmobiliario al costo los aportes serán realizados por:

Fiduciantes o constituyentes- beneficiarios: Quienes en esta modalidad deben ser las dos, es decir constituyentes y beneficiarios, deben aportar progresivamente cuotas pactadas a la constitución del fideicomiso.

2.3.2. Punto de equilibrio

Tanto en el fideicomiso inmobiliario ordinario como en el fideicomiso inmobiliario al costo la fiduciaria debe certificar el punto de equilibrio.

El fideicomiso inmobiliario ordinario tiene como piedra angular la certificación del punto de equilibrio por parte de la fiduciaria, ya que a partir de aquello se garantizará que el proyecto inmobiliario concluirá sin dificultad, la certificación del punto de equilibrio representa la garantía de la fiduciaria de que el proyecto inmobiliario finalizará, es decir no necesitará aportes continuos.

En el fideicomiso inmobiliario al costo debe existir la certificación del punto de equilibrio de igual manera, sin embargo, en este caso la exigencia es diferente, ya que, al desarrollarse el proyecto inmobiliario por etapas y con aportaciones constantes, el punto de equilibrio debe ser certificado en base a garantías que los fiduciantes deberán demostrar al momento de constitución del fideicomiso, sobre todo en base a la certeza que tendrán flujos futuros para cumplir con los pagos acordados para los avances del fideicomiso.

2.3.3. Liquidación

En el fideicomiso inmobiliario ordinario la liquidación del fideicomiso se realiza de acuerdo a lo estipulado en el contrato de constitución, el proyecto inmobiliario debe estar finalizado, sin embargo, de acuerdo a lo acordado entre las partes no es necesario que se haya realizado la venta total del proyecto inmobiliario para proceder a liquidarlo.

Por otra parte, en el fideicomiso inmobiliario al costo la liquidación se realiza a la finalización del proyecto inmobiliario, una vez se rinda el informe final de gastos por parte de la constructora y de la fiduciaria, con la liquidación en el fideicomiso inmobiliario al costo se conocerá el valor real del proyecto inmobiliario.

3. CAPÍTULO III. EL FIDEICOMISO INMOBILIARIO AL COSTO Y EL ECUADOR

3.1. Necesidad de regulación

El fideicomiso inmobiliario al costo, es una figura que no se encuentra regulada en la legislación ecuatoriana, algo que, a priori permitiría pensar no impide se la realice, sin embargo, debido a la naturaleza contractual de dicha figura, es necesaria una normativa específica que evite vacíos legales o posibles problemas en su aplicación.

Como fue determinado, el fideicomiso inmobiliario ordinario y el fideicomiso inmobiliario al costo tienen una naturaleza diferente, aunque ambos busquen un mismo fin, un proyecto inmobiliario; lo que lleva a la pregunta, ¿por qué regularlo?

El fideicomiso inmobiliario al costo representa una serie de ventajas para quien busca emplear dicha figura; en primer lugar, la reducción de costos que significará la obtención de la unidad inmobiliaria conforme a todo lo expuesto en el numeral 2.2.4. del presente ensayo.

Posteriormente, es importante mencionar que, los propietarios del bien inmueble serán quienes desarrollarán el proyecto, ya que, en la figura del fideicomiso inmobiliario al costo, los constituyentes serán los beneficiarios, conforme lo señalado en el numeral 2.2.3 del presente ensayo, algo que dista tanto de la manera convencional de construir, como del fideicomiso inmobiliario ordinario, y que, presenta mayor seguridad debido a la protección jurídica que aporta la figura del fideicomiso, esto es, que el patrimonio se encuentra aislado y no responderá por las obligaciones particulares que tengan los constituyentes del proyecto.

A continuación, se puede afirmar que esta figura representa una alternativa para que medianos inversores accedan a realizar inversiones en el campo inmobiliario, algo reservado únicamente para personas con un significativo poder adquisitivo, de acuerdo a Zelmar Michelini:

No es lo mismo construir tu casa en solitario que junto a otras quince personas, y la realización en conjunto permite aprovechar las ventajas que brindan las economías de escala. A través de este sistema, el comprador termina ahorrando hasta un 10% o un 15% de los costos de construcción. (2016, párr. 10)

Se puede afirmar que la modalidad del fideicomiso inmobiliario al costo permite que un grupo de personas pueda organizarse para construir un proyecto inmobiliario para rentabilizarlo tanto como sea posible, dicho proyecto inmobiliario puede ser utilizado para varias actividades económicas, se pueden realizar proyectos que no sean únicamente utilizados como vivienda, por ejemplo hoteles, que servirían para incentivar el turismo, algo que en un país como el Ecuador, que no cuenta con mayor inversión, resultaría de gran utilidad.

