

El Fideicomiso Mercantil Inmobiliario en el Ecuador



Abg. Rafael R. Sandoval Vela

Gerente General de la compañía ZION Administradora de Fondos y Fideicomisos S.A.,

El Fideicomiso Mercantil es una figura jurídica¹ en la cual existe un constituyente, quien realiza la transferencia o aporte del o los bienes y/o derechos a favor de un beneficiario, los cuales son administrados por una empresa

¹Entiéndase como figura jurídica a un contrato, que para efectos de un fideicomiso mercantil debe ser celebrado por escritura pública de índole mercantil, el cual puede ser celebrado por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

fiduciaria para cumplir una finalidad específica estipulada en el contrato de constitución.

La figura del fideicomiso mercantil fue implantada en el ordenamiento jurídico ecuatoriano por medio de la promulgación de la primera Ley de Mercado de Valores en el Registro Oficial Suplemento No. 199 el 28 de mayo de 1993, al incorporar el título innumerado del fideicomiso mercantil luego del artículo 409

del entonces Código de Comercio, título que contuvo escasamente no más de cuatro artículos relacionados al fideicomiso mercantil. Sin embargo, la Ley de Mercado de valores expedida años después (23 de julio de 1998), misma que derogó expresamente a la anterior, es la que le otorgó y empoderó al Fideicomiso Mercantil, dando la facultad a este de adquirir derechos y obligaciones, lo que conllevó a que este pueda ampliar su gestión y funcionamiento.



Siendo así, en el Ecuador la figura del Fideicomiso Mercantil se encuentra vigente desde hace más de casi dos décadas, a su vez en la legislación ecuatoriana existen cuatro clases de este tipo de negocio fiduciario, las cuales, según las Disposiciones Generales, Título XIII: Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario del Libro Segundo Tomo X de la Codificación de Resoluciones de la Junta Política Monetaria, se dividen en Fideicomisos Mercantiles de Garantía, de Inversión, de Administración y los Inmobiliarios, siendo estos últimos los que tomaron mayor ímpetu en los últimos años dentro del Ecuador debido a la transparencia y seguridades que existen para las partes de dicho negocio.

En este sentido, la misma figura fiduciaria ha sido utilizada en distintos países de América Latina. Así es como en la Argentina el desarrollo del Fideicomiso Inmobiliario se dio en vista a las necesidades industriales y del desarrollo del país así como de las crisis económicas

que lo afectaron; a diferencia del Ecuador, en el mencionado país el desarrollo inmobiliario surgió a partir de la inversión extranjera que inició en el año 2002; año en el cual inversionistas extranjeros aprovecharon la crisis económica argentina.

De igual manera, Uruguay destaca la seguridad jurídica que brinda la constitución de un patrimonio autónomo denominado en ese país como Fideicomiso al Costo, figura que no existe expresamente en la legislación ecuatoriana pero que se asemeja a la de un Fideicomiso Inmobiliario, figura que es aceptada y está tomando fuerza en el mercado uruguayo en vista que para el inversor representa una tranquilidad el poder comercializar independientemente los bienes que son desarrollados por el referido tipo de negocio fiduciario.

Por otro lado, es de suma importancia destacar la figura de la Fiduciaria en el proceso de instrumentación y administración de los proyectos inmobiliarios

desarrollados por medio de fideicomisos mercantiles. Tal como lo estipula el Art. 30.-, Subsección III, del Capítulo III del Tomo X de la Codificación de Resoluciones de la Junta Política Monetaria, el control sobre el desarrollo del proyecto y del cumplimiento de las normas legales pertinentes recae expresamente sobre la Fiduciaria.

La responsabilidad que el Fiduciario tiene en los Fideicomisos Mercantiles, todo en cuanto las obligaciones y las actividades que tiene dentro de su gestión son trascendentales para llegar a cumplir con la finalidad pretendida por el patrimonio autónomo, de igual manera, la gestión del fiduciario está ligada, sin lugar a dudas, a la claridad y transparencia del contrato constitutivo del fideicomiso mercantil, lo cual resume, la calidad en su estructuración.

En el Ecuador la figura de las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos se creó a partir de la reforma integral que sufrió la ley de mercado de valores en el año 1998. Así mismo, este tipo de sociedades son las únicas que se encuentran facultadas legalmente en administrar un patrimonio autónomo denominado fideicomiso mercantil. El rol de las fiduciarias no se limita únicamente a recibir instrucciones y cumplir con el objeto del fideicomiso sino también en aplicar un correcto criterio durante su administración; lo cual si no está plenamente definido en el contrato de constitución puede llegar a generar una ambigüedad en la interpretación que apliquen los entes de control al momento de realizar las auditorías y revisiones

correspondientes; de ahí el por qué es de vital relevancia recalcar lo fundamental de tener un contrato de constitución claro para todas las partes participantes del negocio fiduciario.

La elección del Fiduciario es de igual valor; la mala administración en un negocio fiduciario conlleva a una problemática que puede radicar o no en la claridad de instrucciones, de las obligaciones de las partes, de la designación y responsabilidad de sus contratistas, inclusive cuando existen costos que no han sido contemplados inicialmente en el contrato y que pueden llegar a perjudicar a un proyecto en desarrollo; todos estos, entre otros, son los que están inmersos en la idoneidad de los participantes del negocio fiduciario y en especial a las Fiduciarias.

Es por tal razón, que al momento de elegir una administradora y de estructurar el contrato de constitución del Fideicomiso

Mercantil, la transparencia es medular para el desenvolvimiento del mismo.

