



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DISERTACION PREVIA A LA OBTENCION DEL TÍTULO DE

ABOGADO

**“ANÁLISIS DEL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS DEDUCCIONES
PARA EL PAGO DE IMPUESTO A LA RENTA EN LOS FIDEICOMISOS
MERCANTILES”**

CRISTIAN DAVID CRESPO SÁNCHEZ

DIRECTOR: CARLOS PONTÓN CEVALLOS

QUITO, 2015

Agradecimiento:

A mis padres por ser mi soporte. Agradezco su abnegación y esfuerzo constante. Todas las metas propuestas no serían posibles sin su apoyo.

A mi hermana y querida sobrina por llenar de alegría mi vida.

A mi novia Michelle por ser incondicional.

A mi familia en general, todos sus consejos, enseñanzas son lecciones de vida.

Resumen:

La institución del fideicomiso mercantil demanda que en su entorno se desarrollen diversas ramas del derecho, una de las fundamentales es el derecho tributario.

En concordancia con lo dicho, el correcto enfoque que la legislación de cada país de a los aspectos tributarios, derivados de la administración de fideicomisos mercantiles, hace que la institución se desarrolle con normalidad.

En Ecuador, existe un aspecto sui generis en la institución fideicomiso mercantil, pues está dotado de personalidad jurídica y; en razón de aquello, el tratamiento tributario que dispone la normativa, es el mismo que aplica para las sociedades mercantiles (compañías).

El presente trabajo analiza la naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil para determinar si es correcto el tratamiento tributario que dispone la legislación ecuatoriana, enfocándose en el impuesto a la renta, o en su defecto sí, las características especiales del fideicomiso mercantil ecuatoriano, exigen que se desarrolle un régimen jurídico tributario especial, para el correcto desarrollo.

INDICE GENERAL

Portada	1
Agradecimiento	2
Resumen	3
Índice General	4
Introducción	7
I CAPÍTULO.- El Fideicomiso Mercantil como institución jurídica	8
1.1 El Fideicomiso Mercantil como Ficción Jurídica	8
1.1.1 Origen	8
1.1.2 Nociones prácticas y su aplicación en el Ecuador	13
1.1.3 Esencia del Fideicomiso Mercantil	16
1.2 El Patrimonio Autónomo	17
1.2.1 Naturaleza Jurídica del Patrimonio Autónomo	19
1.2.2 Bienes separados del resto del activo	25
1.2.3 Bienes excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario y del fiduciante	31
1.2.4 Bienes excluidos del fiduciario	31
1.3 Partes intervinientes en el contrato de fideicomiso	32
1.3.1 Constituyentes	33
1.3.2 Fiduciaria o Agente de Manejo	34

1.3.3	Beneficiarios	36
1.3.4	Organismo de control	39
1.4	Tipos de Fideicomisos Mercantiles	39
1.4.1	Administración	40
1.4.2	Inmobiliarios	40
1.4.3	Titularización	41
1.4.4	De garantía	43
1.5.5	De inversión	44
II	CAPÍTULO.- Régimen Tributario aplicable a los Fideicomisos Mercantiles en el Ecuador	46
2.1	Régimen Impositivo	46
2.1.1	Naturaleza jurídica de los impuestos	53
2.1.2	Tipos de impuestos	53
2.1.3	Sujetos intervinientes	54
2.1.4	Qué tipo de sujeto es el fideicomiso mercantil a la luz de la ley tributaria vigente en Ecuador	55
2.2	El Impuesto a la Renta	59
2.2.1	Objeto del Impuesto a la Renta	59
2.2.2	El Impuesto a la Renta aplicado al Fideicomiso Mercantil en el Ecuador	61
III	CAPÍTULO.- Tratamiento tributario que aplica a los fideicomisos mercantiles, específicamente en el Impuesto a la Renta	66
3.1	Análisis de la interpretación y tratamiento jurídico que realiza la Administración Tributaria con referencia a los Fideicomisos Mercantiles	66

3.2	Análisis del criterio jurídico-tributario del Servicio de Rentas Internas ecuatoriano de acuerdo a la consulta realizada por la Asociación de Fiduciarias del Ecuador	72
3.3	El Fideicomiso Mercantil como mecanismo que sirve de medio para desarrollar diferentes actos o negocios	79
3.4	La no deducibilidad de los gastos generados por el fideicomiso mercantil, previo a la determinación del impuesto a la renta, para constituyentes o beneficiarios de fideicomisos.	81
	Conclusiones	85
	Bibliografía	87

Introducción:

La presente investigación tiene por objeto dilucidar nociones y características importantes del fideicomiso mercantil como ficción jurídica que sirve de medio para emprender una serie de negocios, de tal manera que se pueda concluir cual es la normativa tributaria que debería desarrollarse en Ecuador, específicamente en lo relativo al impuesto a la renta para la eficiente aplicación de esta institución jurídica.

El análisis de este tema será enfocado desde el punto de vista jurídico fiduciario a fin de demostrar la importancia del fideicomiso mercantil como un medio útil para realizar negocios de confianza; para luego aterrizar en la normativa tributaria que regula esta institución jurídica; y, así, con este análisis, concluir en la importancia de la existencia de un tratamiento tributario especializado en materia de impuesto a la renta.

El mencionado tratamiento tributario especializado deberá considerar y precautelar la naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil con el objeto de hacer viable su ejecución: es decir, conseguir que quienes hacen uso de esta figura para la instrumentación de sus negocios, no conciban los aspectos tributarios del fideicomiso mercantil como un limitante de la figura.

I. CAPÍTULO.- EL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO INSTITUCIÓN JURIDICA

1.1.- Fideicomiso Mercantil como Ficción Jurídica

1.1.1 Origen

Antecedentes del Derecho Romano.-

La palabra “fiduciario” proviene del latín “fiducia”, que se traduce como “confianza”; y, el término “Fideicomiso”, proviene del latín “fideicommissum”, derivado de los vocablos “fides” y “commissus” que significan fe y confiado¹.

Las dos principales modalidades del fideicomiso estuvieron constituidas por el “Pactum fiduciae cum creditore” y “Pactum fiduciae cum amico”.

Pactum fiduciae cum creditore

Implica un acuerdo, con la obligación para el adquirente, de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias.

En su tiempo se concibió como un negocio a título oneroso y representaba la forma de garantía consistente en que el deudor, requerido por su acreedor para prestarle una seguridad real, transfería por mancipatio o in jure cessio, la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la obligación.² Es así que, apareció como un negocio de garantía.

En el derecho romano se consideró la primera garantía real. En definitiva el deudor transfería la propiedad de un bien inmueble al acreedor, con todas las desventajas que esto significaba para el deudor pues, no existía una institución que hiciera valer los

¹ Diccionario enciclopédico hispanoamericano (ed.Barcelona, 1912, t IX, p335)

²RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Negocios Fiduciarios su significación en América Latina, editorial Legis, Colombia, edición 2005, pág. 7.

derechos que el deudor tenía sobre ese inmueble y tampoco se dejaba evidenciada la calidad de garantía que representaban en la relación contractual, por tanto, la devolución de los bienes dependía de la buena fe del acreedor.

Pactum fiduciae cum amico

Era utilizado para transferir los bienes de una persona a otra con el fin de defenderlos de ataques de terceros. Lo trascendental de esta institución era la confianza del fiduciante que, ciegamente, transfería sus bienes a un tercero para que dicha persona de confianza³ tenga la disposición real de los bienes, a pesar de que quien se los transfirió era el dueño moral, por así llamarlo. El acto de entrega en propiedad de la cosa a un amigo, se realizaba por el interés o necesidad de quien transfería, es decir, el fiduciante.

Esta institución comprendía las más variadas finalidades y en el transcurso de los años fue evolucionando. Se forjó a partir de una noción de amistad, la cual prevalecía en el mundo romano, pues era vigilada por un estatuto moral muy rígido. Se utilizó para dar en fiducia a un amigo aquellas cosas mancipables o mancipi que tenían peligro de ser embargadas, confiscadas o tenían peligro de destrucción. Como se puede ver, este tipo de protección que brindaba el fiduciario no consistía en protección física, sino que también podía ser protección jurídica, que de cierta forma es intangible. Así, en muchas de las ocasiones, la transferencia que hacía el fiduciante era completa: tanto física como jurídica,

³ En estricto sentido la institución, tanto para el derecho romano, como para el derecho inglés (trust) ejerce su pilar fundamental en la confianza, de tal manera que se lo conoce como un contrato de buena fe. En esencia lo que supuso este tipo de práctica jurídica es la transferencia de la propiedad de una persona a otra por medio de la mancipatio o la in jure cesio con el compromiso de que quien recibía la cosa, luego de cumplido determinado fin, tenía que devolverla. Como podemos ver la institución en sus inicios tenía su fundamento en ser un medio de sucesión por la cual, quien pretendía dejar sus bienes a sus descendientes lo realizaba mediante la persona de confianza.

con lo que se desprendía de todo vínculo con el bien; y, en otras ocasiones, el fiduciante tan solo se desprendía del vínculo jurídico y conservaba la tenencia de los bienes.

La transferencia de los bienes al fiduciario le dotaba de los mismos derechos de dueño, de tal manera que tenía todas las facultades de cualquier persona que fuera titular de un bien y, con ello, la posibilidad de reivindicación de dominio, de enajenación, constitución de gravámenes, aprovechamientos de frutos, etc. Sin embargo, el manejo de los bienes no se daba de tal manera en la realidad, ya que quien hacía de fiduciario tenía que restituir la res mancipi según los términos pactados en el pactum fiduciae, si no lo hacía así y si existía dolo, se le condenaba con el actio fiduciae, cuya consecuencia era la nota de infamia. Cosa distinta, sobre todo en la fiducia cum creditore, fiduciante y fiduciario acordaban que en caso de que el primero no logre satisfacer su obligación en el plazo acordado, el fiduciario tenía la facultad de enajenar la cosa, cobrarse con el precio y devolver lo que sobre.⁴

Principio de la fides:

“Fides” es un término en latín que traducido al español significa “confianza”⁵; y, por su definición, se constituye como el principio en el cual se fundamenta el negocio fiduciario.

⁴ SCHULZ, Fritz. Trad. SANTA CRUZ TEIGEIRO, José. Derecho Romano. Clásico. Ed. Bosch. Barcelona, 1960, p.388

⁵ ÁLVAREZ, Ursicino, Curso del Derecho Romano T.I Revista de derecho privado. Madrid. 1955, pp 153 y ss. “El principio de la fides (...) Aún dentro de la polémica que ha despertado la significación primitiva, de esta palabra, parece poder afirmarse que originariamente significó algo equivalente a “vinculación”, designando el acto por el cual una persona entregaba o vinculaba la voluntad de otra; más tarde encerraría en su significación las razones o causas que justificaban esta vinculación, siendo equivalente a “tengo confianza, tengo fe”, y de aquí, en una consideración de reciprocidad, merezco la fe de alguno”. A esta significación se unió la de “responsabilidad”, pasando a tener sentido de cumplir la palabra empeñada, y a implicar el sentimiento de lealtad contractual, del cumplimiento fiel de los convenios concretados, aunque no fueran exigibles jurídicamente equivaliendo por tanto a honorabilidad, probidad, garantía, honradez, confianza, fe, tanto la que uno mismo inspira a sus conciudadanos, como la que ellos son capaces de inspirarnos.

Este principio rebasaba la esfera de lo estrictamente jurídico y se manejaba en la línea de la vinculación coercitiva, tanto social como moral; y, si bien es cierto que no era jurídicamente vinculante, este principio tuvo amplia importancia en el área del Derecho.

Para muchos autores, este tipo de negocio es uno más de los de confianza, como el caso del depósito, del mandato y de la prenda con desplazamiento. Sin embargo, otra parte de la academia asegura que, en realidad, este tipo de negocios nacen por la confianza esencialmente y que son totalmente diferenciables de los negocios de confianza, a pesar de ser delgada la línea que los distingue.

La evolución de esta institución ha sido significativa, sin embargo, su característica principal no varía en lo más mínimo pues, como tal, el contrato de fideicomiso hoy en día, así como en el derecho romano, se lo celebraba en base a la confianza entre fiduciante y fiduciario, entonces se concluye que la evolución se enmarca en los fines con que antiguamente se utilizó esta figura y con los que se utiliza hoy en día.

En la actualidad existen entidades reguladoras tales como Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros en el caso de Ecuador, que controlan a las entidades que realizan administración de fideicomisos. Adicionalmente, la figura jurídica ha sido modificada de tal manera que la transferencia de dominio ya no se realiza a la persona de confianza *per se*, sino a un patrimonio autónomo, lo que genera más seguridad al constituyente o fideicomitente, pues los patrimonios están totalmente individualizados. Cabe señalar que estos particulares han sido señalados brevemente para los efectos que constan a continuación, pero que serán desarrollados al detalle más adelante.

A diferencia de cómo se opera en la actualidad, imaginemos aquella época en la que no existía un responsable que controlara que el objeto de la transferencia de los bienes del constituyente al fideicomiso, realmente se cumpla, existía un contingente muy alto para quien entregaba sus bienes, de tal manera que tenía que confiar en el fiduciario, como en su propia persona, para arriesgar la realización de este tipo de negocio jurídico.

De ahí que, como se ha mencionado anteriormente, la confianza era la base fundamental para esta institución y su evolución. Las personas a quienes se confiaba tenían que ser honorables y, efectivamente, debieron actuar como tal, puesto que, hoy por hoy, después de miles de años, esta institución jurídica sigue viva y no ha quedado olvidada como tantas.

“No fue por azar ni por simple coincidencia que los romanos denominaron a este contrato con la primera palabra que, en su idioma, significaba confianza, sino que escogieron tal palabra cuidadosamente, pues era indudablemente la que mejor expresaba la naturaleza y el carácter íntimo de esta figura.

En efecto, según queda visto, el éxito de la finalidad perseguida mediante la fiducia radicaba, básicamente, en que el fiduciario cumpliera con escrupulosa sujeción lo acordado, las obligaciones que había adquirido. De lo contrario podría ocurrir, en el caso de la fiducia cum creditore, que el fiduciario se quedara con la propiedad a pesar de haberle sido oportunamente cubierta su acreencia, con lo cual el deudor experimentaría notable perjuicio”.⁶

En el caso del derecho anglosajón, esta figura nace como el “trust”, carácter de la confianza de los *uses*. Naturalmente, los *uses* implicaban que el usuario tuviera en el

⁶ CASAS SANZ SANTA MARÍA, Eduardo, La Fiducia, 1997, Ed. Temis. Bogotá. 1997, p. 19.

adquirente del bien la misma confianza que, en su época, había de tener el propietario romano en el fiduciario, puesto que, no reconociendo el *common law* la institución del “use”, no le dispensaba, tampoco protección alguna, con lo cual la obligación del comprador era, según queda dicho, puramente de conciencia”.⁷

1.1.2.- Nociones prácticas y su aplicación en el Ecuador

“En el Ecuador el fideicomiso fue incorporado al Código de Comercio en 1993 mediante la reforma a dicho Código establecido por la Ley No. 31 de Mercado de Valores (regulado en el título XV denominado del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario” de la Ley de Mercado de Valores). Sin embargo, a mediados de 1998, la figura del fideicomiso fue regulada con mayor precisión mediante sanción de la ley No. 107 (Registro Oficial No. 367, 23/VII/98) “Ley de Mercado de Valores” que profundiza, actualiza y sustituye las normas de la Ley No. 31 y mediante Reglamento General de la Ley No. 107 establecido por el Decreto No. 390 (Registro Oficial No. 87, 14/XII/98)”.⁸

En la actualidad, la norma vigente que regula los fideicomisos mercantiles, es la Ley de Mercado de Valores publicada en el suplemento del Registro Oficial número 215 de fecha 22 de febrero de 2006, cuerpo normativo que ha sufrido reformas importantes en el año 2014. Dichas reformas se encuentran publicadas en el primer suplemento del Registro Oficial número 249 de fecha 20 de mayo de 2014; y, en el segundo suplemento del Registro Oficial número 332 de fecha 12 de septiembre de 2014, normativa final que en su artículo 109 define al fideicomiso como:

⁷ CASAS SANZ SANTA MARÍA, Eduardo, La Fiducia, 199, Ed. Temis. Bogotá. 1997, p. 19.

⁸ MALUMIA, Nicolás, Fideicomiso y securitización, análisis legal, fiscal y contable, 2da edición, Buenos Aires, 2006, pág. 229.

“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”.⁹

Como se puede ver, la definición legal conlleva una carga significativa, a más de la que a simple vista se puede apreciar, pues el contrato se basa en la confianza de quien aporta

⁹ Ley de Mercado de Valores ecuatoriana, vigente.

sus bienes con el fin de que se cumpla con sus instrucciones. Más adelante, se analizará el resto de elementos de esta definición que dispone la legislación ecuatoriana.

