

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
DEL ECUADOR**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Disertación de Grado previo a la obtención del título de
Abogado de la República

TEMA:

ANÁLISIS FISCAL DE LAS PRINCIPALES CATEGORÍAS DE FIDEICOMISO
MERCANTIL CONFORME LA EXONERACIÓN TRIBUTARIA PREVISTA EN EL
ARTÍCULO 68 DEL REGLAMENTO PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE RÉGIMEN
TRIBUTARIO INTERNO

Autor: CRISTIAN CORDOVILLA CUEVA

Tutor: Ab. Carlos Pontón

Quito - Ecuador

2014

DEDICATORIA

A mis Padres, Silvia y Juan, quienes con su amor por sus hijos, su trabajo esforzado y su convicción de que la educación constituye la mejor herramienta para la vida, han forjado sólidos principios que se convierten en un norte necesario en el camino a la excelencia.

A mis hermanos Esteban, Adrián y Santiago, por ser mis fraternos hermanos a los que amo mucho.

AGRADECIMIENTO

A mi Padre Jehová Dios, mi Señor Jesucristo y Su Santo Espíritu que han permitido la culminación de la presente obra.

A mis Queridos Hermanos de todas partes y amigos que han venido impulsándome a cerrar el presente ciclo para enrumbarme en el siguiente capítulo de mi vida.

A la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, mi Universidad.

RESUMEN

La presente investigación busca determinar los alcances de la exoneración tributaria desarrollada en el artículo 68 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno a través del análisis técnico-jurídico de los elementos característicos de las principales categorías de Fideicomiso, institución jurídica que dado su dinámico desarrollo ha adquirido mayor interés por parte de la sociedad.

Las implicaciones fiscales relacionadas a la generación de renta de una persona jurídica de características tan particulares como el fideicomiso en sus diversas categorías, sumado a las leves precisiones que da la legislación nacional al respecto de los fideicomisos, tornan necesario llevar a cabo un análisis fiscal de los elementos característicos de las principales categorías de fideicomiso, análisis que parte de la determinación de los elementos más importantes del Impuesto a la Renta.

El análisis fiscal que permite determinar los alcances de la exoneración tributaria establecida en la legislación nacional vigente al respecto de los fideicomisos brinda ciertos elementos de juicio que pueden resultar relevantes al momento de analizar la posibilidad de adoptar la figura del fideicomiso como la institución jurídica más adecuada para enmarcar los legítimos intereses de las partes contratantes.

TABLA DE CONTENIDOS:

CAPITULO I.....	7
CONTEXTO PARA EL ANALISIS DEL FIDEICOMISO	7
1.1. Leyes de Mercado de Valores de 1993 y 1998	8
1.1.1. Ley de 1993	8
1.1.1.1. Disposiciones transitorias	8
1.2. Ley de 1998	10
1.2.1. Reglamentos	10
1.2.1.1. Expedidos hasta 1998	10
1.2.1.2. Expedidos hasta 2005	11
1.3. Justificación de la Investigación	11
1.4. Objetivos de la Investigación.....	12
CAPITULO II.....	13
MARCO TEÓRICO	13
2. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS	13
2.1. Conceptos y definiciones	19
2.1.1. El Fideicomiso.....	19
2.1.1.1. Antecedente Histórico del Fideicomiso	19
El fideicomiso en América Latina	22
Definiciones latinoamericanas sobre el fideicomiso	23
El fideicomiso en el Ecuador.....	24
Características Generales del Fideicomiso	27
2.1.2. Elementos y Sujetos del Fideicomiso Mercantil	29
Elementos	29
Sujetos	33
Fiduciante, fideicomitente o constituyente.....	33
Fiduciario.....	36
Beneficiario	43
2.2. Clases de Fideicomiso	44
Aspectos Generales.....	44
Fideicomiso de Inversión	¡Error! Marcador no definido.
Fideicomiso de Administración o Gestión	47
2.2.1. Fideicomiso de Garantía.....	48
2.2.2. Fideicomiso Inmobiliario	51
2.3. Aspectos Fiscales	54
Situación Fiscal de los Fideicomisos.....	54

Tratamiento Fiscal del Fideicomiso de Garantía.....	101
Tratamiento Fiscal del Fideicomiso de Inversión.....	102
Tratamiento Fiscal del Fideicomiso de Administración o Gestión	102
Tratamiento Fiscal del Fideicomiso Inmobiliario	104
2.4. El Impuesto a la Renta	58
2.4.1. Consideraciones Generales del Impuesto a la Renta.....	58
Elementos Generales del Impuesto a la Renta.....	64
Elementos de la Exoneración Tributaria desarrollada en el artículo 68 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno	67
CAPITULO III	71
METODOLOGÍA.....	71
3. La metodología de la investigación	71
3.1. Enfoque de la investigación.....	71
3.2. Modalidad básica de la investigación.....	72
3.2.1. Investigación Bibliográfica	72
3.2.2. Investigación de campo	73
3.3. Tipo de Investigación	73
3.3.1. Investigación Correlacional.....	73
3.3.2. Investigación Descriptiva	73
3.3.3. Investigación Explicativa	74
3.3.4. Población	74
3.3.5. Muestra	75
CAPITULO VI.....	77
IMPACTO TRIBUTARIO DEL FIDEICOMISO	77
4. RECAUDACIÓN DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS	77
4.1. Situación del Fideicomiso en el Ecuador	78
4.1.1. Administradoras de Fondos Inscritas en el Registro del Mercado de Valores Periodo 2001-2005	78
4.1.2. Inversionistas Institucionales.....	79
4.1.3. Proceso Fiduciario	80
4.1.4. Aspectos Tributarios.....	81
4.1.4.1. Impuestos Municipales o Seccionales	81
4.1.4.1.1. Consideraciones Generales.....	81
4.1.5.1. Régimen Tributario Interno	85
4.1.5.2. Exoneración del Impuesto a la Renta	85
4.2. Evidencias Empíricas del Negocio Fiduciario.....	88
4.2.1. Fideicomisos Vigentes en el Quito.....	88

4.2.2.	Fideicomisos vigentes en Quito por tipo	88
4.2.3.	Fideicomisos según clase de negocio	89
4.2.4.	Activos de los Fideicomisos según clase de negocio	90
4.2.5.	Principales Administradoras de Fondos y Fideicomisos en Quito según el monto de los activos que administran.....	91
4.2.6.	Impuesto a la Renta generado los Fideicomisos Vigentes en Quito	92
4.3.	Resultados de las encuestas realizadas a las Empresas Administradoras de Fondos y Fideicomisos	93
4.3.1.	Indique ¿Cuáles son las principales ventajas del Fideicomiso Mercantil?... 93	
4.3.2.	Por tipo de fideicomiso ¿Cuáles son los que principalmente se establecen en el mercado?.....	94
4.3.3.	¿Cuál es el papel del mercado de valores en el negocio fiduciario?	94
4.3.4.	¿Cree Ud. que los cambios tributarios en el Código de Producción Comercio e Inversiones con respecto a los fideicomisos mercantiles están orientados a generar una adecuada cultura fiduciaria?	95
4.3.5.	¿Existe algún tipo de exoneración tributaria que se aplique en el fideicomiso mercantil al momento de la declaración del Impuesto a la Renta según la normativa vigente?96	
4.3.6.	¿Cuáles son las normativas que regulan la gestión de los fideicomisos en el Ecuador?	97
4.3.7.	¿Cuáles son las reformas que deberían hacerse a las normativas que regulan la gestión de los fideicomisos para dinamizar la utilización de esta figura legal?	98
4.3.8.	¿A qué se atribuye la utilización del fideicomiso mercantil en la titularización de valores actualmente?.....	98
4.4.	Perfil de las Administradoras de Fideicomisos.....	99
4.5.	Impacto Fiscal y Exoneración de Impuestos	101
CAPITULO V.		106
CONCLUSIONES.....		106
5.1.	Conclusiones.....	106
GLOSARIO		117
BIBLIOGRAFÍA		119

CAPITULO I

CONTEXTO PARA EL ANALISIS DEL FIDEICOMISO

En el Ecuador la institución fiduciaria actual se incorpora al ordenamiento jurídico positivo mediante la Ley de Mercado de Valores aprobada el 23 de julio de 1998, estableciéndose que debían ser administradas por las compañías administradoras de fondos y fideicomisos debidamente autorizadas e inscritas en el Registro de Mercado de Valores de la Superintendencia de Compañías.

Así, al mes de julio de 2011, según se tiene que se encuentran autorizadas e inscritas en la Superintendencia de Compañías 32 compañías cuyo objeto social se encuentra relacionado con la administración de fondos y fideicomisos, de las cuales 12 pertenecen a grupos financieros y 20 son independientes.

Si bien el Ecuador es el único país de Latinoamérica que otorga personería jurídica autónoma al fideicomiso mercantil no es el único país que considera al fideicomiso como sujeto pasivo del impuesto a las ganancias o a las rentas.

Es importante resaltar que el fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, siendo su responsabilidad la de actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente.

En el caso de los fideicomisos mercantiles, el fiduciario deberá conocer entre otras cosas, que transferencias a título de fideicomiso están exentas de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones, alcabalas, impuestos a las utilidades en la compra venta de predios urbanos y plusvalía de los mismos, impuesto al valor agregado IVA, los deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda.

La responsabilidad del fiduciario en relación con el fideicomiso que administra se deberá regir por la normas del Código Tributario, en tal sentido el fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de las obligaciones tributarias.

1.1. Leyes de Mercado de Valores de 1993 y 1998

1.1.1. Ley de 1993

Mediante la publicación en el Registro Oficial No. 199, de 28 de mayo de 1993 el Plenario de las Comisiones Legislativas expidió la Ley de Mercado de Valores. El propósito fundamental de esta Ley fue incorporar al Ecuador al grupo de países que cuentan con nuevas estructuras direccionadas a racionalizar el funcionamiento del mercado de capitales.

En efecto, se hizo necesario encontrar otras nuevas fuentes de financiamiento además de las tradicionales con las que contaba el sector productivo, constituidas esencialmente por la banca privada y algún esfuerzo de la banca pública, esto en razón de su capacidad de generar y canalizar recursos en montos, plazos y tasas, más acordes con las necesidades de los empresarios, lo que permite una adecuada implantación y maduración de sus proyectos.

Esta Ley fue promulgada con el fin de promover un mercado de valores integrado, organizado, transparente y eficaz, en el que la intermediación de valores sea ordenada, competitiva, continua y equitativa.

Esta primera Ley posibilitó la creación de nuevas figuras e instituciones jurídicas como el Consejo Nacional de Valores (CNV); el Registro del Mercado de Valores; las Bolsas de Valores, como corporaciones civiles sin fines de lucro; los fondos de inversión administrados y colectivos; las casas de valores; las administradoras de fondos y fideicomisos; las calificadoras de riesgo; la oferta pública de valores de deuda y patrimoniales; el Depósito Centralizado de Compensación y Liquidación de Valores, entre las más destacables.

Las Intendencias de Mercado de Valores se crearon en las ciudades de Quito y Guayaquil como resultado de la aplicación de la Ley de Mercado de Valores, éstas Intendencias estaban direccionadas a ejercer el control en los nuevos entes, y estaban consideradas dentro de la estructura orgánica y funcional de la Superintendencia de Compañías.

1.1.1.1. Disposiciones transitorias

A través de las disposiciones transitorias de esta primera Ley, se regularon los siguientes aspectos:

- ❖ Las personas naturales o jurídicas que desearon intervenir en el mercado de valores en calidad de casas de valores o aquellas que se hallaban intermediando valores, debieron ajustar su estructura a las disposiciones de la Ley en el plazo de un año, además de la obligación de inscribirse en el Registro del Mercado de Valores en un plazo de 90 días.
- ❖ Del mismo modo, a las bolsas de valores que se encontraban operando, se les estableció la obligación de transformarse en corporaciones civiles, lo que debía ejecutarse en un plazo que no excediere a un año;
- ❖ Cuando el Consejo Nacional de Valores consideró la existencia de un adecuado número de compañías calificadoras implementó las normas de calificación de riesgo;
- ❖ Las compañías que se hallaban manejando dineros de terceros en mandato colectivo, o que se semejaban a fondos de inversión, debieron transformarse en administradoras de fondos y ajustar sus operaciones a las disposiciones de Ley;
- ❖ Así también el Consejo Nacional de Valores emitió las normas sobre calificación y capitalización de personas naturales o jurídicas reguladas por esta Ley, así como las resoluciones concernientes a la oferta pública de valores y el Registro del Mercado de Valores;

El Mercado de Valores ecuatoriano tuvo un considerable desarrollo y crecimiento inicial impulsado por la implementación de las disposiciones contenidas en esta Ley; este desarrollo tuvo que ser adaptado y enriquecido en función de los cambios observados en este dinámico mercado conforme la experiencia acumulada.

Como resultado de este desenvolvimiento dinámico del mercado bursátil ecuatoriano, la Superintendencia de Compañías consideró procedente elaborar y presentar al H. Congreso Nacional un nuevo proyecto de ley.

1.2. Ley de 1998

La Ley de Mercado de Valores, que fue promulgada mediante la publicación en el Registro Oficial No. 367 de 23 de julio de 1998, se torna evidente que mantiene los aspectos positivos de la Ley que le antecediere, haciendo énfasis en fortalecer la transparencia del mercado, evitar conflictos de interés, regular la participación del sector público, afianzar la seguridad de los inversionistas, así como en permitir identificar a quienes actúan como inversionistas institucionales.

Esta Ley se estructuró con miras a aplicar principios extraídos de legislación comparada y la dotación de condiciones técnicas y operativas, que permiten armonizar la operatividad del Mercado de Valores ecuatoriano con la dinámica de los principales países latinoamericanos, en consideración del contexto de un mundo globalizado con una cada vez más clara interrelación internacional de las entidades que trabajan en este mercado.

Del mismo modo, incorpora el concepto de titularización como una nueva alternativa para emitir valores de deuda con el respaldo de un patrimonio autónomo, así también amplía la concepción del fideicomiso mercantil, incentivando su desarrollo.

1.2.1.Reglamentos

1.2.1.1. Expedidos hasta 1998

En este punto es relevante destacar la correspondencia cronológica entre los distintos reglamentos, pudiéndose diferenciar con claridad aquellos reglamentos que permitieron arrancar con el funcionamiento del mercado de valores; y, aquellos posteriores que mejoran dicho funcionamiento. Así, entre los primeros se tiene a los que norman el funcionamiento de los diversos entes que operan en los distintos ámbitos del mercado, como la negociación de valores y la oferta pública, las sanciones, las inversiones institucionales, entre otros.

Estos primeros reglamentos permitieron además iniciar las actividades de éste mercado sobre bases sólidas, lo que contribuye a completar la estructura básica del marco jurídico del mercado de valores ecuatoriano.

1.2.1.2. Expedidos hasta 2005

Con posterioridad a la entrada en vigencia de la presente Ley, se reformaron y aprobaron diversas normas, de las que se resalta la codificación y reformas a los distintos reglamentos expedidos desde el año 1993 por el Consejo Nacional de Valores, actividad orientada a mantener estructurado y actualizado de modo adecuado el marco normativo que regula el funcionamiento del mercado nacional de valores. Los beneficios previstos de este trabajo se materializaran en un manejo más ágil, coherente y seguro de la normativa vigente por parte del el público en general y de los usuarios de cada uno de los principales segmentos del mercado de valores.

1.3. Justificación de la Investigación

Los constantes cambios a los que las leyes en el Ecuador están sujetas implican un proceso de adaptación y adopción de los diversos procesos que se estructuran alrededor de los procedimientos legales que deben ser ejecutados para realizar operaciones productivas en el país.

La institución jurídica del fideicomiso mercantil se constituye en una herramienta de uso generalizado en el sistema económico ecuatoriano moderno, ya que torna posible obtener recursos financieros de un modo más eficiente, como ejemplo de ello podemos considerar el caso de la titularización de acciones. Ello inevitablemente conlleva el análisis de los fundamentos jurídicos que la sustentan, su funcionamiento, así como si las operaciones inherentes a la clase de negocio que desarrollan generan algún tipo de beneficio fiscal para el estado y la sociedad, siendo estas aristas uno de los justificativos que motivan la concepción del presente trabajo investigativo.

1.4. Objetivos de la Investigación

- Analizar la situación fiscal del fideicomiso mercantil en el Ecuador.
- Determinar el papel de las administradoras de fondos y fideicomisos en el mercado de valores
- Establecer el papel de los fideicomisos mercantiles en la recaudación del impuesto a la renta.
- Identificar las principales ventajas de fideicomiso mercantil

CAPITULO II.

MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

En lo referente al análisis y utilización del fideicomiso mercantil en la legislación ecuatoriana se encuentran distintas investigaciones relacionadas que explican los aspectos jurídicos y tributarios del mismo, por lo cual en esta sección se expondrá las principales conclusiones de las mismas.

Según Centeno¹, se concluye desde el estudio doctrinario y normativo a la figura jurídica del fideicomiso mercantil de la siguiente manera:

- *El Fideicomiso Mercantil se consolida como sujeto pasivo de obligaciones tributarias, por cuanto, en virtud de lo que establecen la ley propia de esta figura y la normativa tributaria, es un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica y considerado como una sociedad para efectos tributarios.*
- *A pesar de que la legislación ecuatoriana de Mercado de Valores, realiza una suerte de clasificación de las modalidades de los fideicomisos mercantiles, en atención a lo que la misma norma establece, es importante siempre tomar en cuenta el objeto, finalidad e instrucciones del negocio, para la correcta administración del mismo y su correspondiente cabal cumplimiento de obligaciones.*
- *En el decurrir de la historia normativa del Impuesto de Patente Municipal y del Impuesto del 1.5 por mil sobre los Activos Totales, se ha evidenciado una evolución normativa de tal manera que, actualmente, se cumplen de manera más eficaz las obligaciones tributarias de los impuestos referidos.*
- *Con respecto al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, ésta no establece criterios para determinar si la realización de ciertas actividades es imputable a un cantón. Así, el caso de un Fideicomiso Inmobiliario cuya representación legal se encuentra en un cantón, en el cual percibe los ingresos por el*

¹CENTENO Miguel. El Impuesto de Patente Municipal y el Impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, aplicados a los Fideicomisos Mercantiles, antes y después de la expedición de la Ordenanza Municipal NO. 292 del Distrito Metropolitano de Quito.,- Quito, 2013, p 37

desarrollo del proyecto inmobiliario, pero éste último se encuentra ubicado en otro cantón deberá tributar en la jurisdicción en la que se verifique el hecho generador.

- *A pesar de la evolución normativa presenciada, aún existe ausencia de disposiciones necesarias para la correcta aplicación del Impuesto de Patente Municipal y del Impuesto del 1.5 por mil sobre los Activos Totales, puesto que en la Ordenanza No. 292 no existe un mecanismo de determinación del momento preciso en que se incurre en el hecho generador de tales impuestos.*
- *El criterio establecido en la Ordenanza No. 292 del Distrito Metropolitano de Quito, para establecer el acaecimiento del hecho generador del Impuesto de Patente Municipal de los fideicomisos inmobiliarios es incorrecto, por cuanto éste no determina el inicio del ejercicio de la actividad económica del negocio.*
- *El Concejo del Distrito Metropolitano de Quito ha reconocido en la referida Ordenanza, la existencia de doble imposición, lo cual debería ser recogido por otros cantones, con miras a evitar la ocurrencia de este hecho, y buscar la armonización de ciertos conceptos alrededor de la forma de lograr un pago justo de los tributos aquí analizados, al negocio fiduciario del Fideicomiso Mercantil.*

Por otra parte Moreira², en el estudio titulado, “Análisis de la Gestión Financiera de los Fideicomisos Mercantiles de Titularización, Administración, Inmobiliarios y de Garantías de acuerdo a la implementación de la NIF´S y la Propuesta de Mejoramiento a las disposiciones contables emitidas por el C.N.V.”, se centran en el análisis de las estructuras contractuales de los fideicomisos y sus concordancias con las normas contables establecidas, para luego proponer reformas que coadyuven al mejoramiento de las disposiciones emanadas desde el Consejo Nacional de Valores.

Según Albuja, M., Meza, R. en su trabajo de investigación titulado, “La Titularización Inmobiliaria como una nueva alternativa de inversión y financiamiento para el sector privado de la construcción”, al analizar el contexto del negocio fiduciario estableció las siguientes definiciones:

- *La cultura financiera ecuatoriana ha tenido como fuentes de financiamiento tradicional: el patrimonio familiar o el sistema financiero. Ante la necesidad de disponer de nuevas fuentes de financiamiento que doten de recursos de forma*

²MOREIRA, Fernando. Análisis de la Gestión Financiera de los Fideicomisos Mercantiles de Titularización, Administración, Inmobiliarios y de Garantías de acuerdo a la implementación de la NIF´S y la Propuesta de Mejoramiento a las disposiciones contables emitidas por el C.N.V., 2006, p 46

adecuada y oportuna, y proveen de crédito a mediano y largo plazo a determinadas actividades económicas y a sectores específicos como la construcción, surge como una innovadora alternativa la titularización inmobiliaria.

- *La titularización inmobiliaria permite a los empresarios contar con una suma importante de recursos de manera inmediata; además facilita que el inversionista negocie el título en el mercado bursátil con mayor facilidad y agilidad que lo que implica vender un inmueble. Asimismo, para el inversionista es un mercado alternativo, donde el riesgo se disminuye, dado que este tiene una alta calificación, ya que la inversión es recuperable al estar el bien inmueble como garantía; es decir, su rentabilidad depende de la calidad del inmueble titularizado.*

En referencia al fideicomiso mercantil, Solis³, G., en la tesis, “Análisis del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario regulado en la Ley de Mercado de Valores y su aplicación en los contratos inmobiliarios”, manifiesta las siguientes conclusiones:

- *La Fiducia es un sector que tiene ya peso específico dentro del Sistema Financiero Nacional, no sólo por los importantes resultados alcanzados en materia de activos administrativos, sino por la confianza que proyecta al mercado y que es más evidente en tiempos difíciles cuando los distintos agentes económicos tienden a depositar sus intereses en manos expertas y profesionales. La Figura Jurídica de la Fiducia, se remonta al gran imperio Romano, de ahí su evolución histórica a través de las normas jurídicas que hoy se aplican en todas las Legislaciones del Mundo, como una herramienta válida en las transacciones mercantiles.*
- *Desde el punto de vista práctico, se ha regulado el encargo Fiduciario con tanta amplitud, lo que significó que el sector Bancario no desarrolle en su real dimensión de Fiducia Bancaria, con aplicación en el sector inmobiliario.*
- *En el Ecuador, no existe una legislación apropiada para el manejo del Fideicomiso Mercantil. El Fideicomiso Mercantil, se maneja a través de la Legislación Secundaria dictada por la Superintendencia de Bancos y Seguros, por medio de resoluciones administrativas.*
- *En el país no existe una política abierta para el Manejo de los negocios, entre ellos los fiduciarios, en razón de la incipiente importancia que se da al Mercado y Bolsa de Valores. El fideicomiso, no solo debe aparecer como ente jurídico en el sistema inmobiliario, dentro de la rama de la construcción, sino diversificar en el mercado de negocios en general.*

³SOLIS, Gutemberg. tesis, “Análisis del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario regulado en la Ley de Mercado de Valores y su aplicación en los contratos inmobiliarios”,– Quito, 2012, p 23-27

Al citar el trabajo de investigación de Arteaga, A⁴, denominado, “La Información Fiscal, Contable y Legal de los Fideicomisos Mercantiles y su incidencia en la determinación de sanciones”, se traen las conclusiones que a continuación se presentan:

- *La figura del fideicomiso mercantil beneficia de gran manera las relaciones comerciales entre terceros, sin embargo de acuerdo a la investigación realizada se pudo observar que existen administradores fiduciarios deshonestos e inmorales que utilizan esta figura para la evasión de impuestos o con la intención de lesionar intereses de terceros, debiendo intervenir las instituciones de control como son el Servicio de Rentas Internas y la Superintendencia de Compañías a través del Mercado de Valores para sancionar a esas empresas que no cumplen con lo que determina la Ley.*
- *En nuestro País los negocios fiduciarios están alrededor de unos 20 años, sin embargo la normativa legal no ha sido definida con claridad dando lugar a interpretaciones subjetivas de los deberes y obligaciones de las administradoras fiduciarias, especialmente la normativa legal referente a la parte tributaria ha sufrido varias modificaciones desde el año 2010, razón por la cual existen resoluciones de sanciones por la entrega de información con incongruencias en la parte contable.*
- *Actualmente para el desarrollo de diversos proyectos y negocios el fideicomiso constituye un mecanismo válido por su versatilidad y flexibilidad siendo el más claro ejemplo el fideicomiso inmobiliario a través del cual los promotores de estos proyectos han podido promoverlos y ejecutarlos, debido a que los partícipes al momento de la constitución establecen las condiciones acorde a sus necesidades e intereses, y esto a su vez genera seguridad y confianza protegiendo los intereses legítimos de los partícipes siendo necesario el control por parte de las instituciones del estado para el cumplimiento de los objetivos.*
- *Los resultados obtenidos ponen en evidencia que los negocios fiduciarios como cualquier otro negocio está sujeto a irregularidades, incumplimientos e inobservancias siendo pues los organismos de control los responsables de emitir las correspondientes resoluciones sancionatorias.*

⁴ARTEAGA, Antonio. La Información Fiscal, Contable y Legal de los Fideicomisos Mercantiles y su incidencia en la determinación de sanciones, Quito, 2013, p 65

En el trabajo elaborado por YANEZ, C⁵., titulado, “Tratamiento Jurídico sobre la aplicación del Fideicomiso en la Legislación Civil Ecuatoriana”, se generaron las siguientes conclusiones:

- *Hoy por hoy ya no solo es un esquema de administración y de protección patrimonial, sino que es un instrumento capaz de generar un crecimiento en la economía de las familias y del Estado, ya que es una figura jurídica flexible y adaptable a cualquier circunstancia.*
- *El Fideicomiso, es una figura de muy amplia aplicación ya que está dirigido a los problemas de familia, sectores sociales, de infraestructura, de vivienda, garantía de operaciones crediticias y de inversión personal. Además, que se pueden crear Fideicomisos con fines de protección y conservación del medio ambiente, combate a la pobreza, apoyo a las micro y pequeñas empresas, en si es una herramienta idónea para administrar recursos, bienes y ayudas.*
- *Es un contrato, que demuestra transparencia y credibilidad en la administración de los recursos, ya que al tener constituido por patrimonio separado crea un blindaje para el patrimonio fideicomitado con el objetivo de no generar riesgos.*
- *El Fideicomiso, gracias a su versatilidad y maleabilidad es muy utilizado para conseguir el financiamiento de proyectos educativos, científicos, tecnológicos, culturales, becantes, de obras y servicios públicos, para museos y bibliotecas, mineros, generación eléctrica, viales y en si para cualquier política de gobierno o propósito de crecimiento familiar. Por lo tanto permite la consecución de beneficios a nivel personal, institucional, empresarial o del Estado.*
- *No se corre ningún riesgo de pérdida, desvío o mala utilización de los recursos que en ocasiones son sumas millonarias que se asignan como presupuesto para la realización de alguna obra. Así se evita el despilfarro y se logra grandes beneficios en pro de la población.*
- *Permite la estabilidad económica de la familia. Ejemplo.: Fideicomiso sobre la administración de pólizas de seguro y administración de bienes en general.*
- *El Fideicomiso, es una figura jurídica que da protección a los beneficiarios o fideicomisarios frente a acreedores o ambiciones inescrupulosas de terceras personas, ya que garantiza en casos de vicio como el alcoholismo o drogadicción, de enfermedad, de interdicción, de minoría de edad, de despilfarro, de ancianidad, de inexperiencia, de viudez, de orfandad, de divorcio, con el objetivo de precautelar los bienes o el patrimonio hasta que se cumpla el plazo o condición o*

⁵YANEZ, Carlos, Tratamiento Jurídico sobre la aplicación del Fideicomiso en la Legislación Civil Ecuatoriana,– Quito, 2013, p 36

las partes así lo decidan, ya que muchas veces la persona no cuenta con la capacidad necesaria para realizar dicha administración.

