

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

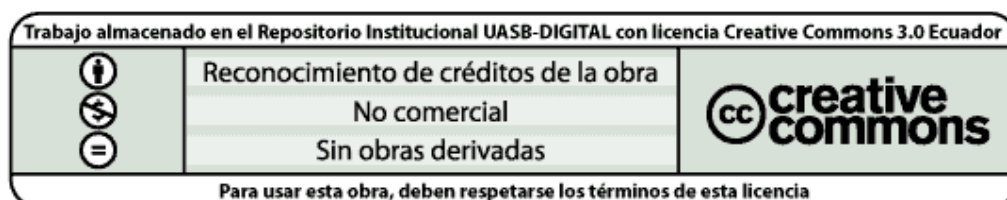
ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN TRIBUTACIÓN

**TÍTULO: EL FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO EN
EL ECUADOR Y SU RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA**

VÍCTOR HUGO BAQUERO VEGA

2015



CLAÚSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Víctor Hugo Baquero Vega, autor de la tesis intitulada **“EL FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO EN EL ECUADOR Y SU RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA”** mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 3 de marzo de 2015

Firma:

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN TRIBUTACIÓN

**TÍTULO: EL FIDEICOMISO MERCANTIL INMOBILIARIO EN
EL ECUADOR Y SU RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA**

VÍCTOR HUGO BAQUERO VEGA

TUTOR: DR. CARLOS VELASCO GARCÉS

QUITO - ECUADOR

2015

RESUMEN

La presente tesis versa sobre la responsabilidad tributaria en el ámbito ecuatoriano que poseen las fiduciarias al momento de constituir un fideicomiso mercantil inmobiliario.

La adopción del fideicomiso en nuestro país ha servido como un instrumento de desarrollo en términos bursátiles y a la vez como una herramienta para la evasión y elusión tributaria.

La figura fiduciaria constituye uno de los contratos más interesantes y novedosos en el ámbito del derecho mercantil; ésta ha sido utilizada desde hace mucho tiempo en varios tipos de negocio debido a su versatilidad y a la seguridad que brinda, tomando en cuenta la buena fe de los intervinientes en el contrato fiduciario.

El fideicomiso mercantil implica una forma de control en el ámbito tributario para la Administración Tributaria; sin embargo, no ha sido tomado en su verdadera dimensión, es decir, la figura financiera y económica que sirve para el intercambio de información de los negocios fiduciarios que se desarrollen en nuestro país.

El poco conocimiento que se tiene con respecto de los negocios fiduciarios no permite un eficaz control y utilización como herramienta para obtener información de primera mano de las fiduciarias.

DEDICATORIA

A Dios, por otorgarme la luz y sabiduría para culminar esta tesis.

A mis padres, Víctor (+) y Martha, por ser el pilar fundamental en mi vida académica, profesional y personal, por su apoyo, los consejos, por enseñarme a ser perseverante y cumplir los objetivos propuestos.

A mi esposa, Johana, por el empuje, la paciencia, comprensión y el amor constante durante todo este largo camino, hasta alcanzar un éxito más en mi vida.
Ahora, juntos.

AGRADECIMIENTO

Un especial agradecimiento al Dr. Carlos Velasco Garcés, tutor de la presente tesis, por su acertada dirección y sus valiosos aportes brindados en este trabajo.

A todos los docentes de la Universidad Andina Simón Bolívar que me impartieron sus conocimientos durante mi vida estudiantil en sus aulas universitarias.