El fideicomiso, en general, como institución jurídica, puede tener dos derivaciones muy marcadas, ya sea de origen romano o de origen angloamericano. Sin embargo de lo dicho, en nuestro país se rige con sus propias particularidades, y adopta la figura latinoamericana de la institución, es decir, se distingue claramente de los orígenes romano y angloamericano.

En el caso de la figura latinoamericana, la transferencia no se realiza a una persona de confianza cualquiera, de tal manera que el bien transferido ingrese al patrimonio de la persona o tercero de confianza, a quien a su vez le encomienda el bien fideicomitado. En este caso, se transfiere a un patrimonio autónomo administrado por un tercero especializado.

Tampoco se realiza una transferencia de “doble propiedad”, característica principal del trust (Angloamericano). De ahí que el fideicomiso latinoamericano fue en realidad el producto de la imposibilidad de adoptar el trust en los países de tradición jurídica romana.

Diferencias:

TRUST	FIDEICOMISO
Para el <i>Common Law</i> , los efectos del <i>use</i> eran los de conferir al <i>trustee</i> la propiedad legal (<i>legal ownership</i>) de la tierra, mientras que el <i>cestui</i> que	La transferencia de dominio se realiza a favor de otro sujeto de derecho y la transferencia se realiza en su totalidad, es decir uso, goce y disposición. No existe

<p><i>use</i> (beneficiario), tendría una propiedad reconocida sólo por la <i>Equity</i> (<i>equitable ownership</i>).</p>	<p>distinción (desdoblamiento) de la propiedad.</p>
--	---

1.1.3.- Esencia del Fideicomiso Mercantil:

La importancia del fideicomiso radica en que éste no es un fin en sí mismo, sino que, y por tanto, se lo debe analizar como un medio o vehículo apto para otorgar seguridades y garantías a un negocio subyacente determinado.

En efecto, el fideicomiso, según la definición de la ley vigente en Ecuador, constituye un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario y del fiduciante (art. 109 de la Ley de Mercado de Valores), y, como tal, queda exento de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciario y del fiduciante, salvo la acción de fraude.¹⁰

Estas seguridades y garantías permiten el efectivo cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, pues se separa la porción de patrimonio de las agresiones de los acreedores, y por el otro lado también se aíslan las consecuencias de la dinámica del fideicomiso, salvo culpa o dolo del fiduciario. No obstante, ser un patrimonio separado de constituyentes, beneficiarios y administrador, es tan solo un medio para cumplir con las instrucciones estipuladas en el contrato y esa constituye su esencia o parte medular.

¹⁰ Fraude utilizando el fideicomiso como medio.- Los constituyentes del negocio fiduciario, que conciben el negocio desde un inicio, con fines ilícitos y pretenden utilizar la figura jurídica como medio para eludir cualquier tipo de normativa vigente. En el caso ecuatoriano, en innumerables ocasiones se ha pretendido utilizar de manera ilícita esta figura, sin embargo, la legislación poco a poco se ha ido robusteciendo a fin de ir cerrando brechas, vacíos jurídicos, etc., con el fin de que esta figura sea correctamente utilizada. Tomemos en cuenta que una de las principales características del fideicomiso es la inembargabilidad respecto de los patrimonios de los constituyentes, beneficiarios y del patrimonio de la administradora (llámese fiduciaria) y es por ahí donde nacen las ideas de utilizarlo como medio para eludir obligaciones. Es imprescindible tomar en cuenta como piedra angular que el fideicomiso se debe utilizar como medio para realizar actos o negocios como si lo estuviese realizando cualquier persona ya sea natural o jurídica.

El fideicomiso canaliza un determinado negocio jurídico que le da sustento. El fideicomiso tiene sentido en cuanto su estructura sustancie un determinado fin o se ejerza en beneficio de una determinada persona, la administración de un inmueble o de otros activos, o incluso la garantía de otra obligación.

Es por ello que el presente trabajo busca analizar en un sentido más amplio la naturaleza del fideicomiso, con el fin de que las instituciones que giran en torno a esta institución sean adaptadas de tal manera que no resten operatividad en su ejercicio; dicho de otra forma, que el fideicomiso sea analizado como una figura sui generis y demostrar la necesidad del desarrollo de legislación que viabilice su correcto funcionamiento. En Ecuador, la institución jurídica del fideicomiso mercantil ha sido adaptada a la normativa aplicable a otras instituciones, de manera contraria a la opinión de la presente disertación, que considera que las ramas del derecho deben adecuarse al fideicomiso.

1.2 Patrimonio Autónomo

Al empezar el estudio del fideicomiso, es preciso empezar por la característica principal de esta institución, y es vital saber que existe la transferencia de dominio de un bien de por medio. Esta transferencia, conjuntamente con otras características, da origen a las obligaciones fiduciarias que recaen sobre quien actúe como fiduciario o administrador.

A pesar de parecer sencilla la figura y su connotación, no lo es, pues bajo la mayoría de legislaciones a nivel de Latinoamérica, este tipo de contrato tiene dos caras, pues por una parte es un contrato de servicios entre el constituyente y el fiduciario; y, por otro lado, es un contrato de transferencia de dominio de un bien; ambos actos están¹¹ contenidos en un

¹¹ Distinción: No es lo mismo que dos contratos se contengan en un mismo instrumento a que en un mismo contrato se contengan dos tipos de actos o negocios jurídicos.

sólo contrato, por lo cual tiene una característica peculiar en virtud de la cual se hace referencia a su complejidad.

Para realizar el análisis de este contrato se debe tener clara esta parte bifásica. Así, para entender a profundidad la transferencia de dominio, es necesario primero entender qué significa el patrimonio autónomo, pues la transferencia, como ya se ha expresado en anteriores ocasiones, no se realiza a favor de la fiduciaria ni sus propietarios.

Existen dentro del Derecho, ciertas instituciones jurídicas llamadas ficciones, pues como su nombre lo indica, son creaciones del intelecto o inventos, que tienen como fin canalizar ciertos negocios, actos o contratos, de tal manera que sean lícitos y que estén estipulados en la ley a pesar de que por su naturaleza o por las circunstancias físicas no existan, un ejemplo de esto son las sociedades.¹² Una parte importante del análisis de la transferencia de dominio versa sobre esta ficción jurídica llamada “patrimonio autónomo”, pues, en definitiva, se convierte de cierta forma en sujeto o elemento subjetivo dentro de la relación de transferencia de dominio.

Se concibe al patrimonio como el “conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas perteneciente a una persona que tengan una utilidad económica y sean susceptibles de estimulación pecuniaria,”¹³; o. como es concebido de forma escueta, el patrimonio es el conjunto de relaciones jurídicas valorables en dinero pertenecientes a una persona.

Sobre la naturaleza y definición del patrimonio, existen dos teorías:

Puede realizarse un levantamiento de hipoteca y compraventa de un inmueble en un mismo instrumento, pero cada uno es un diferente tipo de contrato, tan sólo se los celebra en un mismo instrumento.

¹² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho usual; tomo IV: F-K , 30ª Ed , Buenos Aires, Heliasta, 2008, pag. 66. “Ficción (...) “1.Precisiones y función. Jurídicamente, ficción por antonomasia (y también ficción legal o de Derechos) es la suposición que la ley hace atribuyendo a una persona o cosa calidad o circunstancia que no le son propias o naturales; se establece en consecuencia, cierto precepto o conclusión que de otro modo repugnaría a la esencia de una u otra o no cabría admitirlo”.

¹³ RUGGIERO, citado por el “Diccionario de Derecho Privado”. Ed. Labor, Barcelona, 1967.

Teoría Subjetiva: La que considera el patrimonio como una aptitud para poseer, no siendo necesario que la persona posea bienes materiales a su haber, sino que tenga la aptitud o se encuentre en la capacidad de, en determinado momento, adquirir derechos y contraer obligaciones. En conclusión, esta teoría define al patrimonio como un reflejo directo o atributo de la personalidad, lo cual es una noción abstracta que hace al patrimonio inseparable e inalienable del sujeto, de lo que se concluye además, que cada persona tiene un solo patrimonio.

Teoría Objetiva o Económica: El patrimonio autónomo es básicamente la separación o individualización de patrimonios, formándose un patrimonio ajeno al de cualquier persona, sea ésta natural o jurídica. Esto es posible tan sólo como ficción jurídica, pues como vimos anteriormente, el patrimonio está estrictamente ligado a una persona y es inseparable. Visto así, en el mundo deberían existir igual número de patrimonios como personas; sin embargo, no es necesariamente así puesto que hay ciertas ficciones que legamente permiten que se creen otro tipo de patrimonios que son separados de las personas y un ejemplo claro de ello es el fideicomiso mercantil, pues este contrato justamente tiene como efecto que se constituya un patrimonio independiente o autónomo.

1.2.1.- Naturaleza Jurídica del Patrimonio Autónomo:

Si bien es cierto que la figura del fideicomiso nace del derecho romano, en Latinoamérica se adopta, en las legislaciones, la concepción de fideicomiso proveniente del trust anglosajón, utilizando la denominación de “fideicomiso”, pues no fue suficiente la transferencia de buena fe que realizaba el constituyente con la expectativa de que el

fiduciario cumpla con el mandato u objeto del negocio, pues ante todo se buscó la seguridad jurídica del constituyente; es así que el trust ofreció este complemento, ya que en sus inicios tuvo como novedad que, en caso de que el fiduciario utilizare de manera ajena a lo encomendado, esos bienes volvían al patrimonio del constituyente y, por tanto, el contrato se terminaba. Esta particularidad dotó de seguridad jurídica a la institución y se hizo más frecuente su uso.

Como consecuencia de lo aquí mencionado, se añade esta institución al sistema del derecho civil continental, cuyo objeto era proteger los derechos del beneficiario frente a los abusos que se podían dar por el poder de disposición que tenía el fiduciario, pues vale recordar que en definitiva se transfería la propiedad de un bien y este bien ingresaba a su patrimonio, por lo cual podía usar, gozar y disponer de ese bien.

El Derecho camina de la mano con las realidades del mundo económico y, en ese sentido, tiende a ir evolucionando; por ello y ante el requerimiento de seguridad jurídica, el *trust* anglosajón también evolucionó, de tal manera que se fueron añadiendo características que poco a poco fueron haciendo más segura esta figura jurídica.

El análisis de la naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil resulta compleja puesto que ésta no es general a nivel mundial; incluso, en Latinoamérica existen diversas nociones de esta institución jurídica y los países han adoptado distintas formas de aplicación y nociones de esta figura jurídica. Todo esto obedece, justamente, a que existen varias teorías sobre la naturaleza jurídica del negocio.

Teorías de la Naturaleza Jurídica del Fideicomiso:

a) Teoría del mandato irrevocable

Esta figura jurídica fue concebida de forma análoga con el mandato civil, mismo que operaba siglos atrás. Si se analiza el objeto de esta institución, se puede ver que tiene como fin último, realizar un encargo de acuerdo a las instrucciones recibidas, por cuenta y riesgo de quien lo solicita. El fideicomiso tiene implícita esta característica, pues el constituyente celebra, con un tercero de su confianza, un contrato mediante el cual le otorga una disposición y ese tercero debe cumplir a cabalidad con la instrucción recibida.

Sin embargo, existe una particularidad que diferencia claramente a estas dos instituciones jurídicas, y es la irrevocabilidad del mandato que tiene el fideicomiso. Esto, en definitiva, quiere decir que quien celebra el contrato no tiene opción a retractarse del mismo, de tal manera que el fiduciario tiene la obligación de cumplir con el fin del contrato¹⁴. El mandato tiene la característica de ser revocable, de tal forma que prima la voluntad del otorgante, pues éste puede revocar el mandato y, con ello, se termina el encargo solicitado a un tercero.

Bajo este concepto, no sería indispensable que se transfiera la propiedad al fideicomiso, y que ésta ingrese al patrimonio del fiduciario para que se cumpla con el objeto del mandato, pues al ser irrevocable, se entiende que el fiduciario tiene la administración del bien y, por tanto, debe cumplir con el objeto encomendado. Sin embargo, esto puede verse como una limitante, pues, a pesar de que el fiduciario tiene el revestimiento del mandato

¹⁴ Existen mecanismos para variar el fin o los medios planteados en su inicio en el contrato de fideicomiso mercantil, pero siempre deben ser acordados por todas las partes involucradas en el negocio jurídico. Basta que una de las partes exponga su voluntad en contrario, para que no se pueda modificar. Obviamente, esto se debe hacer respetando las solemnidades exigidas por las leyes pertinentes.

o instrucciones plasmadas en el contrato de fideicomiso, puede sufrir retrasos o imposibilidad del cumplimiento del objeto por trabas generadas por el dueño del bien sobre el que recaen las instrucciones.

b) Teoría del desdoblamiento de la propiedad

Bajo la naturaleza del *trust* se desdobra el derecho de propiedad originario, en dos nuevos derechos de propiedad, investidos en distintos sujetos y que tienen el mismo objeto. Por tanto, bajo este concepto, existen dos propietarios, uno ostenta la propiedad de contenido económico sobre la cosa, y el otro ostenta la calidad de propietario legalmente; y, así, cuando el *trust* concluye, por haber cumplido con su objeto, estas dos calidades o propiedades recaen sobre una misma persona o sujeto.

En ese sentido el *trust* tiene dos formas de constituirse:

1.- Transfiriendo el título legal a una persona y estableciendo un condicionante en el fideicomiso a favor de un tercero o del mismo constituyente.

Esta dualidad del sistema angloamericano, en definitiva, hace que el derecho común (*common law*) sólo se encargue de la propiedad legal, así, el fiduciario es quien ostenta la propiedad legal, y el fideicomisario, en relación al fiduciario, quien ostenta la calidad de tenedor del bien con el permiso del titular del mismo, es decir el mismo fiduciario y, frente a terceros ostenta la calidad de poseedor a nombre del fiduciario. Los bienes constituidos en fideicomiso son propiedad del fiduciario, y es él quien tiene la facultad de disposición. Mientras estén en propiedad del fiduciario, los bienes son susceptibles de todas las consecuencias concernientes a la propiedad.

2.- Sin realizar transferencia alguna, esto es, lo que se conoce como el “patrimonio equitativo” fundado en el derecho de equidad del domino legal, de tal manera que se

constituye en primitivo propietario. Esto faculta al fideicomisario a gozar de los bienes aportados o patrimonio constituido en su favor.

Este tipo de propiedad coloca al propietario legal por debajo del propietario en equidad, de tal manera que el fideicomisario o destinatario final del bien tiene facultades características, lo que conocemos como propietario legal, es decir, tiene uso, goce y disposición sobre los bienes; todo esto de acuerdo a las estipulaciones del contrato de fideicomiso. Como se ve, en esta clase de constitución del *trust*, el fideicomisario o destinatario final del bien tiene las facultades más amplias para manejar los bienes que él mismo u otra persona, aportó a un fideicomiso, para el cumplimiento de un fin determinado, y el fiduciario se obliga a ejercer estrictamente lo señalado en el contrato de constitución del fideicomiso, evitando cualquier tipo de extralimitaciones de las facultades conferidas. No obstante, la característica del fideicomiso angloamericano es la existencia de dos títulos de propiedad sobre un mismo bien, y ambos derechos coexisten. Cabe resaltar que el ejercicio del derecho equitativo se lo realiza ante las Cortes de Equidad, y lo puede ejercer el fideicomisario contra el fiduciario y no contra terceros; como se puede notar, ésta es una institución ecléctica que desdobra la propiedad, y por tanto el bien que es transferido al fideicomiso debe ser reconocido por los dos sistemas. En estricto sentido quien es dueño de la cosa, visto a la luz del derecho común, es el fiduciario, y el derecho del fideicomisario no es válido.

c) Teoría del patrimonio de afectación sin propietario

La piedra angular de esta teoría es la creación o nacimiento de un patrimonio distinto, totalmente diferenciable, de las partes que intervienen en el contrato de fideicomiso¹⁵; entendiéndose éstas como el fideicomisario, fiduciario o beneficiarios. Adicionalmente, al igual que las teorías analizadas anteriormente, en esta teoría también existe transferencia de dominio de bienes y afectación del patrimonio.

No es necesario que una persona sea dueña del patrimonio, sino que éste exista, y que ese patrimonio esté sujeto al cumplimiento de un objetivo, de tal manera que cualquier gestor, pueda cumplir con el objeto que tenga el fideicomiso.