- *Para lograr, un adecuado manejo y administración de los bienes se necesita una formación adecuada de profesionales en esta materia, de esta manera se verá el buen uso del mismo de manera confiable y experta.*
- *Este contrato es positivo ya que permite las condiciones y procedimientos para el ejercicio del derecho de las partes son convenidos libremente por las mismas, por lo tanto no es necesario que estén impregnadas en el algún ordenamiento jurídico, pero esto no quiere decir que se deje de respetar o cumplir las normas mandatorias. Ya que brinda eficacia en la gestión de los recursos, transparencia en su manejo, rendimiento en su inversión y seguridad de que se cumplirá su condición o propósito ya que las partes conocen muy bien su contenido.*
- *Además, permite la constitución de Fideicomisos que tengan dos o más fines distintos que se cumplirán de manera simultánea o sucesiva. Por Ejemplo.: Al mismo tiempo, pueden ser Fideicomisos traslativos de Dominio, De Garantía y De Administración.*
- *Por la falta de marco legal claro, específico y exhaustivo que lo regule no es tomada en serio o aplicado ya que en muchas personas genera desconfianza a la hora de elegirla como una herramienta para garantizar una obligación, al mismo tiempo que su desconocimiento hace que las personas escojan procedimientos largos y costosos como procedimientos judiciales sumarios, o juicios con cuantía determinada, trámites de ejecución judicial, juicios sucesoriales, procedimientos de liquidación de bienes, juicios de alimentos, ahorros tributarios en fideicomisos de donaciones los mismos que quedan exentos de impuestos y porque es una limitación al dominio, no se grava como venta o ingreso gravable, también se evita constitución de Compañías en Comandita simple, ya que su predominio son las personas. Este contrato de confianza se emplea y da solución a los más diversos negocios y problemas de la vida diaria, por lo tanto es necesario que todos nos tomemos la molestia de conocerla a profundidad y así darle uso.*
- *Al ser una figura jurídica maleable, puede modificarse en cualquier momento e incluso darse por terminado, siempre y cuando lo determine la persona que lo constituyo sin perder ningún derecho.*
- *La propiedad fiduciaria solo se transferirá en beneficio de la persona a quien se estableció en el contrato como fideicomisario o beneficiario, en el momento que se cumpla la condición y en las circunstancias establecidas por el constituyente, por lo tanto ninguna persona podrá adquirir derecho alguno sobre los bienes de un*

patrimonio dado en Fideicomiso. En este caso el beneficiario solo cuenta con meras expectativas de adquirir el bien, que puede llegarse a dar o no.

1.1. Conceptos y definiciones

1.1.1.El Fideicomiso

1.1.1.1. Antecedente Histórico del Fideicomiso

A decir de Natalio Pedro Etchegaray⁶, “el origen del fideicomiso lo podemos encontrar a lo largo de la historia en distintos ordenamientos jurídicos. Reconocemos sus pilares en el derecho anglosajón por ser el creador del trust, cimiento fundamental para el fideicomiso concebido en términos modernos, y en el derecho español, por la influencia que tuvo su normativa en la Colonia.” Sin embargo Jorge Hugo Lascala⁷ reconoce que “anteriormente ya existía la posibilidad de aplicar el fideicomiso en materia testamentaria dentro del marco de los derechos helénico y egipcio, los que influenciaron al romano.”

La Doctrina Romana presenta una elaboración dogmática fundamental que constituye el antecedente más sólido del fideicomiso como hoy se lo expresa en el derecho positivo. En el derecho romano la fiducia era una institución jurídica que se definía como un contrato real mediante el cual una persona le transmitía a otra la propiedad de una cosa (*mancipio dans*), agregando una cláusula especial por la cual, quien recibía la cosa (*mancipio accipiens*), se comprometía a usarla con un fin determinado, o a restituirla a su transmitente, al cumplirse un plazo o una condición convenida por las partes en el contrato. Quien recibía la cosa con el compromiso de restituirla o emplearla con determinado fin era llamado “fiduciario”, y quien la transmitía era llamado “fiduciante”.

Al respecto Lascala⁸ señala que “la *fiducia* o confianza tenía efectiva aplicación para la concertación de determinados negocios o encargos dentro del marco de la vida civil, y en ciertas relaciones entre los ciudadanos y sus familias, siempre con base en la buena fe, y se presentaba principalmente bajo dos formas: la *fiducia cum creditore contracta* (otorgamiento al acreedor de una garantía real) y la *fiducia cum amico contracta* (transmisión de dominio de un bien a un tercero amigo para que lo administre y luego lo revierta al dueño originario).”

⁶Etchegaray, Natalio Pedro. Fideicomiso: Técnica y Práctica Documental. Buenos Aires: ASTREA. 2008. p.7.

⁷Lascala, Jorge Hugo. Práctica del fideicomiso. Buenos Aires: ASTREA. 2008. p.1

⁸Ibíd. 2.

Un elemento relevante en el derecho romano es la institución del *fideicommissum*, otra forma de manifestación de la fiducia, que estaba conformada por la institución la cual fue adoptada como instrumento para que algunos sujetos que padecían de incapacidad para suceder –como los esclavos, dediticios, peregrinos, solteros y casados sin hijos– pudieran llegar a transformarse en titulares de la propiedad de determinados bienes, recurriendo a la designación por parte del testador de una persona capaz para heredarlo y la consecuente asunción por parte de ésta de la obligación de enajenar los bienes que ha recibido en fideicomiso a quien correspondiera, entre aquellos incapaces.

Como quedó expuesto, la elaboración dogmática romana con relación a la fiducia devela elementos sustanciales de la institución fiduciaria, la misma que se instrumentaba mediante dos formas diferentes de relación fiduciaria, según se la entablara por un acto *mortis causae* o de última voluntad o por uno *inter vivos*. En el último caso era denominada “fiducia”, y en el primero era denominada “fideicomiso”. Respecto a la “fiducia”, la que tuvo mayor aplicación fue la que garantizaba obligaciones acudiendo a la utilización de la *cum creditore*, es decir, aplicando una garantía real.

En sus orígenes esta institución carecía de juridicidad pues, como lo señala Etchegaray⁹, “el cumplimiento del encargo obedecía a razones superiores de moralidad y lealtad, y no a cuestiones jurídicamente establecidas”; así mismo Lascaia¹⁰ aporta al señalar que “ninguna persona podía ser obligada a cumplir aquello que se le había rogado, y precisamente se denominaban así (*fideicommissum* - fideicomiso; *committio* –comisión o encargo de fe) porque no se apoyaban en ningún motivo de derecho, sino solamente en la confianza y buena fe que el institutor depositaba en los que eran requeridos o rogados para cumplir con determinado encargo.”

En sus orígenes el fideicomiso era comprendido como una rogación o encargo que una persona efectuaba a otra, sobre la base de la confianza que se le depositaba, para que cumpliera con determinada gestión.

En el Derecho Romano se torna evidente que la fiducia se constituyó en una de las primeras formas de garantía real, que precede incluso a la hipoteca y a la prenda. Al ser un contrato que se fundaba en la confianza y en refuerzo de la garantía de un crédito, una persona transmitía una cosa al *accipiens*, bajo el uso de la figura denominada

⁹Ibíd. 1. p.9.

¹⁰Ibíd. 2, pp.3

mancipatio o in iure cesio al acreedor, pero éste a su vez adquiriría el compromiso de restituir la cosa transmitida una vez que se hubiere alcanzado el logro de la finalidad perseguida. Éste compromiso de restitución adquirido por el acreedor era a su vez reforzado por medio de un *pactum fiduciae*, el mismo que consistía en una cláusula expresa mediante la cual se obligaba a *remancipar* la cosa o un bien para garantizar un crédito, así mismo el adquirente contraía la obligación de efectuar su restitución cuando el fiduciante hubiere cumplido con la obligación así garantizada al lograrse el objetivo pretendido por el *pactum*, y la *fiduciae cum amico*, fórmula mediante la cual se realizaba la transmisión del dominio de algo a un mandatario o depositario, adquiriendo estos últimos el compromiso de destinar el objeto de la transmisión a una finalidad específica.

Lascala¹¹ aporta al señalar que “el incumplimiento de la obligación de restituir o de afectar que adquiriría el titular fiduciario originaba, en principio, meras responsabilidades de índole moral, pero luego la intervención del pretor las dotó de la *actio fiduciae*, a la que se agregaba la nota de infamia si se trataba de la *fiducia cum amico*.”

Conforme enseña Etchegaray¹², “con el emperador Augusto nace una acción o recurso contra el fiduciario incumplidor, denominada *cognitio extra ordinem*. Esta acción se entablaba ante los cónsules, quienes podían intimar y hacer cumplir la tarea encomendada. Con el emperador Claudio, este recurso, más bien de tipo administrativo, se intensificó, con lo que nació la *actio fiducia*. Esta acción era entablada ante pretores creados especialmente para velar por el cumplimiento del contrato de fideicomiso, sin importar cuál fuera su forma”.

El *use* se constituye en el antecedente más sólido en el derecho anglosajón del *trust*. Esta institución que data de la época medieval, fue creada con el fin fundamental de burlar la prohibición que recaía sobre congregaciones religiosas de ser titulares de bienes inmuebles (manos muertas), para evitar las confiscaciones de tierras del que resultaba vencido en guerra o para eludir tributos. Los sujetos que componían esta relación eran: El cedente, o señor de las tierras; el cesionario o adquirente, y el beneficiario, que era el destinatario de todo lo que produjera la cosa transmitida. El cesionario recibía la propiedad de la cosa, pero no para explotarla en beneficio propio, sino en beneficio de quien se le indicare. Las calidades de beneficiario y transmitente podían coincidir en una misma persona.

¹¹Ibíd. 2, p.7

¹²Ibíd. 1, p.9.

En este sentido Lascala¹³ enseña que “encontramos un antecedente del *trust* en la figura de los *uses*, que consistían en la transferencia de uno o varios bienes raíces a una tercera persona elegida por su confianza para que cumpliera con el encargo de ser destinados a la producción de un beneficio a favor del propio transmitente o de cualquier otra persona que se designara.

Como primer antecedente en relación al reconocimiento internacional del fideicomiso en la Convención de la Haya señala en su artículo segundo que define al *trust* del siguiente modo¹⁴:

“A los fines de esta Convención, el término *trust* se refiere a la relación jurídica creada –*inter vivos* o por causa de muerte- por una persona, el fiduciante, cuando [sus] bienes han sido colocados bajo el control de un fiduciario en el interés de un beneficiario o para un propósito determinado.

En dicha Convención se establece como características fundamentales del *trust* que los bienes que lo constituyen forman un fondo separado y no son parte del patrimonio propio del fiduciario. Del mismo modo se establece que la propiedad de los bienes puede estar a nombre del fiduciario o en el nombre de otra persona por cuenta del fiduciario. Así también tenemos que el fiduciario tiene el deber y la potestad de administrar, utilizar o disponer de los bienes conforme a las disposiciones del *trust* y a las obligaciones especiales impuestas por la ley, en cuyo ejercicio responde la rendición de cuentas. La reserva de ciertos poderes y derechos por el fiduciante y el hecho que el fiduciario tenga derechos como beneficiario no son innecesariamente incompatibles con la existencia de un *trust*.

El fideicomiso en América Latina

En Latinoamérica¹⁵ hasta los años setenta formalmente podía distinguirse dos clases de legislaciones: la de los países que habían precisado sus elementos estructurales y habían definido y desarrollado el concepto tipificando el contrato en el ordenamiento jurídico positivo y las partes que intervienen y sus obligaciones; la forma en que el fideicomiso nace y se extingue, etc.; y otros países que habían pretendido la figura autorizando a los bancos para desempeñar cargos de confianza.

¹³Ibíd. 2, p.7

¹⁴Hayzus, Jorge Roberto, “Fideicomiso”, Buenos Aires: ASTREA. 2004. p.30

¹⁵UDLA. Universidad de las Américas. Guivernau, Álvaro y Bustamante, Francisco /En:/ Tesis: La Unificación del Fideicomiso dentro de las Legislaciones Latinoamericanas: ¿Es esto un Proceso Viable?. Resumen de la pp.13-14

En el caso Latinoamericano¹⁶ el fideicomiso es una composición del fideicomiso romano y del anglosajón, esto como resultado del incremento a inicios del siglo XX del comercio entre empresas latinoamericanas y estadounidenses, lo que trae a los países latinoamericanos la figura del *trust*.

Ricardo Alfaro¹⁷, jurista panameño señala que, “Panamá fue el primer país en legislar el fideicomiso con características propias y es considerado como el “fundador de la doctrina latinoamericana de fideicomiso”.

El sistema jurídico panameño desarrolla una figura propia definiendo al fideicomiso como un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad de quien los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.

Para Miguel Araya¹⁸, el fideicomiso “no es una persona jurídica independiente. Es un patrimonio separado, cuyo titular es el fiduciario. En el fideicomiso financiero, su titular es un fiduciario profesional con importantes responsabilidades y solo puede constituirse por contrato a celebrarse por el fiduciante y el fiduciario”.

Al fideicomiso se le considera en varias legislaciones como un acto jurídico, por ejemplo en la legislación panameña; sin embargo, en otras legislaciones es considerado como un contrato, como por ejemplo en la legislación ecuatoriana.

Para Ricardo Lorenzetti¹⁹, refiriéndose al sistema legal argentino que regula el fideicomiso como contrato, considera que “el mismo es título para la adquisición de la propiedad fiduciaria. En lo que se denomina “fideicomiso latinoamericano”: no es un *trust*, porque no admite una doble propiedad legal y de equidad, no es un contrato fiduciario, como ocurría en el derecho romano, porque no se basa sólo en la confianza, intentando disminuir los riesgos que ella genera, mediante obligaciones legales y convencionales a cargo del fiduciario.”

Definiciones latinoamericanas sobre el fideicomiso²⁰

En Venezuela:

¹⁶ Azuero Rodríguez. Sergio. Negocios Fiduciarios. Bogotá: LEGIS. 2009. p.74

¹⁷ Kiper Claudio y Lisoprawski Silvio, TRATADO DE FIDEICOMISO, Ediciones De Palma.2ª.ed. 2004, Pág. 148.

¹⁸ Ibíd. 13, p. 136

¹⁹ Visintini, Andrea. Tesis: Fideicomiso y la Construcción. Lorenzetti, Ricardo Luis. Tratado de los Contratos" Tomo III. Rubinzal Culzoni Editores, Fideicomiso, p.302.

²⁰ Ibíd 9, pp.17-20

“El fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario quien se obliga a utilizarlo a favor de aquel o de un tercero llamado beneficiario.” (Art. 1, Ley de Fideicomisos).

En Perú:

“El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario para la constitución de un patrimonio fideicomitado sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario” (Art. 241, Ley General del Sistema Financiero).

En Colombia:

“La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona llamada fiduciante o fideicomitente transfiere uno o más bienes especificados a otro, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario” (Art. 1226, Código de Comercio).

En Argentina:

“Habrá Fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.” (Art. 1 Ley N° 24.441).

El fideicomiso en el Ecuador

En Ecuador, la Ley de Mercado de Valores en relación con el fideicomiso mercantil en su artículo 109 señala lo siguiente:

“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.

Se denomina fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, conjunto de derechos y obligaciones, afectado a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato; 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 fideicomiso mercantil está dotado de personería jurídica propia con la particularidad de que el fiduciario es su representante legal quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones establecidas en el contrato.”

Conforme lo establecido en el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores, el patrimonio autónomo que constituye el fideicomiso mercantil *no es, ni podrá ser considerado como una sociedad mercantil o civil*, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de contraer obligaciones y ejercer derechos a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.

Las legislaciones hasta aquí citadas, excepto la ecuatoriana, se rigen por la corriente <fiduciario como propietario>, a través de la creación de un patrimonio de afectación.

El antecedente más remoto del fideicomiso ecuatoriano lo encontramos en la Ley de Títulos de Crédito publicada en el Registro Oficial N° 124 de 9 de diciembre de 1963 en la cual ya se hacía mención al fideicomiso mercantil; sin embargo, no se reguló, es decir, todavía no constituía una institución dentro de derecho.

En el Capítulo II se regulaba a los certificados de participación estableciendo que “...representan derecho a una parte alícuota de los frutos o rendimientos de los valores, derechos o bienes de cualquier clase, que tenga en fideicomiso irrevocable para este propósito, la sociedad fiduciaria que los emita²¹”.

²¹Ley de Títulos de Crédito, Artículo 70 /En:/E-SILEC Profesional.

En el artículo 88²² del mismo cuerpo legal se establece que “no se podrá extinguir el fideicomiso base de la emisión, mientras existan saldos insolutos por concepto de créditos que llegare a otorgar el fideicomiso o de participaciones en los rendimientos de dicho fideicomiso.”

Debido a la falta de regulación de esta figura por parte de la Ley de Títulos de Crédito, se publicó el 27 de septiembre de 1983 la Ley General de Operaciones de Crédito, estipulada en la Ley General de Bancos, en cuyo capítulo V, artículo 5 se definió al fideicomiso como “el contrato por el cual el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria”.

En esta definición recogida por la Ley General de Operaciones de Crédito no se hace referencia a una transferencia de dominio, lo que representa un elemento esencial del fideicomiso mercantil como tal, sino, simplemente al destino de ciertos bienes con un fin específico. Por tanto, y en contraste con la actual Ley de Mercado de Valores, se deriva que la definición dada por la Ley General de Operaciones de Crédito se asemeja a la actual definición del “encargo fiduciario” que a un fideicomiso mercantil en términos modernos.

Posterior a esto se promulgó la Ley de Mercado de Valores en el Registro Oficial 199-S de 28 de mayo de 1993. De esta manera el fideicomiso mercantil se incorporó en el Código de Comercio ecuatoriano por efecto de esta Ley. Lo interesante de este cuerpo normativo es que reformó la Ley General de Bancos, estableciendo en el artículo 173 que las instituciones bancarias comerciales y las secciones comerciales de bancos pueden actuar como fiduciarios mercantiles.

Por otro lado, el artículo 33 de la Ley de Mercado de Valores de 1993, permitió la creación de las compañías administradoras de fondos y fideicomisos, en donde indica lo siguiente:

“Art. 33.- De las administradoras de fondos. Las compañías administradoras de fondos son sociedades anónimas cuyo único objeto es administrar fondos y fideicomisos. El Consejo Nacional de Valores expedirá las normas que sean necesarias para regular la constitución, administración, funcionamiento, disolución y liquidación de las administradoras de fondos.”²³

²²Ibíd. 14, Art.88.

²³ Ley del Mercado de Valores. R.O.199 del 28 de mayo de 1993 con reforma al 31 de diciembre del 2008 /En:/E-SILEC Profesional.

Así también se crearon normas a través de resoluciones tomadas por parte del Consejo Nacional de Valores y de la Superintendencia de Bancos.

Con fecha 23 de julio de 1998 se publica la Ley de Mercado de Valores en el Registro Oficial 367 de ese mismo año, en la que se introdujo la definición actual de fideicomiso mercantil y se incluyen disposiciones relacionadas al encargo fiduciario y la titularización de activos. Esta Ley deroga lo que respecta al fideicomiso mercantil en el Código de Comercio y la Ley de Mercado de Valores de 1963.

Posteriormente se publica la resolución N° CNV-004-2001 en el Registro Oficial No. 321 de 08 de mayo del 2001, el Consejo Nacional de Valores expide el Reglamento sobre Negocios Fiduciarios. Este reglamento establece por primera vez las diversas modalidades de fideicomiso mercantil: fideicomiso mercantil de administración, de garantía, inmobiliario y de inversión²⁴.

Características Generales del Fideicomiso

Conforme lo establecido por la doctrina²⁵ podemos establecer que el contrato de fideicomiso mercantil tiene como principales características las siguientes:

- a) **Solemne.**- El contrato de fideicomiso debe ser constituido mediante escritura pública y de ser el caso de fideicomisos en los cuales exista transferencia de dominio de bienes inmuebles, este contrato se lo debe inscribir de modo regular en el Registro de la Propiedad del cantón en donde se encuentre ubicado el bien inmueble.
- b) **Típico.**- El contrato de fideicomiso mercantil es un contrato típico, ya que se encuentra tipificado en la Ley de Mercado de Valores del Ecuador.
- c) **Bilateral.**- El contrato de fideicomiso mercantil es un contrato bilateral mediante el cual se generan obligaciones recíprocas para ambas partes; en este caso la fiduciaria tiene la obligación de cumplir con las instrucciones

²⁴ Consejo Nacional de Valores. CNV-004-2001 publicada en el Registro Oficial No. 321 de 08 de mayo del 2001, el /En:/E-SILEC Profesional.

²⁵ Gonzales Torre, Roberto, *El Fideicomiso*, Editorial Edino 2000, Segunda Edición, págs. 66 y 67, Guayaquil, Ecuador

establecidas en el contrato de constitución y cumplir también con todas las obligaciones establecidas en la ley y en la cláusula de “obligaciones del contrato”, y a su vez, el constituyente tiene la obligación de pagar al fiduciario una remuneración fijada en el contrato de constitución.

- d) **Principal o accesorio.**- El contrato de fideicomiso mercantil por lo general es un contrato principal ya que subsiste por sí solo y no necesita de otra convención, pero también puede ser de carácter accesorio ya que se lo puede utilizar para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, por ejemplo en el caso del fideicomiso de garantía, en el cual se traspasa el dominio de un bien a un patrimonio autónomo para que éste sirva de garantía en el caso de que el deudor constituyente no cumpla con su obligación principal. Una vez cumplida la obligación principal por parte del deudor, el fideicomiso se extingue y la situación legal de los bienes se restablece a su punto inicial, esto es, antes de la constitución del fideicomiso.”

Dentro de la definición legal del fideicomiso mercantil en la Ley de Mercado de Valores del Ecuador²⁶, se pueden rescatar tres elementos sustanciales para la existencia del fideicomiso:

- a) **Transferencia de dominio a título de fideicomiso mercantil.**-Conforme lo establece el Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores, esta transferencia no es ni onerosa ni gratuita y no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias.

En contraste con el fideicomiso mercantil, la transferencia de dominio en el caso del fideicomiso civil se la realiza únicamente en el caso de existir un fiduciario, a diferencia del caso mercantil, en el cual se registra este acto de transferencia en todos los casos.

En la Tabla No. 1 podemos encontrar un cuadro comparativo en el cual se destacan las principales diferencias entre ambas instituciones.

²⁶Ibíd. 19

Tabla 1. Diferencias entre el fideicomiso civil y mercantil

	Fideicomiso Civil	Fideicomiso Mercantil
Transferencia de dominio	Se registra transferencia en el caso de existir un fiduciario	Se registra la transferencia en todos los casos
Fiduciario	Uno o más	Solo uno
Duración	Máximo de quince años	Máximo de 80 años
Condición de cumplimiento	Si no se verifica la condición dentro del plazo de duración, el fiduciario puede llegar a adquirir la propiedad de los bienes	Terminación del contrato
Fiduciario (persona natural o jurídica)	Personas naturales	Pueden ser únicamente las Administradoras de Fondos y Fideicomisos, la Corporación Financiera Nacional y demás entidades del sector público autorizadas por la ley.

- b) **Independencia.-** El patrimonio autónomo que se crea como efecto jurídico del contrato es un patrimonio distinto o independiente del patrimonio tanto de cada una de las partes como de cada fideicomiso que administre la fiduciaria.
- c) **Temporal e irrevocable.-** La transferencia de dominio al patrimonio autónomo o al fiduciario, es de manera temporal, ya que tiene una finalidad específica y es irrevocable, pues todo lo contenido en el acto o contrato de constitución no podrá ser modificado en todo o en parte, salvo que tal posibilidad se encuentre estipulada dentro del contrato.

1.1.2.Elementos y Sujetos del Fideicomiso Mercantil

Elementos

Para realizar un apropiado análisis de los elementos de esta institución jurídica resulta oportuno revisar la definición que hemos delineado con respecto al fideicomiso en

parágrafos anteriores, así tenemos que el fideicomiso es un estado ficticio de atribución patrimonial que permite a un sujeto detentar de modo separado a su patrimonio propio un patrimonio independiente a título de dueño en virtud de una relación contractual o testamentaria fundada en la confianza, facultándolo a realizar actos de disposición y administración sobre bienes de procedencia ajena incorporados a una rogación fiduciaria, esto con el objeto de conseguir la finalidad prevista en el contrato por el transmitente, y transmitir aquellos bienes o su remanente a las personas designadas como beneficiarios, pudiendo tratarse del mismo constituyente o de un tercero, una vez que se verifique el cumplimiento de la condición y/o el plazo extintivos de la gestión rogada conforme se establece en el acto de creación.

En este sentido Lascala²⁷ categoriza el instituto jurídico “dentro del marco de los actos voluntarios lícitos”, asimismo anota que el fideicomiso es “un acto complejo jurídico negocial limitado y protegido legalmente, donde ciertas características del instituto no son disponibles por los sujetos intervinientes”.

De lo anotado se puede colegir que hay una interdependencia entre negocio jurídico y acto jurídico, lo que permite catalogarlo dentro del marco ambivalente de los actos jurídicos con contenido negocial jurídico, que tanto pueden originarse por un acto *mortis causa* o uno *inter vivos*, del que podemos delimitar al fideicomiso en dos subespecies: por una parte podemos observar al fideicomiso *inter vivos*, constituido por una relación contractual, que lo definimos como un acto jurídico con contenido negocial jurídico propiamente dicho; y por otra parte tenemos al fideicomiso de creación testamentaria o *mortis causa*, que se lo conceptualiza como un acto jurídico negocial complejo en sus consecuencias jurídicas, por cuanto reviste a priori una característica potencialmente negocial condicionada por dicha aceptación por parte de los herederos del instituyente.

Con lo expuesto podemos denotar como elementos necesarios para la relación fiduciaria por una parte a los sujetos o partes intervinientes; al objeto o bienes; el pactum fiduciae; la condición o el plazo; y la transmisión por el fiduciario de la propiedad fiduciaria que originariamente le fue transferida. Así también podemos establecer como elementos estructurales del fideicomiso mercantil los que se desarrollan a continuación:

²⁷Idem

- a) La causa fuente de la atribución patrimonial realizada por el fiduciante al fiduciario en razón del *patum fiduciae* tiene origen en la confianza del primero depositada en el segundo, confianza que está direccionada para que éste lealmente cumpla con el manejo de los bienes de la manera convenida en el acto constitutivo tendiente a la obtención de la finalidad encomendada por el fiduciante al fiduciario.
- b) El carácter ficticio o aparente de atribución patrimonial derivado de la institución fiduciaria es un resultado de la transmisión de los bienes realizada por el fiduciante, emplazando los bienes que han sido transmitidos a título de fideicomiso a un estado atributivo a un patrimonio autónomo administrado por un sujeto denominado fiduciario, esperando que éste reconozca poseerlos de manera aparente. La facultad de detentar ostensiblemente dicho patrimonio, atribuido en calidad de patrimonio autónomo administrado por un sujeto fiduciario, deviene del acto de creación del fideicomiso que tanto puede tener procedencia contractual, por una convención *inter vivos*, o bien proceder de una disposición *mortis causa*. Una de las características principales de la institución fiduciaria es la separación de los bienes que componen el patrimonio personal del fiduciario y aquellos que forman parte del patrimonio autónomo.
- c) La existencia de un patrimonio fiduciario no implica de modo alguno la existencia de un sujeto de derecho distinto, sino exclusivamente la de un patrimonio de afectación.
- d) El acto volitivo interno elaborado en la sede de la conciencia del fiduciante como manifestación efectiva de la autonomía de la voluntad debe ser expresado por medio de un contrato o un testamento. Del contrato debe establecerse con claridad el contenido de la gestión encomendada al fiduciario, la misma que está orientada a perseguir la realización de un fin a través de la gestión eficaz y la efectiva consecución de los objetivos pactados.
- e) Por ser sus sujetos esenciales tanto el fiduciario como el fiduciante deben constar en el instrumento constitutivo del contrato. El contrato debe individualizar a la persona que se constituye como beneficiario, o sea, a la que deben transferírsele los bienes al final del fideicomiso. Del mismo modo resulta imprescindible determinar con exactitud a la persona natural o jurídica que será designada como beneficiario del *pactum fiduciae*, o dar los datos para hacerlo en el futuro.

- f) El *pactum fiduciae* está orientado a perseguir la realización de un fin, no mediante su actuación personal, sino a través de la gestión que se encomendará a un sujeto en el que se espera que cumpla fundada y eficazmente la consecución de tal objetivo.
- g) La transmisión por parte del fiduciario una vez agotada su gestión de los bienes que forman parte del patrimonio autónomo o su remanente a los sujetos designados en el acto constitutivo del fideicomiso en calidad de fideicomisarios una vez que se verifique el cumplimiento de la condición o el plazo pactados. Esta transmisión presupone, a decir de Etchegaray²⁸, la culminación del *iter fideicomisorio*.
- h) Para la transferencia de la propiedad de los bienes del fiduciante al patrimonio autónomo se debe cumplir con las formas legales requeridas conforme la naturaleza de los bienes. Debe tomarse razón de la transferencia de los bienes que fueren registrables para que opere su oponibilidad a terceros.

Al hacer referencia a los elementos característicos del fideicomiso Etchegaray²⁹ señala, entre los más importantes, los siguientes:

- El contrato deberá individualizar claramente o describir las características o requisitos de los bienes que constituirán el patrimonio fiduciario.
- El propietario (fiduciante) transmite, sin que ello necesariamente le otorgue derecho a que se le efectúe contraprestación pecuniaria alguna, a un patrimonio autónomo administrado por el fiduciario, mediante una transferencia *fiduciaria*, es decir que está enmarcada por la confianza que el fiduciario le inspire al fiduciante para administrar y, en su caso, disponer los bienes comprendidos en el contrato de fideicomiso en beneficio de quien se establece en el contrato, que es –en definitiva- la causa fundamental de su designación.
- Las facultades dispositivas del nuevo titular están condicionadas por la finalidad, el motivo, la índole de la gestión que le ha sido encomendada y, en ocasiones, por la letra del contrato.
- El o los beneficiarios deben individualizarse claramente en el contrato o, por lo menos, darse los datos necesarios para poder hacerlo en el futuro. En el supuesto

²⁸Ibid. 1. p.27

²⁹Ibid. 1. p.27

de haber pluralidad de beneficiarios concurrirán por partes iguales, salvo disposición en contrario del contrato.

En cuanto a la titularidad legal del dominio, la Ley de Mercado de Valores³⁰ señala que

“el fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente.”