3.2 Cambios normativos

La figura del fideicomiso inmobiliario al costo, no puede ser aplicada en el Ecuador sin contravenir la naturaleza de dicho contrato, ya que, no implica un ánimo de lucro.

El tema impositivo que se aplica a la figura del fideicomiso inmobiliario ordinario, que es la figura regulada en el Ecuador, y bajo la cual se intentan desarrollar proyectos inmobiliarios al costo, conlleva el pago de una serie de impuestos que vulneran e impiden el correcto funcionamiento del fideicomiso inmobiliario al costo, algo generado por la naturaleza contractual intrínseca del fideicomiso inmobiliario ordinario.

A continuación, se expondrán los cambios normativos que se requieren para integrar el fideicomiso inmobiliario al costo a la legislación ecuatoriana.

En primer lugar, se debe crear un apartado en la ley de Régimen Tributario Interno por cuanto dicha normativa señala que:

Art. 42.1.- Liquidación del Impuesto a la Renta de Fideicomisos Mercantiles y Fondos de Inversión. - Conforme lo establecido en esta Ley, los fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, deberán declarar y pagar el correspondiente impuesto a la renta por las utilidades obtenidas, de la misma manera que lo realiza el resto de sociedades(...) Para efectos tributarios se entenderá que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera un negocio en marcha, cuando su objeto y/o la actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tenga ánimo de lucro, y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades. Así mismo, para efectos de aplicación del anticipo, en el caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, para determinar el

momento de inicio de la operación efectiva, se tendrá en cuenta el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario o de cualquiera de sus etapas.

En primer lugar, el inicio de la operación efectiva en los fideicomisos inmobiliarios, conforme se señala de manera expresa, partirá del cumplimiento del punto de equilibrio, algo que, conforme se expuso en el numeral 2.3.2 del presente ensayo, tiene diferentes características en el fideicomiso inmobiliario al costo; razón por la que, en un apartado, y de manera expresa se deben señalar las condiciones que se deberán cumplir en el fideicomiso inmobiliario al costo.

A continuación, se debe recordar que el fideicomiso inmobiliario al costo no generará renta, debido a lo señalado en el numeral 2.2.2 del presente ensayo, por lo que debería estar exento de cumplir dicho impuesto, y así permitir la realización del proyecto inmobiliario apegado a la naturaleza contractual del fideicomiso inmobiliario al costo.

Por otro lado, la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores señala que:

Art. 30.- Sistemas de control interno. - Las fiduciarias adoptarán e implementarán sistemas de control interno que contribuyan adecuadamente a administrar los riesgos asociados a cada negocio fiduciario. Para tal efecto, las fiduciarias deberán realizar el análisis del riesgo inherente a su administración, revelar el riesgo a sus clientes, y diseñar e implementar mecanismos para su monitoreo y mitigación.

A más de lo señalado en el inciso anterior, para el caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, la fiduciaria deberá:

(...)6. Vigilar, verificar y certificar, bajo su exclusiva responsabilidad, el cumplimiento de al menos los siguientes parámetros para la conformación del punto de equilibrio:

(...)6.6. Que el financiamiento haya alcanzado el cien por ciento de los costos directos de todo el proyecto; y, en caso de ser por etapas, que el financiamiento haya alcanzado el mismo porcentaje de dicho costo por cada etapa.

El numeral 6 de la norma previamente citada, no permitiría el normal desarrollo de un fideicomiso inmobiliario al costo, debido a que se menciona como requisito mínimo para la certificación del punto de equilibrio por parte de la fiduciaria, que el financiamiento alcance del 100% de los costos del proyecto, o de una etapa; algo que en el fideicomiso inmobiliario al costo se debe sustentar en base a garantías de flujos futuros de los aportantes del fideicomiso, ya que en esta figura los aportes son constantes y programados hasta la finalización del proyecto, conforme lo desarrollado en el numeral 2.3.1 del presente ensayo.

Posteriormente, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), señala que: “Artículo 556.- Impuesto por utilidades y plusvalía. - Se establece el impuesto del diez por ciento (10%) sobre las utilidades y plusvalía que provengan de la transferencia de inmuebles urbanos (...)”

En el fideicomiso inmobiliario ordinario, cuando el fideicomiso transfiere el bien inmueble al comprador o beneficiario, se debe pagar el impuesto a la plusvalía, la tendencia es que el comprador o beneficiario sea quien lo pague, esto sin perjuicio a que el fideicomiso lo pague cuando así se convenga entre las partes; el pago de dicho impuesto resulta lógico, debido al ánimo de lucro presente en dicha transferencia.