Bajo la concepción de esta teoría, el fiduciario no es propietario de los bienes transferidos al patrimonio de afectación sin propietario, como tampoco lo es el fideicomisario ni el beneficiario, y por ello ninguno puede disponer de los bienes aportados al patrimonio de afectación, y tan sólo están sujetos a lo dispuesto por el contrato para el cumplimiento del objeto.

d) Teoría del patrimonio separado

Al igual que la teoría anterior, existe la creación o nacimiento de un patrimonio distinto, totalmente diferenciable de las partes que intervienen en el contrato de fideicomiso, siendo la gran diferencia que éste prevé la titularidad de ese patrimonio, y por tanto afirma la existencia de varios patrimonios, cada uno de los cuales tiene un titular.

¹⁵ Bajo la teoría clásica del patrimonio, existe un solo patrimonio y está ligado necesariamente a una persona. No obstante vemos que la necesidad de nuevas figuras jurídicas obligaron a que la ley cree ficciones, y estas por el mismo mandato de la ley son totalmente válidas, un ejemplo de ello son las sociedades mercantiles. De igual forma esta teoría concibió como característica principal la creación de una ficción jurídica dispuesta por la ley.

“El trust es un conjunto de relaciones jurídicas activas y pasivas de contenido económico que constituyen una universalidad jurídica que pertenece a una misma persona y atiende a un fin específico en razón del cual se produce una limitación de la responsabilidad”.¹⁶

La creación de la ficción jurídica es dispuesta por la ley, de tal manera que si la ley no lo dispone, no existe tal ficción, es decir, no se genera un patrimonio separado a la celebración del contrato de trust o fideicomiso.

En Ecuador, la Ley de Mercado de Valores es clara y dispone la creación del patrimonio autónomo o separado, a la celebración del contrato de fideicomiso mercantil; entonces, por mandato de la ley, en la fecha de celebración de este contrato nace el patrimonio autónomo, con una particularidad, pues está dotado de personalidad jurídica, al cual se le considera como una persona jurídica y por tanto actúa a través de un representante legal.

La personalidad jurídica, para todos los efectos, es la facultad que tiene ese patrimonio autónomo para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismo. Lo dicho puede sonar ilógico o quimérico para los autores clásicos, para quienes un patrimonio debe ser inherente a una persona; no obstante, es totalmente viable, ya que si bien es cierto que el fideicomiso como ficción no puede actuar sólo, la persona que actúa en su nombre lo hace en calidad de representante legal.

1.2.2.- Bienes separados del resto del activo

¹⁶ MALUMIA, Nicolás, Fideicomiso y securitización, análisis legal, fiscal y contable, 2da edición, Buenos Aires, 2006, pág. 60.

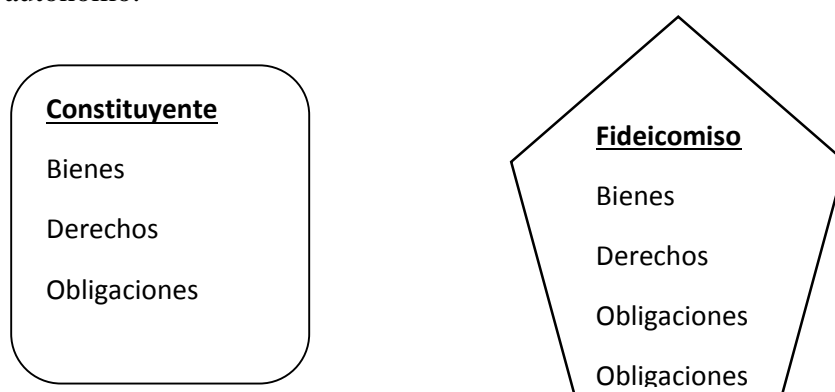
Bajo la concepción ecuatoriana, el patrimonio independiente es la creación ficticia y reconocida por la ley, que tiene la característica de tener aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismo, obviamente, a través de un representante legal que es quien ejerce esos derechos que tiene esta figura jurídica, de tal manera que las obligaciones contraídas son imputables tan sólo a este mismo. Es así que este patrimonio guarda total independencia de quienes le dieron en principio vida jurídica, que son los constituyentes.

Sí bien existe una separación jurídica, ésta se refleja muy claramente de forma contable o patrimonial, pues detrás de todo ello, siempre en última instancia, está una persona natural manejando u operando las instrucciones con las que se haya constituido este patrimonio.

El registro contable ayuda a reflejar, y con ello a garantizar, que los bienes que integra este patrimonio autónomo no se confundan con los propios o los del fiduciario, ni con aquellos que pertenecen a otros patrimonios autónomos manejados por la fiduciaria.

Se puede tornar complejo, en cierta forma, entender esta figura, pero para entenderla es necesario olvidarse de que el patrimonio sólo puede ir de la mano de una persona.

En el siguiente gráfico se puede encontrar una representación de lo que sería un patrimonio autónomo.



Como se puede observar, cada uno tiene distintos bienes, derechos y obligaciones a su haber, y éstas son totalmente separadas y distinguibles unas de otras. A pesar de que el constituyente es quien da vida a este fideicomiso, no tiene ningún tipo de injerencia en el patrimonio, y sus bienes, derechos y obligaciones, son totalmente separados de los bienes, derechos y obligaciones que tiene el fideicomiso en su haber.

Para hacerlo más didáctico, se puede decir que el fideicomiso es una bolsa, en manos de una persona, que puede contener en su haber cualquier tipo de bienes, derechos u obligaciones, por ejemplo: casas, autos, letras de cambio, pagarés, contratos y estos sólo le pertenecen al fideicomiso, a pesar de que, en un inicio, quien los transfirió fue una persona natural o jurídica. Pero una vez transferidos, no le pertenecen más como bienes y, en ese sentido, pierde todos los derechos de dueño, es decir uso, goce y disposición.¹⁷

El fin primordial de la constitución de un fideicomiso es dar vida a un patrimonio autónomo, y por tanto constituir un patrimonio especial denominado patrimonio del fideicomiso, que se integra con los bienes que aporta o transfiere el constituyente. Sobre los bienes que se aporta a un fideicomiso mercantil, sólo se puede ejercer derechos y obligaciones que estén relacionados con el objeto del fideicomiso, es decir, con las instrucciones constantes en el contrato de constitución, que en definitiva, representan la voluntad del constituyente. Por otro lado, ni siquiera el propio constituyente o beneficiario pueden disponer el ejercicio de derechos y obligaciones respecto de los bienes que son del fideicomiso, pues quien administra ese fideicomiso debe apearse

¹⁷ Más adelante explicaremos de forma amplia esta concepción, pues a pesar de no ser el dueño de los bienes en ciertos casos, puede ser beneficiario del fideicomiso, lo que, por así decirlo, es equivalente a seguir siendo dueño de esos bienes, aunque lo dicho no sea del todo técnico, pues tiene un derecho fiduciario por el aporte realizado, y estos le dan derecho a que en caso de cumplirse con las estipulaciones pactadas en el contrato de constitución del fideicomiso, el mismo le restituya (devuelva) sus bienes.

estrictamente a lo convenido en el contrato de constitución. Finalmente, se debe tener presente que el fideicomiso mercantil tiene una característica especial, pues es irrevocable, y por tanto una vez celebrado el contrato no hay posibilidad de incumplimiento¹⁸.

El planteamiento descrito por (M. Kiper, 2004) Landerreche Obregón, señala que la autonomía lo deja fuera de la quiebra del fideicomitente, del fiduciario y del fideicomisario, a la vez que como patrimonio que es, puede ser objeto de quiebra. No siendo el fiduciario el propietario, no puede disponer en su propio provecho del patrimonio del fideicomiso, sino que por el contrario, está obligado a usar y disponer exclusivamente de él, para el fin que está afecto. El fideicomiso puede extinguirse sin la intervención del fiduciario y su falta no extingue al fideicomiso, sino que sólo da lugar al nombramiento de un nuevo fiduciario.

La teoría de Francisco Ferrara, sobre el patrimonio separado del resto del activo señala lo siguiente:

“Las personas pueden ser titulares de más de una masa patrimonial, con un tratamiento y finalidad jurídica diferentes, con capacidad para establecer relaciones y deudas propias, con aptitud para ser plenamente ajeno a las vicisitudes que gravan al patrimonio vecino o al patrimonio en cuyo seno existe. El patrimonio autónomo no es una persona jurídica, porque si la autonomía es una consecuencia de la personalidad, dicha autonomía no presupone inversamente la existencia de sujetos diferentes. El patrimonio separado es un

¹⁸ Vale especificar que no es una figura insorteable y forzosa, pues sí hay posibilidad de modificar su objeto siempre y cuando se lo realice apegado a derecho; por ello, se debe tomar la premisa, que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, y en ese sentido, si las partes intervinientes en este negocio jurídico desean modificarlo, deben manifestar su voluntad de hacerlo, de igual manera por escritura pública y siguiendo las mismas formalidades que en el proceso de constitución, pero siempre y cuando todas las partes intervinientes estén de acuerdo en reformar el contrato y no se afecten derechos de terceros.

patrimonio de destino, tiene una finalidad. Para que se pueda cumplir, la ley eleva esta especie de patrimonio a una universalidad jurídica que comprende derechos y obligaciones, o sea, una masa nueva que permanece idéntica no obstante el cambio de sus elementos”.¹⁹

Con cada fideicomiso se constituye un patrimonio autónomo, diferente del patrimonio personal del fiduciario, quien tendrá, en consecuencia y bajo su administración, tantos patrimonios como fideicomisos administren. El patrimonio autónomo en caso de insuficiencia, podría ser declarado en quiebra o liquidación, sin que ello apareje necesariamente la quiebra del fiduciario.²⁰

Angelo Grisoli sintetiza la doctrina sobre el patrimonio separado del resto del activo. En su obra reproduce el pensamiento de Pigliatti, para quien:

“Sólo se puede hablar de patrimonio separado, siempre que la ley considere a determinado núcleo patrimonial como objeto de una disciplina jurídica particular. La separación tiene lugar para la consecución de determinadas finalidades, que el legislador establece en cada caso, y que tales finalidades, tal como aparecen recogidas en la concreta disciplina legislativa, constituyen la base, la medida y el límite de la separación. El régimen jurídico que corresponde a la separación está constituido por normas que derogan no sólo la garantía ilimitada y genérica del patrimonio frente a los acreedores, sino contemporáneamente, por normas que derogan un diverso principio: el de su libre utilización por parte de su titular. Las finalidades en vista de las cuales el ordenamiento da relieve a la masa separada no solamente condicionarían el régimen particular de

¹⁹ FERRARA, Francisco, La simulación de los negocios jurídicos, Madrid, 1926, págs. 121 y 122, citado por KIPER Claudio M. LISOPRAWski Silvio V, Tratado del fideicomiso, 2da edición, Buenos Aires, 2004, pág. 158.

²⁰ RODRIGUEZ, Joaquín, La separación de los bienes en la quiebra, Imprenta Universitaria, México, 1951, pág. 209, citado por KIPER Claudio M. LISOPRAWski Silvio V, Tratado del fideicomiso, 2da edición, Buenos Aires, 2004, pág. 159.

garantía a la cual la misma masa está sometida, sino que deberán reflejarse en normas que inciden sobre la disponibilidad de la masa por parte del titular del patrimonio. Las normas que establecen la separación son dictadas ad rem, no ad personam, y los actos de los sujetos susceptibles de producir la separación están sometidos a la publicidad. Es ésta una condición esencial para la construcción jurídica del “patrimonio separado” y, como tal, es puesta de relieve por todos los autores en esta materia. No basta referirse a un fin especial para que exista un diverso tratamiento jurídico en un núcleo patrimonial; sólo puede tener lugar si el destino es oponible a terceros y al propio titular del patrimonio. Por ese motivo, dada esa eficacia real o absoluta, no puede haber otros patrimonios separados que los previstos por la ley. Hay un número clausus de patrimonios separados”.²¹

No obstante de todo lo analizado anteriormente, en Ecuador se ha desvirtuado la figura del patrimonio autónomo, dejando de lado la naturaleza jurídica del mismo en su aplicación, de tal manera que se hace una aplicación uniforme a la luz de la legislación, sin tomar en cuenta el giro del negocio o actividad que se pretende canalizar con ésta; es así, que a mi criterio en Ecuador los legisladores no se detuvieron a analizar que en realidad el fideicomiso es un negocio de medio y por tanto su ejecución debe ser adaptada como tal, esto en relación con las leyes, reglamentos y aplicación en sí misma por la administración. En el caso que me atañe, es decir el orden tributario, pienso personalmente que se hace un aplicación poco minuciosa, y que no existe detenimiento para examinar la razón misma de este tipo de negocios, de tal manera que, en forma general, la Administración Tributaria termina dando un tratamiento similar, por no decir igual, al que da a una sociedad, sea esta mercantil o civil.

²¹ GRISOLO, Ángelo, Las sociedades con un solo socio, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1976, ps31,35 y 36., citado por KIPER Claudio M. LISOPRAWSKI Silvio V, Tratado del fideicomiso, 2da edición, Buenos Aires, 2004, pág. 159.

El objeto de mi trabajo es analizar de forma detenida la naturaleza de este tipo de ficciones jurídicas y determinar de forma comprobada si deberían tener o no el mismo tratamiento que una sociedad civil o mercantil, específicamente en el ámbito tributario.

1.2.3.- Bienes excluidos de la garantía general de los acreedores del fiduciario y del fiduciante

De todo lo antes expuesto, se puede extraer que, al constituir un fideicomiso se crea una ficción jurídica que cubre a un conjunto de bienes, derechos y obligaciones, de tal manera que el tratamiento jurídico varía. Es así que, una vez transferidos los bienes a un fideicomiso, estos no le pertenecen a quien los entregó, pues en estricto sentido se perfeccionó la transferencia de dominio al patrimonio de afectación; y, por tanto, dichos bienes no están sujetos a cubrir obligaciones propias del constituyente o fiduciante ni obligaciones propias de la fiduciaria o los otros negocios administrados. Las únicas obligaciones que puede, y de ser el caso, debe cubrir, son las adquiridas por el fideicomiso por su cuenta y riesgo.

1.2.4.- Bienes excluidos del fiduciario

Los bienes, derechos y obligaciones propias de la fiduciaria, que estén dentro de su patrimonio, no son susceptibles de ser perseguidos, por obligaciones de los negocios (fideicomisos) que administra.

Con el ejemplo que se detalla a continuación, se explicará de forma didáctica el significado de bienes excluidos del fiduciario: en un fideicomiso cuyo objeto es la construcción de un proyecto inmobiliario, para financiar dicha construcción, dentro de las

instrucciones contractuales se prevé la posibilidad de que el fideicomiso solicite un préstamo a un banco. En tal virtud, el fideicomiso, a través de su representante legal, suscribe un contrato de mutuo con un banco adquiriendo con éste una obligación crediticia. En caso de que el fideicomiso no llegare a cumplir su obligación de pago, en los términos y condiciones del contrato de mutuo, el banco puede seguir las acciones legales correspondientes, únicamente en contra del fideicomiso, mas no, en contra de la fiduciaria. Entonces, dentro de las mencionadas acciones legales que el banco podrá ejercer para perseguir el pago de la deuda, está la de solicitar el embargo de bienes, el cual se realizará sólo en atención a los aquellos que estén dentro del patrimonio del fideicomiso, es decir, que estén a nombre del mismo. Los bienes que son del patrimonio de la fiduciaria no son susceptibles de ser perseguidos por los acreedores del referido fideicomiso, es decir, los bienes de la compañía que funge como administradora del fideicomiso son totalmente distinguibles y no se confunden con los bienes transferidos a este último.

Así mismo, cabe añadir que el banco no tendría acción legal alguna en contra de los otros fideicomisos administrados por la fiduciaria, o de las personas que constituyeron el fideicomiso en cuestión.

1.3.- Partes intervinientes en el contrato de fideicomiso

Para analizar las partes que intervienen en este contrato, es indispensable empezar por la definición de fideicomiso que dispone la Ley de Mercado de Valores ecuatoriana.

El primer párrafo del art. 109 de la Ley de Mercado de Valores, que es la parte pertinente para el caso, señala lo siguiente:

“**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(...)”.²² El subrayado es propio.

De esta primera parte, se puede concluir que son 3 las partes que intervienen en el contrato de fideicomiso mercantil. Constituyente, Beneficiario y Fiduciaria.

1.3.1.- Constituyente o Fideicomitente.-

Sinónimo de fideicomitente, comitente o fiduciante. Es la persona natural o jurídica que tiene voluntad de celebrar un contrato de fideicomiso mercantil. Esta persona natural o jurídica debe ser capaz y tener plena disposición de sus bienes, pues estos son los que serán aportados al patrimonio autónomo del fideicomiso.