Del mismo modo, respecto al patrimonio de los negocios fiduciarios dentro del Plan de Cuentas del Consejo Nacional de Valores³¹ se señala lo siguiente:

31.04 Patrimonio de los negocios fiduciarios.- Registra el valor de los bienes muebles e inmuebles corporales e incorporeales transferidos por los constituyentes al fideicomiso, en los términos de valoración correspondientes a cada tipo de fideicomiso, comprende a los fideicomisos mercantiles y a los encargos fiduciarios.

Sujetos

Fiduciante, fideicomitente o constituyente

Ramiro Borja Gallegos³² al referirse al fiduciante, fideicomitente o constituyente lo define como

“la persona que transfiere los bienes al fiduciario para que éste se encargue de restituir los bienes al fideicomisario, una vez cumplida la condición. Si al momento de la constitución del fideicomiso, no se ha nombrado fiduciario, el constituyente será el titular de los bienes dados en fideicomiso.”

³⁰Ibid 20, art. 119.

³¹Plan de Cuentas del Consejo Nacional de Valores. p. 47 /En:/ eSilec Profesional - www.lexis.com.ec.

³²Ibid 26, p.56

Jorge Roberto Hayzus³³ destaca “el rol protagónico del fiduciante como impulsor de los actos que han de llevar a la constitución del fideicomiso. En la base de este se encuentran las determinaciones del fiduciante sobre estos puntos fundamentales: a) la designación del fiduciario, en virtud de la confianza que se deposita en él; b) la decisión de desposeerse de ciertos bienes de su propiedad y transferirlos al fiduciario, y c) la especificación de los fines para los cuales es instituido el fideicomiso y, en particular, el nombramiento de los beneficiarios en interés de quienes habrá de actuar el fiduciario.” Adicionalmente el autor señala que “el fiduciante está ceñido por una limitación obvia respecto del ejercicio de sus facultades de disposición, cual es la de no causar perjuicio a sus acreedores con la reducción de sus activos. Éstos tienen abierta la posibilidad de impugnar una transmisión de bienes hecha “a título fiduciario”, si por las circunstancias o la oportunidad en la que fue celebrada cabe la intención de defraudarlos.”

Hayzus señala además que “al instituir el fideicomiso, el dueño de los bienes realiza un acto de disposición que es, en principio, irreversible. El incumplimiento de la otra parte no es causal de rescisión del contrato. El remedio, en tal caso, es la destitución del fiduciario y su reemplazo por otro, quien habrá de “suceder” en el desempeño de las mismas funciones y en la titularidad de los bienes fideicomitidos; (...) deben existir razones válidas para que el fiduciante prevea la eventualidad de un giro en dirección opuesta del negocio que está instrumentando. (...) Pero si la ejerce, los actos de disposición efectuados por el fiduciario quedan firmes, pues la revocación no tiene efecto retroactivo.”³⁴

Respecto de la situación del fiduciante frente al fideicomiso Hayzus³⁵ señala que “la celebración del contrato cambia instantáneamente la perspectiva del fiduciante. A partir de ese momento, él mira los bienes que transfirió al fiduciario sabiendo que ya no le pertenecen. Sus expectativas respecto del desenvolvimiento del fideicomiso y sus derechos como parte del contrato están regidos por los términos del documento que firmó. Así mismo, se induce la obligación del fiduciante de obtener la aceptación de los beneficiarios, si ésta no estuviese ya registrada en el contrato.”

³³Ibíd 13, p. 123

³⁴Ibíd 13, p. 132

³⁵Ibíd 13, p. 136

En cuanto a las obligaciones del fiduciante Claudio Kiper³⁶ señala que “se reducen a la entrega del bien libre de cargas y gravámenes, señalando el estado de ocupación del bien, entre otros detalles de descargo. El fiduciante puede obligarse no solo a aportar el lote para la construcción sino también dinero con la finalidad de lograr el bien inmueble a fin de evitar el fracaso preventivo de la venta de las unidades o de las etapas.”

Al respecto de los constituyentes o fideicomitentes la Ley de Mercado de Valores³⁷ señala que

“pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil. Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargo fiduciario se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad.”

El artículo 126 de la Ley de Mercado de Valores³⁸ establece que son derechos del constituyente del fideicomiso mercantil los siguientes:

- a) Los que consten en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales; y,
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión.

³⁶Kiper, Claudio. Obligaciones y responsabilidades del Fiduciario. Buenos Aires: Astrea. 1999. p.57

³⁷Ibid 20, art. 115

³⁸ Ibid 19, art 126

Fiduciario

A decir de Jorge Hugo Lascała³⁹ el fiduciario “es quien recibe los bienes por parte del fiduciante y se compromete a darles el destino impuesto por este último en cumplimiento del encargo formulado. La elección de la persona del fiduciario está basada prácticamente en la confianza depositada en éste por el fiduciante para el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, y en su idoneidad. No se lo debe entender como un titular pleno del dominio o de la propiedad fiduciaria, aunque los bienes se encuentren emplazados en su patrimonio, sino que debe ser considerado como un operador gerencial o administrador de bienes que no le son propios y que los posee transitoriamente, aun cuando tenga la facultad dispositiva sobre ellos”. Al referirse a la capacidad del sujeto fiduciario el referido autor señala que “pueden actuar en el carácter de sujetos fiduciarios, tanto una persona física como jurídica que cuente con la capacidad de ejercicio de los derechos o de los actos necesarios que, en cada caso, conforman el cumplimiento de la encomienda que constituye la finalidad del fideicomiso.”

Al respecto Hayzus⁴⁰ destaca “la naturaleza *intuitu personae*, al cual acude el fiduciante en razón de la confianza que aquél merece. Con todo, es importante destacar la presencia de entes de existencia ideal, generalmente organizados como sociedades anónimas, que se dedican a la tarea de fiduciarios con carácter profesional.” Además anota que “sin importar la confianza que de hecho tenga el fiduciante en la persona que se propone designar como fiduciario, no es posible darle una participación en los bienes objeto del contrato. Es decir que este último o bien no acepta ser beneficiario o renuncia como fiduciario.”⁴¹

Respecto a las obligaciones del fiduciario la doctrina⁴² coincide en señalar lo siguiente:

Son obligaciones indelegables del fiduciario, además de las previstas en el contrato, las siguientes:

- Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y a los que correspondan a otros negocios fiduciarios, debiendo llevar libros contables separados.
- Negociar los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo y en la ley; y,

³⁹ Ibid 2, p.67

⁴⁰ Ibid13, p. 157

⁴¹ Ibid13, p. 161

⁴² Ibid 16, pp. 41-42

- Obtener el mayor rendimiento de los bienes objeto de la fiducia o del negocio fiduciario, para lo cual todo acto que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria en el acto constitutivo.

Es importante resaltar el criterio de Jorge Roberto Hayzus en relación a las obligaciones tributarias del fiduciario, en este sentido señala que “con la entrega o transferencia de los bienes se produce el traslado al fiduciario de las obligaciones impositivas derivadas de la propiedad y disposición de estos bienes hasta la terminación del fideicomiso. El pago puntual de impuestos, contribuciones y tasas es parte de las funciones de aquél, aunque el contrato nada especifique al respecto, pues el deber de lealtad hacia el fiduciante y hacia los beneficiarios comprende el cabal cumplimiento de la ley, en sentido amplio”. Sin embargo añade que “si el fiduciario ha de ser considerado como deudor solidario, responsable a título personal del impuesto debido por el fideicomiso, ello pone en jaque la separación del patrimonio fideicomitado. Ello no implica afirmar que el fiduciario nunca es responsable por las obligaciones fiscales del fideicomiso, tiene necesariamente que atender esas obligaciones en tanto existan recursos disponibles en el patrimonio fideicomitado, suficientes para efectuar el pago a su debido tiempo.”⁴³

En relación a los deberes, derechos y prohibiciones del fiduciario Etchegaray⁴⁴ señala los siguientes:

Deberes

- Actuar en beneficio de quien indique el contrato. Ejerce su cargo en provecho del beneficiario, que puede ser el mismo fiduciante.
- Transferir el patrimonio fiduciario, al término del contrato, al fideicomisario. Al finalizar el contrato, debe transferir la propiedad de los bienes fideicomitados a quien en él se establezca, ya sea el fideicomisario, sus sucesores, o el mismo fiduciante.
- Actuar con la prudencia y diligencia de un buen hombre de negocios. Deberá hacerlo de ese modo, sobre la base de la confianza que le han depositado.

⁴³ *Ibíd*13, pp. 172-176

⁴⁴ *Ibíd*1, pp. 19-21

- Rendir cuentas al beneficiario anualmente. Sin perjuicio de la obligación que al respecto le imponga el contrato, obligatoriamente deberá rendir cuentas de su gestión al beneficiario, por lo menos una vez por año.
- Rendir cuentas al fiduciante si lo estableciera el contrato. Deberá, asimismo, rendir cuentas de su gestión al fiduciante, si así se hubiera acordado en el contrato en función de la autonomía de la voluntad.

Derechos

- Al reembolso de los gastos y a retribución. Salvo estipulación en contrario, tiene derecho al reembolso de los gastos y a una retribución.
- A renunciar al cargo, si se hubiere previsto. Dicha facultad debe hallarse expresamente prevista en el contrato.
- Ser el liquidador en caso de insuficiencia de los bienes fideicomitidos. Tendrá a su cargo la liquidación del activo en caso de insuficiencia de los bienes fideicomitidos para satisfacer las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, debiendo en ese supuesto enajenar los bienes y entregar el producido a los acreedores, según el orden de los privilegios previstos para la quiebra.
- Disponer libremente de los bienes fideicomitidos, salvo prohibición contractual. No necesita conformidad del fiduciante o del beneficiario para disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando los fines del fideicomiso lo requieran, excepto que se hubiera pactado lo contrario en el contrato.
- Accionar en defensa de los bienes fideicomitidos. Está legitimado para ejercer todas las acciones que correspondan para la defensa de los bienes fideicomitidos, tanto contra terceros como contra el beneficiario.

Prohibiciones

- Adquirir los bienes fideicomitidos. Tiene prohibido adquirir los bienes fideicomitidos al final del contrato.
- Como consecuencia no puede ser fideicomisario ni beneficiario. El fiduciario no podrá ser fideicomisario ni beneficiario.

Al referirse a los derechos y obligaciones del fiduciario Lascala⁴⁵ señala que “se requiere dejar constancia escrita de los derechos y las obligaciones del fiduciario, en el contrato de fideicomiso que celebraren. Entre tales facultades o derechos se cuentan los siguientes:

- *Reembolso de los gastos.* El fiduciario tendrá el derecho al reembolso de los gastos en que incurriere con relación al cumplimiento de la finalidad del fideicomiso, salvo que las partes estipularen contractualmente lo contrario.
- *Retribución.* La gestión del sujeto fiduciario se presume onerosa, por lo que cuenta con el derecho a ser pagado por su desempeño, salvo que se hubiere convenido la gratuidad en su actuación.
- *Administración y disposición de los bienes fideicomitidos.* Dado el carácter de administración de bienes ajenos que conlleva la encomienda fideicomisoria, obviamente el fiduciario cuenta con el derecho de ejercer actos de administración. También cuenta con el derecho de disponer libremente de tales bienes, sin contar con ningún tipo de previa conformidad del fiduciante o beneficiario, en tanto esa disposición resulte eficaz e idónea al cumplimiento de los fines del fideicomiso
- *Imposición de gravámenes sobre los bienes.* El fiduciario se encuentra facultado legalmente para constituir gravámenes sobre los bienes fideicomitidos, en tanto ello resultare consecuente con la finalidad del fideicomiso, y nunca en beneficio particular.
- *Renuncia.* Al fiduciario le asiste la facultad de renunciar al encargo, siempre y cuando no lo hiciere de manera precipitada o en alguna otra forma que diere origen a que el patrimonio afectado se viere expuesto peligrosa o injustificadamente.
- *Ejercicio de acciones.* El fiduciario como titular y en ejercicio de la administración de los bienes afectados, se encuentra dotado del derecho de ejercer todas las acciones que correspondieren en defensa del patrimonio fideicomitado. Este derecho puede ser ejercido extensivamente, tanto respecto de terceros como contra la persona del beneficiario.
- *Nombramiento de apoderados.* El fiduciario podrá designar apoderados para el ejercicio de los actos que resulten atinentes y propicios para el

⁴⁵Ibíd 2, p.69

cumplimiento del encargo, siempre y cuando no le fuere prohibido o no le fuere exigido que su desempeño sea exclusivamente personal.

- *Nombramiento de asesores.* También cuenta el fiduciario con el derecho de requerir el asesoramiento profesional de terceros especializados en materias que así lo requieran.
- *Retención.* Cuenta con el derecho de retener los bienes fideicomitidos, hasta tanto no se le abone la retribución estipulada o se le cancelen los gastos ocasionados por el ejercicio de la rogación.
- *Liquidación de los bienes fideicomitidos por insuficiencia.* Cuenta con el derecho de afectación del patrimonio afectado, en caso de que los bienes que lo componen resulten insuficientes para afrontar las obligaciones derivadas de la ejecución del encargo, o cuando no se le provea de fondos para hacerse cargo de ellas.

Entre sus obligaciones más salientes podemos señalar las siguientes:

- *Ejecución y cumplimiento de todos los actos útiles al fin del fideicomiso.* Se impone al fiduciario el cumplimiento de un deber calificado, de manera diligente y prudente, con la idoneidad que se presupone en un buen hombre de negocios.
- *Rendición de cuentas.* Se exige de manera imperativa que las rendiciones de cuentas deberán tener una periodicidad no mayor a un año, por lo que toda previsión que disponga un intervalo menor no encuentra obstáculo alguno.
- *Separación y no confusión patrimonial.* El fiduciario se encuentra obligado a establecer y mantener constantemente una separación diferenciada de los bienes que componen su patrimonio personal, con respecto a los que constituyen el patrimonio de atribución fideicomitado, como también a cualesquiera otros fideicomisos que tuviere encomendados en propiedad fiduciaria. Esta separación presupone llevar una administración con registraciones separadas y, en su caso, una contabilidad específica para cada uno de los patrimonios.
- *Ejercicio de acciones defensivas.* Es una obligación concatenada con un desempeño diligente, la del ejercicio de toda clase de acciones que pudiera caber impetrar tanto contra terceros como contra el mismo

beneficiario. Cualquier inacción deberá estar fundamentada en motivos suficientes para no merecer reproche.

- *Ejercicio de actos de resguardo y aseguramiento de los bienes.* El fiduciario deberá proteger y resguardar los bienes fideicomitidos, y ejercer todos los actos de conservación de las cosas o derechos, para asegurar su integridad. También deberá prevenirse de siniestros contratando los seguros necesarios para proteger de riesgos a los bienes, o por los daños que ellos causaren y, en su caso, obtener las indemnizaciones y el cobro de las sumas aseguradas, o bien no pagar indemnizaciones a terceros respecto de los daños emergentes de las cosas que mantuviere aseguradas.
- *Comunicación exterior de su rol de fiduciario.* Esta obligación consiste en no actuar de manera clandestina, ocultando su rol de sujeto fiduciario. Éste debe actuar de manera transparente y ostensible, comunicando o dándose a conocer constantemente en el carácter con que actúa con referencia al patrimonio afectado.
- *Conservación de la documentación y comprobantes de su gestión.*
- *Entrega al beneficiario de las prestaciones.* Cuando el fideicomiso consistiere en administrar bienes para entregar el producido o los frutos de ellos al beneficiario, como principal efecto del desarrollo de su gestión, deberá el fiduciario cumplir con esta obligación en tiempo y forma oportunos.
- *Entrega de los bienes fideicomitidos.* El fiduciario deberá cumplir con la obligación de entregar los bienes fideicomitidos al beneficiario o fideicomisario, según correspondiere, al momento en que se produjere la extinción del fideicomiso. Pero la ejecución de esta obligación puede tener lugar no solamente a la extinción del fideicomiso, puesto que también pudo haberse convenido o instituido la entrega de bienes al fideicomisario o al beneficiario y sus sucesores durante el decurso de la gestión de administración, sin llegarse necesariamente al final de ésta.
- *Otorgamiento de instrumentos e inscripciones registrales.* Cuando se produjere la extinción del fideicomiso el fiduciario, aparte de entregar los bienes fideicomitidos al fideicomisario o sus sucesores, cuando se tratara de bienes registrables, está obligado a otorgar todos los instrumentos que fueren necesarios y procedentes a tal fin.”

El artículo 125 de la Ley de Mercado de Valores⁴⁶ señala que “el fiduciario no puede garantizar que los resultados y finalidades pretendidas por el constituyente efectivamente se cumplan. El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de sus funciones...”

Advertimos que la obligación del fiduciario es una obligación de “medio” y no de “resultado”, es decir que éste debe actuar de manera prolija y diligente en el cumplimiento de las instrucciones determinadas en el contrato, para intentar que las finalidades pretendidas por el constituyente se cumplan.

El constituyente y el beneficiario pueden ejercer acciones de responsabilidad civil o penal por dolo o culpa leve del fiduciario en la administración del fideicomiso, según lo establecen los Artículos 126, literal d; y 127 literal d. Adicionalmente, el artículo 6 del Reglamento de Administradoras de Fondos y Fideicomisos, enfatiza que la administradora de fondos y fideicomisos es responsable frente a actos realizados por sus empleados o funcionarios que violaren la Ley de Mercado de Valores o sus normas complementarias; en fin, cualquier acto realizado con dolo, abuso de confianza o culpa en general.⁴⁷

El artículo 29 del Código Civil⁴⁸ establece que la culpa leve “es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”, por lo que el fiduciario es responsable de administrar cada fideicomiso con el cuidado de un buen padre de familia.

En el artículo 128 de la Ley de Mercado de Valores⁴⁹ se resalta que la rendición de cuentas es indelegable a terceras personas u órganos del fideicomiso, por lo que corresponde al fiduciario rendir las cuentas comprobadas de sus actuaciones. Es a la sociedad administradora de fondos y fideicomisos a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato constitutivo y las normas de carácter general que determine el Consejo Nacional de Valores.

⁴⁶ Ibid 19, art 125

⁴⁷ Ibid 19, art 126, 127

⁴⁸ Ibid 32.

⁴⁹ Ibid 20, art. 128

Es importante subrayar que la Ley de Mercado de Valores⁵⁰ reconoce que “la actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil.”

Beneficiario

El beneficiario del fideicomiso es la persona física o jurídica que puede recibir los beneficios de la administración (frutos, productos, rentas, etc.) de los bienes fideicomitidos, durante el tiempo de duración de la gestión encomendada, o bien la que recibirá los bienes directamente en el momento de la extinción del fideicomiso.⁵¹

Ramiro Borja Gallegos⁵² señala respecto al beneficiario que “es la persona a quien se le restituyen los bienes una vez cumplida la condición”.

Resulta importante resaltar además lo señalado por Jorge Lascala⁵³ con relación al beneficiario:

“Cuando la creación fideicomisoria tuviere por objeto único la entrega de los bienes afectados o fideicomitidos, la figura del beneficiario puede ser confundida con la del fideicomisario, y se podrá denominar al sujeto como fideicomisario o beneficiario indistintamente.

En cambio, cuando consistiere en entregar los beneficios de los bienes a una persona y los bienes o el producido de su venta a otra, el que recibe los primeros será denominado beneficiario, y el que recibe los últimos, fideicomisario.

Por último, cuando una misma persona reciba los beneficios de la administración y los bienes fideicomitidos o el producido por su venta, su denominación puede ser dual: beneficiario o fideicomisario.”

En este sentido Hayzus⁵⁴ indica que

“la aceptación del beneficiario, se explica porque nadie está obligado a conformar una situación jurídica contra su voluntad. Pero conviene distinguir entre el beneficiario que participa

⁵⁰ Ibid 20, art. 132

⁵¹ Ibid 2, p.86

⁵² Ibid. 26, p.96

⁵³ Ibid 2, p.87

⁵⁴ Ibid. 13, p.96

del acto de celebración de un contrato de fideicomiso y el que lo conoce después. En el primer caso es evidente que –al firmar el contrato- la parte designada como beneficiaria conoce sus términos y está de acuerdo con ellos. Si, en cambio, hace falta una comunicación –que corre por cuenta del fiduciario, a fin de perfeccionar su relación con los beneficiarios-, éstos deben, en principio, formular una aceptación expresa, dentro de un plazo razonable después de recibida.”

Respecto a los Derechos del beneficiario la Ley de Mercado de Valores⁵⁵ señala que son derechos del beneficiario del fideicomiso mercantil los siguientes:

- a) Los que consten en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales;
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión;
- e) Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la ley; y,
- f) Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos.

1.2. Clases de Fideicomiso

Aspectos Generales

⁵⁵ *Ibíd.* 20, art. 127

Fernán García de la Torre⁵⁶, al referirse a las modalidades de los negocios fiduciarios señala que “debe tenerse en cuenta también que frente al análisis teórico individual de la fiducia, se llega a la conclusión de que su alcance comercial es prácticamente infinito; pero que muchas veces por problemas de factibilidad financiera o por simple falta de iniciativa, no se han explotado nuevas alternativas”, sin embargo destaca el desarrollo de los fideicomisos de inversión, de administración, de garantía e inmobiliario.”

Hidelbrando Leal Díaz⁵⁷ al referirse a las clases de fiducia señala que “concebimos la fiducia dentro de las tres modalidades clásicas, pues consideramos que fuera de ellas, las demás son meras derivaciones, manifestaciones. Con ello no se pretende desconocer las diversas formas expresivas anotadas; por el contrario, se reconocen como formas fiduciarias que en últimas se inscriben en las modalidades de inversiones, garantía o administración.”

Roberto González Torre⁵⁸, coincide en señalar que “de la revisión de los productos fiduciarios que ofrecen importantes fiduciarios y en especial latinoamericanos, concluimos en señalar que sería imposible explicar las diversas especies de fideicomiso. Sin embargo, para fines didácticos, nos atrevemos a decir que existen tres troncos fundamentales: El fideicomiso inmobiliario, el fideicomiso de administración o gestión y el fideicomiso en garantía. Como especies de cada uno de los géneros señalados se podrán encontrar innumerables variedades de productos fiduciarios.”

Nicolás Malumíán⁵⁹, a su vez pone de relieve “la importancia de expresar claramente la finalidad del fideicomiso en el instrumento de creación del mismo, pues se presenta relevante para: (a) el fiduciante, pues está desprendiéndose de la propiedad de bienes para el cumplimiento de un objetivo que no desea ver frustrado por la falta de claridad, y (b) para el fiduciario que asume la responsabilidad de llevar adelante ese objetivo y debe rendir cuentas de sus acciones.”

1.2.1.Fideicomiso de Inversión

⁵⁶ GARCIA DE LA TORRE, Fernán, EL FIDEICOMISO DE INVERSIÓN, República de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, D.E. 1990, p 104

⁵⁷ LEAL DIAZ, Hidelbrando, LA FIDUCIA, Superintendencia de Compañías, Consejo Nacional de Valores, Quito, Ecuador, 1996, p. 97

⁵⁸ GONZÁLEZ TORRE, Roberto, EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DEL ECUADOR, PRIMERA EDICIÓN, ECUADOR, 1996, p. 128

⁵⁹ MALUMIÁN Nicolás, DIPLOTTI Adrián, GUTIÉRREZ, Pablo. Fideicomiso Y Securitización, Análisis Legal, Fiscal Y Contable. 2ª ed. actualizada y ampliada,– Buenos Aires, La Ley, 2006, p83

Al referirse al Fideicomiso de Inversión García de la Torre⁶⁰ señala que “este negocio consiste en el manejo de dineros de los fideicomitentes para aplicarlo a los fines predeterminados, por cuanto su destinación fuere libre y con una garantía de rendimiento, estaríamos ante la simple captación y colocación que realiza un establecimiento de crédito o cualquier otra entidad distinta de una sociedad fiduciaria. Como se ve, lo que se pretende con el fideicomiso de inversión es hacerse ciertos volúmenes de dinero con el objeto de invertirlos en determinados fines, obteniendo de ello alguna utilidad para las partes.” Además “deja en claro que para que se pueda presentar esta clase de contrato se requiere una expresa aclaración de la destinación de tales dineros.”

Leal Díaz⁶¹ conceptualiza esta especial modalidad de fiducia como el “manejo de dinero por parte de una entidad fiduciaria, dinero recibido de su cliente, a fin de que cumpla un objetivo determinado. Ello se traduce en la recepción o captación de dineros dirigidos a invertirlos en cierta actividad productiva, buscando un rendimiento, generalmente en beneficio del fideicomitente.”

Por su parte Nicolás Malumián⁶² señala que “si bien el fiduciario deberá administrar los bienes, entre sus deberes fundamentales se encuentra la inversión o reinversión de los bienes fideicomitados a fin de aumentar el patrimonio del fideicomiso. Es una variante del fideicomiso de administración que va del simple encargo hecho por el fiduciante al fiduciario de invertir los fondos fideicomitados de una determinada manera hasta la creación de un fideicomiso con el objeto de otorgar préstamos a terceros y lucrar con los intereses del capital prestado.”

Sergio Rodríguez Azuero⁶³ por su parte señala que este tipo de fideicomiso “es, si se quiere, una modalidad del fideicomiso de administración, con la cual, a más de la simple administración y manejo de sus bienes –que hace énfasis en la gerencia- el fiduciante busca destinarlos a ciertas actividades de las cuales pueda derivar rendimientos interesantes, poniendo el énfasis, entonces, en las habilidades para la buena colocación de los recursos. Quizás, desde otro aspecto considerado, se administran bienes y negocios que van a permanecer inalterados, mientras se invierten los recursos líquidos que se reciban o el producto de los mismos activos mediante su transformación, enajenación y reemplazo.”

⁶⁰ *Ibíd.*, p 106

⁶¹ LEAL DIAZ, Hidelbrando, LA FIDUCIA, Superintendencia de Compañías, Consejo Nacional de Valores, Quito, Ecuador, 1996, p. 98.

⁶² MALUMIÁN Nicolás, DIPLOTTI Adrián, GUTIÉRREZ, Pablo. Fideicomiso Y Securitización, Análisis Legal, Fiscal Y Contable. 2ª ed. actualizada y ampliada,– Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 84

⁶³ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, NEGOCIOS FIDUCIARIOS, Su significación en América Latina, PRIMERA EDICION, ED. LEGIS, COLOMBIA, 2005, p. 385

1.2.2.Fideicomiso de Administración o Gestión

Con respecto al Fideicomiso de Administración García de la Torre⁶⁴ señala que “a través de esta modalidad de la fiducia se trata de manejar unos bienes y destinar sus productos o rentas a un fin o persona determinadas. Obviamente estará definido en su realización por la naturaleza de los bienes.”

Leal Díaz⁶⁵ hace énfasis en señalar que “se trata de una forma de fiducia bien extendida entre nosotros, pues son muchas las manifestaciones a que tiene lugar. Una gama de negocios pueden ser comprendidos en la fiducia por administración y a ella se han referido como formas autónomas la mayor parte de clasificaciones doctrinarias.”

Adicionalmente lo define como “el manejo de bienes y destino de su producido a una persona o fin determinado. El fideicomiso de administración es un género divisible en tantas especies cuantos fines o clases de bienes comprenda cada caso concreto.”

Roberto González Torre⁶⁶ define al fideicomiso de gestión o administración como “aquel por el cual se transfieren ciertos bienes al fiduciario para que los administre en base a las finalidades pretendidas por el fideicomitente, que están relacionadas con operaciones de guarda, tenencia, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitados, entrega de sus rendimientos o beneficios al fideicomisario.”

Nicolás Malumíán⁶⁷ agrega que “esta clase de fideicomisos podría ser dividida en dos subclases, aquellos fideicomisos que entrañan una liberalidad o, dicho con otras palabras, un acto con el fin de beneficiar a terceros, y aquellos otros, que buscan organizar un negocio con el fin de obtener un lucro”, a estos efectos señala lo siguiente:

- **De caridad o fideicomiso cuyo negocio subyacente es una liberalidad:** Estos fideicomisos se podrían comparar con una donación cuya particularidad consiste en que en vez de agotarse en un único acto que transmite un bien, se prolonga en

⁶⁴ *Ibíd.*, p 108

⁶⁵ LEAL DIAZ, Hidelbrando, LA FIDUCIA, Superintendencia de Compañías, Consejo Nacional de Valores, Quito, Ecuador, 1996, p. 100.

⁶⁶ GONZÁLEZ TORRE, Roberto, EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DEL ECUADOR, PRIMERA EDICIÓN, ECUADOR, 1996, pp. 146-148

⁶⁷ MALUMIÁN Nicolás, DIPLOTTI Adrián, GUTIÉRREZ, Pablo. Fideicomiso Y Securitización, Análisis Legal, Fiscal Y Contable. 2ª ed. actualizada y ampliada,– Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 83-84

el tiempo. Sin embargo, esta particularidad no lo exime de cumplir con la normativa atinente a actos a título gratuito, como por ejemplo, las normas atinentes a donación en vida y legítima hereditaria, y el rigorismo en las formas del acto.

- **Con ánimo de lucro o fideicomisos como vehículo jurídico de una actividad comercial:** En los fideicomisos de administración el fiduciario tendrá por función esencial la gestión de los bienes fideicomitidos, el mantenimiento de los mismos y la obtención y distribución de los frutos a los beneficiarios. No está de más aclarar que este contrato debe distinguirse del simple mandato de administración por cuanto en el fideicomiso el fiduciario, entre otras diferencias, es propietario de los bienes actuando por cuenta del fiduciante pero a nombre propio, mientras que al mandatario no se le transfiere propiedad alguna actuando en nombre y representación del mandante.