Sin embargo, en el fideicomiso inmobiliario al costo no se obtiene rédito o utilidad económica, recordando que ha sido el beneficiario quien ha aportado constantemente para la consecución del bien inmueble, y, razón por la cual no debería pagar dicho impuesto. Para viabilizar la realización del fideicomiso inmobiliario al costo, sin alterar la naturaleza de dicha figura, se debe incluir un

apartado en el COOTAD que regule expresamente la transferencia del bien inmueble al beneficiario y exonerarlo de dicho pago, tomando en cuenta que el constituyente y el beneficiario serán la misma persona, conforme lo desarrollado en el numeral 2.3.1 del presente ensayo.

Finalmente, de acuerdo a lo desarrollado en el numeral 2.2 del presente ensayo, principalmente en la parte concerniente a la norma utilizada en Argentina y Uruguay para regular el fideicomiso inmobiliario al costo, resulta indispensable mencionar la inclusión del fideicomiso inmobiliario al costo como figura en el Reglamento Sobre Negocios Fiduciarios, que detalla y describe los tipos de fideicomisos mercantiles en el Ecuador, reglamento en el que deberían constar las características del fideicomiso inmobiliario al costo; y la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, donde se debe detallar el funcionamiento del fideicomiso inmobiliario al costo de igual manera que se realiza con el fideicomiso inmobiliario ordinario.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

4.1 Conclusiones.

En el presente ensayo se ha podido verificar la importancia de la figura del fideicomiso desde su creación, y como, un contrato basado en la confianza se ha adaptado a las necesidades de cada sociedad a lo largo del tiempo, convirtiéndose en una figura útil para quienes la utilizan.

A continuación, se ha podido constatar como el fideicomiso inmobiliario ha evolucionado en países de la región, permitiendo así, dar un uso más amplio a la figura, pero, sobre todo, diferenciando su uso para obtener réditos económicos, o para obtener bienes inmuebles a menor costo, contando siempre con la seguridad jurídica que brinda la figura del fideicomiso.

Se puede precisar que en el fideicomiso inmobiliario ordinario el ánimo de lucro se encuentra presente, por otra parte, en el fideicomiso inmobiliario al costo lo que predomina es el deseo de obtener un bien inmueble a precio de costo.

El fideicomiso inmobiliario al costo es una figura muy práctica para llevar a cabo proyectos inmobiliarios entre varias personas interesadas a precio de costo, algo que se puede verificar con el uso que se le ha dado a la figura en Argentina y Uruguay, países de la región, donde la figura cuenta con más de una década de existencia.

Finamente se puede concluir que, en el Ecuador, el fideicomiso inmobiliario al costo, permitiría agilizar la economía del país, debido a la facilidad que brindaría a segmentos más amplios de población para llevar a cabo proyectos inmobiliarios, algo que, en tiempos de recesión y desaceleración económica, fomentaría las inversiones locales, lo que conllevaría necesariamente a la generación de empleo y recursos en el país.

4.2 Recomendaciones

Conforme se ha podido describir en este ensayo, tanto el fideicomiso inmobiliario ordinario como el fideicomiso inmobiliario al costo, tienen su origen en la búsqueda de crear un proyecto inmobiliario, utilizando la seguridad jurídica que brinda el uso de un fideicomiso; sin embargo, ambas se diferencian sustancialmente en su finalidad, que en el primer caso es el ánimo de lucro y en el segundo, el deseo de obtener un bien inmueble a precio de costo. Razón por la cual se puede señalar las siguientes recomendaciones en base a la investigación previamente realizada:

Diferenciar la figura del fideicomiso inmobiliario ordinario y el fideicomiso inmobiliario al costo, por cuanto, conforme lo desarrollado en el presente ensayo, se demuestra que ambas figuras suponen un objetivo diferente.

Regular la figura del fideicomiso inmobiliario al costo en la legislación ecuatoriana, para permitir de esa manera la implementación adecuada y apegada a la naturaleza de la figura, evitando vacíos legales que vicien la naturaleza contractual de la figura, principalmente en el tema tributario, que imposibilita la realización de un proyecto inmobiliario al costo bajo la figura de fideicomiso.

Incentivar el uso del fideicomiso inmobiliario al costo, debido a las ventajas que brinda a los interesados en obtener bienes inmuebles a menor costo, manejar incentivos tributarios que se apeguen a la naturaleza contractual de la figura y permitan su uso adecuado.

Finalmente, se puede recomendar difundir el fideicomiso inmobiliario al costo, sus características y funcionamiento, para que un segmento más amplio de la población conozca los beneficios y posibles usos que se le puede dar.