CONTENIDO

CAPÍTULO I Fideicomiso Mercantil en el Ecuador	10
1.1. Antecedentes históricos del Fideicomiso Mercantil	10
1.1.1. Derecho Romano	10
1.1.2. Inglaterra	11
1.1.3. Latinoamérica	12
1.2. El Fideicomiso Mercantil en el Ecuador	13
1.2.1. Antecedentes	13
1.2.2. Concepto	13
1.2.3. Particularidades	15
1.3. Intervinientes en el fideicomiso	17
1.3.1. Constituyente	17
1.3.2. Beneficiario	17
1.3.3. Fiduciaria	18
1.4. Tipos de fideicomisos	18
1.4.1. Fideicomiso de garantía	18
1.4.2. Fideicomiso de administración	19
1.4.3. Fideicomiso de inversión	20
1.4.4. Fideicomiso inmobiliario	20
1.4.5. Procesos de titularización	21
1.5. Características de los fideicomisos mercantiles	21
1.6. Elementos de los contratos de los negocios fiduciarios	22
1.7. Causas de extinción del negocio fiduciario	23
CAPÍTULO II El fideicomiso y su responsabilidad tributaria	26
2.1. Sistema Tributario	26
2.2. Características deseables de un sistema tributario	26
2.3 Principios del Régimen Tributario	27
2.4 Los tributos	30
2.4.1 Concepto	30
2.4.2 Características de los tributos	30
2.4.3 Clasificación de los tributos	31
2.4.3.1. Impuestos	32

2.4.3.2. Tasas	32
2.4.3.3. Contribuciones especiales o de mejora	33
2.4.4 Obligación Tributaria	33
2.4.4.1. Nacimiento de la obligación tributaria	33
2.5 Personería jurídica del fideicomiso mercantil	34
2.6 Tratamiento Tributario	39
2.7 Experiencias internacionales	42
2.7.1 Uruguay	42
2.7.2 Argentina	43
2.7.3 México	44
2.7.4 Panamá	45
CAPÍTULO III El fideicomiso en el sector inmobiliario.....	47
3.1. Definiciones	47
3.2. Participantes en el mercado inmobiliario	50
3.3. Contabilización	50
3.3.1 Contabilidad Fiduciaria	50
3.3.2. Contabilidad de las empresas de construcción	52
3.4. Riesgos Tributarios	55
3.4.1. Riesgos derivados de la actividad del fideicomiso mercantil.....	55
3.4.1.1. Omisión de ingresos.....	55
3.4.1.1.1.Caso práctico.....	58
3.4.1.2. Valores consolidados en la declaración	60
3.4.1.2.1. Caso práctico.....	60
3.4.1.3. Partes relacionadas.....	63
3.4.1.3.1. Caso práctico.....	63
3.4.1.4. Ventas a cargo del propio beneficiario	64
3.4.1.4.1. Caso práctico.....	65
3.4.1.5. Beneficios repartidos.....	65
3.4.1.5.1. Caso práctico.....	65
3.4.2. Riesgos relacionados por la actividad del sector inmobiliario	66
3.4.2.1. Ingresos declarados por las ventas de los inmuebles	66
3.4.2.2.Honorarios percibidos.....	67
3.4.2.3. Reconocimiento contable de costos, gastos e ingresos.....	67

3.4.2.3.1.Caso práctico.....	67
3.4.2.4. Costos y gastos no relacionados con la actividad del fideicomiso ..	69
3.4.2.5. Transacciones con empresas instrumentales.....	69
3.4.2.6. Contabilidad a cargo de la fiduciaria	72
3.4.2.7. Impuestos Municipales	72
3.5. Caso de estudio	73
3.6. Mecanismos de control por parte de la Administración Tributaria.....	74
CAPÍTULO IV Conclusiones y recomendaciones	85
4.1. Conclusiones	85
4.2. Recomendaciones.....	87
BIBLIOGRAFÍA	88

CAPÍTULO UNO

FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL ECUADOR

La figura fiduciaria constituye uno de los contratos más interesantes en el ámbito del derecho mercantil; ésta ha sido utilizada desde hace mucho tiempo en varios tipos de negocios debido a su versatilidad y a la seguridad que brinda.

Por tal razón, en este capítulo se desarrollará un marco conceptual de las concepciones más importantes con la finalidad de tener una idea global de la figura del fideicomiso mercantil.

1.1. Antecedentes históricos del Fideicomiso Mercantil

1.1.1. Derecho Romano

Los antecedentes históricos más cercanos del fideicomiso mercantil se remontan al Derecho Romano, que lo manejaba bajo dos figuras: El Fideicommissum y el Pactum Fiduciaie.