Sergio Rodríguez Azuero⁶⁸ cumple con señalar que “esta modalidad fluye, de suyo, de la misma naturaleza del negocio fiduciario y de hecho constituye una de las primeras obligaciones que formulamos a cargo del fiduciario. Y ello es obvio. Si el fiduciario recibe unos bienes para cumplir con ellos una finalidad, el primer requerimiento es que los maneje de manera adecuada y los proteja, física y jurídicamente, contra los riesgos que puedan afectarlos.”

1.2.3. Fideicomiso de Garantía

Fernán García de la Torre define al Fideicomiso de Garantía⁶⁹ como “aquel donde un deudor (fideicomitente) constituye un derecho sobre determinados derechos o bienes de su propiedad con el objeto de garantizarle a su acreedor (fideicomisario) el pago oportuno de un crédito anterior o el cumplimiento de una obligación.”

Leal Díaz⁷⁰ enseña que este tipo de fideicomisos “se presenta cuando un deudor transfiere determinados bienes a una institución fiduciaria a efecto de respaldar o garantizar el cumplimiento de cierta obligación en favor de una tercera persona, con el objeto de que al no llegar a satisfacerse se proceda a su enajenación, dirigiendo su producido al pago o cancelación de la mencionada obligación.” Destaca además que “presenta ventajas indudables en relación con

⁶⁸RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, NEGOCIOS FIDUCIARIOS, Su significación en América Latina, PRIMERA EDICION, ED. LEGIS, COLOMBIA, 2005, p. 283

⁶⁹ Ibíd., p 109

⁷⁰LEAL DIAZ, Hidelbrando, LA FIDUCIA, Superintendencia de Compañías, Consejo Nacional de Valores, Quito, Ecuador, 1996, p. 104.

las modalidades tradicionales de garantía, como la prenda y la hipoteca, por cuanto el acreedor no tiene que someterse a los procedimientos judiciales enderezados a rematar los bienes, sino que en cumplimiento de la orden recibida de su cliente el banco procede a venderlos o liquidarlos y a satisfacer la obligación. Con ventajas no solo para el acreedor, como podría pensarse, sino incluso para el deudor, pues lo que sucede en la práctica cuando debe rematarse garantía es que las condiciones mínimas de la almoneda producen con no poca frecuencia que el bien sea rematado por valores muy inferiores a los comerciales, con lo cual se perjudican ambas partes y el deudor ve desaparecer la posibilidad de recibir el saldo. Por consiguiente, la intervención de una entidad fiduciaria es una garantía para ambas partes porque asegura la obtención de las mejores condiciones de precio y pago para los bienes en su poder.”

Roberto González Torre⁷¹ a su vez señala que “por este tipo de fideicomiso, un deudor transfiere bienes a un fiduciario con el objeto de respaldar el cumplimiento de una obligación en favor de un tercero. En el evento de que el deudor no satisfaga oportunamente la deuda, el fiduciario procederá a la venta del bien o bienes fideicomitados destinando el producto obtenido al pago de la deuda. Por lo tanto, en esquema, diríamos que el deudor es fideicomitente y que su acreedor es el fideicomisario a quien, el fiduciario designado, en caso de que el deudor no le satisfaga la deuda que mantiene, deberá pagarle con el producto que obtenga de la venta del bien.”

González Torre⁷² resalta además los principales aspectos que deben considerarse en el acto constitutivo, entre los cuales señala:

- El avalúo del bien, que debe ser revisado periódicamente por el fiduciario, atendiendo a la esencia del contrato y a las obligaciones de garantía que deben ser cumplidas por éste.
- El precio de enajenación o la forma final de valoración de los bienes.
- El plazo máximo para que proceda la realización del bien por parte del fiduciario, así como un procedimiento final alternativo para llevar a cabo tal enajenación.
- La posibilidad de domiciliar los títulos o contratos representativos de deuda a efectos de que el fiduciario pueda saber si el deudor ha cumplido o no su obligación con el acreedor, claro que esto dependerá de la obligación que caucione el contrato de fideicomiso y de la forma de instrumentación de la misma.

⁷¹GONZÁLEZ TORRE, Roberto, EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DEL ECUADOR, PRIMERA EDICIÓN, ECUADOR, 1996, p. 138

⁷²GONZÁLEZ TORRE, Roberto, EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DEL ECUADOR, PRIMERA EDICIÓN, ECUADOR, 1996, pp. 138-139

- Deben además preverse las reglas sobre la tenencia de los bienes que constituyen la garantía, particularmente cuando los bienes son inmuebles y están en poder del deudor.

Respecto a la invalidez del fideicomiso como forma de garantía González Torre⁷³ resalta que “el fideicomiso de garantía emana de un contrato bilateral cuya validez se funda en el principio de la autonomía de la voluntad privada. De ninguna manera pudiera admitirse que los efectos del mismo violen el derecho de defensa procesal, ni tampoco que toda obligación de pago requiera de una intervención judicial.” Adicionalmente puntualiza que “en lo que se refiere a la naturaleza jurídica del fideicomiso de garantía como caución, debe entenderse su carácter eminentemente personal. No es de naturaleza real aún pese a que los bienes fideicomitados sean inmuebles. La razón de su caracterización como caución personal está en que los derechos a favor del fideicomisario emanan de un contrato y dependen de condiciones pactadas, no es “in rem” sino que cuando se cumpla la condición (la falta de pago del fideicomitente-deudor) el fiduciario intentará plasmar la finalidad del acto en beneficio del fideicomisario, para quien su derecho ya nació.”

Por su parte Nicolás Malumíán⁷⁴ añade que: “se debe destacar que todo fideicomiso tiene una finalidad de garantía. La función de garantía está implícita en la necesidad de que los bienes objeto del fideicomiso salgan del patrimonio del fiduciante para ingresar al patrimonio especial del fiduciario. Sin embargo, existen determinados fideicomisos en los cuales la función de garantía es la causa primordial del mismo y sin la cual no existirían. En otras palabras, los fideicomisos de garantía son aquellos que se constituyen con la finalidad primordial de asegurar obligaciones propias del fiduciante o de un tercero con los bienes fideicomitados.”

Dentro del mismo orden de ideas el autor define al fideicomiso en garantía como “aquél cuya principal finalidad es garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones a cargo del fiduciante o un tercero, siendo el acreedor beneficiario, por lo que en caso de incumplimiento se deberá aplicar los bienes fiduciarios o su producido al pago de la obligación garantizada de acuerdo al procedimiento establecido en el contrato de fideicomiso. El fideicomiso en garantía, en virtud de la finalidad que está orientado a cumplir, es una herramienta jurídica sumamente versátil, ya que aparte de ser un vehículo destinado a proteger ciertos bienes y, en caso de mora del

⁷³GONZÁLEZ TORRE, Roberto, EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DEL ECUADOR, PRIMERA EDICIÓN, ECUADOR, 1996, pp. 139-143

⁷⁴MALUMIÁN Nicolás, DILOTTI Adrián, GUTIÉRREZ, Pablo. Fideicomiso Y Securitización, Análisis Legal, Fiscal Y Contable. 2ª ed. actualizada y ampliada,– Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 107-110

deudor ejecutarlos extrajudicialmente, presenta indudables ventajas con respecto a las demás formas tradicionales de garantía, como la prenda o la hipoteca, ya que, por ejemplo, el acreedor no tiene que someterse a los procesos judiciales tendiente a recuperar el capital invertido.”

1.2.4.Fideicomiso Inmobiliario

A criterio de García de la Torre⁷⁵ esta clase de negocio consiste en “la reunión de unos elementos fundamentales para la realización de un proyecto inmobiliario” además lo destaca como “el negocio fiduciario más desarrollado en el momento.”

Roberto González Torre⁷⁶ señala que “esta modalidad del fideicomiso mercantil se sustenta en que el fideicomitente propietario (si es dueño de un predio sobre el cual se desarrollará el proyecto) o un fideicomitente promotor (que no necesariamente es dueño del terreno) transfiere al fiduciario determinados bienes, corporales o incorporales, para que éste cumpla con diversos encargos (administrar la tesorería del proyecto, obtener créditos obligando al fiduciario, percibir las preventas, otorgar las escrituras traslaticias de dominio en favor de los prominentes compradores, etc.) y así lograr desarrollar un proyecto inmobiliario específico.”

González Torre⁷⁷ señala además que “para poder señalar cuáles son las fortalezas del fideicomiso que hacen viable un proyecto inmobiliario sustentado en preventas, debemos tener en claro el concepto de punto de equilibrio fiduciario. El punto de equilibrio fiduciario involucra un concepto tripartito: la idoneidad técnica, la idoneidad financiera y la idoneidad legal necesaria para arrancar la construcción del proyecto. El punto de equilibrio es un concepto que lo instituye el fideicomitente, debe o puede ser aceptado por sus prominentes compradores (atendiendo la forma del negocio fiduciario) y el fiduciario queda plenamente facultado para certificar que el mismo se ha cumplido, sin que por ello califique que el proyecto efectivamente se realizará. La calificación no hace más que ratificar que la serie de condicionantes para empezar la construcción, señaladas por el constituyente y aceptada por los prominentes compradores u otras partes involucradas, se han cumplido.”

Acercas de las principales ventajas que ofrece el negocio de fiducia inmobiliaria García de la Torre⁷⁸ destaca las siguientes:

⁷⁵ *Ibíd.*, p 110

⁷⁶ GONZÁLEZ TORRE, Roberto, EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DEL ECUADOR, PRIMERA EDICIÓN, ECUADOR, 1996, p. 129

⁷⁷ GONZÁLEZ TORRE, Roberto, EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DEL ECUADOR, PRIMERA EDICIÓN, ECUADOR, 1996, pp. 132-133

⁷⁸ *Ibíd.*, p 114

- **Preventa:** Es éste el mejor elemento de este tipo de negocios en la medida de que, frente a un equilibrio financiero y la realidad comercial del producto terminado, el nivel de seguridad en su colocación está previamente garantizado.
- **Flujo garantizado:** Al respecto se resalta a las Corporaciones de Ahorro y a los Inversionistas como sus hacedores.
- **Independencia Patrimonial**
- **Estudios de Alta Calidad:** Es este un factor de gran compromiso de la Fiduciaria tanto con las Corporaciones de Ahorro como con sus propios inversionistas.
- **Manejo ordenado:** Garantizado a través de la dirección directa por parte de la Junta Administradora.
- **Proyectos sin sociedad:** No hay necesidad de crear una sociedad aunque se gocen de todos los privilegios de este tipo de contrato, y sin el lastre excesivo de una posterior liquidación de la misma. Beneficios operacionales.
- **Empleo de los recursos:** Se garantiza la destinación exclusiva de los recursos al proyecto sin que se distraigan en otro tipo de necesidades de distinto orden.
- **Sustitución de morosos:** Es este un factor que coadyuva en el sostenimiento del equilibrio financiero del proyecto. Así las cosas el inversionista que se “cuelga” puede ser sustituido fácilmente.
- **Comprador Institucional:** Íntimamente relacionado con la preventa y desarrollado en la medida de que el mercado y la profesionalidad de la Fiducia lo permitan.
- **Eliminación de Costos:** Fundamentalmente abarca costos en el desarrollo del proyecto.
- **Desconcentración de Negocios:** Este tipo de negocios va acompañado de otras cadenas de negocios que oxigenan el medio de la construcción.

Al respecto de los intervinientes en el negocio fiduciario inmobiliario García de la Torre⁷⁹ resalta los siguientes:

- Propietarios Inmobiliarios
- Promotores (típico nivel de corretaje)
- Constructores
- Entidades Financieras (específicamente las de ahorro y vivienda)
- Destinatarios o compradores; y,
- Entidades municipales que intervienen en distintos momentos para efectos de control.

⁷⁹ Ibid, p 111

Al referirse a las fases del fideicomiso inmobiliario García de la Torre⁸⁰ destaca las siguientes etapas dentro de este negocio:

- **Antecedentes:** Estudio y creación de un proyecto por los interesados y a veces por la Fiducia directamente.
- **Factores:** Planos – costos – análisis – factibilidad – permisos – títulos – otros servicios.
- **Primera Etapa:** En ella se considera la intervención de la Fiduciaria a través de situaciones tales como: Vinculación de Clientes – Publicidad - Estrategia de Ventas – Junta Provisional – Vinculación Corporación de Ahorro y Vivienda – Punto de equilibrio financiero – Carta de aprobación – Permisos.
- **Segunda Etapa:** Matización de la obra con una Junta Administradora fija y unos recursos fijos adquiridos; y,
- **Tercera Etapa:** Liquidación – Venta -Utilidades.

Al respecto Roberto González de la Torre⁸¹ señala que las fases del fideicomiso deben ser dos:

- **Etapa Preliminar:** Esta fase arranca con la celebración del contrato y con la consecuente constitución del fideicomiso. El fideicomitente transfiere el derecho de percepción del precio de venta de cada uno los contratos de promesa de venta que haya celebrado y que vaya celebrando.

El fiduciario deberá exigir, como consecuencia de tal cesión en fideicomiso, de que en cada uno de los referidos contratos conste la obligación del prominente comprador de pagar, directamente, el precio de pago periódico (de ejecución sucesiva) directamente al fiduciario o vincular a tales prominentes compradores con el fideicomiso a través de un contrato de adhesión.

Durante esta fase, el fiduciario administrará los recursos dinerarios de los prominentes compradores y solamente se utilizarán los recursos en la construcción, cuando se logre el punto de equilibrio antes del vencimiento

⁸⁰ Ibid, p 112-114

⁸¹ GONZÁLEZ TORRE, Roberto, EL FIDEICOMISO EN EL DERECHO CIVIL Y COMERCIAL DEL ECUADOR, PRIMERA EDICIÓN, ECUADOR, 1996, pp. 133-135

de un plazo convencional previsto en el contrato. En el evento de que no se logre obtener el punto de equilibrio, el fiduciario estará obligado a devolverle los recursos a los prominentes compradores con los rendimientos obtenidos; y,

- **Etapa de Ejecución:** Siempre y cuando el proyecto haya alcanzado su punto de equilibrio, arrancará la construcción y se iniciará la actuación del fiduciario de administrar la tesorería del fideicomiso tomando en cuenta el flujo de caja del proyecto, comenzará a llevar la contabilidad del fideicomiso, en definitiva, se inicia la actuación dinámica del fiduciario aplicada al proyecto, que siempre se dará en tutela del interés económico de todas las partes involucradas en el negocio fiduciario.

En definitiva se puede definir al fideicomiso inmobiliario como el contrato en virtud del cual los constituyentes transfieren generalmente dinero, materiales de construcción y bienes inmuebles a un patrimonio autónomo, para que el fiduciario administre los recursos financieros y desarrolle un proyecto inmobiliario de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato, y transfiera las unidades construidas a los beneficiarios.

1.3. Aspectos Fiscales

Situación Fiscal de los Fideicomisos

Al analizar el tratamiento fiscal del fideicomiso debemos tener presente que, conforme lo señala la doctrina⁸², “el fideicomiso define un esquema pero no un contenido. Está concebido –en su versión moderna- para servir a una multiplicidad de objetivos lícitos.”

Al respecto Hayzus⁸³ señala que, ante la interrogante de qué ocurre con los impuestos, “la pregunta reconoce distinta motivación respecto de cada una de las partes. En el fiduciante surge para evaluar el desenvolvimiento del fideicomiso en términos de las finalidades

⁸²Ibíd. 13, p.p. 77

⁸³Ibíd. 13, p.p. 74

propuestas; en el fiduciario, para no dejar de cumplir con los requerimientos del fisco, al cual la actividad económica que despliegue el fideicomiso no le es indiferente, y en el beneficiario, responde a la importancia de conocer el encuadre impositivo de la operación de la cual espera recibir ciertas ventajas. “Señala⁸⁴ además que “identificadas las finalidades del fideicomiso, segregados los bienes, contabilizadas todas las operaciones y rendidas las cuentas, están dados todos los elementos necesarios para permitirle al fiduciario atender los aspectos tributarios, sobre la base del postulado según el cual ninguna de las actividades que se lleven a cabo durante la ejecución del fideicomiso es distinta porque la haga un fiduciario. Los actos que ejecuta éste en cumplimiento de su misión tienen en principio el tratamiento impositivo general.”

Del mismo modo la doctrina señala que “la única guía razonable, conforme a la realidad económica y adecuada a los modos de acción en la sociedad contemporánea, es el obrar del fiduciario en el cumplimiento del encargo que le ha sido confiado. Así como la naturaleza de los bienes no cambia porque hayan sido transferidos a un fiduciario, los actos que éste realice no son diferentes, desde el punto de vista fiscal, de los que llevaría cualquier otro propietario. Respetando siempre el patrimonio fideicomitido como unidad separada, las obligaciones tributarias derivadas de la actividad del fideicomiso han de ser las que vienen determinadas por las leyes de creación de los diversos impuestos. La noción de “realidad económica” aplicada al análisis de cada fideicomiso según su finalidad puede orientar a los organismos recaudadores en la elaboración de criterios que hagan viable la utilización del fideicomiso en el curso normal de las operaciones de particulares y de empresas.”⁸⁵

Respecto a la responsabilidad tributaria del fideicomiso mercantil, la Ley de Mercado de Valores⁸⁶ señala que “el fideicomiso mercantil tendrá la calidad de agente de recepción o de percepción respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir en los términos de la legislación tributaria vigente. Para todos los efectos consiguientes, la responsabilidad del fiduciario en relación con el fideicomiso que administra se regirá por las normas del Código Tributario. El fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso.”

⁸⁴Ibíd. 13, p.p. 76

⁸⁵Ibíd. 13, p.p. 77

⁸⁶Ibíd. 20, art. 135

Al momento de referirse a la imposición del gravamen y la política fiscal Jorge Roberto Hayzus⁸⁷ diferencia dos caminos: “el que lleva a asimilar el fideicomiso a las sociedades de capital y el que asigna las utilidades a cada beneficiario en la medida de su interés. “Al respecto agrega que: “Ambos caminos debieran haber sido explorados para determinar en qué medida conducen a resultados razonables según la situación de diversos fideicomisos.

Parecería que el primero atiende a los casos de institución con fines de donación y de disposición testamentaria, pues la gratuidad del acto hace pensar en un beneficio que llega a la persona favorecida sin que ésta deba responder por impuestos. La voluntad del fiduciante se cumple entonces en la medida de los bienes disponibles, *after tax*.

El segundo sería el más equitativo en los casos de fideicomisos de negocios, ya que, por definición, los beneficiarios pagan algo a cambio de la participación que adquieren. Este sistema coloca a cada beneficiario en su propio rango dentro de la escala progresiva del impuesto a las ganancias, lo cual es equitativo desde el punto de vista de la capacidad contributiva.”

Ya definidos los lineamientos legales atinentes al fideicomiso en sus principales formas de instrumentación, se hace necesario analizar las diferentes implicancias fiscales que surgirían de acuerdo a la forma de estructuración de los mismos. En este sentido, Nicolás Malumián⁸⁸ resalta que “el asesor impositivo juega un papel preponderante en la transacción ya que en muchos casos la estructuración de la operación podría generar costos impositivos que tornen inviable el negocio.”

Sergio Rodríguez Azuero⁸⁹ resalta que, “en términos generales, la propiedad fiduciaria, se ha venido reconociendo doctrinal y legislativamente por constituir un patrimonio especial o autónomo, independiente del fiduciario, y reunir dos características: ser limitada y eminentemente temporal. Este tendría que ser el principio orientador de las definiciones tributarias y explican de hecho en muchas legislaciones, la forma exceptiva o particular como se han fijado ciertos gravámenes u obligaciones a cargo del fiduciario.”

⁸⁷Ibíd. 13, p. 79

⁸⁸Fideicomiso Y Securitización, Análisis Legal, Fiscal Y Contable. 2ª ed. actualizada y ampliada, MALUMIÁN Nicolás, DILOTTI Adrián, GUTIÉRREZ, Pablo – Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 280

⁸⁹RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, NEGOCIOS FIDUCIARIOS, Su significación en América Latina, PRIMERA EDICION, ED. LEGIS, COLOMBIA, 2005, p. 595

Respecto a las obligaciones formales que se derivan de los patrimonios autónomos, Rodríguez Azuero⁹⁰ señala que “las sociedades asumen las obligaciones formales que se derivan de los tributos respecto a los patrimonios que manejan y son responsables, por consiguiente, de las consecuencias fiscales derivadas del incumplimiento y de las que puedan soportar el patrimonio o los terceros perjudicados por tal circunstancia.”

El autor además señala⁹¹ respecto a la fijación del sujeto pasivo del impuesto que “atiende a la realidad económica más que a la titularidad aparente, de manera que se fijen los tributos en consideración a dicha realidad.” A estos efectos agrega respecto al Impuesto a la Renta que “este clásico impuesto sobre los incrementos patrimoniales que tenga una persona durante el periodo fiscal, tiene como regla general la de que se gravan en cabeza del beneficiario.”

Nicolás Malumíán⁹² al respecto señala que “como cualquier otro acuerdo de voluntades, el Contrato de Fideicomiso produce efectos Fiscales en el patrimonio de los distintos sujetos intervinientes o afectados por el mismo. En virtud de lo expuesto, la anticipación de los efectos fiscales es una necesidad derivada del estudio de las características generales del negocio fiduciario por lo que la evaluación de los mismos debe comprender a todas las partes involucradas.” Resalta además que “los efectos fiscales que produce el negocio fiduciario en cabeza de cada uno de los participantes del mismo varían de acuerdo a cada negocio en particular.”

Rodríguez Azuero⁹³ agrega además que “pueden gravarse las rentas en cabeza del constituyente cuando los bienes se transfieren a un tercero, a título oneroso, porque en ese evento resulta claro que el fideicomiso se utiliza como vehículo para enajenar el activo y que la diferencia entre su costo fiscal y el valor del traspaso puede constituir renta o ganancia ocasional para quien lo enajena, es decir, el constituyente. Ello no ocurre, como es obvio, cuando la enajenación se hace a título gratuito porque en ese evento, no hay para él utilidad ni ganancia ocasional algunas. El impuesto en este caso se causa en cabeza del beneficiario. Ni tampoco, como es obvio, cuando es simultáneamente beneficiario porque en este evento no se produce incremento de su patrimonio neto.” Concluye señalando al respecto que “excepcionalmente los impuestos se gravan en cabeza del patrimonio autónomo, tornándose, en consecuencia, en sujeto pasivo del impuesto cuando no es posible determinar la persona del beneficiario, ante la indeterminación derivada de

⁹⁰RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, NEGOCIOS FIDUCIARIOS, Su significación en América Latina, PRIMERA EDICION, ED. LEGIS, COLOMBIA, 2005, p. 604

⁹¹RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, NEGOCIOS FIDUCIARIOS, Su significación en América Latina, PRIMERA EDICION, ED. LEGIS, COLOMBIA, 2005, p. 598-600

⁹²Fideicomiso Y Securitización, Análisis Legal, Fiscal Y Contable. 2ª ed. actualizada y ampliada, MALUMIÁN Nicolás, DIPLOTTI Adrián, GUTIÉRREZ, Pablo – Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 281

⁹³RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, NEGOCIOS FIDUCIARIOS, Su significación en América Latina, PRIMERA EDICION, ED. LEGIS, COLOMBIA, 2005, p. 601-603

hechos futuros de los que dependa su existencia o reconocimiento. Es importante destacar que fiscalmente se ha optado por advertir que en los fideicomisos de garantía se entenderá que el beneficiario es siempre el constituyente.”

1.4. El Impuesto a la Renta

1.4.1. Consideraciones Generales del Impuesto a la Renta

El tributo desde el punto de vista jurídico para Ángel Schindel⁹⁴ es la expresión que se utiliza para denominar genéricamente las prestaciones pecuniarias que el Estado u otro ente que ejerza para el caso sus funciones, establece coercitivamente en virtud de lo que disponga la ley”.

Conforme el análisis realizado por Fabián Qhizpe⁹⁵ el Impuesto a la Renta en el Ecuador tuvo su origen en el año 1925 con la Misión de Edwin Kemmerer, profesor de Finanzas Internacionales de la Universidad de Princeton. Las reformas Kemmerianas estuvieron llamadas a estabilizar la economía, terminar con el déficit presupuestario y evitar el alza del dólar frente al sucre. Dentro de este grupo de propuestas y para el cumplimiento de estos objetivos macroeconómicos, se plantea la creación de un Impuesto a la Renta. Este impuesto es aprobado en el año 1926 y tenía la característica de gravar de manera separada a las rentas de trabajo o provenientes de servicios y a las rentas provenientes del capital.”

Álvaro Magaña⁹⁶, en su obra El concepto fiscal de renta y la renta imputada de la casa habitada por su propio dueño, señala que

“debemos comenzar por indicar que el concepto de renta constituye un problema en materia impositiva, desde el momento que es una de las determinantes o bases para la fijación de la carga tributaria, de la misma manera que lo son la riqueza y el consumo. Su definición debe llenar los requisitos apropiados de precisión, para determinar el gravamen con certidumbre, y de amplitud para que el impuesto tenga la mayor generalidad.”

⁹⁴Schidel, Ángel. "Concepto y especies de tributo". Tratado de Tributación. Tomo II. Derecho Tributario. Director Horacio A. García Belsulce. Astrea. Buenos Aires, 2003.

⁹⁵Qhizpe, Fabián. Análisis financiero del sector industrial y comercial de la ciudad de Guayaquil generado por las reformas tributarias en los años 2009 – 2010. /En:/ Repositorio Universidad Politécnica Salesiana. Pp.6-8 <http://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/2551/17/UPS-GT000295.pdf>

⁹⁶Magaña, Álvaro, El concepto fiscal de renta y la renta imputada de la casa habitada por su propio dueño, Programa Conjunto de Tributación OEA/BID, Washington, 1967 p. 74

Giuliani Forouge y Susana Navarrine⁹⁷, en su obra *Impuesto a las Ganancias*, al referirse al concepto de renta señalan que

“la multiplicidad de conceptos permitirá clasificarlos desde los más variados puntos de vista, empero, generalmente las teorías suelen agruparse en cinco categorías, a saber: 1) teorías del fondo de consumo; 2) teorías de la periodicidad; 3) teorías de la fuente; 4) teorías de las categorías de productos; y 5) teorías del incremento del patrimonio. Los cuatro primeros grupos coinciden en la idea de que la noción de renta debe limitarse a los ingresos periódicos o que pueden renovarse a intervalos más o menos regulares; la última teoría equipara la renta a los ingresos logrados por el sujeto, sin atenerse al origen o fuente y a los demás requisitos enunciados por las anteriores.

En este punto, es preciso analizar de modo simplificado las teorías que determinan la afectación del Impuesto a la Renta polarizándolas en tres teorías extremas, que son las más aceptadas por los autores:

- *Teorías de la fuente o de la renta-producto.*- Los puntos fundamentales de esta corriente pueden concretarse diciendo que el concepto de renta exige: a) una renta nueva; b) derivada de una fuente permanente; c) de rendimiento periódico; d) que sea una riqueza realizada y separada del capital; e) que el rendimiento sea el efecto de una explotación de la fuente productora.

Lo importante para esta corriente doctrinal es la existencia de una fuente productora *durable, duradera o permanente*, vale decir, un elemento material o inmaterial fijo, que subsista cierto tiempo y no pierda su sustancia, genere un valor separado, por lo común con regularidad y que pueda ser expresado en dinero.

Así, bajo esta teoría se determina que la renta es un producto cuya principal característica es la periodicidad, comprendida ésta como la capacidad de poder repetir la producción, por parte de una fuente durable en el tiempo que conserve las condiciones de seguir produciendo mayor riqueza, siendo esta posibilidad potencial y no necesariamente efectiva.

- *Teoría del flujo de la riqueza.* Conforme lo establece esta teoría se considera renta todo incremento de la riqueza proveniente de operaciones con terceros. Quedarían comprendidas en esta afectación aquellas rentas obtenidas por

⁹⁷ Forouge Giuliani. Navarrine Susana. *Impuesto a las ganancias*. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1976. p. 25

ingresos por actividades accidentales, por realización de bienes de capital e incluso ingresos a título gratuito. Considerado de otro modo, esta teoría considera renta gravable a todo beneficio económico que fluya a un sujeto en un periodo fiscal determinado.

En cuanto a la teoría del flujo de riqueza PONCE DE LEÓN RUIZ DE CASTILLA⁹⁸, enseña que “una de sus características es que para que el ingreso o ganancia derivado de operaciones con terceros califique como renta gravada debe ser obtenida en el devenir de la actividad de la empresa en sus relaciones con otros particulares, en las que los intervinientes participan en igualdad de condiciones y consienten el nacimiento de obligaciones”.

- *Teoría del incremento patrimonial o del rédito-ingreso.* La teoría del incremento patrimonial considera renta todo enriquecimiento o todo incremento de valor, cualesquiera fueran su origen y su duración. Su primer expositor fue Schanz quien expresó que el concepto de renta “es el aumento neto del patrimonio durante un determinado período, inclusive los beneficios y prestaciones de valor pecuniario de terceros, todas las donaciones, herencias, legados, ganancias de lotería, capital o rentas entregados como consecuencia de una póliza de seguro, ganancias especulativas de todo orden, restando los intereses sobre deudas y pérdidas de capital. El patrimonio de la persona comprende dos partes: un elemento estable, su capital, que debe conservar intacto e incrementarlo si fuere posible, y un elemento dinámico, su fondo de consumo, destinado a la satisfacción de sus necesidades y gustos.”