La legislación ecuatoriana en la normativa pertinente señal lo siguiente:

“**Art. 115.-** Constituyentes o fideicomitentes.- Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.

Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá el C.N.V. El fiduciario en cumplimiento de encargos

²² Ley de Mercado de Valores ecuatoriana, vigente.

fiduciarios o de contratos de fideicomiso mercantil, puede además transferir bienes, sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrado por él mismo o por otro fiduciario.

Para la transferencia de bienes de personas jurídicas se observará lo que dispongan los estatutos de las mismas y las disposiciones previstas en la Ley de Compañías.

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.

Las entidades del sector público únicamente pueden adherirse a contratos de fideicomisos mercantiles cuyos constituyentes sean también entidades del sector público.

El patrimonio autónomo únicamente podrá obtener financiamiento para el cumplimiento de su finalidad a través de instituciones del sistema financiero y a través de los mecanismos establecidos en esta ley.”²³

El mencionado concepto de la Ley de Mercado de Valores, extrae lo principal y primordial, pues, al igual que en cualquier tipo de contrato, a éste puede comparecer cualquier persona con capacidad legal para hacerlo, no obstante, el constituyente adquiere su calidad porque es quien a través de su voluntad da origen al patrimonio autónomo, y, en tal virtud, es el único que tiene la posibilidad de transferir o aportar a título de fideicomiso mercantil irrevocable, cualquier tipo de bien.

1.3.2.- Fiduciaria o Agente de Manejo.-

²³ Ley de Mercado de Valores, vigente.

Según la mayor parte de la doctrina internacional, se define a la fiduciaria como aquel que adquiere los bienes y tiene la obligación de administrarlos para el cumplimiento del objeto del contrato de fideicomiso. De acuerdo a las diferentes teorías que plantea la doctrina internacional, el fiduciario, puede ser persona natural o una jurídica. Así, de acuerdo al derecho romano y al trust, el fiduciario puede ser una persona natural cualquiera a quien se le transfiere los bienes para el cumplimiento de las instrucciones planteadas en el contrato de fideicomiso.

A diferencia de lo antedicho, en el caso de la legislación ecuatoriana, el fiduciario, obligatoriamente, debe ser una persona jurídica autorizada para administrar negocios fiduciarios. En tal sentido, sólo las compañías anónimas inscritas en el Catastro Público de Mercado de Valores como Administradoras de Fondos y Fideicomisos Mercantiles pueden ejercer actividades fiduciarias.

La legislación ecuatoriana no estipula un concepto concreto para fiduciaria como en el caso de la noción de constituyente, pues el enfoque de la norma va más allá de lo conceptual y de cierta forma establece cuáles son los requisitos para poder realizar actividades como fiduciario. No obstante, se analizará en breve la norma pertinente.

“**Art. 97.-** Del objeto y constitución.- Las administradoras de fondos y fideicomisos deben constituirse bajo la especie de compañías o sociedades anónimas. Su objeto social está limitado a:

- a) Administrar fondos de inversión;
- b) Administrar negocios fiduciarios, definidos en esta Ley;
- c) Actuar como emisores de procesos de titularización; y,
- d) Representar fondos internacionales de inversión.

Para ejercer la actividad de administradora de negocios fiduciarios y actuar como Emisora en procesos de titularización, deberán sujetarse a las disposiciones relativas al fideicomiso mercantil y titularización que constan en esta Ley.”²⁴

La introducción que realiza la ley ecuatoriana en relación a las fiduciarias, dispone sobre el objeto y la constitución de las mismas. Así mismo, se puede analizar que se las cataloga como administradoras de fondos y fideicomisos.

1.3.3.- Beneficiario.-

Es la persona a quien corresponden los beneficios o provechos que pudieren derivar de la administración del patrimonio autónomo conformado por el fideicomiso mercantil. Cabe señalar que, al decir que el beneficiario es quien recibe los beneficios de la administración del fideicomiso, se hace referencia al resultado de cualquier gestión realizada sin que esto implique, necesariamente, la entrega de ganancias o réditos.

Toda vez que los beneficios que pudieren recibirse, también pueden ser los bienes que hubieren llegado a componer el patrimonio del fideicomiso, el beneficiario, que puede ser una persona natural o jurídica, debe tener capacidad jurídica para recibirlos. Únicamente, cabe aclarar que si bien el beneficiario puede ser cualquier persona natural o jurídica, existe una prohibición expresa de que el fiduciario o personas vinculadas a éste, sean beneficiarios de los fideicomisos que se encuentran bajo su administración.

La legislación ecuatoriana en la normativa pertinente, señala lo siguiente:

²⁴ Ley de Mercado de Valores, vigente.

“Art. 116.- Beneficiarios.- Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos.

A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso.

Queda expresamente prohibido la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas”.²⁵

Según la definición legal de la normativa ecuatoriana, toda persona natural o jurídica, en este último caso, necesariamente capaz de adquirir derechos, puede ser beneficiaria de un fideicomiso. La calidad de beneficiario, cuando se adquiere como consecuencia de una estipulación contractual, puede ser establecida por el constituyente del fideicomiso al momento de la constitución del negocio fiduciario. Sin perjuicio de lo cual, el contrato de constitución del fideicomiso puede dejar abierta la posibilidad para que en un futuro se designe al beneficiario. Así mismo, se puede prever la posibilidad que se designe como beneficiario a una persona que no existe al momento de la constitución, pero que se espera que exista.

²⁵ Ley de Mercado de Valores, vigente.

El constituyente puede tener la calidad de beneficiario en cuyo caso es el mismo quien recibirá el beneficio del fideicomiso en el momento oportuno según lo establezca el contrato. No obstante, cabe recalcar que son dos calidades distintas a pesar de que recaigan sobre la misma persona.

Ejemplo:

Juan Pardo es constituyente de un fideicomiso de administración, al que transfiere la propiedad de un edificio, para que éste realice todos los actos tendientes a la administración de dicho edificio, es decir, realice labores de mantenimiento, arrendamiento, cobranzas, pagos, etc.

Dentro de las estipulaciones contractuales, se dispone que Juan Pardo será el beneficiario de los réditos del fideicomiso, que en definitiva son las ganancias que deja la actividad, luego de realizados todos los gastos pertinentes.

Como contraprestación por el aporte que realiza el constituyente, quien se defina en el contrato como beneficiario del fideicomiso es quien adquiere derechos. Dichos derechos en materia de fideicomisos se conocen como derechos fiduciarios.

Estos derechos se clasifican dentro de los bienes intangibles o inmateriales y personales, es decir, aquellos que se ejercen en relación a un sujeto determinado a diferencia de los derechos reales.

En ese sentido, el fideicomiso, en sí mismo, concibe que al beneficiario de ese contrato se le dote de derechos fiduciarios, que son en definitiva el sustento para solicitar el efectivo cumplimiento de las responsabilidades y obligaciones contractuales de todas y cada una de las partes intervinientes.

1.3.4.- Organismo de Control

De acuerdo a la normativa vigente en Ecuador, y que regula el Mercado de Valores, la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, es parte de la Función Ejecutiva, responsable de la formulación de las políticas públicas y, la regulación y supervisión monetaria, crediticia, cambiaria, financiera, de seguros y valores.

Entre sus funciones está la de, cumplir con las funciones que la Ley de Mercado de Valores le otorga, así como regular la constitución, operación y liquidación de fondos de inversión y negocios fiduciarios.

Las políticas establecidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, se ejercen a través de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, institución que, además de las funciones señaladas en la Ley de Compañías, ejerce las funciones de vigilancia, auditoría, intervención y control del mercado de valores con el propósito de que las actividades del mercado se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general.

1.4.- Tipos de fideicomisos mercantiles

De acuerdo a la normativa vigente en Ecuador, existen 5 tipos de fideicomisos. Esto atiende a que las modalidades bajo las que se constituyen los distintos fideicomisos no son iguales. Sin perjuicio de lo antedicho, cada negocio constituido tiene su particularidad y, como tal, exige características especiales.

1.4.1.- Fideicomiso de Administración

Esta modalidad de fideicomiso, como su nombre lo indica, se constituye con el fin de transferir bienes al patrimonio autónomo, para que la fiduciaria realice únicamente la administración de los mismos. Esta administración, en la mayoría de los casos, consiste en el desarrollo de actividades como: cobros, pagos, transferencias, compra o venta de bienes, etc.

1.4.2.- Fideicomiso inmobiliario

La legislación ecuatoriana lo define como: “el contrato en virtud del cual el constituyente o constituyentes transfieren uno o varios inmuebles y/o dinero necesario para la adquisición del terreno o para el desarrollo del proyecto inmobiliario, con la finalidad de que la fiduciaria administre dichos bienes y realice gestiones administrativas ligadas o conexas para el desarrollo y ejecución del proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato y en favor de los beneficiarios instituidos en el mismo (...)”²⁶

El objeto indiscutible de un fideicomiso inmobiliario siempre será el desarrollo de un proyecto inmobiliario, para lo cual los constituyentes aportan los bienes y recursos necesarios a fin de que se dé cumplimiento con esta finalidad.

El fin fundamental de la administración de este tipo de negocios es dotar de seguridad a todas las partes que intervienen de forma directa o indirecta. Directa cuando se habla de constituyentes y beneficiarios, e indirecta se hace referencia a terceros ajenos al negocio fiduciario que pueden tener interés en el cumplimiento de las estipulaciones contractuales

²⁶ Art.- 17 de la sección IV, título V de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores.

del fideicomiso; generalmente estos son contratistas, obreros, promitentes compradores, etc.

El hecho de que el patrimonio autónomo sea administrado por una institución especializada en administración de negocios, y que los aportes realizados no puedan ser destinados sino exclusivamente al desarrollo del proyecto, genera seguridad para las partes intervinientes.

1.4.3.- Fideicomiso de Titularización

Este negocio fiduciario se utiliza como un mecanismo de desintermediación financiera, mediante el cual el constituyente del fideicomiso, al cual se denomina “Originador” aporta activos que existen o se espera que existan, con el fin de titularizarlos y vender dichos títulos, en el Mercado de Valores, a través de las Bolsas de Valores.

El concepto de titularizar activos es lo que se conoce como hacer líquido un activo, que por su condición, en el tiempo presente, no es líquido. Por ejemplo, una compañía que vende bienes o servicios a crédito, tiene facturas por cobrar a sus clientes, y esas facturas se harán liquidas luego de cumplido el plazo pactado para el pago, que para el ejemplo, será en el transcurso de un año. El mecanismo de titularización consiste en emitir un título sobre esa factura para venderlo en el mercado y recibir el dinero al momento de la venta; por otro lado, el fideicomiso espera que transcurra el año para cobrar la factura y con ese dinero pagará el capital y el interés al inversionista que adquirió el título. El ejemplo planteado es lo que se conoce como una titularización de cartera. El tipo de titularización dependerá del activo que se transfiera al fideicomiso.

Los activos transferidos al patrimonio autónomo, deben ser capaces de generar flujos perfectamente determinables, para pagar a los inversionistas con dichos flujos. En

definitiva, se emiten los títulos para negociarlos en el Mercado de Valores, pero esos títulos deben ser respaldados con los activos que conforman el patrimonio autónomo, entre otros mecanismos de garantía.

Dichos activos pueden ser de fondos, bienes o derechos de contenido económico, pero que generen flujos en el futuro. Según la normativa vigente en Ecuador, los activos susceptibles de titularizar son los siguientes:

- a) Valores representativos de deuda pública;
- b) Valores inscritos en el Catastro Público del Mercado de Valores;
- c) Cartera de crédito;
- d) Inmuebles;
- e) Bienes o derechos existentes que posea el originador, susceptibles de generar flujos futuros determinables con base en estadísticas o en proyecciones;
- f) Derechos de cobro sobre ventas futuras esperadas; y,
- g) Proyectos susceptibles de generar flujos futuros determinables con base en estadísticas o en proyecciones, según corresponda.

El proceso de titularización debe ser aprobado por la Intendencia de Mercado de Valores y los valores que emita el fideicomiso deben ser inscritos en el Catastro Público de Mercado de Valores.

Los títulos que emite el fideicomiso pueden ser de tres tipos:

1) De contenido crediticio.-

“Por los cuales los inversionistas adquieren el derecho a percibir la restitución del capital invertido más el rendimiento financiero correspondiente, con los recursos provenientes del fideicomiso mercantil y según los términos y condiciones de los valores emitidos. Los

activos que integran el patrimonio de propósito exclusivo respaldan el pasivo adquirido con los inversionistas, correspondiendo al agente de manejo adoptar las medidas necesarias para obtener el recaudo de los flujos requeridos para la atención oportuna de las obligaciones contenidas en los valores emitidos”.²⁷

2) De participación.-

“En los que se confiere a su titular una parte alícuota de los recursos provenientes del patrimonio fideicomitado”

3) Mixtos.-

Según la Ley de Mercado de Valores vigente en Ecuador, existe este tipo de valores, mismos que tienen un porcentaje del título con componente crediticio y otra parte con contenido de participación.

1.4.4.- Fideicomiso de Garantía

Mediante este negocio fiduciario, lo que se busca es crear un mecanismo de garantía para respaldar una obligación principal. Es decir, el deudor garantiza su obligación mediante esta alternativa, buscando crear una especie de caución.

Cabe recalcar que esta figura podría ser entendida como caución, no obstante, el Código Civil es claro al señalar tácitamente cuales son los mecanismos para caucionar una obligación. Sin embargo, si se analiza el concepto, como tal, de caución, se puede notar que esta institución jurídica denominada fideicomiso de garantía, tiene las mismas características esenciales que la prenda, la fianza y la hipoteca.

²⁷ MALUMIA, Nicolás, Fideicomiso y securitización, análisis legal, fiscal y contable, 2da edición, Buenos Aires, 2006, pág. 546.

A través de este mecanismo, se trasfiere al patrimonio autónomo cualquier tipo de bien, para que con el mismo o con su producto, se garantice el cumplimiento de una obligación con uno o varios acreedores. No siempre quien transfiere la propiedad al fideicomiso será el deudor, pues bien puede un tercero aportar el bien para garantizar deudas de otros. En este tipo de fideicomisos, la calidad de beneficiario se condiciona al cumplimiento de una u otra situación.

Así, si el deudor paga la deuda según lo acordado con el acreedor, el beneficio de la restitución lo recibe el beneficiario aportante o quien éste determine. Pero, en su defecto, si el deudor no cumple con la obligación, quien recibe el beneficio del fideicomiso es el beneficiario acreedor para dar por cumplida la deuda.

1.4.5.- Fideicomiso de Inversión

Es el contrato por el cual el constituyente transfiere al patrimonio autónomo, bienes de cualquier tipo con el fin de que sean invertidos de acuerdo a las instrucciones emanadas en el contrato de constitución del fideicomiso.

Este podría ser el concepto más básico de esta modalidad de fideicomiso, pero hay que tomar en cuenta las implicaciones del mismo. Para empezar el análisis, se debe tomar en cuenta que este concepto permite la transferencia al patrimonio autónomo de cualquier tipo de bienes, es decir que, la estructura del fideicomiso debe permitir con esos bienes realizar inversiones. Si son bienes muebles o inmuebles, es difícil que puedan ser invertidos, como tales; pero, sí es posible que estos produzcan algún tipo de rentabilidad y que esos recursos líquidos sean los que se inviertan. Visto de esta manera, este tipo de negocio se convertiría en una extensión del fideicomiso de administración.

De acuerdo a la legislación ecuatoriana vigente, para este tipo de fideicomisos no es posible transferir todo tipo de bienes al patrimonio autónomo, por el contrario taxativamente los determina. Es decir, los únicos bienes que se pueden aportar son: 1) valores; 2) dinero; entendiéndose valores como:

“(…) Derechos o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores, incluyendo, entre otros, acciones, obligaciones, bonos, cédulas, cuotas de fondos de inversión colectivos, contratos de negociación a futuro o a término, permutas financieras, opciones de compra o venta, valores de contenido crediticio de participación y mixto que provengan de procesos de titularización y otros que determine el Consejo Nacional de Valores (…).”²⁸

En otros países es posible constituir este tipo de fideicomisos con aportes de cualquier tipo de bienes, pero, en definitiva, esos aportes deben ser susceptibles de producir algún tipo de liquidez la cual servirá para cumplir con el objeto del fideicomiso, que es realizar inversiones.

²⁸ Art. 2 de la Ley de Mercado de Valores, vigente.