El Fideicommissum era una figura utilizada por las múltiples incapacidades para heredar de aquellos tiempos y la necesidad que se cumpla la voluntad del testador. El fideicommissum consistía en que una persona transfería a otra a través de un testamento uno o más bienes con el objeto de que ésta, figurando como propietario, los empleara en beneficio de otra o terceros a los cuales, posteriormente debían transmitirles dichos bienes.¹

Esta negociación implicaba un grado de confianza alto debido a que el nuevo propietario podía abusar de su posición negándose a transferir los bienes al beneficiario designado, guardando los frutos en su provecho e incluso enajenando los bienes a un tercero.

Con el pasar del tiempo, evoluciona esta figura del fideicommissum dando lugar al nacimiento de las “sustituciones fiduciarias” que consistían en la: entrega de la totalidad o una parte de una propiedad de la herencia al beneficiario, conservándolos *in integrum* para entregarlo a un tercero o nuevo beneficiario y así sucesivamente, fueron modelo de la Edad Media para la figura jurídica de los

¹Karla Auxiliadora Cañizares Cevallos, “El contrato de Fideicomiso Mercantil en la Legislación Ecuatoriana”, (tesis de abogacía, Universidad de Cuenca, 2013), 12.

mayorazgos. De esta forma se garantizaba la tenencia inalterada del bien inmueble, basado en el poder efectivo del feudal, pero por circunstancias inadmisibles para los juristas revolucionarios, que pretendían plasmar un nuevo orden en base a la igualdad, no a los privilegios o una riqueza que no pueda ser alcanzada por todos los ciudadanos, no era aceptable.²

Esta modalidad legal produjo una clara concentración de la riqueza debido a que los bienes pasaban al hijo mayor de generación en generación creando una mayor desigualdad entre la población de esos tiempos. Esta institución desapareció con la Revolución Francesa.

La otra figura es el *pactum fiduciae* que consistía en un acuerdo entre vivos con la obligación para el adquirente de transmitir los bienes bajo el cumplimiento de ciertas condiciones. Esta modalidad se manifiesta bajo dos formas que son: La *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*.

La *fiducia cum creditore* según el maestro Sergio Rodríguez en su libro *negocios fiduciarios* la define como el negocio a título o con causa onerosa, presentó una forma de garantía real clásica, ante la aparición de la prenda e hipoteca. La transferencia del bien que realizaba el deudor era por *mancipatio* o *in jure cesio*, con la obligación de restituirla cuando se haya cumplido la obligación principal.³

Su soporte era la buena fe, es decir que el acreedor gozaba del bien en caso de incumplimiento por parte del deudor, por lo que aparecieron nuevas figuras jurídicas, con el fin de proteger la posición de las partes y en particular del fiduciante.

La *fiducia cum amico* buscaba como finalidad la administración de los bienes a través de la transferencia de los mismos a personas de su entera confianza que también se encargaban de defender sus bienes contra el ataque de terceros.

1.1.2. Inglaterra

Inglaterra también generó antecedentes importantes de la figura del fideicomiso mercantil con dos modalidades que son el USE y EQUITY.

El USE “consistía en que una persona propietaria de tierras transfería a otra el dominio de ellas, con el entendimiento, entre las partes, que aun cuando el cesionario

²Mery Estefanía Venegas Valencia, “Los negocios fiduciarios en Latinoamérica con aspiración a la homologación de leyes”, (tesis de abogacía, Universidad de las Américas, 2011), 7.

³Sergio Rodríguez Azuero, “Contratos Bancarios, su significación en Latinoamérica”. Bogotá, Felibán, 1990, citado por Cevallos Vásquez, Víctor. “Mercado de Valores y Contratos”. Tomo II. Quito, Jurídica del Ecuador, 1997, 26.

fuera el legítimo dueño del inmueble, una tercera persona sería quien tendría derecho a disfrutar de todos los beneficios derivados de la tierra. El cesionario tenía un encargo, que se basaba en la buena fe, cuyas normas aplicables eran las normas morales, que consistía en poseer el inmueble para beneficio exclusivo de otra persona”.⁴

Su utilización fue popularizada como vía para eludir las confiscaciones en los tiempos de guerra y proteger a los caballeros que partían para las cruzadas, por lo que transferían sus bienes a una persona de confianza en beneficio de su esposa e hijos.