Para Allix y Lercelé⁹⁹, citados por Giuliani Forouge y Susana Navarrine, la renta “es el producto periódico o susceptible de periodicidad de una fuente duradera que puede consistir en la actividad personal, o trabajo, o en ciertos bienes materiales o incorporeales.” En el mismo orden de ideas, Laufenburger¹⁰⁰, señala que “renta es lo que deriva con regularidad y durante un tiempo bastante extenso de una fuente exterior al hombre (tierra, capital) o vinculada a su naturaleza interior (trabajo muscular o intelectual) o aun de la combinación de ambos (empresa).”

⁹⁸RUIZ DE CASTILLA PONCE DE LEÓN, Francisco Javier, Impuesto a la renta: aspecto subjetivos. <http://blog.pucp.edu.pe/52284/impuesto-a-la-renta-aspectos-subjetivos-version-actualizada>

⁹⁹ Ídem

¹⁰⁰ Ídem

Diego Almeida Guzmán¹⁰¹, en su obra Curso de Legislación Tributaria Corporativa enseña que “el Derecho Tributario recoge al término *renta* en su acepción económica. Así, se la puede conceptuar como el beneficio o producto que genera un bien o el ejercicio de una actividad. Para que la renta económicamente considerada tenga incidencia tributaria, se requiere que la misma provenga de una fuente que la ley la califique como generadora de beneficios imponibles, que la explotación de esa fuente la cumpla un sujeto al cumplimiento de obligaciones tributarias, y que la producción de la misma tenga caracteres temporales.”

El autor¹⁰² añade que “para efectos del gravamen, se conceptúa como renta a los ingresos obtenidos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito u oneroso, que provengan del trabajo, del capital o de ambas fuentes, consistentes en dinero, especies o servicios, así como a los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país o por sociedades nacionales.”

En el mismo orden de ideas Guzmán¹⁰³ añade que “para propósitos legales, el término sociedad comprende a las personas jurídicas, sociedades de hecho, fideicomisos mercantiles y patrimonios autónomos dotados o no de personería jurídica, consorcios de empresas, compañías tenedoras de acciones que consoliden sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas, fondos de inversión, y a cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente del de sus miembros.” Además añade que “para fines del gravamen la legislación nacional no efectúa distinción expresa alguna entre la renta tomada como el ingreso cuya percepción acrecienta el patrimonio del perceptor, y la renta definida como el fruto o rédito generado por una fuente hábil para producirlo. La primera, identificada doctrinariamente bajo la *teoría de la renta-incremento patrimonial*; y la segunda, defendida por la así denominada teoría de la renta-producto.”

Guzmán¹⁰⁴ señala que “al margen de valoraciones teóricas, el legislador optó pues por un esquema en el cual priman consideraciones objetivas, basadas en la recepción efectiva de un ingreso, cualquiera sea el destino final que de éste haga el beneficiario.”

Carlos Licto Garzón¹⁰⁵ señala que “se conocen como impuestos directos aquellos que gravan manifestaciones completas de la capacidad contributiva del sujeto pasivo, tal como el

¹⁰¹ Almeida Guzmán, Diego, Curso de Legislación Tributaria Corporativa, Quito, Editorial Ecuador F.B.T., 2001, p. 63

¹⁰² Ídem

¹⁰³ Ídem

¹⁰⁴ ídem

¹⁰⁵ Garzón, Carlos Licto: Prado M., Mario; Valarezo, Jorge Isaac. COMENTARIOS A LA LEY REFORMATORIA PARA LA EQUIDAD TRIBUTARIA DEL ECUADOR. Quito. PROCESUM Ediciones. 2008. p. 93

impuesto a la renta en el que se toman en cuenta todos los hechos constitutivos de ingresos al igual que los gastos del ejercicio económico. En esta clase de impuestos, la ley no permite su repercusión en terceros extraños al hecho generador, sino que su importe debe ser sufrido por el obligado directo.” Anota además que “se considera que el impuesto a la renta es progresivo cuando la tarifa fijada en la ley es más baja, como en el caso de aquella establecida para personas naturales. El impuesto a la renta es proporcional cuando la tarifa es única, es decir cuando no es importante el monto a gravarse, como en el caso de las sociedades.”

Al respecto, Alejandro Ramírez Cardona, citado por Carlos Licto Garzón¹⁰⁶, advierte que “por cuanto todos los impuestos en mayor o menor grado son susceptibles de traslación, este criterio no es adecuado para catalogarlos en directos o indirectos. Claro está que la traslación es más difícil en los impuestos constitutivos de la capacidad contributiva sintética, como en el de renta, pues el gravamen afecta menos la renta, como ganancia neta, que el costo de producción; lo que por el contrario sucede con los impuestos constitutivos de capacidad contributiva analítica, como los establecidos al gasto o al consumo.”

De igual manera, Garzón¹⁰⁷ añade que “varios analistas sostienen que la aplicación de tarifas progresivas en el impuesto a la renta desestimulan el crecimiento económico porque gravan con mayor rigurosidad a quienes han sacrificado su tiempo en la obtención de mayores ingresos y a la postre implica una reducción de la recaudación del impuesto; por el contrario, recomiendan la implantación de una tarifa reducida uniforme para todos los contribuyentes, lo cual estimula la recaudación pues se incentiva a las personas que están deseosas de ganar más u obtener mayores ingresos.”

A decir de Diego Almeida Guzmán¹⁰⁸, del texto de los artículos pertinentes de la Ley de Régimen Tributario Interno pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Que el Impuesto a la Renta aplica a la renta global, esto es al universo de los ingresos del sujeto pasivo, el cual para la determinación de la base imponible con el tributo deberá considerar las exenciones y deducciones previstas legalmente.
- Que las rentas sujetas al tributo son aquellas de fuente ecuatoriana.
- Que para efectos del gravamen deben considerarse los ingresos obtenidos a título gratuito u oneroso, provengan éstos del trabajo, del capital o de ambas fuentes.

¹⁰⁶Ibíd. P. 94

¹⁰⁷Ibíd. P. 94

¹⁰⁸ Almeida Guzmán, Diego, Curso de Legislación Tributaria Corporativa, Quito, Editorial Ecuador F.B.T., 2001, p. 65

- Que conforman ingresos imponible aquellos percibidos indistintamente en dinero, especies o servicios
- Que el concepto de fuente se refiere a su acepción financiera, que al decir del tratadista Manuel de Juano en su obra Curso de Finanzas y Derecho Tributario, es la riqueza sobre la cual se aplica el tributo o de donde se extrae el mismo.”

Giuliani Foroungue y Susana Navarrine¹⁰⁹, en su obra Impuesto a las Ganancias, al referirse a los distintos caracteres y tipos de imposición a la renta destacan los siguientes:

- *Impuesto directo.*
- *Impuesto personal e impuesto real.* A estos efectos subrayan que durante el siglo XIX y en los primeros años del siglo XX, el impuesto a la renta era considerado como el tributo personal por excelencia. Pero al desarrollarse la sociedad capitalista cambió la situación radicalmente.

Laufenburger, citado por los autores, quién estudió el problema de la imposición de las sociedades de capital, llega a hablar de un impuesto personal sui generis y expresa: “El impuesto a la Renta global de sociedades sería pues, en el sentido de que estaría librado de tomar en cuenta situaciones particulares del contribuyente, pero sería personal en el sentido de la personalidad jurídica de la sociedad, que implica fines y características propias, y sería, igualmente, proporcional o, a lo sumo, levemente progresivo”. El impuesto a las sociedades de capital es un impuesto netamente real que introduce una variante que luego se generalizó en la legislación de todos los países.

- *Impuesto global o impuesto cedular.* Las obras de finanzas de fines del siglo pasado y de principios de éste se referían a dos modalidades opuestas de imposición a la renta: el *impuesto cedular* y el *impuesto general o global*. En el sistema de cedular cada categoría de rentas (cédulas) se consideraban separadamente y soportaban cada una de ellas su tasa propia: en el sistema global, en cambio, todos los rendimientos se reunían en una bolsa común, si así puede decirse, y al total se aplicaba la alícuota correspondiente. Por cierto que en ambos procedimientos se afectaba la renta neta y no la renta bruta.

¹⁰⁹ Foroungue Giuliani. Navarrine Susana. Impuesto a las ganancias. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1976. p. 19-23

Esa dicotomía también ha desaparecido. En la actualidad se combinan ambos sistemas y se habla de cédulas para referirse a categorías de rendimientos, a fin de establecer en cada una de ellas deducciones apropiadas: de aquí que son meras porciones de un conjunto indivisible. Sobre el total de rendimientos se aplica un gravamen global –por lo común progresivo- con lo cual se acentúa la ilusión de afectar la llamada capacidad contributiva de los sujetos. De tal manera, casi todas las legislaciones combinan el antiguo sistema cédular con el global, de lo cual resulta acentuado el carácter unitario de la renta imponible.

- *Rentas ganadas y rentas no ganadas.* En el deseo de establecer una imposición más justa tomando como base el principio de capacidad contributiva, se ha hecho unadistinción según la fuente productora, entre *rentas ganadas* y *rentas no ganadas*. Las primeras son las derivadas de la actividad personal o renta de servicios: las segundas son los rendimientos de las inversiones o rentas de capital, sosteniéndose que aquéllas revelan una menor capacidad contributiva que éstas, por lo cual merecen un tratamiento fiscal más benévolo.

En verdad es muy difícil establecer el verdadero concepto de capacidad contributiva, y en el caso particular que consideramos exige una valoración subjetiva que puede conducir a injusticias mayores que las que se procura remediar. Por esas y otras razones, y sin desconocer que existen ciertos argumentos en favor de esa diferenciación, la doctrina se inclina por desecharla a los fines de la tributación de las rentas.

- *Personas físicas y personas jurídicas.* Consideramos necesario dedicar algunas consideraciones a estas expresiones que aparecen en la legislación del impuesto a la renta. Si bien nadie duda acerca de lo que se entiende por *persona física*, no ocurre lo mismo con la *persona jurídica*. En algunos casos se limita la expresión a los entes que necesitan autorización del Estado para funcionar, como las asociaciones sin fin lucrativo, sociedades anónimas, etc.: en tanto que en otras situaciones se entiende referida a todos los entes colectivos, autorizados o no por el Estado.

Elementos Generales del Impuesto a la Renta

La Ley de Régimen Tributario Interno señala en su artículo primero como objeto del Impuesto “a la renta global que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras”¹¹⁰, de acuerdo con las disposiciones de dicha Ley.

Del mismo modo señala en el artículo siguiente lo que deberá entenderse como renta:

1. Los ingresos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito o a título oneroso provenientes del trabajo, del capital o de ambas fuentes, consistentes en dinero, especies o servicios; y
2. Los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país o por sociedades nacionales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98 de la misma Ley.

A su vez el artículo 98 señala lo siguiente:

“Para efectos de esta Ley el término sociedad comprende [...] 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.”¹¹¹

En el artículo cuarto se establece como Sujetos Pasivos del Impuesto a la Renta a *“las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, que obtengan ingresos gravados de conformidad con las disposiciones de la Ley.”*¹¹²

La legislación nacional grava con el Impuesto a la Renta, en general, a los ingresos de fuente ecuatoriana. Conforme lo señala la Ley de Régimen Tributario Interno se consideran de fuente ecuatoriana a los siguientes ingresos:

¹¹⁰CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (comp.), *Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008, p. 1 /En: / Lexis.com (profesional. Modificado al 28-dic-2011.

¹¹¹Lalama, Daniel. Fiducia en el Ecuador /en:/http://es.scribd.com/doc/59495051/Fiducia-en-Ecuador-Final

¹¹²Ibid 36, p. 2

- Los percibidos por ecuatorianos o extranjeros por sus actividades de carácter económico realizadas en territorio ecuatoriano.
- Los percibidos por ecuatorianos o extranjeros por sus actividades de carácter económico realizadas fuera del territorio ecuatoriano, provenientes de personas naturales, de sociedades nacionales o extranjeras con domicilio en el Ecuador, o por entidades del Sector Público ecuatoriano.
- Las utilidades provenientes de la enajenación de bienes muebles o inmuebles ubicados en el Ecuador.
- Los beneficios o regalías provenientes de derechos de autor, patentes, marcas, modelos, nombres comerciales y en general transferencia de tecnología.
- Las utilidades o dividendos que distribuyan, paguen o acrediten sociedades constituidas o establecidas en el Ecuador.
- Los provenientes de las exportaciones realizadas por nacionales o extranjeros con domicilio o establecimiento permanente en el Ecuador.
- Los intereses, ganancias de capital y demás rendimientos financieros percibidos por inversiones en territorio ecuatoriano.
- Los provenientes de loterías, ganancias de capital y similares promovidas en el Ecuador.
- Los provenientes de herencias, legados y donaciones de bienes ubicados en el Ecuador.
- Cualquier otro ingreso que perciban las sociedades y personas naturales nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador.

El artículo 17 del Código Tributario hace relación a la calificación del hecho generador señalando lo siguiente:

Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.

Cuando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que

*efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.*¹¹³

Giuliani Fonrouge¹¹⁴, en su obra que trata sobre el Impuesto a la Renta sostiene que *“la evolución experimentada por la imposición de la renta en el curso del tiempo, inherente a las transformaciones de la economía [...] ha determinado que el impuesto a la renta, tal como es aplicado en la actualidad, ofrezca características que lo alejan de la ortodoxia doctrinal a saber:*

- *Impuesto Directo*
- *Impuesto personal e impuesto real*
- *Impuesto global e impuesto cedular*
- *Rentas ganadas y rentas no ganadas; y,*
- *Personas físicas y personas jurídicas.*

Elementos de la Exoneración Tributaria desarrollada en el artículo 68 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno

La Ley de Régimen Tributario Interno al hacer referencia a las exenciones tributarias en el artículo 9, en su numeral 15 que refiere a la determinación y liquidación del Impuesto a la Renta, establece que serán sujetos de exención del Impuesto a la Renta las utilidades, ganancias de capital, beneficios o rendimientos distribuidos por los fondos de inversión, fondos de cesantía y fideicomisos mercantiles a sus beneficiarios, siempre y cuando estos fondos de inversión y fideicomisos mercantiles hubieren cumplido con sus obligaciones como sujetos pasivos satisfaciendo el impuesto a la renta que corresponda.

El Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, publicado en Registro Oficial número 209 del 08 de Junio de 2.011, al hacer referencia a la exoneración tributaria relacionada con los fideicomisos que proviene del artículo 9 numeral 15 de la Ley de Régimen Tributario Interno, señala en el artículo 68 de su

¹¹³ *Código Tributario*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008, p. 2

¹¹⁴ GIULIANI FONROUGE, Carlos. *Impuesto a la Renta*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973, pp.18-23

Sección V relativa a la Liquidación del Impuesto a la Renta de los fideicomisos mercantiles, fondos de inversión y fondos complementarios lo siguiente:

[...]Los fideicomisos mercantiles legalmente constituidos, que efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme lo señalado en la Ley de Régimen Tributario Interno, deberán liquidar y pagar el Impuesto a la Renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo con las normas generales.

Los fideicomisos mercantiles que no efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha, los fondos de inversión y fondos complementarios, que no cumplan con lo señalado en la Ley de Régimen Tributario Interno, respecto de las condiciones para ser beneficiarios de la exoneración señalada en dicho cuerpo legal, deberán liquidar y pagar el Impuesto a la renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo con las normas generales.

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, cuyos ingresos sean gravados.¹¹⁵

Así mismo, con respecto a la liquidación del Impuesto a la Renta de los Fideicomisos Mercantiles y Fondos de Inversión, la Ley de Régimen Tributario Interno en el artículo 42.1 establece que 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.

Del mismo modo se señala que 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.

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

¹¹⁵ *Reformas al reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, ECUADOR, Registro Oficial 434 de 26 de Abril del 2011, , Quito, 2011, p. 23

cuenta el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario o de cualquiera de sus etapas.

El artículo 18 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno establece que no estarán sujetas al impuesto a la renta, las ganancias generadas en la enajenación ocasional de inmuebles. Los costos, gastos e impuestos incurridos por este concepto, no serán deducibles por estar relacionados con la generación de rentas exentas. Para el efecto se entenderá enajenación ocasional de inmuebles cuando no se la pueda relacionar directamente con las actividades económicas del contribuyente, o cuando la enajenación de inmuebles no supere dos transferencias en el año; se exceptúan de este criterio los fideicomisos de garantía, siempre y cuando los bienes en garantía y posteriormente sujetos de enajenación, efectivamente hayan estado relacionados con la existencia de créditos financieros.

Así mismo se entenderá que las enajenaciones de bienes inmuebles efectuadas por sociedades y personas naturales no son ocasionales sino habituales, las que realicen dentro de su giro empresarial actividades de lotización, urbanización, construcción y compraventa de inmuebles.

A su vez, el Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, al hacer referencia en el artículo 28 a los gastos generales deducibles, en su apartado número 6 que refiere a las depreciaciones de activos fijos, establece en el literal g), que cuando se constituya un fideicomiso de administración que tenga por objeto el arrendamiento de bienes que fueran parte del patrimonio autónomo la deducción será aplicable siempre que el constituyente y el arrendatario no sean la misma persona o partes relacionadas.

En relación a la forma de determinar el anticipo del impuesto a la renta el artículo 76 del mismo cuerpo normativo establece que (...) las sociedades (...) sujetas al pago del impuesto a la renta, deberán determinar en su declaración correspondiente al ejercicio económico anterior, el anticipo a pagarse con cargo al ejercicio fiscal corriente de conformidad con las siguientes reglas:

Un valor equivalente a la suma matemática de los siguientes rubros: - El cero punto dos por ciento (0.2%) del patrimonio total. -El cero punto dos por ciento (0.2%) del total de costos y

gastos deducibles a efecto del impuesto a la renta. - El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del activo total, y - El cero punto cuatro por ciento (0.4%) del total de ingresos gravables a efecto del impuesto a la renta.

Así mismo establece que las sociedades (...) no considerarán en el cálculo del anticipo las cuentas por cobrar salvo aquellas que mantengan con partes relacionadas, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno.

De igual manera se establece que los derechos fiduciarios registrados por sus beneficiarios sean estas personas naturales obligadas a llevar contabilidad o sociedades, serán considerados como activos y a su vez se someterán a los cálculos pertinentes de anticipo de impuesto a la renta por este rubro.

Por otra parte, el artículo 136 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, establece que las personas naturales residentes en el país y las sociedades nacionales que perciban ingresos en el exterior sujetos a Impuesto a la Renta en el Ecuador, que hubiesen sido sometidos a imposición en otro Estado, se excluirán de la base imponible en el Ecuador, y se tratarán como rentas exentas. Lo definido en este artículo, aplicará para el caso de beneficios entregados por fideicomisos que provengan de dividendos percibidos, en lo que sea pertinente.

Del mismo modo, el Servicio de Rentas Internas¹¹⁶ define lo que se considera como sociedades a efectos fiscales: “Las Sociedades son personas jurídicas que realizan actividades económicas lícitas amparadas en una figura legal propia. Estas se dividen en privadas y públicas, de acuerdo al documento de creación. Las Sociedades están obligadas a inscribirse en el RUC; emitir y entregar comprobantes de venta autorizados por el SRI por todas sus transacciones y presentar declaraciones de impuestos de acuerdo a su actividad económica”.

Al hacer referencia al concepto de negocio en marcha resulta oportuno resaltar lo señalado por Gregory Mankiw¹¹⁷ en su obra Principios de Economía en la que señala que “una empresa competitiva es un agente económico que se expresa como un conjunto organizado de factores de producción, de duración más o menos larga, que se dedica a la producción de bienes y

¹¹⁶SRI. Servicio de Rentas Internas /En:/www.servicioderentasinternas.gob.ec

¹¹⁷ MANKIW, Gregory N., Principios de Economía, Madrid, Thomson Editores Spain Paraninfo S.A., 2007, p. 208

servicios cuyo objetivo es maximizar los beneficios, que son iguales al ingreso total menos el coste total, a través de la satisfacción de las necesidades que plantea el mercado, y se constituye en la unidad económica de base en que se desenvuelve el proceso productivo.”

CAPITULO III

METODOLOGÍA

3. La metodología de la investigación

En este epígrafe se expondrá el contexto de aplicación y la metodología utilizada para el presente trabajo. En primer lugar se determinará el parámetro espacial en donde se llevará a cabo la investigación. Luego de haber realizado lo anterior se procederá a explicar cómo se realizó el levantamiento de la información que sustenta empíricamente la elaboración de esta tesis.

3.1. Enfoque de la investigación

Con el trabajo de investigación se llegará a un nivel exploratorio de manera que permita ampliar el tema seleccionado y analizar diversas perspectivas de la problemática.

Finalmente en la investigación se llegará al nivel descriptivo por medio de la relación de variables y la determinación de la relación de los objetos de la investigación de campo con el problema. A decir de Herrera¹¹⁸, el nivel descriptivo se refiere a describir el comportamiento de las variables o su representación en frecuencias lo que indica que se aplicará estadística descriptiva para estimar la presencia de las variables en el problema y la herramienta utilizada para ello serán las encuestas aplicadas a la población de estudio.

¹¹⁸ ABRIL, Victor Hugo, Técnicas e Instrumentos de la Investigación, Quito, 2008, p. 93

3.2. Modalidad básica de la investigación

Las modalidades aplicadas para la investigación serán la de campo y la documental, en donde para ello se obtendrá las consideraciones más apropiadas para su ejecución.

3.2.1. Investigación Bibliográfica

Según Víctor Hugo Abril¹¹⁹ la investigación bibliográfica es aquella etapa de la investigación científica donde se explora qué se ha escrito en la comunidad científica sobre un determinado tema o problema. ¿Qué hay que consultar, y cómo hacerlo?

En este sentido Méndez¹²⁰, manifiesta que la investigación bibliográfica es clave en el desarrollo del conocimiento, ya que sistematiza, descubre y aporta nuevo conocimiento dando como respuesta a la pregunta de investigación que le dio origen. Cabe subrayar que este tipo de investigación no se limita a recolectar datos, resumirlos y presentarlos, tampoco a abordar de manera general y superficial el tema de investigación. La realización de un trabajo de investigación bibliográfica debe recorrer diversos caminos que en ocasiones son difíciles de sortear, tanto por el exceso de optimismo como por la desesperación que se deriva de la complejidad del problema en estudio, así como los grandes hoyos negros del conocimiento.

En este caso, se recurrirá también a varias páginas web y a varias revistas y periódicos para poder lograr una investigación más completa y actualizada del tema. Además, todo esto se complementará con la obtención de datos e información desde el Mercado de Valores.

Según Víctor Hugo Abril¹²¹, “Señala que la investigación bibliográfica- documental “tiene el propósito de conocer, comparar, ampliar, profundizar y deducir diferentes enfoques, teorías conceptualizaciones y criterios de diversos autores sobre una cuestión determinada, basándose en documentos (fuentes primarias), o en libros, revistas, periódicos y otras publicaciones (fuentes secundarias)”.

¹¹⁹ Herrera (2002). L. et. al., Tutoría de la Investigación, Maestría en Gerencia de Proyectos Educativos y Sociales, AFEFCE, Quito-Ecuador.

¹²⁰ MENDEZ RODRIGUEZ, Alejandro, La investigación en la era de la información, Quito, 2010, p. 76

¹²¹ Abril, V. H. (2008), Enfoques, Métodos y Técnicas de Investigación Científica, Módulo de Maestría en Gestión de Proyectos Socio Productivos, CEPOS: UTI, Ambato-Ecuador.

3.2.2. Investigación de campo

La investigación de campo es el proceso que, utilizando el método científico, permite obtener nuevos conocimientos en el campo de la realidad social. (Investigación pura), o bien estudiar una situación para diagnosticar necesidades y problemas a efectos de aplicar los conocimientos con fines prácticos (investigación aplicada). Se presenta mediante la manipulación de una variable externa no comprobada, en condiciones rigurosamente controladas, con el fin de describir de qué modo o por qué causas se produce una situación o acontecimiento particular.

Este tipo de investigación es también conocida como investigación in situ ya que se realiza en el propio sitio donde se encuentra el objeto de estudio. Ello permite el conocimiento más a fondo del investigador, puede manejar los datos con más seguridad y podrá soportarse en diseños exploratorios, descriptivos y experimentales, creando una situación de control en la cual manipula sobre una o más variables dependientes.

La utilización predominante de las técnicas de investigación de campo no excluye la necesidad de emplear determinada información bibliográfica de apoyo a la investigación.

Para el presente proyecto, se trabajará directamente con las empresas administradoras de fondos y fideicomisos activas.

3.3. Tipo de Investigación

3.3.1. Investigación Correlacional

Este tipo de investigación nos ayuda a establecer las relaciones entre la variable independiente y la dependiente, es decir determinar la correlación entre las dos variables.

3.3.2. Investigación Descriptiva

Según Víctor Hugo Abril¹²², la investigación descriptiva utiliza el método analítico, logrando caracterizar un objeto de estudio o una situación concreta, señalando sus características y propiedades.

• ¹²² Abril, V. H. (2008), Enfoques, Métodos y Técnicas de Investigación Científica, Módulo de Maestría en Gestión de Proyectos Socio Productivos, CEPOS: UTI, Ambato-Ecuador.

Combinada con ciertos criterios de clasificación sirve para ordenar, agrupar o sistematizar los objetos involucrados en el trabajo indagatorio. Al igual que la investigación exploratoria, puede servir de base para investigaciones que requieran un mayor nivel de profundidad.

Comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual, y la composición o procesos de los fenómenos. El enfoque se hace sobre conclusiones dominantes o sobre como una persona, grupo o cosa se conduce o funciona en el presente. Trabaja sobre realidades de hechos, y su característica fundamental es la de presentar una interpretación correcta.

3.3.3. Investigación Explicativa

Esta es una investigación correlacional y explicativa ya que detalla las características más importantes del problema en estudio y en lo que respecta a su origen y desarrollo, además que esta nos ayuda a descubrir las relaciones entre las variables de investigación de campo en su totalidad, misma que fue realizada mediante la observación directa en el lugar de los hechos y sustentada de información textual extraída de varias fuentes, de tal manera que nos permite descubrir las causales de este problema de investigación.

3.3.4. Población

Es importante conocer la definición de población, de acuerdo con lo indicado por Germán Fracica¹²³, la población es el conjunto de todos los elementos a los cuales se refiere la investigación. Se puede también definir como el conjunto de todas las unidades de muestreo.

La población o universo es la totalidad de elementos a investigar respecto a las características anteriormente planteadas.

La investigación presenta una población de 18 empresas administradoras de fondos y fideicomisos que operaron en la Bolsa de Valores de Quito, según el reporte del Mercado de Valores registrado por la Superintendencia de Compañías.

¹²³ FRACICA, Germán, Metodología de la Investigación, Bogotá, 1988, p. 36

3.3.5. Muestra

De acuerdo a lo que establece Lamberto Vera¹²⁴ la muestra es un subconjunto fielmente representativo de la población. Hay diferentes tipos de muestreo. El tipo de muestra que se seleccione dependerá de la calidad y cuán representativo se quiera sea el estudio de la población.

El muestreo es indispensable para el investigador ya que es imposible entrevistar a todos los miembros de una población debido a problemas de tiempo, recursos y esfuerzo.

Según lo señalado por Tevni Grajales G.¹²⁵, el muestreo es tomar una porción de una población como subconjunto representativo de dicha población.

Considerando que la población a investigar es pequeña, se procedió aplicar un cuestionario o encuesta a las 18 empresas existentes siendo estas las siguientes:

Tabla 2. Nombre de la Administradora de Fondos y Fideicomisos con operaciones en el Mercado de Valores de Quito Año 2014

Alvear robles & asociados fiduciaria s.a. ARAFISA administradora de fondos y fideicomisos
Legacy trust administradora de fondos y fideicomisos s.a. Legacytrust
Vazfiduciaria s.a. Administradora de fondos y fideicomisos
Laude s.a. Laudesas administradora de fondos
Zion administradora de fondos y fideicomisos s. A
Holduntrust administradora de fondos y fideicomisos s.a.
Banco nacional de fomento.

¹²⁴ VERA, Lamberto, Metodología de la Investigación, Bogotá, 2010, Internet

¹²⁵ GRAJALES G., Tevni, 2010, Internet

Adm de fondos admunifondos s. A. (adm municipal de fondos y fideicomisos s. A.)
Banco central del ecuador
Corporacion de desarrollo de mercado secundario de hipotecas cth s.a.
Mmg trust ecuador s.a.
Integra s. A. Administradora de fideicomisos (integrada)
Trust fiduciaria administradora de fondos y fideicomisos s.a
Analyticalfunds management c.a. Administradora de fondos y fideicomisos
Fides trust, administradora de negocios fiduciarios fitrust s.a.
Fiduciaria ecuador fiduecuador s.a. Administradora de fondos y fideicomisos
Analyticalfunds management c.a. Administradora de fondos y fideicomisos
Corporacion financiera nacional.

Fuente: Superintendencia de Compañías, Mercado de Valores, 2014.