II. CAPITULO.- RÉGIMEN TRIBUTARIO APLICABLE A LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES EN EL ECUADOR

2.1.- Régimen Impositivo

El autor Margain Manatou define a la obligación tributaria como el vínculo jurídico en virtud del cual el Estado, sujeto activo, exige de un deudor, sujeto pasivo, el cumplimiento de una prestación pecuniaria, la cual puede ser, excepcionalmente, en especie.²⁹

Giuliani Fonrouge realiza una definición más amplia sobre la denominada “obligación tributaria” y afirma que el contenido de la misma es una prestación jurídica patrimonial, consistente en una obligación de dar o de entregar determinadas sumas de dinero; o, en su defecto, dar o entregar cantidades de cosas en las situaciones poco frecuentes en la que el tributo es fijado en especie; entrega realizada con la finalidad de que el Estado cumpla sus cometidos.³⁰

El régimen impositivo instrumentado a través del derecho tributario ecuatoriano, específicamente, el Código Tributario y demás normas aplicables, derivan del derecho financiero y tienen por objeto regular las situaciones y relaciones jurídicas derivadas de la recaudación de los tributos.

El punto de partida del derecho tributario es la Constitución Política ecuatoriana, pues, establece como una de las obligaciones de los ciudadanos, contribuir al mantenimiento del Estado a través del pago de tributos³¹.

²⁹ MARGAIN MANATOU, Emilio, Introducción al Estudio del Derecho Administrativo Mexicano, México Ed. Porrúa, Tercera Edición, 2000, p. 267.

³⁰ GIULLIANI FONROUGE, Carlos, Derecho Financiero, Volumen I, Buenos Aires, Ed. Depalma, Tercera Edición, 1976, p.349.

³¹ Constitución Política del Ecuador, artículo 83, numeral 15.

“El Estado central tiene competencia exclusiva sobre el diseño de las políticas económica, tributaria, aduanera, arancelaria; fiscal y monetaria; comercio exterior y endeudamiento. Solo por iniciativa del Presidente de la República y mediante ley sancionada por la Asamblea Nacional se puede crear, modificar, exonerar o extinguir tributos, sin perjuicio de la facultad de los gobiernos municipales y provinciales que tienen competencia exclusiva para crear, modificar o suprimir mediante ordenanzas, tasas y contribuciones especiales de mejoras”.³²

El fideicomiso mercantil, al igual que otros sujetos pasivos, está obligado al cumplimiento de las normas que tengan implicación impositiva en la legislación ecuatoriana. Incluso, en repetidas ocasiones se ha aclarado que el fideicomiso mercantil no es un mecanismo para eludir y mucho menos evadir impuestos.³³

En lo referente a la “personalidad fiscal” del fideicomiso, cabe destacar que la circunstancia de que la legislación de un cierto país considere que un fideicomiso tiene personalidad fiscal (esto es, que el fideicomiso es un sujeto pasivo que debe tributar el gravamen) es totalmente independiente de que la misma legislación le otorgue personalidad legal. Se deriva de lo dicho que si bien el Ecuador es el único país de Latinoamérica que otorga personalidad legal al fideicomiso no es el único que considera al fideicomiso como sujeto pasivo del impuesto a las ganancias o a las rentas. La desvinculación de uno y otro concepto no se da sólo en materia fiduciaria sino que existen múltiples ejemplos de sujetos fiscales que no son sujetos legales (v.gr.

³² MANYA ORELLANA, Marlon y RUÍZ MARTÍNEZ, Miguel, Tax Ecuador 2010, Primera edición, Trenito S.A, Guayaquil, 2010, pág 32.

³³ Siendo el fideicomiso mercantil, un contrato por medio del cual se puede dar vida jurídica a diversos negocios, no solo en materia tributaria existe restricción en cuanto al ámbito de aplicación del fideicomiso. El contrato de fideicomiso, al igual que cualquier otro contrato, debe respetar el orden jurídico constituido en territorio ecuatoriano y, por tanto, no puede contravenir sus normas, costumbres y el orden público. En definitiva, lo que no se puede realizar como persona natural o jurídica no se puede realizar a través de fideicomiso mercantil.

consorcios de propietarios de edificios, consorcios de construcción, etc.). Desde ya estos ejemplos varían de país en país en Latinoamérica.³⁴

Lo manifestado por Nicolas Malumian, calza perfectamente con el tratamiento tributario que dispone la normativa ecuatoriana en la materia; pues, el artículo 98 de la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno, clasifica al fideicomiso mercantil como una sociedad. Sin embargo, en la mencionada disposición normativa, también se refiere a otro tipo de instituciones jurídicas como sociedades, incluso a pesar de que varias de ellas no poseen personalidad jurídica. Es decir la norma genera una distinción con efectos meramente de aislamiento patrimonial, lo que significa que aun cuando jurídicamente, no tienen un patrimonio propio, para efectos tributarios debe considerarse un patrimonio independiente, todo esto para dar cumplimiento a las obligaciones fiscales.

Lo dicho sucede con: (i) consorcio de empresas; (ii) fondo de inversión; y, (iii) cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros

Los modelos vigentes en materia de tributación fiduciaria según Malumian Nicolás son los siguientes:

- a) El primero es considerar al fideicomiso como una sociedad de capital, es decir, un sujeto del impuesto que debe pagar en su propia cabeza por sus ganancias a la alícuota del impuesto correspondiente a las sociedades. En este caso se considera al fideicomiso como un vehículo de negocios o empresa que debe tributar por sí mismo.

³⁴ MALUMIAN, Nicolás. Conferencia. Tratamiento tributario comparado del fideicomiso en América Latina. XIV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso. Quito. Octubre de 2004

- b) La segunda alternativa es considerar que el fideicomiso es inexistente a los fines fiscales, esto es, que el fideicomitente o fiduciante es el sujeto del gravamen como si nunca se hubiera constituido el fideicomiso.

- c) El tercer modelo consiste en considerar que el fideicomiso obtiene ganancias pero que las mismas no deben tributar en su cabeza sino que deben atribuir a otros partícipes, tales como los fiduciantes o fideicomitentes y los beneficiarios o fideicomisarios.

El tratamiento fiscal que las diferentes legislaciones le puedan dar a la institución del fideicomiso mercantil, tiene estrecha relación con la ejecutabilidad del mismo, así como, con que se torne atractiva la utilización de este medio para realizar todo tipo de negocios de confianza.

En el caso ecuatoriano es claro que no se puede aplicar los modelos de tributación fiduciaria planteados por Malumian Nicolás, pues la dotación de personalidad jurídica que le da la ley al fideicomiso, hace que sea sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones por sí mismo. No obstante, es necesario una opción y esta podría ser que exista un modelo sui generis para la tributación fiduciaria en Ecuador y ese modelo debe ir de conformidad con las características del fideicomiso ecuatoriano, que como lo hemos repetido a lo largo de la presente investigación, tiene características propias en relación al fideicomiso en el resto de países Latinoamericanos.³⁵

³⁵ Según Bravo Arteaga, Juan Rafael, citado en RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios Fiduciarios su significación en América Latina*, editorial Legis, Colombia, edición 2005, pág. 598: “Es frecuente que se acepte la transparencia fiscal del fideicomiso, por virtud de la cual se prescinde de la subjetividad del fiduciario y se va a la realidad económica subyacente, para designar como sujeto pasivo del impuesto al

A primera vista en el caso ecuatoriano, el fideicomiso mercantil, por ser persona jurídica, no necesita de un modelo fiscal en particular, y se registraría como cualquier persona jurídica para efectos tributarios. El problema surge cuando este tipo de modelo tributario se torna poco eficaz para el giro del negocio y, por lo mismo, constituyente y beneficiarios se ven desincentivados a utilizar esta figura jurídica.

Los efectos tributarios que derivan de la aplicación del régimen tributario, pueden generar distintas apreciaciones para las partes intervinientes en el contrato de fideicomiso mercantil; y, en ese sentido, si la Ley Tributaria y su aplicación no son paritarias, puede ser un claro desincentivo para las personas que pretenden utilizar este mecanismo para ejecutar ciertos negocios.

Si bien en el caso ecuatoriano podría aplicarse directamente al patrimonio autónomo, persona jurídica, es importante tomar en cuenta que en materia fiduciaria fiscal existe el principio de la transparencia y; en ese sentido este principio debe ser adaptado a la realidad del fideicomiso como institución jurídica en el Ecuador.

A pesar de que en Ecuador también se debería aplicar el principio de transparencia fiscal en fideicomisos mercantiles, hay que tomar en cuenta que en nuestra realidad es más compleja su aplicación, tomando en consideración que existe persona jurídica, patrimonio autónomo, y que por tanto parecería ser que el régimen tributario aplicado a los

que se beneficia realmente del fideicomiso. Así en Argentina, cuando el fideicomitente es beneficiario, salvo algunas excepciones, el sujeto pasivo del impuesto es la persona que tiene esa doble calidad de fiduciante- beneficiario. En Colombia: la regla general es que el beneficiario real de las rentas es el sujeto pasivo. En Costa Rica: el fideicomiso es el sujeto pasivo del impuesto sobre las utilidades. En México: la regla general es que el fideicomisario sea el sujeto pasivo del impuesto, aunque en algunas ocasiones tal responsabilidad se le impute al fideicomitente. En Perú: siguiendo la consecuencia lógica de que el fideicomiso no se traspasa la propiedad, se atribuye la sujeción pasiva del impuesto al fideicomitente, aunque al beneficiario, si es distinto del fideicomitente, le cabe una responsabilidad solidaria”.

fideicomisos es sencillo, tomando en cuenta que siendo persona jurídica es plenamente capaz de adquirir derechos y obligaciones y; en estricto sentido así debería ser, lastimosamente el desarrollo tributario en materia de fideicomisos es escaso, por no decir nulo, y lo único que se ha hecho es darle exactamente el mismo tratamiento que a una sociedad, aun cuando la naturaleza jurídica y características del fideicomiso son distintas.

Entonces, a mi forma de ver, se abren dos posibilidades:

1.- Aplicamos el régimen tributario a los fideicomisos como a las sociedades, pero en las partes en las que existe diferencia o tornan inviable el negocio, adaptamos a las necesidades de esta institución denominada fideicomiso según la definición ecuatoriana;

2.- Desarrollamos un Régimen tributario propio de los fideicomisos según la definición ecuatoriana.

En las dos opciones planteadas, deberá estar presente el principio de transparencia fiscal en materia fiduciaria, entendido como aquel que busca atender a la realidad económica del negocio desarrollado a través del negocio fiduciario.

Desde mi punto de vista, la Administración Tributaria debe realizar un profundo análisis del tema tributario para los fideicomisos, y debe propender a que la normativa permita que constituyente o beneficiarios sean los reales sujetos de los impuestos, porque ellos son quienes se benefician realmente del fideicomiso. Es ahí cuando se vuelve importantísimo entender que este tipo de figura jurídica es un negocio de medio.

Lo ideal, desde mi óptica, sería que en Ecuador se desarrolle un régimen propio para fideicomisos mercantiles, el cual deberá ser desarrollado en función de las necesidades y particularidades propias de la institución. Vale considerar que estoy consciente que no se lo puede realizar de un día a otro, y por ello el ir adaptando la legislación vigente, a la realidad de los fideicomisos, podría ser un buen inicio y fungir como un periodo de transición, hasta normar en materia tributaria, de manera específica, a los fideicomisos mercantiles.

Para explicar con más detalle y de forma ejemplifica, mi trabajo profundizará el análisis en el impuesto a la renta y aún más específico las deducciones de las que se puede servir el fideicomiso, y podremos ver las distintas aristas que puede acarrear el hecho de que el fideicomiso directamente, sea el sujeto pasivo de todo tipo de impuestos, sin dejar opción a constituyentes y beneficiarios de beneficiarse de cualquier tipo de deducción por gastos realizados por el fideicomiso.

2.1.1.- Naturaleza jurídica de los impuestos

El origen de esta institución deviene de la necesidad del Estado de mantener su aparato. En efecto es la acción que el Estado realiza, en la búsqueda de los medios necesarios para financiar los gastos públicos que atienden las necesidades colectivas y en general para lograr la satisfacción de sus fines.

Esta actividad, es ejercida por el Estado a través de los órganos correspondientes, y tiene por finalidad cubrir necesidades que el propio Estado estima deben ser llenadas por los gastos públicos.

“El Estado considerado como titular de la hacienda pública y por lo mismo con derecho para exigir el cumplimiento de las prestaciones existentes a su favor y con obligación de cubrir las que resulten su cargo”³⁶

2.1.2.- Tipos de impuestos

El fideicomiso mercantil de conformidad con la Ley de Régimen Tributario Interno, debe ser tratado como una sociedad, y en ese sentido los impuestos exigibles por parte de la Administración Tributaria son los mismos exigidos para una sociedad mercantil.

Por lo expuesto, el fideicomiso mercantil, es sujeto pasivo de todo tipo de obligación formal o material, así como de todos los impuestos que son atribuibles a las sociedades, entre ellos los siguientes:

- Impuesto al valor agregado
- Impuesto a la Renta
- Impuesto a los consumos especiales (ICE)

³⁶ FLORES ZABALA, Alberto, Finanzas Públicas Mexicanas, México, Porrúa, 1986, pág20.

- Impuesto a la salida de divisas
- Impuesto a la propiedad de vehículos motorizados
- Impuestos a las tierras rurales

El análisis del presente trabajo se centrará en el Impuesto a la Renta al que están obligados los fideicomisos mercantiles.

El objeto del análisis es demostrar que si hay diferencia en tratarlo como una sociedad mercantil o como un fideicomiso mercantil. Dicho desarrollo lo continuaremos a lo largo de este trabajo.

2.1.3.- Sujetos Intervinientes

En la relación fiscal de los fideicomisos básicamente interviene el Estado y el Fideicomiso como persona jurídica.

Como en toda relación tributaria existe un sujeto activo, que en definitiva es quien exige el cumplimiento de la obligación, y por contraparte el sujeto pasivo que es la persona o entidad que por haber incurrido en el hecho generador está obligada al cumplimiento de la obligación. Los sujetos pasivos son lo que en materia tributaria se conoce como contribuyentes.

En contribución con la temática de la investigación analizaremos el fideicomiso como sujeto pasivo, específicamente sujeto pasivo del impuesto a la renta.

“Por sujetos pasivos se entienden la persona o entidad que por haber incurrido en el hecho gravado es obligada al pago de impuesto”³⁷

³⁷ PARRA Armando, Régimen de Impuestos: Análisis y normas legales del impuesto sobre la renta y complementarios, Tercera edición, Italgraf, Bogotá, 1977, pág. 47

Según la ley ecuatoriana se define como:

“Sujeto pasivo.- Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable.

Se considerarán también sujetos pasivos, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva”.³⁸

En la definición legal que da la norma ecuatoriana, se considera de forma genérica al fideicomiso como sujeto pasivo, pues habla de personas jurídicas. No obstante con la Ley del Régimen Tributario Interno dispone específicamente a los fideicomisos como sujetos pasivos.

2.1.4.- Qué tipo de sujeto es el fideicomiso mercantil a la luz de la ley tributaria vigente en Ecuador.

De conformidad con la legislación en materia de mercado de valores, específicamente la Ley de Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil es una persona jurídica y en ese sentido es capaz de adquirir todo tipo de derechos así como obligaciones. Una de las obligaciones inherentes a esta persona jurídica es la obligación de tributar. Por lo expuesto el fideicomiso tiene capacidad plena para ejercer sus obligaciones tributarias dado que al ser persona jurídica tiene su personería jurídica y, de esa persona que se vale para el

³⁸ Artículo 24 del Código Tributario ecuatoriano, vigente.

cumplimiento de las obligaciones tributarias, pero por cuenta del patrimonio autónomo. En conclusión el fideicomiso es sujeto pasivo para ciertos impuestos, este además ha sido el criterio manejado por la Administración Tributaria ecuatoriana, basado en lo dispuesto en la normativa tributaria vigente en Ecuador.

El artículo 98 de la Ley del Régimen Tributario Interno dispone lo siguiente:

“Art. 98.- Definición de sociedad.- Para efectos de esta Ley el término sociedad comprende la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, salvo los constituidos por las Instituciones del Estado siempre y cuando los beneficiarios sean dichas instituciones; el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas; el fondo de inversión o cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros”.³⁹

No obstante lo señalado, en mi criterio, existe una imprecisión en la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno al señalar, a breves rasgos, que el fideicomiso mercantil para efectos tributarios, será considerado como una sociedad, esto no es del todo preciso, pues el fideicomiso mercantil es una figura jurídica con sus características propias y, por lo mismo, su tratamiento tributario debería ser singularizado.

Desde mi perspectiva sería más preciso el que sea tratado como fideicomiso mercantil, armonizando el ejercicio de esta figura a la legislación tributaria y de mercado de valores, de tal manera que el impacto tributario sea direccionado a quien da vida a esa ficción jurídica denominada fideicomiso mercantil.

³⁹ Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno, vigente.