Asimismo, se utilizó para llevar a cabo transmisiones testamentarias prohibidas por la ley o en fraude de acreedores.

“El TRUST es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada a manejarlos en beneficio de un tercero (beneficiario)”.⁵

1.1.3. Latinoamérica

A nivel de nuestro continente, las experiencias con la figura del fideicomiso mercantil se originó en Panamá el 6 de enero de 1925 con la promulgación de la Ley Novena, más conocida como la Ley de Alfaro” que mencionaba: “El Fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada Fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario”⁶

En los años 1925 y 1926, en México, se expidan las Leyes de Instituciones de Crédito que siguen la corriente del mandato de la Ley de Alfaro para que posteriormente, en 1932, se apruebe la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito dentro de sus conceptos adopta el sistema del patrimonio de afectación “que considera que los bienes objetos del fideicomiso constituyen un patrimonio destinado

⁴Elker Mendoza, “Fideicomiso mercantil. Concepto y breves antecedentes históricos”. Citado en Alejandro Hernández Maestroni, Gianni Gutiérrez Prieto Fernando Foti Faroppa, Aspectos legales, tributario y contable, (s.l., Editorial Jurídica Amalio M Fernández, s.f.), 16-17.

⁵ Elker Mendoza, “Fideicomiso mercantil. Concepto y breves antecedentes históricos”, <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=800>, Consulta: 10 de diciembre, 2013.

⁶ José Manuel Villagordo Lozano, “Doctrina General del Fideicomiso”, (México, Ed. Porrúa, 1982), 87.

a un fin lícito determinado, es decir los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan”.⁷

1.2. El Fideicomiso Mercantil en el Ecuador

1.2.1. Antecedentes

El fideicomiso mercantil en el Ecuador se remonta a la creación de la Ley General de Operaciones de Crédito publicada en el Registro Oficial No. 133 de 19 de diciembre de 1963 con el Decreto Supremo No. 1192 en el que se incorporó un título denominado “Fideicomisos”. No obstante, perdió vigencia el 11 de noviembre de 1966.

Más tarde, treinta años después, con el nacimiento de la primera Ley de Mercado de Valores publicada en el Registro Oficial No. 199 de 28 de mayo de 1.993, se incorpora al Código de Comercio la figura del “Fideicomiso Mercantil”. No obstante, en el año 1998 se eliminó de esta Ley emitiéndose una sustitutiva que establece en forma clara los elementos y características del contrato del fideicomiso mercantil.

1.2.2. Concepto

Existen varias concepciones que han dado los estudiosos de este tema, sin embargo, los más relevantes son:

Roberto González de la Torre en su libro “El Fideicomiso” lo conceptúa como “un contrato comercial cuya finalidad es la de obtener la administración de un bien por parte del fiduciario, o su enajenación para cumplir la finalidad propuesta por el constituyente, bien a su provecho o de un tercero”⁸

Otra acepción del fideicomiso mercantil es realizada por Sergio Rodríguez Azuero indicando que es “el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el

⁷ Diego Fernando Pereira Orellana, “Régimen jurídico tributario municipal aplicable al fideicomiso mercantil en el caso ecuatoriano”, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2004-2006), 5.

⁸ Roberto González Torre, “El Fideicomiso”, (Guayaquil, Editorial Edino, 2005),26.

producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero”⁹

Hidelbrando Leal Pérez lo conceptualiza como:

“Así decíamos que la fiducia es el contrato comercial cuya finalidad es la de obtener la administración de un bien por parte del fiduciario, o su enajenación para cumplir la finalidad propuesta por el constituyente, bien en su provecho o de un tercero.”¹⁰

De los enunciados citados previamente se desprende que los autores coinciden en ciertos elementos que son:

1. Se observa que existe la confianza para entregar a un tercero los bienes. Este elemento ha perdurado en el tiempo desde la creación de esta figura legal.
2. Existe una transferencia de un bien mueble e inmueble, para que sea administrado o enajenado.
3. La persona encomendada de los bienes es la encargada de cumplir con la finalidad establecida por el constituyente.
4. El beneficio es remitido a su favor o de un tercero.