CAPITULO VI

IMPACTO TRIBUTARIO DEL FIDEICOMISO

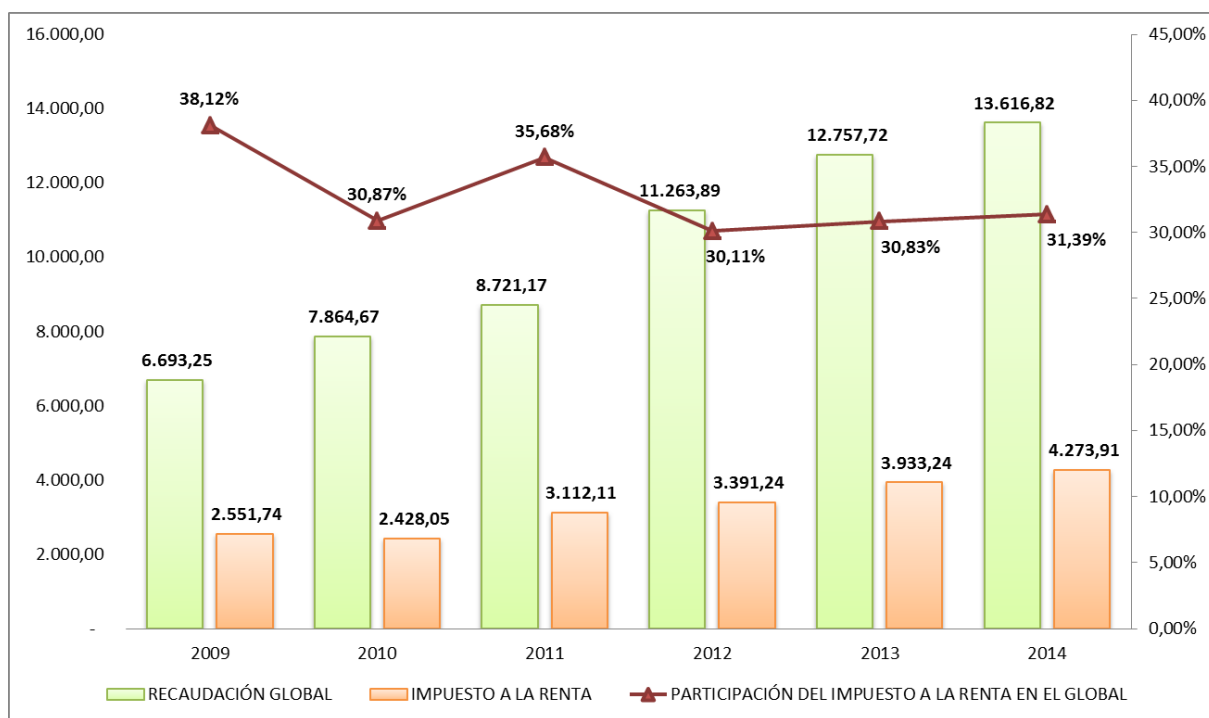
4. RECAUDACIÓN DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS

Antes de referirse al impacto fiscal y a las exoneraciones que podrían beneficiar a los diversos tipos del fideicomiso mercantil, se torna necesario tener una visión clara del contexto en el que se desarrolla esta actividad al compararlo con la recaudación de impuestos en términos generales.

El estado ecuatoriano durante la etapa comprendida entre el 2009-2014, demuestra un claro fortalecimiento de la institucionalidad de las entidades que lo conforman, entre ellas se encuentra el Servicio de Rentas Internas (S.R.I), el cual se ha convertido en un eficiente recaudador de impuestos o tributos, lo que ha permitido a nutrir a la Presupuesto General del Estados de liquidez suficiente para financiar los gastos permanentes que implican el funcionamiento del gobierno central, provinciales, seccionales, ministerios, servicios a la ciudadanía, etc., ellos ha implicado que la recaudación de impuestos crezca a una tasa del 15.26% anual, significando que de USD\$ 6.693.25 millones en el 2009 el estado pase a recibir en el 2014 más de USD\$ 13.616.82 millones, en esa misma línea la participación de un tributo directo como es el Impuesto a la Renta, de representar USD\$ 2.551,74 millones en el año 2009 se ubicó en el año 2014 en más de USD\$ 4.273,91 millones, lo interesante que si bien en términos monetarios ha existido un crecimiento significativo, dicho impuesto ha reducido su participación en los ingresos generados por la recaudación, puesto que de tener un peso de 38.12% en el 2009 paso a representar el 31.39% en el 2014, es decir una disminución de 6.73%, esto ese atribuye a que la tasa aplicable del impuesto a la renta en el caso de sociedades disminuyo del 25% al 22% (ver gráfico 1).

La información registrada por el S.R.I, permitirá establecer el aporte de los fideicomisos a la recaudación de impuestos, y definir las respectivas exoneraciones de impuestos para la figura del fideicomiso.

Gráfico 1. Recaudación de Impuestos Globales y el Impuesto a la Renta
 En millones de dólares
 Periodo 2009-2014



Fuente: Servicio de Rentas Internas, Estadísticas de Recaudación de Impuestos.

4.1. Situación del Fideicomiso en el Ecuador

4.1.1. Administradoras de Fondos Inscritas en el Registro del Mercado de Valores Periodo 2001-2005

Según la Superintendencia de Compañías, en el período 2001 – 2005, el número de administradoras inscritas en el Registro del Mercado de Valores subió de 22 a 28 compañías (27%), crecimiento que se explicaría por la expansión de los negocios fiduciarios, el número de fondos que manejan más bien se ha reducido; en este período no se registran cancelaciones. De acuerdo con los datos correspondientes al año 2005, 16 (57%) administradoras están ubicadas en Guayaquil y 12 (43%) en Quito.

Los ingresos de estas compañías provienen principalmente de las comisiones que cobran por la administración de los recursos que integran cada uno de los fondos que manejan, así como de las inversiones que realizan para la conformación de portafolios propios. Para el desarrollo de las actividades en este último rol, los inversionistas institucionales cuentan con operadores que actúan exclusivamente en el mercado extrabursátil.

En el período 2001 –2005 el Activo de estas sociedades se redujo desde US\$ 592,5 millones a US\$ 387.9, como consecuencia de una disminución del rubro inversiones, lo cual resulta explicable dado el giro del negocio (estas empresas generan utilidades en la compra y venta de valores, que forman parte de sus portafolios). Por su parte, los ingresos operacionales se situaron en US\$ 25.9 y 58,0 millones, en cada uno de esos años, que representa un crecimiento acumulativo anual del 31 por ciento. Esta breve descripción sobre la situación financiera, permite entender que el desempeño de estas empresas ha sido positivo, lo que se confirma al analizar las utilidades alcanzadas que de una posición negativa en el año 2001 (- 109.5 millones) llegan a US\$ 25 millones en el año 2005.

4.1.2. Inversionistas Institucionales

Según la Superintendencia de Compañías, las instituciones que conforman el grupo de inversionistas institucionales, según la Ley Mercado de Valores, son las instituciones del sistema financiero públicas o privadas, las mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda, las cooperativas de ahorro y crédito que realicen intermediación financiera con el público, las compañías de seguros y reaseguros, las corporaciones de garantía y retrogarantía, las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos y, toda otra persona jurídica que el Consejo Nacional de Valores(C.N.V.) señale como tal.

De todas ellas, sólo las compañías administradoras de fondos y fideicomisos son las que están sujetas al control directo de la Superintendencia de Compañías, por disposición de la Ley.

4.1.3. Proceso Fiduciario

El proceso fiduciario se compone por las siguientes etapas:

- Promoción: Se refiere al establecimiento del objeto del fideicomiso y de los activos o inversiones que se plantea incluir en la administración de los mismos, teniendo precaución que el origen de los mismos sea lícito.
- Estructuración: Comprende el diseño o elaboración del fideicomiso según los parámetros establecidos en la ley correspondiente.
- Control y Registro: Al ser una figura jurídica que permite la administración de activos que generen ingresos, el control y registro será aplicando las normas de contabilidad vigentes en la normativa ecuatoriana e internacional.
- Administración: Este proceso se refiere al responsable de la gestión del fideicomiso, y sobre los beneficios que este recibe por este menester.
- Ejecución de instrucciones: La administración del fideicomiso debe apegarse a las instrucciones detalladas en la estructuración del mismo, para en base a estas ejecutar eficientemente el proceso de control y ejecución.

Todos estos aspectos demuestran la complejidad de la gestión de los fideicomisos mercantiles, el entendimiento permite una adecuada ejecución de las instrucciones respectivas, que darán como resultado esperado la consecución de las metas y objetivos estratégicos que impulsaron la utilización de esta figura jurídica.

Gráfico 2. Proceso Fiduciario



Fuente: Corporación Financiera Nacional (CFN), 2013.

4.1.4. Aspectos Tributarios

El contrato de Fideicomiso produce varios efectos tributarios en el patrimonio de los distintos sujetos que intervienen ya sea al constituyente, fiduciario y al beneficiario.

4.1.4.1. Impuestos Municipales o Seccionales

Los fideicomisos mercantiles en el Ecuador son considerados como sociedades, por lo tanto deben cumplir con todos los impuestos municipales del mismo modo que una sociedad.

4.1.4.1.1. Consideraciones Generales

1) La Ordenanza Municipal 292 elimina la doble imposición para los fideicomisos y para los constituyentes. Esta ordenanza señala que los fideicomisos que realizan actividades económicas pueden escoger cualquiera de las siguientes alternativas:

- Declarar, liquidar y pagar directamente los impuestos de patente.
- Que el fideicomiso presente declaración informativa, traspasando esta obligación a los constituyentes- beneficiarios quienes incluirán para el cálculo de Patente sus derechos fiduciarios como activos.

La alternativa escogida debe constar en el contrato de fideicomiso, en caso de que en el contrato no se mencione nada, el fideicomiso será el responsable del pago de este impuesto.

2) Los fideicomisos que tengan como constituyentes-beneficiarios a personas naturales no obligadas a llevar contabilidad, no se podrá escoger la alternativa informativa y obligadamente el fideicomiso pagará el impuesto de Patente, en proporción del aporte realizado.

3) Los fideicomisos inmobiliarios pagarán el impuesto de Patente a partir de la obtención del permiso de habitabilidad.

4) El impuesto se causa proporcionalmente de acuerdo a los meses del ejercicio fiscal en que se haya tenido actividad.

5) Los fideicomisos que no realizan actividad económica se encuentran exentos de impuestos Patente y 1,5% por mil, entre estos:

- Los de garantía
- Los que no generan o producen bienes o servicios
- Los que no reciben recursos por parte de tercero distintos a los constituyentes
- Los fideicomisos con fines comunitarios
- Los que no reciben ingresos operacionales

6) Según lo establecido en el artículo 536 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización están exonerados del pago de todo impuesto tasa o contribución provincial o municipal, inclusive el impuesto de plusvalía, las transferencias de dominio de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil.

Tabla 3. Impuesto Municipales o Seccionales

IMPUESTOS MUNICIPALES O SECCIONALES			
Los fideicomisos en el Ecuador son considerados sociedades, por lo tanto deben cumplir con todos los impuestos municipales			
ALCABALAS	1,5X1000 SOBRE ACTIVOS TOTALES	UTILIDADES EN TRANSFERENCIAS DE PREDIOS	PATENTES MUNICIPALES Y METROPOLITANAS
El contribuyente de este impuesto es quien compra o adquiere la propiedad del inmueble	Pagan todas las personas naturales obligadas a llevar contabilidad y las sociedades que ejerzan permanentemente actividades económicas	Grava las transferencias de dominio de bienes inmuebles a cualquier título en la que se presente utilidad y/o plusvalía	Con la expedición de la Ordenanza No. 292 del Distrito Metropolitano de Quito, se estableció la existencia de un régimen jurídico especial para la aplicación en los fideicomisos.
Es un tributo que grava las transferencias de inmuebles urbanos o rústicos onerosos o Gratuitos			Deben pagar todas las personas naturales, jurídicas domiciliadas o con establecimiento en la respectiva jurisdicción municipal que ejerza permanentemente actividades comerciales, industriales, inmobiliarias y profesionales en el Distrito Metropolitano de Quito
Según el Código Orgánico Territorial, Autonomía y Descentralización señala "las transferencias gratuitas y onerosas que haga el fiduciario a favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil	La base de cálculo de este impuesto es el total de activos menos pasivos corrientes	El impuesto es el 10% sobre utilidad en la venta, salvo en el caso de primeras transferencias de dominio a partir del año 2006 que corresponde el 0,5% de la base imponible	El impuesto se calcula en base al patrimonio neto del contribuyente, con un máximo de \$ 25.000 cuando el patrimonio supera los \$ 10`000.000
El impuesto es el 1%			

Fuente: Dra. Amparo Lucía Arteaga López¹²⁶.

¹²⁶ Arteaga, A. "La Información Fiscal, Contable y Legal de los Fideicomisos Mercantiles y su incidencia en la determinación de sanciones", Ambato, 2012.

4.1.5.1. Régimen Tributario Interno

Cada Patrimonio Autónomo o Fideicomiso Mercantil debe tener su propio nombre o denominación con el cual se lo identificará, esta denominación irá en el contrato constitutivo, y este mismo nombre será el que permita la obtención del Registro Único De Contribuyentes(RUC) como un “ente distinto”, que en materia tributaria es considerado SOCIEDAD.

4.1.5.2. Exoneración del Impuesto a la Renta

Según el Código de Producción Comercio e Inversiones, para fines de la determinación y liquidación del Impuesto a la Renta, están exonerados:

a) Los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles, siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha.

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.

En caso de que estos fideicomisos no cumplan con los requisitos antes indicados, deberán tributar sin exoneración alguna.

b) Los beneficios o rendimientos obtenidos por personas naturales y sociedades, distribuidos por fideicomisos mercantiles de inversión, fondos de inversión y fondos complementarios, siempre que la inversión realizada sea en depósitos a plazo fijo o en títulos valores de renta fija, negociados en bolsa de valores. En todos los casos anteriores, las inversiones o depósitos deberán ser originalmente emitidos a un plazo de un año o más.

Tabla 4. Renta Fideicomisos

RENTA FIDEICOMISOS		
Los fideicomisos legalmente constituidos que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha		
IMPUESTO A LA RENTA	RETENCIÓN IMPUESTO RENTA	ANTICIPO IMPUESTO RENTA
Declarar y pagar el impuesto a la renta por las utilidades obtenidas, como cualquier sociedad.	Los porcentajes de retención también se aplicarán en el caso de que mediante la utilización de fideicomisos, las sociedades entreguen beneficios o utilidades a favor de personas naturales residentes en el Ecuador	Los derechos fiduciarios registrados por sus beneficiarios serán considerados como activos y tanto el constituyente como el fiduciario se someterán al cálculo del impuesto a la renta
	Cuando una sociedad otorgue a sus socios, accionistas o beneficiarios, préstamos de dinero, se considerarán dividendos o beneficios anticipados por la sociedad, debiéndose realizar la retención a la tarifa prevista para sociedades sobre su monto.	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.

Fuente: Dra. Amparo Lucía Arteaga López¹²⁷.

¹²⁷ Arteaga, A. "La Información Fiscal, Contable y Legal de los Fideicomisos Mercantiles y su incidencia en la determinación de sanciones", Ambato, 2012.

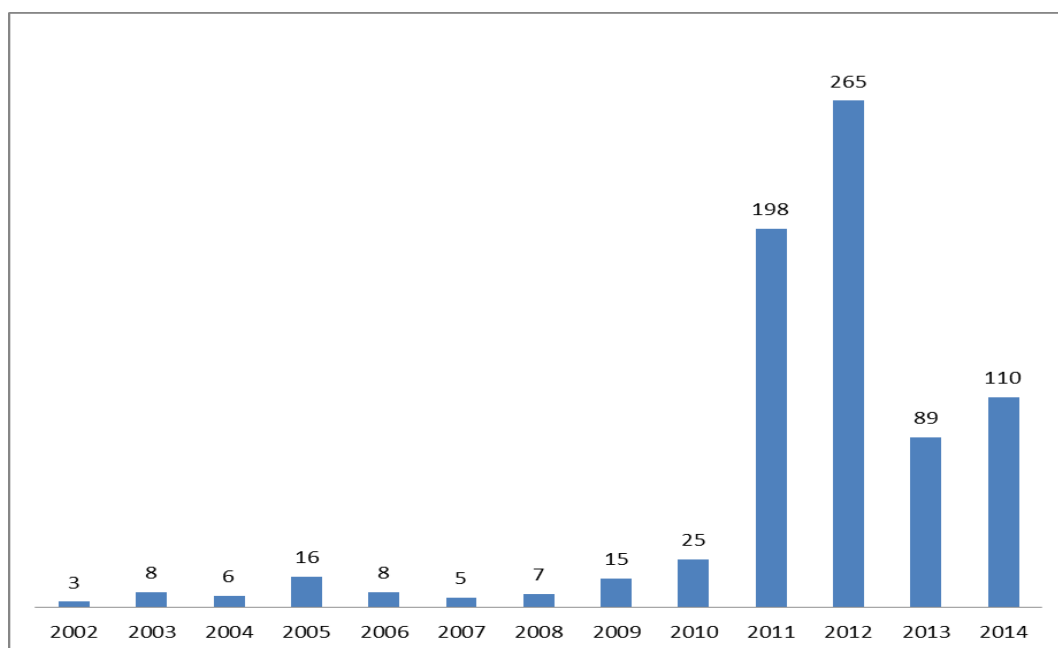
4.2. Evidencias Empíricas del Negocio Fiduciario

4.2.1. Fideicomisos Vigentes en el Quito

La Superintendencia de Compañías, se encarga de supervisar el mercado valores, ámbito en el cual se desarrollan las actividades relacionadas con los fideicomisos, es interesante destacar que en el Ecuador funcionan dos entidades para el mercado de valores, la Bolsa de Valores de Quito y la Bolsa de Valores de Guayaquil que realizan transacciones con instrumentos financieros de renta variable y fija.

Con lo que respecta a este trabajo de investigación, se decidió analizar la situación de los fideicomisos vigentes registrados en la Bolsa de Valores de Quito correspondientes al periodo 2002-2014, lapso de tiempo que refleja la evolución de la utilización de esta figura jurídica para la administración de fondos e inversiones, es destacable mencionar que en el 2012 se suscribieron la mayor cantidad de fideicomisos por un número total 265.

Gráfico 3. Fideicomisos Vigentes en la Bolsa de Valore de Quito

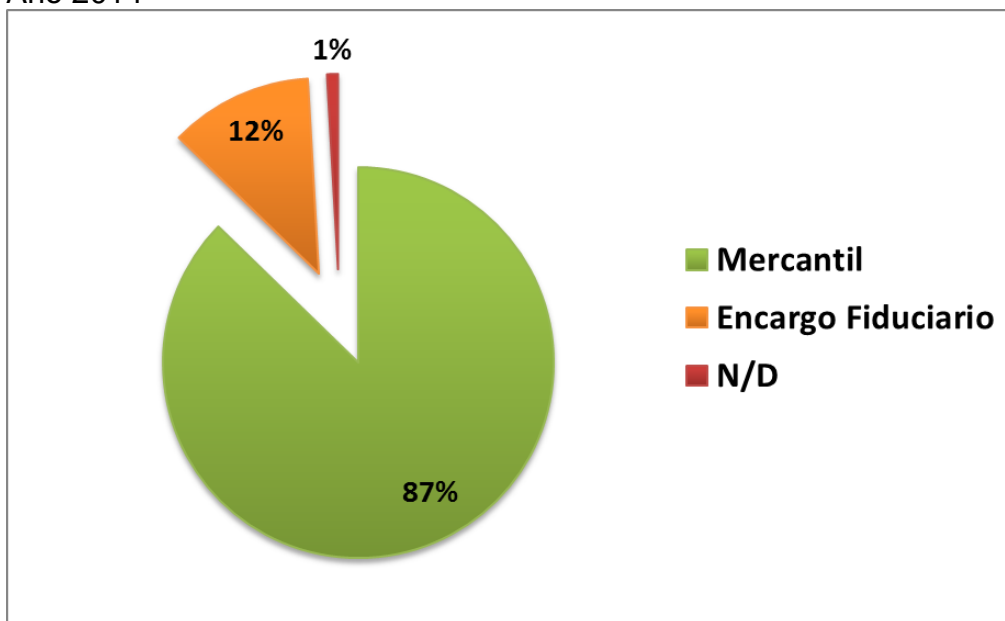


Fuente: Superintendencia de Compañías, Mercado de Valores.
Elaboración: Cristian Cordovilla

4.2.2. Fideicomisos vigentes en Quito por tipo

En el 2014 se suscribieron 110 fideicomisos los cuales se distribuyen en un 87% en mercantiles y en un 12% en encargos fiduciarios, información que demuestra el dominio de los fideicomisos mercantiles en las actividades del mercado de valores.

Gráfico 4. Tipo de Fideicomisos
En porcentajes
Año 2014

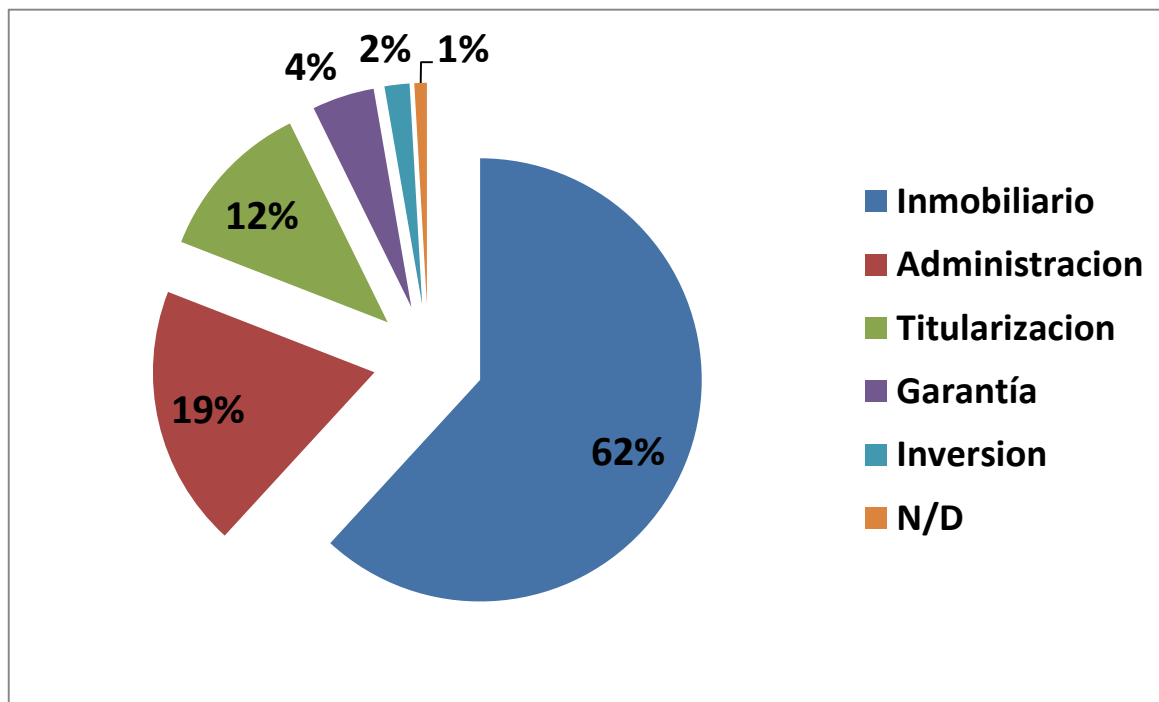


Fuente: Superintendencia de Compañías, Mercado de Valores.
Elaboración: Cristian Cordovilla

4.2.3. Fideicomisos según clase de negocio

Los 110 fideicomisos vigentes en el 2014 en la Bolsa de Valores de Quito, se distribuye según clase de negocio en inmobiliarios con una participación del 62%, 19% de administración, 12% en titularización. 4% de garantía, 2% de inversión.

Gráfico 5. Clase de Negocio Fiduciario
En porcentajes
Año 2014

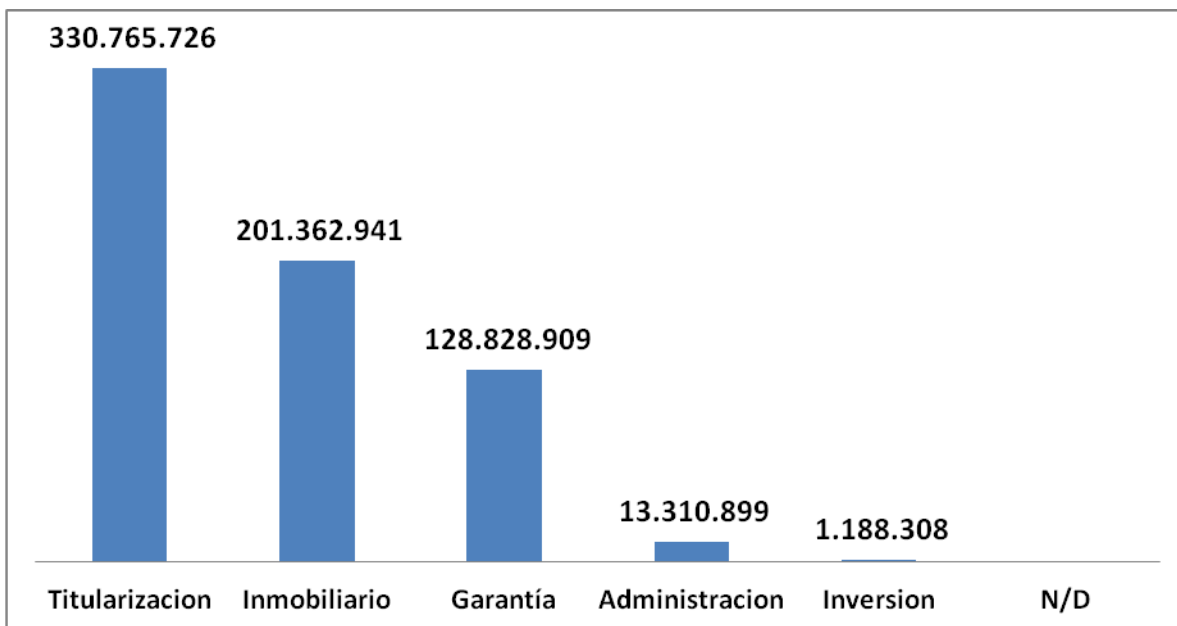


Fuente: Superintendencia de Compañías, Mercado de Valores.
 Elaboración: Cristian Cordovilla

4.2.4. Activos de los Fideicomisos según clase de negocio

Los 110 fideicomisos vigentes en el 2014 concentran un activo total de USD\$ 675.456.783,13, de los cuales los de titularización ocupan el primer lugar por el tamaño de los activos que administra con más de USD 330 millones, le sigue los inmobiliarios con más de USD\$ 201 millones.

Gráfico 6. Activos de los Fideicomisos según clase de negocio
 En dólares
 Año 2014



Fuente: Superintendencia de Compañías, Mercado de Valores.
 Elaboración: Cristian Cordovilla

4.2.5. Principales Administradoras de Fondos y Fideicomisos en Quito según el monto de los activos que administran

Las administradoras de fideicomisos más importantes de Quito por el tamaño de los activos que administran son Fiduciaria Ecuador S.A. con más de USD\$ 185 millones, le sigue FIDUNEGOCIOS S.A. con un monto superior a USD\$ 117 y FIDEVAL S.A. con una valoración del activo administrado superior a USD\$ 102 millones.

Gráfico 7. Principales Administradoras de Fondos y Fideicomisos en Quito según el monto de los activos que administran
 En dólares
 Año 2014



Fuente: Superintendencia de Compañías, Mercado de Valores.
Elaboración: Cristian Cordovilla

4.2.6. Impuesto a la Renta generado los Fideicomisos Vigentes en Quito

Los fideicomisos vigentes en el 2014 sumaron un activo total de USD\$ 675.456.783,13 generando USD\$ 126.450,83 en impuesto a la renta apenas un 0.0187% que corresponde a los fideicomisos inmobiliarios y de administración, los demás tipos de negocios fiduciarios no generaron ingresos suficientes como para generar un hecho tributario.