Adicionalmente la propia Ley de Mercado de Valores en su artículo 109, último párrafo, expresamente señala que: 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. (El subrayado es mío).

En consecuencia, existe una contradicción normativa entre la Ley de Mercado de Valores y la Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno. Y claro esto afecta, como lo he repetido en innumerables ocasiones en la presente investigación, al correcto desenvolvimiento del negocio fiduciario.

Además, coincido parcialmente con el razonamiento del profesor Carlos Pontón Cevallos, en el discernimiento que expone en su tesina previa a la obtención de la licenciatura de derecho, investigación que versó en relación a la Reinversión de las utilidades del Fideicomiso Mercantil y sus efectos tributarios en la cual señala lo siguiente:

“Considero que el fideicomiso mercantil no debe estar considerado como un sujeto pasivo de obligaciones tributarias, ya que su aislamiento e independencia patrimonial únicamente sirve para que el constituyente logre las finalidades instruidas en el contrato de manera incondicional y sin ningún inconveniente que pueda afectar al objetivo propuesto. Se trata pues, de una ficción jurídica creada, no para consolidarse como un ente corporativo y social, sino para ser el medio por el cual se puede efectuar proyectos y negocios dentro del mercado de valores y financiero. Por este motivo, los beneficios económicos que arroje el fideicomiso mercantil a favor del constituyente o de otras personas, deben ser gravados cuando esto reciban dichos ingresos, generando que el impuesto sea declarado y pagado por el propio beneficiario, sin considerar a dichos ingresos como dividendos provenientes de una sociedad sino como flujos provenientes de terceros. En definitiva, el fideicomiso mercantil no constituye un fin como las

sociedades civiles o mercantiles, sino un canal para lograr muchos objetivos económicos”.

Sin embargo, el criterio expuesto por el profesor Carlos Pontón es más amplio y tiene estrecha relación con el principio de transparencia fiscal en materia fiduciaria, de tal forma que trata de decir que en el caso de fideicomisos mercantiles, el sujeto pasivo debería ser el constituyente o beneficiarios, y que el fideicomiso es tan solo un canal para encausar un negocio determinado, a través de un tercero independiente, denominado administrador fiduciario.

A pesar de que mi criterio es parecido al del profesor Carlos Pontón en varios aspectos, he señalado que comparto parcialmente su discernimiento, dado que para mí la aplicación de la obligación tributaria si debe recaer en cabeza del fideicomiso, pero el impacto económico debe ser transferido a constituyentes o beneficiarios según corresponda, de tal manera que si en un determinado punto dichas personas pueden beneficiarse de ciertas situaciones relacionada al fideicomiso, como por ejemplo exenciones, para el pago de sus tributos esto debe ser viable, y no por el hecho de que el fideicomiso es persona jurídica, no pueda transferir a ese beneficio, obviamente sin desconocer las obligaciones formales y materiales tributarias.

Con la presente investigación quiero abrir el debate y expandir el criterio de la normativa tributaria vigente en Ecuador y la aplicación que la Administración Tributaria da a la normativa, de tal manera que tomando el criterio aplicado en Ecuador (persona jurídica y que por ello es sujeto pasivo de obligaciones tributarias) se realice un desarrollo normativo que amplié los conceptos tributarios establecidos, de tal manera que existan normas que coadyuven al funcionamiento de la figura y que no desvirtúen su naturaleza.

El hecho de aplicar estrictamente el criterio de persona jurídica (patrimonio autónomo) no contribuye con el crecimiento del negocio fiduciario. Por ejemplo en el caso puntual que plantea mi investigación, los constituyentes o beneficiarios de un fideicomiso no pueden deducir los gastos realizados por el fideicomiso, para el pago del impuesto a la renta en su propia cabeza, y esto claro al momento de constituir este tipo de negocios es un freno.

2.2.- El Impuesto a la Renta

Esta institución tributaria es uno de los tipos de impuesto, mismo que tiene como fin gravar la riqueza o la ganancia.

“La palabra rédito figura en el diccionario de la Academia como derivado del latín *reditus* y con esta definición: “Renta, utilidad o beneficio renovable que rinde un capital”. También aparece renta (del latín *reddita*) como “Utilidad o beneficio que rinde anualmente una cosa, o lo que de ella se cobra”.⁴⁰

Como se puede notar de las derivaciones del latín, hacen referencia a ganancias obtenidas producto de que alguna cosa tiene la capacidad de generar esas ganancias. Esto aplica para bienes y servicios.

2.2.1.- Objeto del impuesto a la Renta

⁴⁰ GIULIANI FONROUGE Carlos y NAVARRETE Susana, Impuesto a las ganancias, Buenos Aires, 1976, pág. 33.

El objeto que da el artículo 1 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, se encuentra contenida dentro de la misma y la define como: Establece el impuesto a la renta global que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras, de acuerdo con las disposiciones de la presente ley.

Las características del Impuesto a la Renta según Santiago Proaño, en su disertación de grado previo a la obtención del título de licenciado en jurisprudencia, son:

1.- Tributo no vinculado, ya que el contribuyente no recibe directamente ningún beneficio del Estado a pesar de lo cual debe pagar dicho tributo.

2.- Es un impuesto directo, ya que el contribuyente de derecho es el que recibe la carga tributaria siendo imposible trasladarla a una tercera persona.

3.- Es un impuesto personal ya que grava a las personas en base a su capacidad contributiva o económica.

4.- Es un impuesto progresivo para las personas naturales ya que su porcentaje varía según aumenta o disminuya la base imponible del impuesto; y proporcional para las sociedades.

Inmerso en el objeto del Impuesto a la Renta se encuentra la necesidad de que el Estado satisfaga sus necesidades y las de los ciudadanos a través de los tributos pagados por los ciudadanos, sin embargo todos los impuestos deben estar enmarcados en varios principios que rigen la política tributaria, uno de ellos es el de ser equitativo; y es por eso que es necesario que se dé un tratamiento equilibrado a la institución a fin de que no se vaya en detrimento de los intereses o derechos de constituyentes y beneficiarios de fideicomisos.

2.2.2.- El impuesto a la Renta aplicado al fideicomiso mercantil en Ecuador

Luego de haber expuesto ampliamente las razones por las cuales la normativa ecuatoriana ha considerado como sujeto tributario al fideicomiso, es necesario aterrizar en las implicaciones tributarias derivadas del impuesto a la renta específicamente en los fideicomisos mercantiles.

Desde ya es imperante señalar que bajo el paraguas de la legislación ecuatoriana el tratamiento tributario en materia de impuesto a la renta es el mismo que le da a una sociedad mercantil.

Tomando en cuenta que el fideicomiso es un medio o mecanismo para viabilizar cualquier tipo de negocio jurídico o mercantil, y que este por tener personalidad jurídica puede actuar por sí mismo, a través de su representante legal, tiene obligaciones tributarias en sí mismo y una de ella es declarar y pagar el impuesto a la renta. No obstante, al ser un medio, muchas veces la aplicación de la norma no corresponde a lo que los constituyentes esperan, pues en muchos casos el fideicomiso por su naturaleza o por el giro del negocio que viabiliza, no puede favorecerse de todas los beneficios que dispone la legislación, esto como consecuencia de que la aplicación que se le da, no está ceñida a las características propias de esta institución jurídica, sino que de forma análoga la legislación, le da el tratamiento que da a las sociedades. Valga destacar que el fideicomiso no siempre se constituye con el fin de lucrar, como sí lo hacen las sociedades, pues en muchos casos, solo es el medio para realizar un tipo de acto. Por ejemplo en el caso del fideicomiso de titularización, es un medio para que el fideicomiso sea el encargado de

emitir los títulos, que luego se negociarán en el mercado de valores a través de las Bolsas de Valores, y; en ese sentido, el fideicomiso es utilizado por el originador como un mecanismo de desintermediación financiera.

Otro ejemplo podría ser el que una compañía entregue al fideicomiso varios inmuebles en administración, y que el objeto del fideicomiso sea recaudar los cánones de arrendamiento para luego pagar a un proveedor en específico. Como vemos en este caso, el fin del fideicomiso no es lucrar, pero al recibir los arriendos, está percibiendo un fruto y por el mismo debe tributar (impuesto a la renta), y en ese sentido, si el fideicomiso no tiene otro tipo de gastos claro el valor a pagar por concepto del impuesto será irreal, pues no tendrá gastos para deducir el impuesto, y como la compañía (constituyente) es persona jurídica independiente tampoco podrá beneficiarse de los gastos del fideicomiso.

Es precisamente en este tipo de situaciones, donde se torna imprescindible, que el tratamiento tributario a los fideicomisos sea diferenciado y esté enmarcado en las características de la institución.

Es decir el hecho de que la Ley dote de personalidad jurídica al fideicomiso, no es razón suficiente para que se aplique las mismas reglas, en materia tributaria, que aplican para las sociedades mercantiles.

Uno de los temas fundamentales al momento de realizar la determinación y liquidación del impuesto a la renta, es las deducciones aplicables a los distintos casos, pues de ellas deviene los valores efectivamente a cancelar al fisco.

En el caso de los fideicomisos mercantiles, muchas personas, incluso expertos tributaristas, podrían asegurar que el artículo 9, numeral 15 del Reglamento a la Ley del

Régimen Tributario Interno⁴¹, es una norma de la legislación tributaria ecuatoriana que destaca la naturaleza del fideicomiso y; por tanto, mediante esta norma se le da un trato propio a la institución.

No así en mi criterio, pues no es del todo cierto, toda vez que este tipo de exención es una como cualquier otra aplicada a cualquier situación en que el ingreso no corresponda al giro ordinario de su negocio y que, en efecto no genera riqueza per se, producto de una actividad no productiva. Por ejemplo se podría equiparar a una exención por dineros percibidos producto de la devolución de un seguro.

Pero si debo destacar que en el concepto como tal ya existe un reconocimiento de la naturaleza del fideicomiso y que, la ley reconoce que tiene características propias e incluso que no todos los tipos de fideicomisos son iguales, de tal manera que a los fideicomiso que no son utilizados como medio para desarrollar actividades empresariales, y que no obtienen ingresos, exonera del pago del impuesto a la renta. Vale decir que es un gran avance.

Sin embargo existen algunos aspectos tributarios aplicados al fideicomiso, que por la naturaleza propia de la institución es necesario que sean tratados de forma acorde a las características del mismo. En el caso que centro mi disertación, no hay posibilidad de que

⁴¹ Art.- 15.- Los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles, siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme la definición que al respecto establece el Art. 42.1 de esta Ley. Así mismo, se encontrarán exentos los ingresos obtenidos por los fondos de inversión y fondos complementarios. Para que las sociedades antes mencionadas puedan beneficiarse de esta exoneración, es requisito indispensable que al momento de la distribución de los beneficios, rendimientos, ganancias o utilidades, la fiduciaria o la administradora de fondos, haya efectuado la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta -en los mismos porcentajes establecidos para el caso de distribución de dividendos y utilidades, conforme lo dispuesto en el Reglamento para la aplicación de esta Ley- al beneficiario, constituyente o partícipe de cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión o fondo complementario, y, además, presente una declaración informativa al Servicio de Rentas Internas, en medio magnético, por cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión y fondo complementario que administre, la misma que deberá ser presentada con la información y en la periodicidad que señale el Director General del SRI mediante Resolución de carácter general.

De establecerse que estos fideicomisos mercantiles, fondos de inversión o fondos complementarios no cumplen con los requisitos arriba indicados, deberán tributar sin exoneración alguna.

los originadores o constituyentes de fideicomisos se aprovechen de los gastos realizados por el fideicomiso para la deducción del impuesto pagado en su propia cabeza.

No todos los fideicomisos mercantiles generan rendimiento o son constituidos con ánimo de lucro y; en función de esta particularidad propia de los fideicomisos mercantiles, la ley hace una distinción, misma que resulta importantísima. El artículo 15, complementado por el 42.1⁴² de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, divide en 2 grandes subtipos a los fideicomisos mercantiles (distinción para efectos de la determinación del pago de impuesto a la renta):

a) Fideicomisos mercantiles que desarrollan actividades económicas;

De manera general, podríamos señalar que en esta distinción se encuentran los fideicomisos de Administración, Inversión e Inmobiliarios. Vale destacar que dependerá de la estructura de cada negocio fiduciario, pues no es una constante, pero en términos generales, así los podríamos catalogar.

b) Fideicomisos mercantiles que no desarrollan actividades económicas.

⁴² **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.

Los fideicomisos mercantiles que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, los fondos de inversión y los fondos complementarios, siempre y cuando cumplan con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 9 de esta Ley, están exentos del pago de impuesto a la renta. Sin perjuicio de ello, deberán presentar únicamente una declaración informativa de impuesto a la renta, en la que deberá constar el estado de situación del fondo o fideicomiso mercantil.

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”. (El resaltado es mío)

De manera general, podríamos señalar que en esta distinción se encuentran los fideicomisos de Titularización y Garantía.

En definitiva, la estructura de cada tipo de fideicomiso mercantil, definirá si desarrolla o no actividades económicas.

III. CAPITULO.- TRATAMIENTO TRIBUTARIO QUE APLICA A LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES, ESPECÍFICAMENTE EN EL IMPUESTO A LA RENTA

3.1.- Análisis de la interpretación y tratamiento jurídico que realiza la Administración Tributaria con referencia a los Fideicomisos Mercantiles

En principio, la interpretación dada por la Administración Tributaria a los fideicomisos mercantiles, está totalmente circundada a la personalidad jurídica que posee ésta institución, por mandato de la norma respectiva. No obstante, en el contexto de la existencia de un fideicomiso mercantil y su fiduciaria, hay que hacer una primera aclaración al hacer referencia a la personalidad jurídica que ostentan los dos, pues, la existencia de dicha personalidad jurídica no supone únicamente la mera separación de sus patrimonios, sino que, por el contrario, debe ser entendida también como una individualización de cualidades. Sin perjuicio de lo antedicho, también es menester recordar que la sociedad mercantil, sociedad civil, fideicomiso, etc., en definitiva, cualquier ficción jurídica dotada de personalidad jurídica, en última instancia, siempre necesita de una persona natural para poder ejercer sus derechos y contraer obligaciones, y para cumplir con un objetivo plenamente determinado al momento de su creación.

Continuando con el análisis, se sabe que, el hecho de que esta institución esté dotada de personalidad jurídica, ha sido causante para que la normativa que regula o reglamenta la misma haya sido poco desarrollada y que su creación, modificación, aplicación e implementación no se haya realizado acorde con las exigencias fácticas del caso; de tal manera que, como se ha expuesto anteriormente, para el ámbito tributario, en términos generales, el fideicomiso mercantil se constituye sencillamente como una sociedad.

Si bien es cierto que la interpretación jurídica que ha realizado la Administración Tributaria, entiéndase Servicio de Rentas Internas, es escasa, dicha posición atiende a que en materia tributaria, en estricto sentido, se aplica lo que la ley dispone.⁴³

En ese sentido, lo que los legisladores pensaron en su momento y plasmaron en la norma, es lo que se aplica en materia tributaria para fideicomisos mercantiles en Ecuador. Esto no quiere decir que dichas normas no puedan ser enmendadas y mejoradas.

Es así que, el considerar al fideicomiso mercantil como persona jurídica y por tanto darle el tratamiento de sociedad, aísla a los partícipes de su constitución, del desarrollo de lo que podría llamarse la vida misma de la institución, cuando, por el contrario, deberían ser parte de ésta al utilizar el fideicomiso como un medio para el cumplimiento de un objetivo.

En la línea de lo antedicho, el ámbito tributario no ha sido la excepción, aun cuando es necesario que se considere que la naturaleza de la institución implica características específicas, en virtud de las cuales se debería desarrollar la normatividad de los fideicomisos, no solo en materia tributaria, sino, en todas las materias que tengan estrecha relación con el correcto funcionamiento y viabilidad de la institución.

En el trabajo propuesto, se procede a centrar el estudio en el análisis de uno de los aspectos tributarios donde existe un perjuicio para las partes que dan vida a la institución llamada “Fideicomiso”, es decir, específicamente, a los “Constituyentes”.

⁴³ Código Tributario ecuatoriano: Art. 3.- Poder tributario.- Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes. Las tasas y contribuciones especiales se crearán y regularán de acuerdo con la ley. El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana. Art. 4.- Reserva de ley.- Las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este Código.

Para la Administración Tributaria ecuatoriana, el fideicomiso mercantil, que se constituye como un patrimonio autónomo, es el único contribuyente y, por tanto, todos los derechos y obligaciones se los ejerce en cabeza del fideicomiso.