REFERENCIAS

- Cañizares, K. (2013). El Contrato de Fideicomiso Mercantil en la Legislación Ecuatoriana. Tesis para título de abogado. Recuperado el 7 de noviembre de 2016 de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/422/1/tesis.pdf>
- Clusellas, E. (2003). Contratos con garantía fiduciaria. Buenos Aires: Ábaco.
- Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. (2007). Registro Oficial Edición Especial 1 de 8 de marzo de 2007.
- Código Civil Ecuatoriano. (2008). Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. (2011). Registro Oficial No. 303, de 19 de octubre de 2010.
- Código Orgánico Monetario y Financiero Ecuatoriano. (2014). Registro Oficial 332 de 12 de septiembre de 2014.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Etchegaray, N. (2008) Fideicomiso. Buenos Aires: Astrea.
- Gómez, M. (2011). Fideicomisos al costo. Buenos Aires: Bienes Raíces ediciones.
- González, R. (2005) El Fideicomiso. Guayaquil: Edino.
- Hansen, L. (2010) Financiamiento y Fideicomiso. Tratamiento tributario. Buenos Aires: La Ley.
- Hayzus, J. (2004) Fideicomiso. Buenos Aires: Astrea.
- Larroumet, C. (1993) Teoría general del contrato. Bogotá: Temis.
- Ley de Mercado de Valores. (2006). Registro Oficial No. 215, de 22 de febrero de 2006.
- Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. (2004). Registro Oficial No. 463 de 17 de noviembre de 2004.
- Lisoprawski, S. (2009). Practica del fideicomiso. Problemas y soluciones. Aspectos civiles, comerciales y penales. Buenos Aires: AbeledoPerrot.

- Lisoprawski, S. (2011). Fideicomisos de construcción “al costo”. Recuperado el 19 de octubre del 2017 de http://www.caq.org.ar/images/fideicomiso_10_2016/Lisoprawski_Fideicomisos_al_costo.pdf.
- Lorenzo, G. (2011). Fideicomisos al costo para la construcción. ¿Novedad o novelería? Recuperado el 19 de noviembre del 2017 de http://bearhsted.com/sym/wp-content/uploads/2016/04/8-fideicomisos_columna.pdf.
- Malagón, J. (2002). Fideicomiso y concesión. Ciudad de México: Porrúa.
- Michellini, Z. (2016). Nueva forma de adquirir vivienda desafía al mercado. Recuperado el 10 de octubre del 2017 de <http://www.elpais.com.uy/informacion/nueva-forma-adquirir-vivienda-desafia-mercado.html>.
- Mosqueira, M. (2009). Fideicomiso como herramienta financiera. Recuperado el 17 de noviembre de 2016 de http://nulan.mdp.edu.ar/641/1/mosqueira_ma.pdf.
- Reglamento sobre negocios fiduciarios ecuatoriano. (2001), Registro Oficial No. 367, de 23 de julio de 1998.
- Rodríguez, S. (2017) Negocios Fiduciarios. Bogotá: Legis.
- Ruiz, Gervasio. (2011). Fideicomisos al costo. Buenos Aires: Bienes Raíces ediciones.
- Salvador, M. (2008). ¿Qué es el fideicomiso mercantil? Recuperado el 5 de diciembre de 2016 de <http://cywlegal.com/inter.asp?s=3&ss=8&n=113>.
- Schenone, M. (2013). ¿Fideicomiso inmobiliario? ¿Al costo? ¿Cierto? Recuperado el 10 de septiembre del 2017 de <http://www.cdsyasociados.com.ar/fideicomiso-inmobiliario-al-costo-cierto/>.
- Tabakman, D. (2011), Fideicomisos al costo. Buenos Aires: Bienes Raíces ediciones.
- Terranova, I. (2011). Fideicomiso como herramienta financiera. Recuperado el 10 de noviembre de 2017 de

http://bdigital.uncu.edu.ar/objetos_digitales/5189/terranovalfideicomisocomoherramientafinanciera.pdf.

Universidad de Azuay (2008). El fideicomiso mercantil en el Ecuador, origen, desarrollo y ventajas en su aplicación. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/3016/1/07036.pdf>.

Vargas, A. (2014). Aplicación del Fideicomiso en Garantía como medio alternativo para garantizar el cumplimiento de obligaciones hipotecarias en el Ecuador. Universidad Central del Ecuador. Recuperado el 12 de noviembre de 2017 de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3482/1/T-UCE-0013-Ab-201.pdf>.

Viteri, R. (2016). Un contrato de confianza. Revista Guía empresarial del Fideicomiso, Pág. 1. El Comercio.