Tabla 5. Impuesto a la Renta generado los Fideicomisos Vigentes en Quito
En dólares
Año 2014

Clase de Negocio	Activos	Impuesto a la
------------------	---------	---------------

Fiduciario	Totales	Renta Causado 2014
Titularización	330.765.726	
Inmobiliario	201.362.941	122.148
Garantía	128.828.909	
Administración	13.310.899	4.303
Inversión	1.188.308	
N/D		
Total general	675.456.783,13	126.450,83

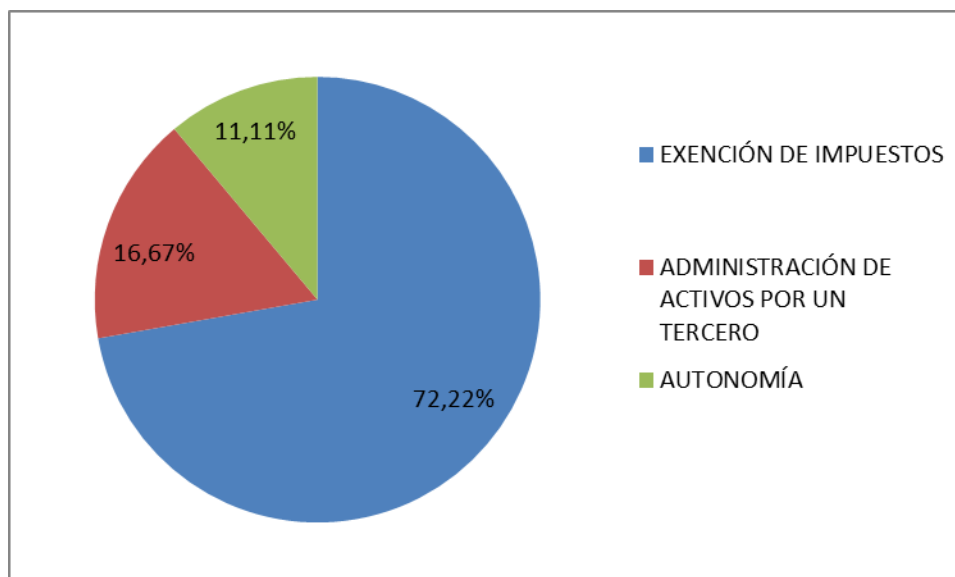
Fuente: Superintendencia de Compañías, Mercado de Valores.
Elaboración: Christian Cordovilla

4.3. Resultados de las encuestas realizadas a las Empresas Administradoras de Fondos y Fideicomisos

4.3.1. Indique ¿Cuáles son las principales ventajas del Fideicomiso Mercantil?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIAS	PORCENTAJE
EXENCIÓN DE IMPUESTOS	13	72,22%
ADMINISTRACIÓN DE ACTIVOS POR UN TERCERO	3	16,67%
AUTONOMÍA	2	11,11%
TOTAL	18	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.
Elaboración: Cristian Cordovilla



Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.
Elaboración: Cristian Cordovilla

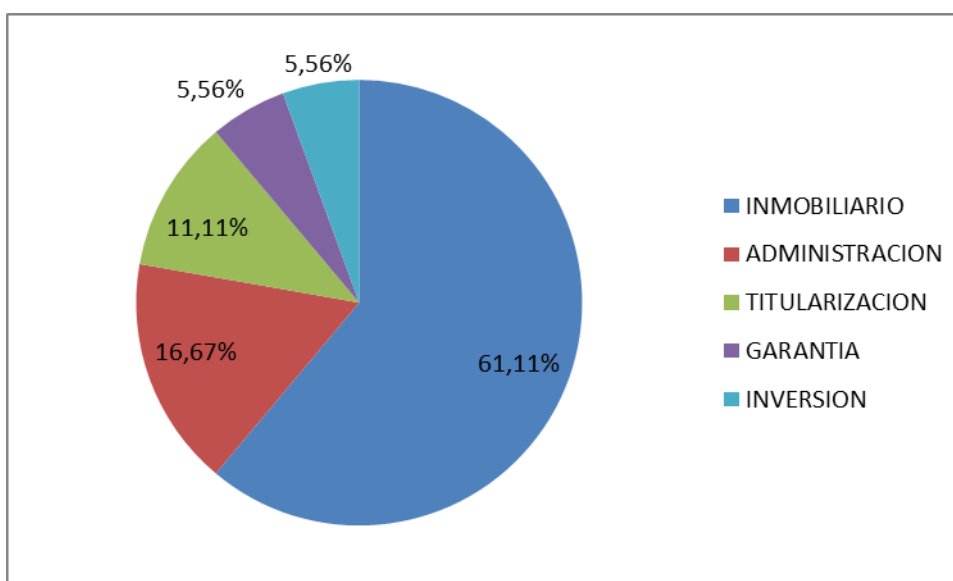
Interpretación

La conformación de los fideicomisos según las administradoras se centran en la obtención de exenciones de impuestos representado el 72.22%, cual indicaría que esta figura jurídica principalmente busca ese fin.

4.3.2. Por tipo de fideicomiso ¿Cuáles son los que principalmente se establecen en el mercado?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIAS	PORCENTAJE
INMOBILIARIO	8	44,44%
ADMINISTRACION	4	22,22%
TITULARIZACION	3	16,67%
GARANTIA	1	5,56%
INVERSION	1	5,56%
N/D	1	5,56%
TOTAL	18	83,33%

Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.
Elaboración: Cristian Cordovilla



Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.
Elaboración: Cristian Cordovilla

Interpretación

En consideración a los fideicomisos que administran las empresas encargadas, se determina que el 61.11% de ellos se enfocan a los fideicomisos inmobiliarios, los mismo que llevan relación con proyectos de construcción, lo que demuestran los mecanismos utilizados por los inversionistas para la búsqueda de financiamiento.

4.3.3. ¿Cuál es el papel del mercado de valores en el negocio fiduciario?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIAS	PORCENTAJE
SUPERVISIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO	18	100,00%
TOTAL	18	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.
Elaboración: Cristian Cordovilla

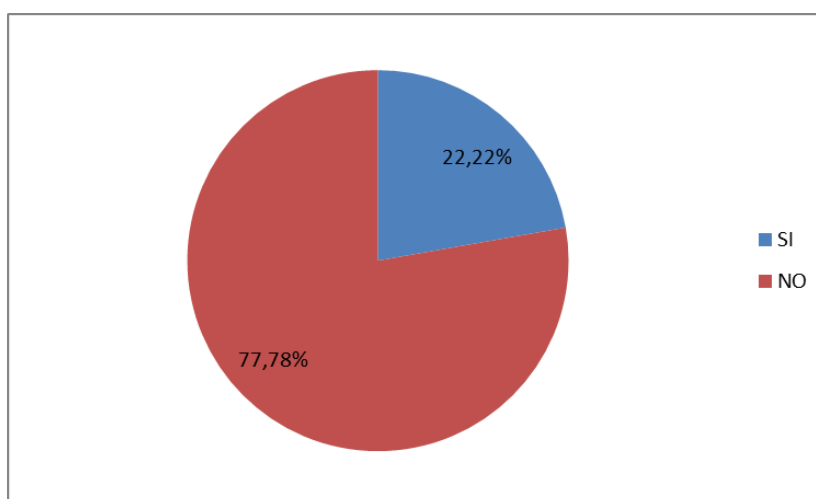
Interpretación

Las administradoras de fondos y fideicomisos entienden la función que tiene la Superintendencia de Compañías de control que ejerce sobre ellas a través del control del Mercado de Valores, aspecto que es dominado por el 100% de las organizaciones participantes.

4.3.4. ¿Cree Ud. que los cambios tributarios en el Código de Producción Comercio e Inversiones con respecto a los fideicomisos mercantiles están orientados a generar una adecuada cultura fiduciaria?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIAS	PORCENTAJE
SI	4	22,22%
NO	14	77,78%
TOTAL	18	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.
Elaboración: Cristian Cordovilla



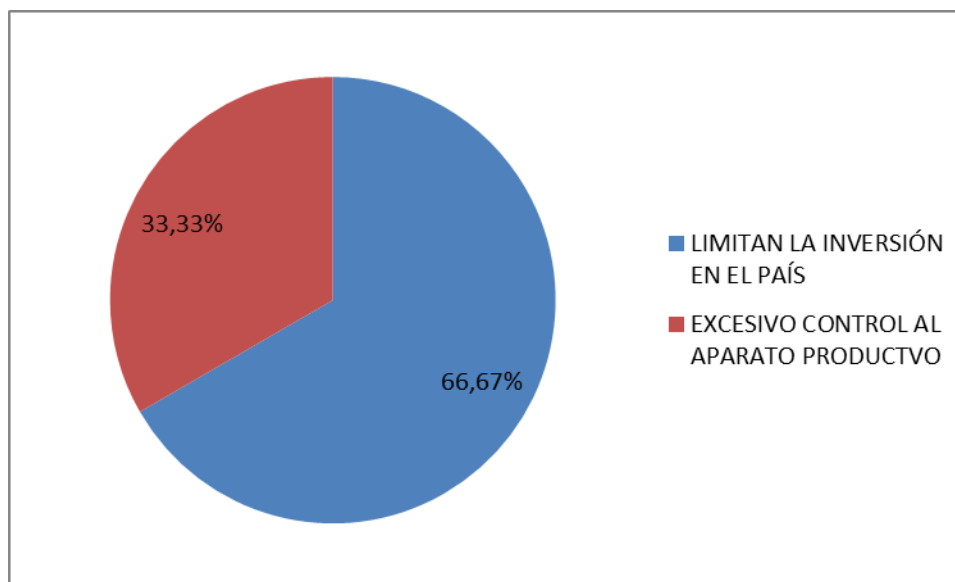
Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.
Elaboración: Cristian Cordovilla

¿Porqué?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIAS	PORCENTAJE
LIMITAN LA INVERSIÓN EN EL PAÍS	12	66,67%
EXCESIVO CONTROL AL APARATO PRODUCTIVO	6	33,33%
TOTAL	18	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.

Elaboración: Cristian Cordovilla



Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.

Elaboración: Cristian Cordovilla

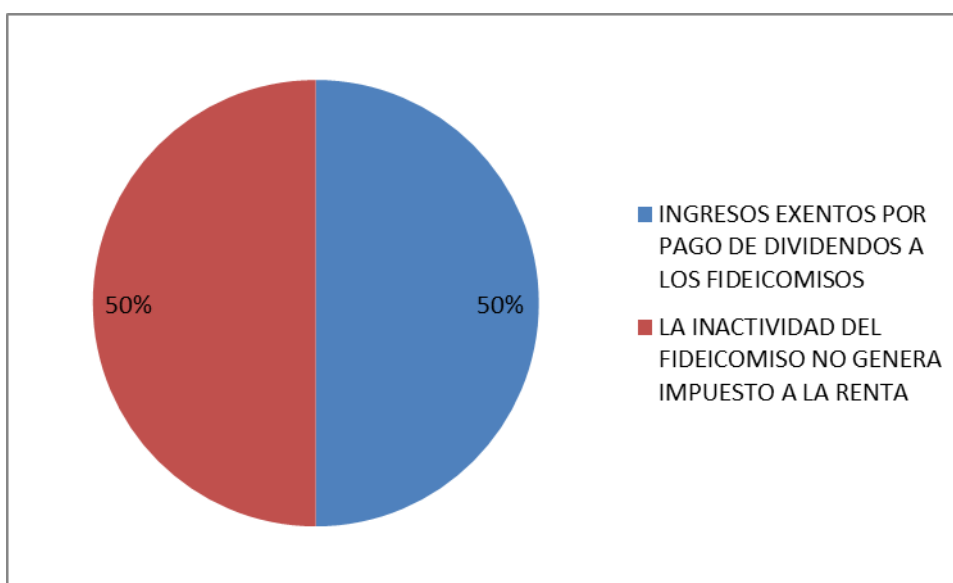
Interpretación

Como es comprensible el 77.78% de las administradoras de fideicomisos, consideran que los cambios tributarios generan dificultades que impiden el fortalecimiento de la cultura fiduciaria, debido que los efectos de dichas modificaciones afectan según el criterio de ellos la captación de inversión para el país esta perspectiva representa el 66.67% de las coincidencias entre las organizaciones fiduciarias.

4.3.5. ¿Existe algún tipo de exoneración tributaria que se aplique en el fideicomiso mercantil al momento de la declaración del Impuesto a la Renta según la normativa vigente?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIAS	PORCENTAJE
INGRESOS EXENTOS POR PAGO DE DIVIDENDOS A LOS FIDEICOMISOS	9	50,00%
LA INACTIVIDAD DEL FIDEICOMISO NO GENERA IMPUESTO A LA RENTA	9	50,00%
TOTAL	18	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.
Elaboración: Cristian Cordovilla



Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.
Elaboración: Cristian Cordovilla

Interpretación

Según la experiencia compartida por parte de las administradoras de fideicomisos encuestas, los ingresos exentos por pago de dividendos a los fideicomisos es una de las exoneraciones vigentes la cual representa el 50% de las opiniones analizadas, por otro lado la inactividad del fideicomiso no genera impuesto a la renta representado el 50% de las aseveraciones analizadas.

4.3.6. ¿Cuáles son las normativas que regulan la gestión de los fideicomisos en el Ecuador?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIAS	PORCENTAJE
LEY DEL MERCADO DE VALORES Y CODIFICACION DE RESOLUCIONES DEL	18	100,00%

CONSEJO NACIONAL DE VALORES		
		0,00%
TOTAL	18	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.

Elaboración: Cristian Cordovilla

Interpretación

La naturaleza propia del negocio fiduciario, implica que las administradoras de fideicomisos adquieran un dominio sobre las normativas vigentes que regulan, las actividades de esta figura jurídica, es así que el 100% de ellos conocen cuales son las leyes aplicables este aspecto.

4.3.7. ¿Cuáles son las reformas que deberían hacerse a las normativas que regulan la gestión de los fideicomisos para dinamizar la utilización de esta figura legal?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIAS	PORCENTAJE
ELIMINAR EL IMPUESTO A LA RENTA PARA LA TRANSFERENCIA DE DERECHOS FIDUCIARIOS	18	100,00%
		0,00%
TOTAL	18	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.

Elaboración: Cristian Cordovilla

Interpretación

Una reforma en la que coinciden los administradores de fideicomisos para mejorar el dinamismo del sector, se enfoca a la eliminación del impuesto a la renta para la transferencia de derechos fiduciarios implicando una coincidencia del 100% en este aspecto.

4.3.8. ¿A qué se atribuye la utilización del fideicomiso mercantil en la titularización de valores actualmente?

ALTERNATIVAS	FRECUENCIAS	PORCENTAJE
GARANTIZA A LOS INVERSIONISTAS QUE EL ACTIVO QUE RESPALDA EL VALOR DE SUS OBLIGACIONES ESTA PROTEGIDO Y	18	100,00%

ES ADMINISTRADO DE FORMA INDEPENDIENTE		
		0,00%
TOTAL	18	100,00%

Fuente: Encuesta aplicada a las administradoras de fideicomisos.

Elaboración: Cristian Cordovilla

Interpretación

La titularización es una clase de negocio fiduciario que se enfoca en la búsqueda de financiamiento para las operaciones de las empresas, ya sea emitiendo títulos valores o créditos, desde este punto de vista los administradores de fideicomisos consideran que la utilización de esta figura jurídica garantiza a los inversionistas que el activo que respalda el valor de sus obligaciones está protegido y es administrado en forma independiente con un 100% de coincidencias de opiniones de los representantes de estas organizaciones de administración de bienes de terceros.

4.4. Perfil de las Administradoras de Fideicomisos

En el contexto del negocio fiduciario, las administradoras de fondos y fideicomisos son las principales beneficiarios, puesto que por la administración de los activos de terceros reciben comisiones por los servicios entregados, es de esta manera que las 18 empresas dedicadas a este tipo de actividad, 12 de ellas registran activos que superan USD\$ 9.96 millones, generan ingresos por un valor mayor a USD\$ 14.20 millones, ganancias por encima de los USD\$ 1.3 Millones y genera un pago del impuesto a la renta causado por un monto de USD\$ 447.573,03, lo que refleja que el negocio fiduciario es rentable y que presenta perspectivas de crecimiento.

Tabla 6. Situación Financiera de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos que tienen operaciones en Quito
 En dólares
 Año 2013

Ruc	Nombre de la Administradora de Fondos y Fideicomisos	Ubicación	Activo	Ingresos	Ganancias	Impuesto a la Renta
0992233958001	TRUST FIDUCIARIA ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A	GUAYAQUIL	3.890.775,33	6.790.554,44	798.003,65	263.681,18
1792146127001	HOLDUNTRUST ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A.	QUITO	991.344,78	2.140.636,64	207.069,10	49.009,31
0992293586001	MMG TRUST ECUADOR S.A.	GUAYAQUIL	864.980,64	1.735.688,63	204.708,69	73.287,30
0992632771001	ZION ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S. A	GUAYAQUIL	667.958,21	862.765,68	(65.164,16)	309,14
0992356774001	ADM DE FONDOS ADMUNIFONDOS S. A. (ADM MUNICIPAL DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S. A.)	GUAYAQUIL	889.997,57	768.023,01	75.354,59	14.982,99
1791413024001	FIDUCIARIA ECUADOR FIDUECUADOR S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS	QUITO	670.381,30	651.747,16	13.142,34	6.748,63
0992139706001	FIDES TRUST, ADMINISTRADORA DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS FITRUST S.A.	GUAYAQUIL	594.202,14	626.922,41	98.350,97	30.467,12
0992267119001	INTEGRA S. A. ADMINISTRADORA DE FIDEICOMISOS (INTEGRASA)	GUAYAQUIL	289.367,68	235.551,96	10.531,23	3.429,62
0992714697001	LAUDE S.A. LAUDESA ADMINISTRADORA DE FONDOS	GUAYAQUIL	317.181,75	159.348,63	27.312,87	5.657,76
0190382362001	VAZFIDUCIARIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS	CUENCA	237.071,47	128.775,00	(13.454,64)	
0992755245001	LEGACY TRUST ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A. LEGACYTRUST	GUAYAQUIL	255.240,91	57.897,96	(56.875,67)	-
1791805305001	ANALYTICAFUNDS MANAGEMENT C.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS	QUITO	297.512,42	49.816,31	3.639,77	-
	Total		9.966.014,20	14.207.727,83	1.302.618,74	447.573,05

Fuente: Superintendencia de Compañías, Estados Financieros de las Administradoras de Fondos y Fideicomisos.

4.5. Impacto Fiscal y Exoneración de Impuestos

Considerando que el Impuesto a la Renta recaudado en el 2014 ascendió a USD\$ 4.273.91 millones y que el impuesto generado por fideicomisos vigentes en ese año se situó en el orden de USD\$ 126.450,83 se establece que este apenas representa el 0.00296% de la recaudación de este impuesto directo, concluyéndose que a pesar de ser una figura jurídica que concentran un importante valor monetario en activos, aparentemente no genera suficientes ingresos que impliquen la generación de ganancias fiscales relevantes que puedan ser gravadas con el impuesto a la renta en razón del desarrollo del negocio fiduciario. Por otro lado, la aplicación de la exoneración materia de la presente investigación, aplicada del modo desarrollado en el capítulo correspondiente, no se reflejaría de un modo relevante en la recaudación fiscal nacional, sin embargo es importante resaltar la flexibilidad fiscal que brinda la figura del fideicomiso mercantil en relación a los intereses de las partes contratantes.

Tratamiento Fiscal del Fideicomiso de Garantía

Desde un punto de vista impositivo, el fideicomiso en garantía no se encuentra regulado de modo muy general, sin atender a la multiplicidad de variaciones que conlleva la dinámica de la presente institución jurídica.

Nicolás Malumián¹²⁸ sostiene al respecto que “se puede observar en primera instancia que, el fiduciario no es contribuyente directo del impuesto, sino que reviste la calidad de responsable por deuda ajena. Sin embargo, esta calidad asumida por el fiduciario adquirió ribetes importantes en el caso de los fideicomisos en garantía. En este sentido, a través del Dictamen N° 34/96 (DAT), de fecha 10/4/96 la DGI dispuso que los fiduciarios de fideicomisos en garantía no deben determinar ni ingresar los impuestos a las Ganancias y sobre los Bienes Personales, ya que “solo maneja una parte de la operatoria inherente al negocio por lo que no estaría desarrollando la actividad de administrador de patrimonio ajeno” por lo que no revestiría el carácter de responsable por deuda ajena. Es decir, se concluyó que el fideicomiso en garantía constituye una especie que tanto por su naturaleza como por los fines que persigue, evidencia que no existe por parte del fondo la realización de actividades que pudieran ocasionarle la atribución de hechos imposables.”

¹²⁸Fideicomiso Y Securitización, Análisis Legal, Fiscal Y Contable. 2ª ed. actualizada y ampliada, MALUMIÁN Nicolás, DIPLOTTI Adrián, GUTIÉRREZ, Pablo – Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 393

Nicolás Malumián¹²⁹ agrega además que “en los fideicomisos que tienen por finalidad servir exclusivamente de garantía del cumplimiento de determinadas obligaciones, la función del fiduciario radica en mantener los bienes fideicomitidos a resguardo de la agresión de los acreedores del fiduciante, de los acreedores de los beneficiarios y de los propios, encapsulando los bienes asegurándole al beneficiario (acreedor) la intangibilidad de dicha garantía. Tratándose de un fideicomiso de garantía los bienes fideicomitidos no configuran el sujeto tributario. El único sujeto con fines propios a lograr y roles empresariales a cumplir es el fiduciante quien deberá mantener la responsabilidad tributaria. Es decir, las utilidades que pudieran generar los bienes o el proyecto cedido en garantía, se representaría en el patrimonio del fiduciante, quién será el sujeto tributario ante el Fisco, pues la realidad económica muestra que los bienes nunca dejaron de pertenecerle manteniendo en todo momento el interés sobre ellos. Es el fiduciante quien deberá registrar los resultados del negocio en cabeza propia.”

En este sentido, y en relación con lo establecido en el artículo 68 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, podemos concluir que al no encontrarse dentro de lo previsto en la legislación nacional vigente al respecto de los fideicomisos que efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha, el fideicomiso de garantía es beneficiario de la exoneración materia de la presente investigación.

Tratamiento Fiscal del Fideicomiso de Inversión

El tratamiento fiscal del Fideicomiso de Inversión deviene de la naturaleza misma de esta especie de fideicomiso. Partiendo del hecho de que este negocio consiste en el manejo de dineros de los fideicomitentes para la inversión o reinversión de los bienes fideicomitidos a fin de aumentar el patrimonio del fideicomiso, es posible determinar que se encuentra dentro de lo previsto en la legislación nacional al respecto de los fideicomisos que efectúan actividades empresariales u operan negocios en marcha, por lo tanto el fideicomiso de inversión no es beneficiario de la exoneración materia de la presente investigación.

Tratamiento Fiscal del Fideicomiso de Administración o Gestión

¹²⁹Fideicomiso Y Securitización, Análisis Legal, Fiscal Y Contable. 2ª ed. actualizada y ampliada, MALUMIÁN Nicolás, DIPLOTTI Adrián, GUTIÉRREZ, Pablo – Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 370

A efectos de determinar el tratamiento fiscal del fideicomiso de administración o gestión Nicolás Malumián¹³⁰ señala que “los fideicomisos ordinarios de administración son sujetos del Impuesto a las Ganancias bajo las mismas reglas que los demás sujetos empresas.”

Carlos A. Molina Sandoval¹³¹ señala que en estos casos debemos analizar diferentes situaciones:

- **El fiduciante es beneficiario:** Cuando el fiduciante adquiera la calidad de beneficiario, el fideicomiso no es sujeto de este impuesto y la renta derivada del fideicomiso integrará los resultados impositivos de éste. En estos casos la ley reconoce que el negocio nunca dejó de pertenecer al fiduciante y que el contrato de fideicomiso sólo ha sido el vehículo legal apto elegido para encarar la operación, sin trascendencia en el monto a tributar.

En este tipo de fideicomisos los fiduciantes son los titulares de las ganancias, por tanto deben considerar la renta obtenida por el fideicomiso en sus balances impositivos individuales, aun en el caso en que no la hayan percibido materialmente porque no se la hubieran acreditado en cuenta por haberse transferido a cuentas de reserva o por haberse capitalizado. Esta directa atribución del beneficio a los fiduciantes beneficiarios, aun cuando ellos no los percibieran efectivamente, se funda en la idea de la identidad fiscal existente entre fideicomiso y fiduciante. Se supone que éste tiene permanente acceso a las utilidades que genera el fideicomiso y si no dispone del beneficio en provecho personal es porque prefiere reservarlo para fortalecer el negocio o capitalizarlo. Ello denota la más importante diferencia entre el tratamiento de estos fideicomisos y de las sociedades de capital como las sociedades anónimas, pues en éstas no se atribuye a los accionistas, considerado un tercero respecto a la sociedad, utilidad alguna si no es abonada o puesta a disposición por la sociedad.

Este tratamiento frente al impuesto a las ganancias de los fideicomisos, donde los fiduciantes son al mismo tiempo beneficiarios, genera un incentivo fiscal grande para la adopción de esta forma contractual, ya que los fiduciantes, al incorporar estas utilidades a sus respectivos balances fiscales, podrán deducir

¹³⁰ Fideicomiso y Securitización, Análisis Legal, Fiscal Y Contable. 2ª ed. actualizada y ampliada, MALUMIÁN Nicolás, DIPLOTTI Adrián, GUTIÉRREZ, Pablo – Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 370

¹³¹ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., EL FIDEICOMISO EN LA DINÁMICA MERCANTIL, Argentina, Euros editores S.R.L. 2009, p.508-513

conceptos típicos de las personas físicas, tales como el mínimo no imponible, las cargas de familia, etc.

- **El fiduciante no es beneficiario:** Pese a tratarse de formas simplemente contractuales la legislación tributaria ha establecido para los fideicomisos en general el mismo tratamiento que para las sociedades de capital. Entonces cuando el fideicomiso es contribuyente la solución legal es la misma que corresponde en el caso de sociedades de capital.

Dicho tratamiento responde a un punto de vista meramente fiscal, que ha privilegiado la simplificación de la tarea de fiscalización y/o recaudación, dejándose de lado, por tal razón, la realidad económica o los principios generales que rigen el derecho tributario. Lo cierto es que, así se ha desconocido la esencia jurídico-económica de estos instrumentos, que no es otra que la de un contrato, desnaturalizándola al asimilarlos, a los fines tributarios, a una sociedad de capital.”

En este sentido, el análisis para la determinación de las consecuencias fiscales de este tipo de fideicomiso en relación al beneficio tributario materia de la presente investigación establecido respecto a los fideicomisos que no efectúan actividades empresariales u operan negocios en marcha, deberá realizarse a la luz de las particularidades que se establezcan en el contrato correspondiente suscrito por las partes intervinientes.

Tratamiento Fiscal del Fideicomiso Inmobiliario

Si partimos del hecho de que el objeto principal de los fideicomisos inmobiliarios es la realización de un proyecto inmobiliario, para la determinación de las consecuencias fiscales de este tipo de fideicomiso en relación al beneficio tributario materia de la presente investigación, es preciso no perder de vista la salvedad expuesta en el artículo 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno respecto a los fideicomisos constituidos por las Instituciones del Estado siempre y cuando los beneficiarios sean dichas instituciones.

Con estos elementos, la determinación de las consecuencias fiscales de los fideicomisos inmobiliarios en relación al beneficio tributario establecido en el artículo 68 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, deberá realizarse conjuntamente con el análisis detallado de las particularidades que se establezcan en el contrato correspondiente suscrito por las partes intervinientes.

CAPITULO V.

CONCLUSIONES

5.1. Conclusiones

Carlos Molina Sandoval¹³², al exponer su crítica al tratamiento tributario de los fideicomisos en general, subraya que “con respecto al tratamiento frente al impuesto a las ganancias que tienen los fideicomisos en general, debemos resaltar, que la mayoría de la doctrina se ha pronunciado en contra de este tratamiento. Como premisa fundamental debe quedar sentado que los resultados de las actividades desarrolladas en el marco de un fondo de inversión directa, constituido con causa en un contrato de fideicomiso y con el objeto de producir bienes y/o servicios, deben encontrarse alcanzados por el impuesto a las ganancias en cabeza de los participantes en el fondo y no en cabeza de este último.” Agrega además que “quienes recurren a la figura del fideicomiso a fin de instrumentar el financiamiento de una actividad determinada, por los motivos que fueren, no estarán interesados en constituir a esos efectos una sociedad anónima; y si tributariamente, el fideicomiso es asimilado a una persona jurídica de esa naturaleza, puede que los operadores económicos también desechen la institución fiduciaria como herramienta financiera. De forma tal que, por cuestiones ajenas al instituto, estarían desaprovechando las innumerables ventajas resultantes de este contrato.”

De todos modos, la versatilidad de la figura del fideicomiso en el Derecho Ecuatoriano ha permitido la utilización de este instrumento como herramienta jurídica, económica y financiera idónea para la realización de un sinnúmero de negocios, por lo que se ha constituido en un instrumento sumamente útil para el derecho privado, lo que ha generado un cada vez más evidente desarrollo del fideicomiso mercantil como el vehículo legal apto elegido para encarar la operación.

Ahora bien, como hemos podido observar, el fideicomiso dentro de las principales especies analizadas en el presente trabajo, no tiene un tratamiento fiscal específico en la normativa tributaria nacional. De acuerdo a lo expuesto sería prudente, a efectos de dar certeza respecto a las consecuencias fiscales de este particular negocio jurídico, regular el tratamiento fiscal de los mismos frente a los distintos impuestos teniendo en cuenta las características particulares de este tipo de negocio jurídico.

¹³² MOLINA SANDOVAL, Carlos A., EL FIDEICOMISO EN LA DINÁMICA MERCANTIL, Argentina, 2009, Euros editores S.R.L., p.516-518

La figura del trust, que deviene del derecho anglosajón, se constituye como pilar fundamental del fideicomiso mercantil si lo concebimos desde una perspectiva moderna, comprendido este último como un contrato real mediante el cual una persona transmite a otra la propiedad de una cosa determinada en observancia de una cláusula especial mediante la cual se compromete a quién recibe la cosa a usarla con un fin determinado o a restituirla a su transmitente cuando se verifique el cumplimiento del plazo o condición convenido por las partes contratantes. Por una parte se denomina fiduciante a quién transmite la cosa, y por otra, se denomina fiduciario a quien recibía la cosa con el compromiso de emplearla con un fin determinado o en su defecto de restituirla conforme lo estipulado en el contrato. De suscitarse el caso de que no se ha estipulado fiduciario al momento de la constitución del fideicomiso se tendrá como titular de los bienes dados en fideicomiso al constituyente.