Lo antedicho significa que todos los derechos y obligaciones, ya sean obligaciones formales o materiales en materia tributaria, deben ser estrictamente cumplidos por el patrimonio autónomo, sin dejar la puerta abierta para que los constituyentes o beneficiarios de los fideicomisos, de acuerdo a su mejor beneficio, tomen partida en las obligaciones o derechos adquiridos por el patrimonio autónomo. Cabe aclarar que, el mejor beneficio no es sinónimo de evasión o elusión fiscal, pues no existe ánimo de perjudicar al fisco; pero, sí tiene como objetivo que las personas que dan vida jurídica al fideicomiso (utilizándolo como medio para el cumplimiento de un fin específico) puedan beneficiarse de ciertos derechos que deriven del fideicomiso.

En el caso de las deducciones que conceden derecho a cualquier persona, ya sea natural o jurídica, en los términos establecidos en la Ley de Régimen Tributario Interno y su reglamento, recaen exclusivamente en el fideicomiso, de tal manera que, el constituyente no puede beneficiarse de dichas deducciones aun cuando el fideicomiso es tan solo un medio para conseguir un fin lícito.

Sería necesario que los legisladores, al momento de crear la norma pertinente, tomen en cuenta el análisis propuesto, pues suena lógico que si el fideicomiso es un medio para realizar cualquier tipo de negocios permitidos por la ley, los partícipes de ellos puedan adecuar su planificación tributaria beneficiándose de ciertas concesiones o facilidades otorgadas a dicha institución jurídica.

Desde el punto de vista del presente análisis, los asambleístas, en el caso ecuatoriano debieron realizar la propuesta, interpretación y aplicación, y en función de esto desarrollar la normativa.

En materia tributaria, las deducciones, desde un punto de vista práctico, son las rebajas que pueden realizarse a la base imponible de los tributos y tienen como fin equilibrar la carga tributaria, hacerla más justa o, simplemente, incentivar una conducta determinada en los sujetos pasivos. Del mismo modo debería ser tratado el fideicomiso mercantil hasta el punto que deje a un lado el formalismo del patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica, ya que esto se constituye como el represor de la instauración de normas y políticas afines a la naturaleza propia de esta institución. Finalmente, esto daría lugar a que los distintos partícipes vean al fideicomiso mercantil como un medio propicio para desarrollar sus negocios.

Un buen ejemplo para demostrar, en el ámbito práctico, el planteamiento previamente descrito y sus argumentos, es el tratamiento diferenciado, en el aspecto tributario, que se da a las transferencias de dominio (aportes a fideicomiso y restituciones)⁴⁴ de bienes inmuebles. Si se aplica, en estricto sentido jurídico, la normativa vigente en la materia, la transferencia cumple con los preceptos de la norma tributaria perfectamente y en razón de ello, las transferencias de aportes y restituciones fiduciarias deberían ser gravadas con los impuestos de plusvalía y alcabalas. El fideicomiso, siendo una persona jurídica

⁴⁴ Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores: “(...)La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos. Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas. Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen. La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente de este artículo.

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 (...)”. El subrayado es propio.

totalmente distinta al constituyente, y en plena capacidad de adquirir derechos y obligaciones por sí mismo, bien podría ser catalogado como un tercero independiente y por ese motivo, al realizar una transferencia de dominio de bienes inmuebles como cualquier otra, debería tributar. No obstante, en este caso, atendiendo a la naturaleza de la transferencia y, considerando que la misma se hace para cumplir con un fin determinado y que el fideicomiso tan solo es el medio para cumplir con dicho fin, se ha exonerado de este pago a todas las transferencias de dominio que se encajen en el presupuesto establecido por la norma, es decir, que el bien transferido sea aportado a título de fideicomiso mercantil irrevocable y que en la restitución sea devuelto en los mismos términos y condiciones en que fue aportado.

En virtud de lo antedicho, lo óptimo sería que al momento de legislar, se analicen este tipo de particularidades de la institución del fideicomiso mercantil (con las especificidades de la figura ecuatoriana) y que, atendiendo a su naturaleza, se prevean mecanismos legales, totalmente lícitos y válidos, para no afectar a la aplicación de esta figura.

En otras legislaciones, por ejemplo, la argentina, el tratamiento tributario exige otro tipo de interpretación ya que no existe la conformación de un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica y, por tanto, la propiedad fiduciaria se constituye como un patrimonio aislado del constituyente y del beneficiario, su administración y representación recae sobre el fiduciario, aclarando que está deslindado de su patrimonio propio y del resto de patrimonios que administra.

En el caso de la legislación argentina, la piedra angular que define quien es el sujeto pasivo del impuesto, deviene del análisis de los tipos de sujeto pasivo de impuesto:

- Sujetos tributarios responsables por deuda propia: conocidos como contribuyentes. Se trata de sujetos que verifican el hecho imponible y a su vez están obligados jurídicamente a pagar el impuesto.
- Responsables por deuda ajena: son sujetos creados para asegurar la percepción de la prestación pecuniaria. Para ello se parte de la base de que existe algún vínculo que lo liga al contribuyente. Este sujeto no es el que verifica el hecho imponible.

Bajo esas dos premisas, lo esencial está en definir qué tipo de sujeto es el fideicomiso, pues se debe tomar en cuenta que el fiduciario es quien representa al patrimonio de propósito exclusivo. Por ello podría entenderse que el fiduciario es el titular de la propiedad fiduciaria y, en ese sentido, el criterio aplicable en materia tributaria sería el de sujeto responsable por deuda propia, pero es claro que a pesar de tener la propiedad fiduciaria de los bienes transferidos por el constituyente, no existe un contenido económico y, en esta línea, el fiduciario es responsable por deuda ajena y el beneficiario o el fideicomisario es quien tiene un derecho crediticio contra el fideicomiso.

Así, por mandato expreso de la norma argentina respectiva, el artículo N° 10 del Decreto 780/95 dispone que quienes sean fiduciarios asumen la calidad de responsables por deuda ajena (art. 16 inc. e) ley 11.683), por lo cual tienen carácter de administradores de patrimonios ajenos. De acuerdo a su calidad de administradores de patrimonios ajenos y de responsables por deuda ajena son responsables solidarios del deudor principal.

Si bien así lo establece la norma, para muchos autores argentinos, por ejemplo, Susana Barrionuevo, el criterio expuesto en la norma es contradictorio con otras normas de la misma legislación argentina que dejan exento de todo tipo de responsabilidad al fiduciario, por las obligaciones exclusivas del fideicomiso.

Esta distinción realizada en el caso argentino sobre los tipos de sujetos pasivos, ya sean por deuda propia o por deuda ajena, no caben en el caso ecuatoriano, pues el fideicomiso tiene personalidad jurídica y, por tanto, las obligaciones recaen en su propia cabeza. Con esta precisión no se pretende decir que la figura adoptada en la legislación ecuatoriana sea mala, porque el dotarle de personalidad jurídica genera un sin número de beneficios

y torna más sólida a la figura, sin embargo, en ciertos aspectos del fideicomiso hay que trabajar bajo esta percepción.

Uno de los aspectos a trabajar y en el que se centra esta investigación, es el tratamiento tributario de las deducciones para el pago de impuesto a la renta en los fideicomisos mercantiles.

3.2.- Análisis del criterio jurídico- tributario del Servicio de Rentas Internas ecuatoriano de acuerdo a la consulta realizada por la Asociación de Fiduciarias del Ecuador.

A principios del año 2010, ante la falta de normativa expresa que disponga la no aplicación del principio de transparencia al fideicomiso mercantil en Ecuador, y buscando saber, formalmente, el criterio de la Administración Tributaria, a pesar de que podía parecer elemental la interpretación de la normativa tributaria aplicable, la Asociación de Fiduciarias del Ecuador, asesoradas por un abogado especialista en la materia, el abogado y catedrático Roberto Silva Legarda, presentaron una consulta al Servicio de Rentas Internas, quien con fecha 09 de febrero de 2010, expuso su criterio mediante oficio número 917012011OCON000082, mismo que luego fue publicado en Suplemento del Registro Oficial No. 456 de Mayo 25 de 2011. A continuación se transcribe la parte del oficio que incumbe al presente análisis, para posterior análisis.

“09 de febrero de 2010

Oficio: 917012011OCON000082.

Suplemento - Registro Oficial N" 456 - Miércoles 25 de Mayo del 2011- 9

Consultante: ASOCIACIÓN DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS DEL ECUADOR.

Referencia: Régimen Tributario de los fideicomisos.

Consulta:

Los Fideicomisos de Garantía de Cartera, así como los Fideicomisos de Administración de Cartera, Administración de Flujos, y los de Titularización de Cartera, generan ingresos por concepto de rendimientos financieros, sin embargo, los gastos asociados a la generación y administración de dicha cartera (p. ej. de cobranza, administrativos, personal, luz, teléfono, suministros, depreciación de activos, entre otros), son asumidos y registrados por el Constituyente, sin que este pueda diferenciar qué proporción de los mismos se podría asociar a su giro normal del negocio, y cuál a la operación de cobranza de cartera propiamente dicha.

Considerando que el fin de los Fideicomisos arriba referidos es simplemente garantizar los pasivos del deudor, administrar la cartera del constituyente y desarrollar los procesos de titularización del Constituyente (Originador), respectivamente, y que por lo tanto no realizan una actividad económica o comercial real, ¿debe el Fideicomiso como el Constituyente reflejar en su contabilidad la esencia económica de sus transacciones, y que por lo tanto los ingresos percibidos por concepto de rendimientos financieros, sean registrados únicamente por el Constituyente (Originador), quien además registrará los gastos asociados a dichos ingresos?".

Considerando que el Fideicomiso de Titularización de Flujos es nada más un medio de financiamiento alternativo al sistema financiero, que dinamiza el mercado de valores, y que los gastos del proceso (rendimientos financieros pagados a los tenedores de los títulos valores) son asumidos y registrados como tales por el Fideicomiso, mientras que los ingresos (asociados a dichos gastos) son registrados por el Constituyente (Originador), ocasionando esto una evidente distorsión de la realidad económica del proceso, ¿deben los gastos por concepto de rendimientos financieros pagados a los tenedores de los títulos

valores ser registrados como tales en la contabilidad del Originador, por ser este quien realmente incurre en los mismos?.

Si la respuesta a dicha consulta fuera afirmativa, ¿el sustento contable y tributario estaría dado por los registros contables realizados, tanto por el Originador como por el Fideicomiso?

Asimismo, referente al Fideicomiso de Titularización, cuando este acumula tal cantidad de recursos (provenientes de los flujos que aportó el propio Originador o de capital y rendimientos financieros de la cartera aportada por este) que estos le permiten cumplir con el pago a los propietarios de los títulos emitidos, y restituye fiduciariamente (al tenor del artículo 113 de la LMV), antes de que finalice el ejercicio fiscal, el remanente de recursos al Originador ¿aplica en dichas restituciones la retención en la fuente establecida en el artículo 126 del RALORTI? (...)

Base Jurídica: Ley de Mercado de Valores: artículo 75, artículo 76, artículo 82, artículo 85, artículo 109, artículo 111, artículo 112, artículo 114, artículo 115, artículo 116, artículo 117, artículo 117, artículo 118, artículo 119, artículo 135, artículo 136. Ley de Régimen Tributario Interno: artículo 9, artículo 37. Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno: artículo 15, artículo 126.

Absolución: Los Fideicomisos de Garantía de Cartera, así como los Fideicomisos de Administración de Cartera, Administración de Flujos, y los de Titularización de Cartera, que generan ingresos por concepto de rendimientos financieros debido a que se les ha transferido bienes incorporales o derechos, deben además registrar en su contabilidad los gastos asociados a la generación y administración de dicha cartera tales como cobranza, administrativos personal, luz. Teléfono, suministros, depreciación de activos, entre otros. Para ello se puede utilizar mecanismos legales y reglamentarios tales como reembolso de gastos siempre que un tercero como puede ser el propio constituyente, realice los gastos que luego le serán restituidos por el fideicomiso.

Debe advertirse en todo caso que estos gastos efectuados por el constituyente, los mismos que siempre deberán estar relacionados con los ingresos percibidos por el fideicomiso

mercantil, deberán tratarse contablemente como un solo gasto realizado, por lo cual, al haber sido ya registrados por estos fideicomisos mercantiles o fondos de inversión, el originador o constituyente ya no podrán utilizarlos para deducirlos de otros ingresos propios.

Al igual que en la respuesta precedente, tanto los ingresos como los gastos que comporte el proceso de titularización de activos, deben ser registrados como tales en la contabilidad del fideicomiso de titularización de flujos, en vista que quien va a ejercer la titularidad de esos activos y, por consiguiente, quien va a generar rendimientos por ello, es el patrimonio de propósito exclusivo, el cual está dotado de personalidad jurídica en los casos que se utilice mediante la figura de un fideicomiso mercantil. Por lo que, el sujeto pasivo-fideicomiso mercantil- podrá optar por los mecanismos que crea convenientes tales como el reembolso siempre que sea un tercero quien realice los gastos por cuenta del fideicomiso, sin que ello comporte la duplicación de los mismos.

En el evento en que el fiduciario restituya a través de una nueva transferencia los bienes al constituyente, en las mismas condiciones, esto es, sin que ello implique un aumento de su patrimonio, no habrá lugar a la retención contemplada en el artículo 126 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (...).⁴⁵

Para el análisis del pronunciamiento del Servicio de Rentas Internas, es necesario desglosar la consulta, toda vez que la misma contiene varias preguntas en relación al tratamiento tributario dado a algunos de los tipos de Fideicomisos Mercantiles, en distintos aspectos.

Vale aclarar que, si bien es cierto que la Administración Tributaria ha emitido su criterio, el mismo no hace un profundo análisis de la institución del fideicomiso mercantil y, en

⁴⁵ Oficio No. 917012011OCON000082 emitido por el Servicio de Rentas Internas, Ecuador. Publicado en Suplemento del Registro Oficial No. 456 de Mayo 25 de 2011

definitiva, las respuestas son cortas y precisas sobre el tema consultado. Además, el criterio emitido por la Administración Tributaria no es directamente vinculante para los partícipes del mercado. Por lo expuesto, es difícil ampliar el análisis jurídico, no obstante, esta investigación buscará encontrar, en lo escueto del escrito, la razón del criterio expuesto por el Servicio de Rentas Internas.

1.- Fideicomisos que por su naturaleza u objeto generan rendimientos financieros

En concordancia con lo ampliamente expuesto a lo largo del presente trabajo, el fideicomiso mercantil, en diversas formas, puede ser utilizado como un medio para desarrollar un negocio jurídico y, en ese sentido, el objeto de dar vida jurídica a este mecanismo es cumplir con un fin. Uno de dichos fines puede ser garantizar una deuda, otro, en términos generales, viabilizar un negocio específico, mismo que puede tener relación con el giro del negocio del constituyente. En el caso específico de fideicomisos mercantiles que por su naturaleza generan rendimientos financieros, existe una carga impositiva en materia de impuesto a la renta, entre otras. Siendo que este tipo de fideicomisos debe registrar tanto los ingresos percibidos, como los gastos (aún cuando sea como reembolso de gastos), el constituyente pierde la oportunidad de registrar en su contabilidad dichos gastos y, así, deducirlos al final del ejercicio económico para el pago del impuesto a la renta, en su propia cabeza. En este sentido, esto puede ser visto como una inequidad, pues en algunos de los casos, el Fideicomiso, teniendo pocos gastos para deducir, terminará pagando un impuesto más alto, en comparación con el que podría pagar el constituyente si deduce gastos del universo de sus gastos producto de la actividad de su negocio.

La no aplicación del principio de transparencia en el caso puntual desvirtúa el uso de la figura del fideicomiso mercantil, pues al no existir normativa tributaria que apoye al desarrollo de la institución, genera apatía en los posibles constituyentes y, en definitiva, hace que el mercado de negocios fiduciarios se contraiga.

Por el contrario, un desarrollo normativo que incentive el uso de esta institución, permitiría que los gastos generados por el fideicomiso sean transferibles al constituyente o beneficiario y que éstos, en su contabilidad, puedan registrar dichos gastos y hacer uso de ellos al final del ejercicio económico, en conjunto con sus otros gastos generados, a fin de que sean deducibles del pago del impuesto a la renta.

2.- Fideicomiso de Titularización

En este tipo de fideicomiso mercantil podemos encontrar una clara distorsión de la realidad, la cual se constituye como la razón por la cual este negocio se vuelve poco atractivo de realizar para los Originadores.

El fideicomiso de titularización es utilizado como un mecanismo de desintermediación financiera y, por tanto, busca obtener fondeo o liquidez a costos más bajos en relación a créditos del sector financiero; con esto se optimiza la estrategia financiera, generalmente, de las compañías.