Ahora se expondrá definiciones técnicas expresadas en la normativa legal ecuatoriana que se detallará a continuación:

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.¹¹

Por tanto, de los enunciados citados previamente se puede concluir que los fideicomisos mercantiles son actos de confianza en los cuales se transfiere bienes muebles e inmuebles con la finalidad de obtener una ganancia para el constituyente o un tercero.

⁹Sergio Rodríguez Azuero, “Contratos Bancarios, su significación en Latinoamérica”, (Bogotá, Felibán, 1990), 627 citado por Víctor Cevallos Vásquez, “Mercado de Valores y Contratos”, Tomo II, (Quito, Jurídica del Ecuador, 1997), 273.

¹⁰Hidelbrando Leal Pérez, “Contratos Bancarios”, (Bogotá, Editorial Librería del Profesional, 1990), 374.

¹¹Ecuador, Ley de Mercado de Valores, en Registro Oficial, Suplemento, 215 (22 de febrero de 2006), art. 109. En adelante citado como LMV.

1.2.3. Particularidades

Existen algunas particularidades que los fideicomisos mercantiles deben cumplir para que haya legalidad en esta figura, entre las cuales se pueden citar:

Legalidad del contrato

El contrato del fideicomiso mercantil debe realizarse a través de una escritura pública, tal como lo establece el artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores.

Plazo de vigencia

Con respecto al plazo de vigencia que tienen los contratos del fideicomiso mercantil se establece una duración máxima de ochenta años, con excepción de los fideicomisos que sean constituido con fines culturales o investigativos, altruistas o filantrópicos, como por ejemplo: Establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación, entre otros; o que la persona jurídica se encuentre en disolución.¹²

Transferencia de los bienes

La transferencia de los bienes al patrimonio autónomo no es ni a título gratuito ni oneroso debido a que no genera un provecho económico para los intervinientes en el negocio fiduciario. Por tal motivo, se encuentran exentos de tributos ya que no se ha configurado el hecho generador de las obligaciones tributarias.¹³

Cabe aclarar, que si bien es cierto, los bienes muebles e inmuebles no generan una transferencia a título gratuito ni oneroso, no debe confundirse con la onerosidad del contrato por las partes obligadas, debido a que es una actividad con fines de lucro para los contratantes.

Especialización

Esta figura jurídica no se asemeja a cualquier contrato legal debido a la complejidad que conlleva la administración y ejecución de estos contratos. De igual

¹² LMV, art. 110.

¹³ LMV, art. 113.

forma, a pesar que parezca que los contratos van a tener la misma finalidad, cada contrato es una realidad independiente con sus propias particularidades.

Por tal motivo, el personal que se encarga de llevar a cabo la administración de estos negocios debe ser altamente calificado y especializado.

Negocios prohibidos

La Ley de Mercado de Valores prohíbe los fideicomisos mercantiles creados en forma secreta, que no tengan prueba escrita y expresa del negocio fiduciario.¹⁴

En la actualidad esta aclaración no aplicaría debido a que todos los contratos de fideicomisos mercantil y los encargos fiduciarios deben realizarse a través de una escritura pública, sin embargo, anteriormente, los encargos fiduciarios se celebrarían únicamente mediante contrato entre las partes sin necesidad de elevar a escritura pública.

Acciones por contratos fraudulentos

Al ser el fideicomiso mercantil un contrato de confianza entre las partes, las actividades que se desarrollan deben ser transparentes. No obstante, para que no se deforme esta figura de su esencia natural y lícita, la legislación ecuatoriana aclara que todas las actuaciones que vayan en contra de las buenas prácticas y fuesen creadas con la finalidad de causar fraudes a terceros serán impugnadas para ser declaradas nulas, con las respectivas acciones legales que se deriven de tal proceso.¹⁵

Obligaciones de medio y no de resultado

Sergio Rodríguez Azuero en su libro Contratos Bancarios clarifica este tema indicando que “una obligación se considera de medio o de medios cuando quien la contrae se compromete a poner todo su esfuerzo en la consecución de un determinado resultado, pero sin garantizar ni responder por la efectiva obtención del mismo.”¹⁶

Como ejemplo de una obligación de medio, este autor, expone el siguiente caso:

¹⁴ LMV, art. 114.