En este punto vale resaltar la naturaleza contractual de la figura del fideicomiso mercantil, mediante el cual comparecen una o más personas denominadas fideicomitentes o constituyentes quienes transfieren de modo temporal e irrevocable la propiedad de bienes inmuebles o muebles, de naturaleza corporal o incorporeal, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, comprendido como el conjunto de derechos y obligaciones, afectado a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, dotado de personalidad jurídica a efectos de que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, en su calidad de fiduciaria y representante legal, efectúe las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, a favor de un tercero denominado beneficiario o bien del propio constituyente. Radica de particular importancia tener presente que la titularidad legal de los bienes que integran el patrimonio autónomo será el fideicomiso mercantil.

Considerado de otro modo, podemos definir a esta institución jurídica como la facultad, derivada de un contrato o testamento, que se funda en la confianza, que se otorga a un sujeto facultándolo a realizar actos de administración y disposición sobre bienes de pertenencia ajena incorporados a un aparente estado de atribución patrimonial, cuyo objetivo radica en la obtención de una finalidad prevista por los constituyentes en el contrato una vez que haya operado el cumplimiento del plazo o condición extintivos establecidos en dicho instrumento.

No deja lugar a dudas la importancia que esta institución jurídica en desarrollo tiene para el derecho tributario como un negocio jurídico que bajo determinados supuestos en razón de sus peculiares características puede constituirse en sujeto pasivo de la determinación tributaria por parte del Estado, en modo particular resulta relevante para los sujetos intervinientes en la relación jurídico contractual de un fideicomiso mercantil determinar con claridad el alcance de las normas que en materia tributaria alcancen a la ejecución de los fines y objetivos perseguidos mediante la ejecución de sus legítimos intereses amparados bajo la figura del fideicomiso mercantil, esto así mismo resulta útil al momento de determinar mediante un análisis tanto jurídico como económico las ventajas o desventajas comparativas de esta institución jurídica en relación con figuras jurídicas más comunes.

A estos efectos es importante recordar que podemos considerar renta al producto o beneficio generado con periodicidad, o susceptible de ella, ya sea generada por un bien material o incorporeal, o el ejercicio de un trabajo u otra actividad personal, cuya fuente se encuentre calificada por la ley como generadora de beneficios imponibles y sea explotada por personas naturales domiciliadas en el país o por sociedades nacionales sujetas al cumplimiento de obligaciones tributarias. Siendo así el impuesto a la renta un impuesto proporcional y directo por cuanto grava manifestaciones completas de la capacidad contributiva del sujeto pasivo en el que se toma en consideración todos los hechos constitutivos de gastos en relación con los ingresos del ejercicio económico, sin que sea factible que la repercusión de los efectos jurídicos sea sufrida por terceros extraños al hecho generador, así el importe debe ser asumido por el sujeto pasivo obligado de modo directo.

Asimismo resulta apropiado señalar que si bien el término sociedad comprende una diversidad de acepciones disímiles en estricto derecho podemos hacer referencia a las personas jurídicas en general, consorcios de empresas, sociedades de hecho, fideicomisos mercantiles y patrimonios autónomos dotados o carentes de personería jurídica, fondos de inversión y en general cualquier entidad que constituya un patrimonio o una unidad económica independiente del de sus miembros.

La manifestación de riqueza se constituye en uno de los elementos primordiales que determina la aplicación del Impuesto a la Renta. El objetivo de este tributo se traduce en la posibilidad de afectar fiscalmente tanto la posibilidad de generar renta como de percibir ingresos.

El Impuesto a la Renta se aplica al universo de los ingresos del sujeto pasivo con atención a las exenciones y deducciones que determine la ley a efectos de determinar la base imponible del tributo, que provengan de fuente ecuatoriana, considerando aquellos ingresos obtenidos a título oneroso o gratuito, producto del capital, del trabajo o de ambas fuentes que se constituyan ingresos imposables conforme lo establecido en la legislación nacional vigente.

En estricto sentido se puede señalar que el Impuesto a la Renta recae de modo directo sobre la renta como manifestación de riqueza en consideración a la capacidad personal o patrimonial de los contribuyentes, así, grava el hecho de generar o percibir renta, la misma que puede ser generada por el capital, el trabajo o de ambas.

En tanto, a efectos del análisis que nos ocupa es importante señalar que la celebración de contratos no es la que se encuentra gravada por el Impuesto a la Renta constituyéndose en calidad de hecho imponible la renta que sea generada u obtenida por la ejecución de las obligaciones derivadas de dichos contratos.

En la órbita tributaria la consideración con respecto a si la transmisión fiduciaria es a título gratuito u oneroso adquiere particular importancia para la autoridad tributaria que puede considerar que dicha transferencia fiduciaria se encuentra sujeta a lo establecido en relación al Impuesto a la Renta cuando el fiduciante se procure determinada ventaja patrimonial como consecuencia de la transferencia de dominio fiduciario y que pueda ser interpretada como una contraprestación.

A fin de determinar el alcance del Impuesto a la Renta se establece a las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades, nacionales o extranjeras,

domiciliadas o no en el país, en calidad de sujetos pasivos del Impuesto a la Renta siempre que obtengan ingresos gravados de conformidad con lo dispuesto por la Ley.

Vale recordar que en cuanto a lo que se refiere al término sociedad para efectos de la legislación nacional vigente se deberá comprender que se refiere, entre otros, al fideicomiso mercantil y los patrimonios autónomos o independientes dotados o no de personería jurídica, con excepción de aquellos que sean constituidos por las Instituciones del Estado bajo la condición de que dichas instituciones se constituyan en los beneficiarios de aquellos.

Se torna evidente que la ley no efectúa ningún tipo de distinción expresa entre la renta comprendida como el fruto o rédito generado por una fuente hábil para producirlo, identificada doctrinariamente con la teoría de la renta-producto y aquella renta tomada como el ingreso cuya percepción acrecienta el patrimonio del receptor, identificada con la teoría de la renta-incremento patrimonial, considerando elementos objetivos basados en la recepción efectiva de un ingreso sin importancia en cuanto al destino que de éste haga el beneficiario.

En este punto es preciso recordar que conforme lo establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno que el objeto del Impuesto a la Renta es la renta global obtenida por las personas naturales, las sociedades nacionales o extranjeras y las sucesiones indivisas conforme lo establecido a efectos de la determinación de dicho impuesto. A estos efectos serán considerados como renta los ingresos de fuente ecuatoriana que sean obtenidos a título oneroso o a título gratuito, que provengan del capital, del trabajo o de ambas fuentes, ya sea que consistan en dinero, especies o servicios; así también serán considerados renta aquellos ingresos que sean obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país o por sociedades nacionales.

Del mismo modo es preciso resaltar que la Ley grava con el Impuesto a la Renta a aquellos ingresos obtenidos por ecuatorianos o extranjeros por sus actividades de carácter económico realizadas tanto dentro como fuera del territorio nacional, provengan éstos de personas naturales, sociedades nacionales o extranjeras domiciliadas en el

Ecuador, o por entidades del Sector Público ecuatoriano; a las utilidades que provengan de la enajenación de bienes muebles o inmuebles ubicados en el Ecuador; a las regalías o beneficios que provengan de patentes, marcas, modelos, derechos de autor, nombres comerciales y transferencia de tecnología; a los dividendos o utilidades que acrediten, distribuyan o paguen sociedades constituidas o establecidas en el Ecuador; a los ingresos que provengan de ganancias de capital intereses y demás rendimientos financieros que sean percibidos por inversiones en territorio ecuatoriano; entre otros ingresos establecidos en la legislación nacional vigente, así como cualquier otro ingreso que perciban las personas naturales y sociedades tanto nacionales como extranjeras que residan en el Ecuador.

Al momento de considerar lo concerniente a la calificación del hecho generador cuando éste consista en un acto jurídico debemos tener presente que dicho hecho generador se calificará conforme a su naturaleza jurídica y verdadera esencia, cualquiera que sea la denominación elegida o forma utilizada por parte de los interesados, a estos efectos, cuando el hecho generador se delimite con atención a criterios económicos se deberá tener en cuenta las relaciones o situaciones económicas que efectivamente se establezcan o existan entre los interesados, con independencia de las formas jurídicas que utilicen los sujetos pasivos para la ejecución de sus negocios y la generación de renta en los términos establecidos en la Ley.

En cuanto a la liquidación del Impuesto a la Renta de los fideicomisos mercantiles se debe tener en cuenta que aquellos fideicomisos legalmente constituidos que efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha deberán liquidar y pagar el Impuesto a la Renta de acuerdo con las normas generales aplicables a las sociedades.

Si partimos del análisis teórico de los elementos fundamentales del fideicomiso podemos observar que su alcance comercial es prácticamente ilimitado, sin embargo, para fines de la presente investigación, concluimos en señalar como troncos fundamentales al fideicomiso de inversión, fideicomiso de administración o gestión, fideicomiso de garantía y al fideicomiso inmobiliario, sin que con ello se pretenda desconocer las diversas formas expresivas que pueda llegar a tener la institución del fideicomiso mercantil; por el contrario, se reconocen como formas fiduciarias que se

constituyen en especies de cada uno de los géneros señalados dentro de los cuales se podrán encontrar diversas modalidades de productos fiduciarios.

Con respecto al Fideicomiso de Inversión se puede señalar que este negocio jurídico consiste en el manejo por parte de una entidad fiduciaria de dinero recibido por parte de los fideicomitentes a fin de que cumpla un objetivo determinado, cuyo objetivo fundamental es el de hacerse ciertos volúmenes de dinero con el objeto de invertir o reinvertir los bienes fideicomitados en cierta actividad productiva, buscando un rendimiento, a fin de aumentar el patrimonio del fideicomiso, generalmente en beneficio del fideicomitente. Se diferencia con claridad del fideicomiso de administración por cuanto va más allá del simple encargo, y sin descuidar que la función del fiduciario es de medio y no de resultado, en esencia pretende que la gestión del fiduciario busque indefectiblemente la generación de beneficios que acrecienten el patrimonio del fideicomiso, así, se podrá invertir los fondos fideicomitados a fin de obtener rendimientos interesantes para las partes, poniendo particular énfasis en las habilidades para la buena colocación de los recursos, con la finalidad de que dichos bienes permanezcan inalterados, entretanto se invierte el producto de los mismos activos mediante su transformación, enajenación y reemplazo o de los recursos líquidos que se reciban a efectos de dicho contrato.

El Fideicomiso de Administración o Gestión consiste en aquel por el cual se transfieren determinados bienes al fiduciario para que los administre en base a las finalidades pretendidas por el fideicomitente en el contrato a fin de destinar sus productos o rentas a un fin determinado.

Sin embargo esta modalidad de fideicomiso estará definida en su realización por la naturaleza de los bienes que administre, pues una gama de negocios pueden ser comprendidos en la fiducia por administración, tornando al fideicomiso de administración en un género divisible en tantas especies cuantos fines o clases de bienes comprenda cada caso en particular.

Por otro lado, con claridad se puede distinguir en esta clase de fideicomiso aquellos fideicomisos cuyo negocio subyacente es una liberalidad, lo que que entraña un acto con el fin de beneficiar a terceros, y aquellos otros fideicomisos generados como vehículo jurídico idóneo de una actividad comercial con el fin de obtener un lucro.

En lo atinente al Fideicomiso de Garantía se puede concluir que consiste en aquel donde el fideicomitente-deudor transfiere determinados bienes o derechos de su propiedad a una institución fiduciaria a efecto de respaldar el pago oportuno de un crédito o el cumplimiento de determinada obligación en favor de una tercera persona, a fin de garantizar que en el evento de que el deudor no satisfaga oportunamente la deuda, el fiduciario procederá a la enajenación del bien o bienes fideicomitados dirigiendo su producido a la cancelación de la mencionada obligación.

Vale resaltar que esta variedad de fideicomiso conlleva ventajas comparativas en relación con las modalidades habituales de garantía por cuanto en cumplimiento de la orden recibida por parte del fideicomisario-acreedor la fiduciaria procede a vender o liquidar los bienes y a satisfacer la obligación con la indudable ventaja de no tener que someterse a los procedimientos judiciales tendientes a rematar lo bienes, lo que perjudicaría de igual modo al deudor-fideicomitente en cuanto a que en términos generales en este tipo de procedimientos el bien es rematado por valores evidentemente inferiores a los comerciales.

El fideicomiso de garantía debe ser considerado como una caución en razón de que la validez del fideicomiso como forma de garantía se funda en el principio de autonomía de la voluntad privada reflejado en un contrato bilateral y que depende de condiciones pactadas, debiendo observar su carácter eminentemente personal aún pese a que los bienes fideicomitados sean inmuebles. El derecho del fideicomisario-acreedor surge al momento en que se cumpla la condición consistente en la falta de pago por parte del fideicomitente-deudor, de este modo el fiduciario intentará plasmar la finalidad del acto en beneficio del fideicomisario de acuerdo al procedimiento establecido en el contrato de fideicomiso.

En lo relativo al Fideicomiso Inmobiliario podemos decir que se trata de aquel contrato de fideicomiso cuyo objetivo fundamental es la reunir diversos elementos fundamentales para la realización de un proyecto inmobiliario. El sustento de esta modalidad de fideicomiso radica en que el fideicomitente-propietario, en caso de que sea propietario de un predio sobre el cual será ejecutado el proyecto inmobiliario; o un fideicomitente-promotor, que no es necesario que sea propietario del terreno, transfiere al fiduciario determinados bienes con el objetivo de que éste cumpla con diversos encargos a fin de desarrollar un proyecto inmobiliario específico.

Una de las fortalezas más sobresalientes que presenta esta variedad de fideicomiso frente a modalidades contractuales más típicas radica en la viabilidad de un proyecto inmobiliario sustentado en preventas, en estricta observancia del punto de equilibrio fiduciario, comprendido éste como la idoneidad financiera, la idoneidad legal y la idoneidad técnica necesaria para iniciar la edificación del proyecto. El cumplimiento del punto de equilibrio debe ser certificado por el fiduciario con lo que ratifica que se han cumplido la serie de condicionantes pactadas entre el constituyente y los prominentes compradores u otras partes involucradas previo a empezar la construcción de un proyecto inmobiliario determinado.

Cada una de las partes que participan de un determinado fideicomiso mantiene un interés legítimo con respecto a la determinación de la situación fiscal real y a los alcances de las normas tributarias aplicables al modelo contractual por el que han optado. Así, en el fiduciario su interés radica en no dejar de cumplir con los requerimientos del fisco; en el fiduciante por su parte la motivación surge para evaluar el desenvolvimiento del fideicomiso en términos de las finalidades propuestas; del mismo modo, en el caso del beneficiario responde a la importancia de conocer la situación fiscal de la operación de la cual espera recibir réditos, esto sobre la base del considerando conforme el cual los actos que ejecuta el fiduciario en cumplimiento de su encargo tienen en principio un tratamiento fiscal en términos generales por cuanto ninguna de las operaciones ejecutadas durante el desarrollo del fideicomiso merece distinta consideración porque la haga un fiduciario sin que por ello los actos que éste realice puedan considerarse desde el punto de vista fiscal de los que llevaría cualquier otro sujeto pasivo.

En cuanto a lo que se refiere al tratamiento fiscal del fideicomiso de garantía se puede concluir que el fiduciario se encuentra revestido de la calidad de responsable por deuda ajena sin que ello implique que sea contribuyente directo del impuesto. En tanto, el fideicomiso de garantía constituye una especie que tanto por los fines que persigue como por su naturaleza se torna evidente que por parte del fondo exista la generación de actividades que pudieran ocasionarle la atribución de hechos imponibles.

Se evidencia que la función del fiduciario en los fideicomisos que tienen por finalidad exclusiva garantizar determinadas obligaciones radica en resguardar los bienes fideicomitidos de la agresión de los acreedores de los beneficiarios, de los acreedores del fiduciante y de los propios, así, el beneficiario-acreedor tiene asegurada la intangibilidad de dicha garantía.

En esta modalidad de fideicomiso el fiduciantes es quien deberá mantener la responsabilidad tributaria, quien deberá registrar los resultados del negocio en cabeza propia en atención a la realidad económica que devela que los bienes nunca dejaron de pertenecerle manteniendo en todo momento el interés sobre ellos.

De este modo, conforme lo que se desprende de las características particulares de esta modalidad de negocio fiduciario se infiere que el fideicomiso de garantía se beneficia de la exoneración tributaria cuyo análisis nos ocupa al no encontrarse dentro de lo previsto con relación a los fideicomisos que efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha.

Por otra parte, si para referirnos al tratamiento fiscal del fideicomiso de inversión partimos del hecho de que esta variedad de negocio fiduciario consiste en el manejo de dineros de los fideicomitentes para la inversión o reinversión de los bienes fideicomitidos a fin de aumentar el patrimonio del fideicomiso, se puede colegir que el fideicomiso de inversión se ajusta a lo establecido en la normativa fiscal pertinente con respecto a aquellos fideicomisos que operan negocios en marcha o desarrollan actividades empresariales, por lo tanto, esta modalidad fiduciaria no se beneficia de la exoneración fiscal que nos ocupa en la presente investigación.

En lo atinente al fideicomiso de gestión o administración es importante diferenciar dos circunstancias con efectos relativamente distintos, por una parte, cuando el fiduciante adquiera la calidad de beneficiario, el fideicomiso no es sujeto de este impuesto y la renta derivada del fideicomiso integrará los resultados impositivos del propio fiduciante; y por otra, cuando el fiduciante no se constituya como beneficiario, pese a tratarse de modalidades simplemente contractuales la legislación tributaria ha establecido para los fideicomisos en general el mismo tratamiento otorgado a las sociedades de capital.

En este sentido, la determinación de la situación fiscal de esta modalidad de fideicomiso mercantil responderá a un análisis que responda a un punto de vista meramente fiscal con respecto a los elementos particulares que se incorporen en el contrato constitutivo, así, a efectos de inferir si un negocio fiduciario determinado operado bajo esta modalidad es sujeto beneficiario o no de la exoneración tributaria que nos ocupa se deberá determinar si dicho negocio se inscribe dentro de lo establecido con respecto a los fideicomisos que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha.

Finalmente, a efectos de determinar las implicaciones fiscales de los fideicomisos inmobiliarios resulta oportuno partir de la consideración del hecho de que el objeto fundamental de esta variedad de fideicomiso es la ejecución de un proyecto inmobiliario con el objeto de generar beneficios para las partes intervinientes se torna evidente que esta variedad de negocio fiduciario no se beneficia de la exoneración tributaria materia de la presente investigación.

La institución del fideicomiso mercantil al estar concebida para servir a diversos objetivos lícitos define un esquema mas no un contenido, por ello el análisis de la situación fiscal y la determinación de la estrategia fiscal más apropiada para cada caso en particular dependerá en términos generales del contenido de lo que se haya pactado en el contrato de fideicomiso y de las obligaciones derivadas de la ejecución de dicho contrato y el cumplimiento de las disposiciones en contenidas en el mismo.

GLOSARIO

Acto jurídico

Todo hecho productor de efectos para el Derecho se denomina hecho jurídico; cuando este hecho procede de la voluntad humana se lo denomina acto jurídico¹³³

Contrato

Contrato o convención es un acto mediante el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Fideicomiso

Relación jurídica que se configura cuando una persona, el fiduciante, transmite la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra, el fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato o acto que dé origen al fideicomiso –el beneficiario-, y a transmitirla al cumplimiento del plazo o condición aplicable al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.¹³⁴

Impuesto

Contribución, gravamen, carga o tributo que se ha de pagar, casi siempre en dinero, por las tierras, frutos, mercancías, industrias, actividades mercantiles y profesiones liberales, para sostener los gastos del Estado y de las restantes corporaciones públicas.¹³⁵

Impuesto a la Renta

El impuesto que recae sobre diversos ingresos, ya se refiera a la renta ociosa, ya de la procedente del capital, ya de los mismos ingresos debidos al trabajo independiente o subordinado.¹³⁶

¹³³ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Editorial Heliasta, 1997, p. 23

¹³⁴ *Ibid.*, p. 191

¹³⁵ Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 16ª edición, 2003, p. 190

¹³⁶ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 16ª edición, 2003, p 164

Patrimonio

Es aquel que lo distingue como un conjunto de derechos o prerrogativas susceptibles de aparición pecuniaria y las obligaciones de idéntica calidad que un sujeto posee con respecto a aquéllos. El conjunto de bienes de una persona constituye su patrimonio.

Renta

Ingreso obtenido en el año, en dinero, especie o servicio, a título gratuito u oneroso que provenga de un trabajo, una propiedad u otro derecho, una inversión de capital, dinero o privilegio.¹³⁷

¹³⁷ ABRIL, Néstor , *Manual de Tributación Fiscal El Impuesto a la Renta*, Editorial Fundación Avanzar, 1ª edición, 1997, p. 6

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL, Néstor, *Manual de Tributación Fiscal El Impuesto a la Renta*, Editorial Fundación Avanzar, 1ª edición, 1997
- ABRIL, Victor Hugo, *Enfoques, Métodos y Técnicas de Investigación Científica*, Módulo de Maestría en Gestión de Proyectos Socio Productivos, CEPOS: UTI, Ambato-Ecuador, 2008.
- Abril, Victor. Hugo, *Elaboración y Evaluación de Proyectos de Investigación*, Módulo para Programas de Maestrías, , CEPOS: UTA, Ambato–Ecuador, 2004.
- ALBUJA, María, “La Titularización inmobiliaria como una nueva alternativa de inversión y financiamiento para el sector privado de la construcción”, Quito, 2006.
- ARTEAGA, Amparo, “La Información Fiscal, Contable y Legal de los Fideicomisos Mercantiles y su incidencia en la determinación de sanciones” , Ambato, 2012.
- ALMEIDA GUZMÁN, Diego, *Curso de Legislación Tributaria Corporativa*, Quito, Editorial Ecuador F.B.T., 2001
- ARAYA, Miguel. "Fideicomiso y Concurso. Santa Fe: UNL. 2010
- AZUERO RODRÍGUEZ. Sergio. *Negocios Fiduciarios*. Bogotá: LEGIS. 2009

- BORJA GALLEGOS, Ramiro, *La Fiducia o Fideicomiso Mercantil y la Titularización*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, Primera Edición, 1995

- CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 16ª edición, 2003.
- CALVO CARAVACA, Alfonso y otros. *Contratos Internacionales*. Editorial Tecnos S.A., España, 1997.
- CARRANZA, *Negocio fiduciario*, “Enciclopedia Jurídica Omeba”, t. XX
- CEVALLOS, Víctor. *Manual de Derecho Mercantil*. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito, 2002.
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (Comp.), *Código Tributario*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008

- ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Fideicomiso: Técnica y Práctica Documental*. Buenos Aires: ASTREA. 2008.

- GARCIA DE LA TORRE, Fernán, El Fideicomiso De Inversión, República de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, Bogotá, D.E. 1990
- GARZÓN, Carlos Licto: Prado M., Mario; Valarezo, Jorge Isaac. Comentarios a La Ley Reformativa Para La Equidad Tributaria Del Ecuador. Quito. PROCESUM Ediciones. 2008.
- GHERSI, Carlos. Fideicomiso. Buenos Aires: Editorial Universidad. 2006.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos. Impuesto a la Renta. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973
- GIULIANI FOROUNGE, Carlos. Navarrine, Susana. Impuesto a las ganancias. Ediciones DEPALMA, Buenos Aires, 1976
- GONZÁLEZ TORRE, Roberto, El Fideicomiso En El Derecho Civil Y Comercial Del Ecuador, Primera Edición, Ecuador, 1996
- GUIVERNAU, Álvaro y BUSTAMANTE, Francisco /En:/ Tesis: La Unificación del Fideicomiso dentro de las Legislaciones Latinoamericanas: ¿Es esto un Proceso Viable?
- HAYZUS, Jorge Roberto, “Fideicomiso”, Buenos Aires: ASTREA. 2004 UDLA. Universidad de las Américas.
- HERRERA, Luis. et. al., Tutoría de la Investigación, Maestría en Gerencia de Proyectos Educativos y Sociales, AFEFCE, Quito–Ecuador, 2002.
- KIPER, Claudio. Obligaciones y responsabilidades del Fiduciario. Buenos Aires: Astrea. 1999
- KIPER Claudio y Lisoprawski Silvio, TRATADO DE FIDEICOMISO, Ediciones De Palma.2ª.ed. 2004
- LALAMA, Daniel. Fiducia en el Ecuador /en:/ <http://es.scribd.com/doc/59495051/Fiducia-en-Ecuador-Final>
- LARREA HOLGUIN, Juan. *Manual de Derecho Internacional Privado Ecuatoriano*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, sexta edición, 1998.
- LASCALA, Jorge Hugo. Práctica del fideicomiso. Buenos Aires: ASTREA. 2008
- LEY DE TÍTULOS DE CRÉDITO, /En:/E-SILEC Profesional.
- LEAL DIAZ, Hidelbrando, LA FIDUCIA, Superintendencia de Compañías, Consejo Nacional de Valores, Quito, Ecuador, 1996

- *LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN TRIBUTARIO INTERNO*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008,
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos*" Tomo III. Rubinzal Culzoni Editores, Fideicomiso
- MALUMIÁN Nicolás, DIPLOTTI Adrián, GUTIÉRREZ, Pablo. *Fideicomiso Y Securitización, Análisis Legal, Fiscal Y Contable*. 2ª ed. actualizada y ampliada,– Buenos Aires, La Ley, 2006
- MAGAÑA, Álvaro, *El concepto fiscal de renta y la renta imputada de la casa habitada por su propio dueño*, Programa Conjunto de Tributación OEA/BID, Washington, 1967
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A., *EL FIDEICOMISO EN LA DINÁMICA MERCANTIL*, Argentina, Euros editores S.R.L. 2009
- Plan de Cuentas del Consejo Nacional de Valores. p. 47 /En:/ eSilec Profesional - www.lexis.com.ec.
- QHIZPE, Fabián. *Análisis financiero del sector industrial y comercial de la ciudad de Guayaquil generado por las reformas tributarias en los años 2009 – 2010*. /En:/ Repositorio Universidad Politécnica Salesiana. Pp.6-8 <http://dspace.ups.edu.ec/bitstream/123456789/2551/17/UPS-GT000295.pdf>
- REGISTRO OFICIAL434 de 26de Abril del 2011. *Reformas al reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, Quito, 2011
- *REGISTRO OFICIAL242* de 29de Diciembre del 2007 Suplemento, *Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, Quito, 2007.
- *REGISTRO OFICIAL N° 209 del 08 de Junio de 2010* Suplemento, *Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno*, Quito, 2010.
- RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio, *NEGOCIOS FIDUCIARIOS*, Su significación en América Latina, PRIMERA EDICION, ED. LEGIS, COLOMBIA, 2005
- SCHIDEL, Ángel. *"Concepto y especies de tributo"*. *Tratado de Tributación*. Tomo II. Derecho Tributario. Director Horacio A. García Belsulce. Astrea. Buenos Aires, 2003.

- SOLIS, Gladys, “Análisis Del Fideicomiso Mercantil Y Encargo Fiduciario Regulado En La Ley De Mercado De Valores Y Su Aplicación En Los Contratos Inmobiliarios”, Loja, 2012.
- SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑIAS, Departamento de Estudios y Promoción del Mercado de Valores, “Memoria del Mercado de Valores Ecuatoriano 1994-2000, Quito, 2001.
- VISINTINI, Andrea. Tesis: Fideicomiso y la Construcción.
- YANEZ, Rocío, “Tratamiento Jurídico sobre la aplicación del fideicomiso en la Legislación Civil Ecuatoriana”, Quito, 2013.

Anexo 1. Encuesta aplicada a las Administradoras de Fideicomisos

Pontificia Universidad Católica del Ecuador
Encuesta dirigida a los Gerentes Financieros o Contadores

Objetivo: Analizar la situación del Negocio Fiduciario y las exoneraciones de impuestos.

1. Indique ¿Cuáles son las principales ventajas del Fideicomiso Mercantil?

- a.....
- b.....
- c.....
- d.....
- e.....

2. Por tipo de fideicomiso ¿Cuáles son los que principalmente se establecen en el mercado?

- a.....
- b.....
- c.....
- d.....
- e.....

3. ¿Cuál es el papel del mercado de valores en el negocio fiduciario?

-
-
-
-
-
-
-

4. ¿Cree Ud. que los cambios tributarios en el Código de Producción Comercio e Inversiones con respecto a los fideicomisos mercantiles están orientados a generar una adecuada cultura fiduciaria?
SI..... NO.....

Porque:.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....
.....

5. ¿Existe algún tipo de exoneración tributaria que se aplique en el fideicomiso mercantil al momento de la declaración del Impuesto a la Renta según la normativa vigente?

Si..... No.....

Indique

cual:.....
.....
.....

6. ¿Cuáles son las normativas que regulan la gestión de los fideicomisos en el Ecuador?

- a.....
- b.....
- c.....
- d.....
- e.....

9. ¿Cuáles son las reformas que deberían hacerse a las normativas que regulan la gestión de los fideicomisos para dinamizar la utilización de esta figura legal?

.....
.....
.....
.....
.....

8. ¿A qué se atribuye la utilización del fideicomiso mercantil en la titularización de valores actualmente?

.....
.....
.....
.....
.....