Más allá de la distinta concepción financiera y jurídica que tienen las dos figuras, el crédito bancario o la titularización, en términos generales, se constituyen como mecanismos para adquirir fondeo. Así, la titularización debería proveer de mejores opciones a los posibles Originadores, para que esta figura sea más atractiva. A primera vista, así ha sido catalogada, no obstante, en el ámbito tributario existe un inconveniente que frena este tipo de procesos y, con ello, el crecimiento del Mercado de Valores en el

Ecuador. El inconveniente mencionado consiste en que, por mandato expreso de la norma⁴⁶, en el caso de los intereses pagados a instituciones financieras, sí existe forma de deducir el monto atribuible al pago de intereses, previo al pago del impuesto a la renta; sin embargo, en el caso del fideicomiso de titularización, el Originador no puede beneficiarse de los intereses pagados, para la deducción previa al pago del impuesto a la renta.

El fideicomiso de titularización, al ser un patrimonio totalmente autónomo y dotado de personalidad jurídica, en su propia cabeza podría deducir los intereses pagados por concepto de intereses producto de los títulos emitidos; no obstante, como el fideicomiso no genera la actividad económica, no hará uso adecuado de dichos gastos y, en cambio, el Originador, que es quien sí realiza actividad económica, necesitará de ellos sin poder tomarlos y, en caso de no tener gastos propios poco considerables para disminuir su impuesto a la renta, habrá desperdiciado la inversión realizada en el fideicomiso de titularización; por tanto, este último no será un beneficio por ningún concepto. De otro lado y a diferencia de lo expuesto, en el caso del crédito existe un beneficio extra ya que el sujeto de crédito tiene la opción de registrar como un gasto deducible el pago de los intereses y, así, al final del ejercicio económico, este rubro será descontado del impuesto.

En definitiva, si la normativa permitiera que el Originador deduzca del pago de su impuesto a la renta, los intereses pagados por el fideicomiso de titularización, existiría un beneficio y no se constituiría como un perjuicio para el fisco, pues, sería como un símil

⁴⁶ Ley de Régimen Tributario Interno. “**Art. 10.-** Deducciones.- En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos.

#2.- Los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio, así como los gastos efectuados en la constitución, renovación o cancelación de las mismas, que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente. No serán deducibles los intereses en la parte que exceda de las tasas autorizadas por el Directorio del Banco Central del Ecuador, así como tampoco los intereses y costos financieros de los créditos externos no registrados en el Banco Central del Ecuador (...).”.

al contrato de mutuo con intereses, celebrado con una institución financiera (crédito bancario).

Todo este escenario expuesto, volvería más atractiva la figura del fideicomiso de titularización y sería un motivante para que las compañías busquen fondearse a través de este mecanismo y, consecuentemente, incursionen más en el mercado de valores.

Como se ve en este caso, el tratamiento tributario dado al fideicomiso mercantil no debería ser el mismo que el que se da a una sociedad, pues, por la naturaleza que engloba la institución jurídica, es necesario diferenciarla y generar normativa propia.

3.3.- El Fideicomiso Mercantil como mecanismo que sirve de medio para desarrollar diferentes actos o negocios.

Entendiendo que el fideicomiso mercantil es un encargo realizado a un tercero de confianza, éste es un medio o un mecanismo para hacer realizable cierto tipo de actos que, de otra manera, no podrían hacérselos; o, a su vez, para separar el patrimonio de alguna persona y así darle seguridad al negocio desarrollado.

En Ecuador, adicional a la transferencia de bienes al patrimonio de afectación, existe la dotación de personalidad jurídica a dicho patrimonio.

La transferencia de la titularidad del derecho tiene lugar a fin de que el fiduciario tenga los poderes jurídicos indispensables para el cumplimiento de la comisión de un determinado objeto. Consecuentemente, éste va a actuar en nombre del fideicomiso mercantil y en interés del constituyente o de un tercero a quien le va a tener que transmitir el derecho, una vez cumplido con lo encargado.

La obligación del fiduciario de afectar el derecho trasferido al cumplimiento del objeto del fideicomiso, es una obligación pura y simple, por cuanto su eficacia no está sujeta a modalidad alguna.⁴⁷

La naturaleza jurídica que los distintos países le han dado al fideicomiso, está enfocada, en definitiva, en el cumplimiento del objeto del fideicomiso, es decir, en el cumplimiento de la voluntad del constituyente y de ser el caso, beneficiario. Lo importante, tal como lo señala Pierre Lepaulle, es darle seguridad al cumplimiento de las instrucciones impartidas por el constituyente, y para aquello se afecta un objetivo determinado.

En el caso concreto, la transferencia de propiedad tiene su razón de ser en el dotar de seguridad jurídica a cada una de las partes intervinientes en el negocio fiduciario y, por lo tanto, su trascendencia es justamente la transferencia que realizan los constituyentes al fideicomiso (patrimonio de afectación) para que éste cumpla con el mandato impuesto en el contrato de constitución del fideicomiso. El deslindar la propiedad del constituyente, sin duda provee de mayor seguridad jurídica al fideicomiso, así como garantiza que efectivamente se cumpla con el encargo u objetivo del mismo. Sin embargo de lo dicho, el hecho de que este fideicomiso tome distintas formas para su supervivencia, es transparente o no tiene importancia, lo fundamental es que se cumpla con el objeto. Esto, analizado desde la mejor de las ópticas y la más positiva, es decir, sin que existan factores externos que influyan al desarrollo del fideicomiso.

Para mitigar todos los factores externos, la doctrina y en muchos casos las distintas legislaciones, han desarrollado la naturaleza de esta institución y le han dotado de ciertas características que la hacen impenetrable o independiente y auto suficiente.

⁴⁷.LEPAULLE, Pierre, Tratado Teórico y Práctico de los Trust, Primera Edición, Distrito Federal, 1975, pág. 270.

Entonces es así que, desde el punto de vista del presente trabajo, la naturaleza jurídica, que tiene implicación con las normas que dicte la legislación de cada país, en definitiva deberían garantizar el fiel cumplimiento del objeto de cada fideicomiso constituido. En el caso ecuatoriano, es verdad que la dotación de personalidad jurídica hace más seguro al fideicomiso, pero al mismo tiempo, más complejo; y, esa complejidad debe ser canalizada de manera correcta, es decir, debe tratarse con pinzas, de tal manera que no afecte al desarrollo de los fideicomisos mercantiles desde ninguna de las distintas aristas que conforman el engranaje de la vida de un fideicomiso mercantil. En el caso planteado, una de esas aristas es el ámbito tributario. Entonces, darle al fideicomiso mercantil el tratamiento que se le da a cualquier persona jurídica (específicamente como a una sociedad), hace que el objeto por el cual se constituye el fideicomiso se desvirtúe y, en muchos casos, impide que el fideicomiso mercantil siquiera cobre vida (sea constituido) ya que para los constituyentes, muchas reglas tributarias van en detrimento del acto o negocio que buscan desarrollar.

El fideicomiso no es un medio que excede el fin buscado por las partes, nada más es un medio en la proporción justa y necesaria para desarrollar un objetivo. Es así que, el fideicomiso mercantil debería generar los mismos derechos y obligaciones en sus constituyentes; y, en materia tributaria, esto se vería configurado en la réplica de cargas y beneficios impositivos.

3.4.- La no deducibilidad de los gastos generados por el fideicomiso mercantil, previo a la determinación del impuesto a la renta, para constituyentes o beneficiarios de fideicomisos.

La deducción de gastos previa a la determinación de la base imponible sobre la cual se calcula el impuesto a la renta en Ecuador, es un mecanismo lógico para llegar a determinar el impuesto a la renta a pagar, pues, en términos generales, contrasta ingresos *versus* gastos, de tal manera, que cada uno de los gastos realizados durante el ejercicio económico del fideicomiso es susceptible de ser descontado de la base imponible sobre la cual se calcula el impuesto a la renta.

Este beneficio fiscal reduce el monto del impuesto a pagar por el contribuyente y ahí es donde radica la importancia en el ámbito fiscal, ya sea de personas naturales o jurídicas. Por mandato de la normativa fiscal, se permite disminuir de los ingresos obtenidos, los gastos o inversiones realizadas con el propósito de obtener lucro o ganancia. En ese sentido, el impuesto a pagar es real y atiende al entorno económico del contribuyente; esto se refleja al tomar en cuenta que no todo los ingresos percibidos por los sujetos pasivos del impuesto, es ganancia, ya que una parte de lo que se percibe es utilizado para desarrollar la actividad generadora de ganancias.

En el caso de este beneficio fiscal aplicado a ciertos fideicomisos, puede ser poco útil en lo que respecta a su tributación, pues en la mayoría de los casos el fideicomiso en cumplimiento de su función no genera los gastos o inversiones atribuibles al negocio fiduciario en desarrollo y, por el contrario, el constituyente se convierte en la fuerza motora del negocio. Por lo dicho, lo más lógico sería que esa persona causante de la existencia del fideicomiso se pueda beneficiar de esta merced fiscal.

Incluso, en muchas ocasiones, el constituyente da apoyo logístico al desarrollo del objetivo del fideicomiso, utilizando sus propios medios e incluso, en la mayoría de ocasiones, es difícil discernir los gastos atribuibles específicamente al desarrollo del objeto del fideicomiso.

En los casos en los que el constituyente es quien da apoyo logístico (inmerso en aquellos gastos propios del desarrollo del fideicomiso) debería existir una salvedad dictada por la norma tributaria a fin de que el constituyente pueda beneficiarse de deducir en su propia cabeza los gastos incurridos en el desarrollo del fideicomiso o con objeto de viabilizar el objeto del fideicomiso, de tal manera que, al final del ejercicio económico esa persona deduzca esos gastos en su contabilidad, señalando que esta situación eliminaría la posibilidad de que el fideicomiso deduzca esos mismos gastos, pues no puede haber un doble beneficio.

Para realizar una proposición concreta respecto de lo expuesto a lo largo del presente trabajo, a continuación se esbozará un ensayo de cómo debería ser la norma que regule, específicamente, la deducción de los gastos pagados por el constituyente:

Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, LORTI

Art. 10.- Deducciones.- En general, con el propósito de determinar la base imponible sujeta a este impuesto se deducirán los gastos que se efectúen con el propósito de obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos.

En particular se aplicarán las siguientes deducciones:

1.- Los costos y gastos imputables al ingreso, que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente;

Los costos o gastos incurridos por constituyentes o beneficiarios de fideicomisos mercantiles, que se encuentren debidamente sustentados en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el reglamento correspondiente, siempre y cuando

sean atribuibles al desarrollo y cumplimiento del objeto del fideicomiso mercantil, podrán ser deducidos por el constituyente, beneficiario o directamente por el Fideicomiso. Así mismo podrán ser deducidos como gastos, por constituyentes, beneficiarios o el propio fideicomiso, los intereses pagados por Fideicomisos de Titularización a los diversos inversionistas.

La inclusión que me permito sugerir en el numeral uno del artículo diez de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, si bien no está contenida dentro de un capítulo, título o cuerpo normativo exclusivo para fideicomisos mercantiles, es una inclusión enfocada en regular de manera justa a la institución y, con ello, hacerla más atractiva para posibles constituyentes; y como lo señalo a lo largo de la presente investigación, lo ideal será que en un momento dado, se desarrolle una parte específica de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interna, que regule exclusivamente a Fideicomisos Mercantiles.

CONCLUSIONES:

- En base de lo desmenuzado a lo largo de la investigación, es fácil deducir que el fideicomiso mercantil irrevocable, en Ecuador, exige un régimen jurídico adaptado especialmente para su correcto desarrollo, mucho más en materia tributaria, pues la implicación económica de la normativa actual es una de las principales razones para desmotivar a la sociedad en la constitución de fideicomisos.

El régimen especial debe ser desarrollado a partir del principio de transparencia en materia fiduciaria (principio que debe ser desarrollado bajo nuestra propia realidad), con la característica especial de que bajo el régimen jurídico actual, debe ser el fideicomiso persona jurídica considerada como sujeto pasivo de los distintos tributos; y, partiendo de lo antedicho, se deben crear exenciones tributarias o mecanismos adecuados encaminados a mitigar el impacto económico que puede generar el darle el mismo tratamiento tributario que a una sociedad mercantil o comercial. Es decir que el impacto económico tenga la posibilidad de ser transferido a constituyentes o beneficiarios según corresponda.

- Como se puede ver, en algunas legislaciones de países de América Latina, a pesar de que el fideicomiso mercantil no se constituye como una persona jurídica, existe una ficción jurídica denominada persona fiscal, y esta figura canaliza que los tributos sean efectivamente recibidos por el Estado de parte de los negocios fiduciarios.

Es de la misma manera que la legislación ecuatoriana debe adaptar su normativa, de tal forma que, a pesar de ser persona jurídica, exista un tratamiento distinto; y, que por mandato de la ley, las deducciones que aplican al impuesto a la renta, en la persona fiscal del fideicomiso, puedan ser transferidas exclusivamente a terceros tengan participación en el fideicomiso, ya sean éstos constituyentes o beneficiarios. En este sentido, cabe añadir que, tampoco sería lógico que de este beneficio tributario pueda ser utilizado por la fiduciaria que, a fin de cuentas, nada más es el administrador del negocio. Su participación no tiene injerencia directa en las estipulaciones contractuales.

- La naturaleza jurídica del Fideicomiso es muy distinta a la de una sociedad mercantil (compañía), pues el objeto de una sociedad mercantil siempre llevará implícito el fin de lucro, no así en el fideicomiso mercantil, que no necesariamente tiene un fin de lucro en su objeto. Al referirnos a lucro no lo hacemos en semejanza con réditos o ganancias, pues también pueden existir fideicomisos que obtengan réditos por el cumplimiento de su objeto, pero que no necesariamente tengan por fin lucrar, en cabeza de constituyentes y beneficiarios.
- A mediano plazo, estaría bien aplicar para los fideicomisos el régimen tributario dado a las sociedades mercantiles; pero, en el largo plazo, se debería propender a tener un régimen tributario exclusivo de los fideicomisos.

BIBLIOGRAFÍA:

1.- Textos

- ÁLVAREZ, Ursicino, Curso del Derecho Romano T.I Revista de derecho privado. Madrid. 1955.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario enciclopédico de derecho usual; tomo IV: F-K , 30ª Ed , Buenos Aires, Heliasta, 2008.
- CASAS SANZ SANTA MARÍA, Eduardo, La Fiducia, 1997, Ed. Temis. Bogotá.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO HISPANOAMERICANO (ed.Barcelona, 1912, t IX)
- FLORES ZABALA, Alberto, Finanzas Públicas Mexicanas, México, Porrúa, 1986.
- GIULLIANI FONROUGE, Carlos, Derecho Financiero, Volumen I, Buenos Aires, Ed. Depalma, Tercera Edición, 1976.
- GIULIANI FONROUGE Carlos y NAVARRETE Susana, Impuesto a las ganancias, Buenos Aires, 1976.

- KIPER Claudio M. LISOPRAWSKI Silvio V, Tratado del fideicomiso, 2da edición, Buenos Aires, 2004.
- LEPAULLE, Pierre, Tratado Teórico y Práctico de los Trust, Primera Edición, Distrito Federal, 1975.
- MALUMIA, Nicolás, Fideicomiso y securitización, análisis legal, fiscal y contable, 2da edición, Buenos Aires, 2006.
- MALUMIAN, Nicolás. Conferencia. Tratamiento tributario comparado del fideicomiso en América Latina. XIV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso. Quito. Octubre de 2004.
- MARGAIN MANATOU, Emilio, Introducción al Estudio del Derecho Administrativo Mexicano, México Ed. Porrúa, Tercera Edición, 2000.
- MANYA ORELLANA, Marlon y RUÍZ MARTÍNEZ, Miguel, Tax Ecuador 2010, Primera edición, Trenito S.A, Guayaquil, 2010.
- PARRA Armando, Régimen de Impuestos: Análisis y normas legales del impuesto sobre la renta y complementarios, Tercera edición, Italgraf, Bogotá, 1977,
- RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, Negocios Fiduciarios su significación en América Latina, editorial Legis, Colombia, edición 2005.

- SCHULZ, Fritz. Trad. SANTA CRUZ TEIGEIRO, José. Derecho Romano. Clásico. Ed. Bosch. Barcelona, 1960.

2.- Legislación Interna

- Constitución Política del Ecuador, vigente.
- Ley de Mercado de Valores, vigente.
- Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, vigente.
- Código Tributario, vigente
- Ley Orgánica del Régimen Tributario Interno, vigente

3.- Consultas Administrativas

- Oficio No. 917012011OCON000082 emitido por el Servicio de Rentas Internas, Ecuador. Publicado en Suplemento del Registro Oficial No. 456 de Mayo 25 de 2011.