Existen consideraciones adicionales que las partes deben de tomar en consideración al momento de la elaboración del contrato de constitución del Fideicomiso Mercantil y esto es el ordenamiento legal que rige la implementación y desarrollo de los Fideicomisos Mercantiles.

En la misma línea, en el Ecuador existen dos ordenamientos legales que son de carácter vinculante al desarrollo inmobiliario y que presiden en su mayoría el desarrollo y promoción de proyectos inmobiliarios. Siendo el primero el Reglamento de Funcionamiento de las Compañías que realizan Actividad Inmobiliaria, emitido por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, el cual, en sus versiones anteriores establecía un vínculo directo con el manejo que las Fiduciarias deberían de tener en el desarrollo

de proyectos inmobiliarios, atando directamente la actividad inmobiliaria con la administración fiduciaria por medio de la obligatoriedad en la constitución de un negocio fiduciario, mismo que debía administrar los recursos dinerarios provenientes de los promitentes compradores hasta que el constructor o promotor certificase a la fiduciaria que había cumplido con las condiciones que mandaba el señalado reglamento.

Lo cual, a criterio del suscrito, permitía una forma de integrar formalmente dos mercados que han trabajado juntos durante décadas, esto es el inmobiliario y el fiduciario, otorgando resguardo y transparencia en el manejo del flujo entregado por terceros, tomando en consideración las premisas anteriormente citadas.

El reglamento actual dirige toda la responsabilidad a la empresa que tenga a cabo el desarrollo del proyecto como tal.





El segundo ordenamiento a considerar particularmente son las resoluciones emitidas por la Junta Política y Regulación Monetaria Financiera, tanto como aquellas contenidas en la Ley de Mercado de Valores del Libro II del Código Orgánico Monetario Y Financiero; en especial la inclusión del Artículo 30, mencionado en párrafos anteriores, artículo que numeró los controles y criterios que las fiduciarias debían aplicar en el manejo de Fideicomisos Mercantiles Inmobiliarios, modificando un esquema en el cual se permitía a los partícipes del negocio establecer sus propios términos y condiciones respetando un marco legal previamente establecido, como fue, en su momento, los preceptos del punto de equilibrio, los cuales con el enunciado artículo, fueron detallados y regulados en su totalidad, tales como, qué comprende el punto de equilibrio, legal, técnico y financiero, dejando de lado la flexibilidad contractual que existía sobre estos en años anteriores.

Pese a todas estas directrices, el Fideicomiso Mercantil Inmobiliario fue una herramienta que sirvió para el desarrollo, promoción y construcción de proyectos inmobiliarios de toda índole a nivel de todo el territorio ecuatoriano, esto hasta la promulgación de la reprochada “Ley Orgánica Para Evitar La Especulación Sobre El Valor De Las Tierras Y Fijación De Tributos”, también llamada “Ley a la Plusvalía”. Con relación a esta, únicamente nos enfocaremos en el contenido del primer inciso del artículo 561 del Código Orgánico

de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, reformado por el artículo 4 de esta ley:

“Art. 4.- A continuación del artículo 561 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, agréguese la siguiente sección:

Sección Décimo Segunda
IMPUESTO SOBRE EL VALOR
ESPECULATIVO DEL SUELO
EN LA TRANSFERENCIA DE
BIENES INMUEBLES



Artículo 561.1.- Objeto imponible. Gravar a la ganancia extraordinaria en la transferencia de bienes inmuebles. En el caso de aportes de bienes inmuebles, únicamente estarán gravados aquellos realizados a fideicomisos o a sociedades, que tengan como fin último la actividad económica de promoción inmobiliaria y construcción de bienes inmuebles para su comercialización, conforme a las condiciones y requisitos establecidos por el órgano rector de la política de desarrollo urbano y vivienda. (...)"

De todo lo expuesto y comentado, el artículo aquí citado, desvirtúa todo principio de desarrollo que un país como el Ecuador necesita, poniendo en jaque-mate la utilización de una figura contractual, como la es la del

fideicomiso mercantil inmobiliario, que ha sido motor precursor para la implementación de proyectos inmobiliarios.

Consecuentemente, son este tipo de normativas que producen un freno en cualquier tipo de inversión local o extranjera en nuestro mercado y con seguridad los datos estadísticos del 2017 (a la presente fecha aún no publicados) acorde al desarrollo de nuevos proyectos en comparación con años anteriores, reflejará un diferencia abismal, lo cual conlleva a una limitante a una fuente de trabajo para la sociedad ecuatoriana; ni mencionar del decrecimiento en la generación de negocios fiduciarios de esta naturaleza, no por una figura mal regulada, pero sí por una figura contractual que ha sido violentada

y virtualmente desechada con la imposición de un impuesto que no fue creado con la finalidad de un crecimiento económico sostenible, como tantos otros.

Finalmente, a la fecha de elaboración del presente editorial la consulta popular convocada para inicios de febrero del 2018 aún no ha sido llevada a cabo, por lo que es incierto si el panorama inmobiliario – fiduciario va a tomar un giro positivo respecto a su crecimiento o si continuaremos bajo la normativa actual, aquella que únicamente ha limitado el desenvolvimiento de un sector de gran importancia local o si existirá un tercer escenario, en el cual se logre la derogación de la conocida Ley a la Plusvalía y meses más tarde existan nuevas condiciones que atenten nuevamente al mismo u otro mercado de igual importancia.