¹⁵ LMV, art. 123.

¹⁶ Sergio Rodríguez Azuero, “Negocios fiduciarios su significación en América Latina”, Quinta edición, (Bogotá, Legis Editores, 2005), 71.

En un banco, podría encontrarse en un encargo fiduciario de inversión en el cual, siguiendo algunas indicaciones genéricas de su cliente, como colocar los recursos en acciones de sociedades que coticen sus títulos en bolsa, el banco no garantiza los resultados financieros de la operación. En otras palabras, el banco deberá poner todo su empeño en estudiar la situación financiera de las sociedades escogidas, el comportamiento de sus títulos en bolsa, los factores generales de mercado y, por ende, de la inversión de su cliente, ni puede garantizar que en un momento dado un colapso en el sector o en la empresa respectiva no produzca, incluso, pérdidas en relación con la inversión inicial.¹⁷

1.3. Intervinientes en el fideicomiso

Las partes que intervienen en un contrato de fideicomiso mercantil son:

Constituyentes o fideicomitentes, fiduciaria y fideicomisario o beneficiario

A continuación se explicará cada una de las partes con la finalidad de tener una idea global de estos actores.

1.3.1. Constituyente

El constituyente es la persona natural o jurídica, pública o mixta, sea nacional o extranjera, quienes transfieren bienes o derechos a un patrimonio autónomo para que sea administrado y ejecutado por una entidad llamada fiduciaria cuya finalidad tiene por objeto cumplir una instrucción a beneficio propio o de un tercero.¹⁸

1.3.2. Beneficiario

Los beneficiarios son las personas naturales (que existan o se espera que existan) y las personas jurídicas (que existan o se espera que existan) públicas, mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras o entidades dotadas de personalidad jurídica a favor o en provecho de quien se realiza el encargo.

Cabe mencionar que en varias ocasiones los constituyentes también pueden ser beneficiarios del fideicomiso mercantil.¹⁹

¹⁷ Ibid., 72

¹⁸ LMV, art. 115.

¹⁹ LMV, art. 116.

1.3.3. Fiduciaria

Según Sergio Rodríguez Azuero, la fiduciaria es “quien adquiere los bienes y se compromete a administrarlos o enajenarlos para la consecución de la finalidad señalada en el acto constitutivo. Es pues, no sólo un propietario frente a terceros, sino el ejecutor de la voluntad del constituyente expresada por acto entre vivos o por testamento.”²⁰

1.4. Tipos de Fideicomisos

De acuerdo a la finalidad y necesidad de los constituyentes, existe una gama de modalidades ya que estos contratos no obedecen a una uniformidad. Los fideicomisos mercantiles se dividen en: De garantía, administración, inmobiliario, inversión y procesos de titularización.

1.4.1. Fideicomiso de garantía

“Entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el contrato.

La fiduciaria, en ningún caso se convierte en deudora, deudora solidaria o avalista de la obligación u obligaciones garantizadas; solo asegura que en caso de que el deudor no cumpla tales obligaciones, actuará conforme a las disposiciones previstas en el contrato.”²¹

Esta modalidad de fideicomiso a más de respaldar el pago de las obligaciones contraídas por el constituyente, también se lo utiliza, en el caso que incumpla con la responsabilidad de cancelar oportunamente sus deudas, se puede proceder a vender los bienes y cancelar la obligación.

Este fideicomiso presenta ventajas con relación a otras modalidades tradicionales de garantía, como la prenda o la hipoteca, debido a que no tiene que someterse al procedimiento judicial de rematar los bienes, sino que únicamente

²⁰Sergio Rodríguez Azuero, “Negocios fiduciarios su significación en América Latina”, Quinta edición, (Bogotá, Legis Editores, 2005), 839

²¹ Ibíd., art. 17 numeral 1 de la Sección IV “Disposiciones Generales” del Capítulo I “Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario” del Título V “Negocios Fiduciarios”.

cumplen la orden establecida en el contrato y se procede a vender los bienes que respaldan la deuda.

No obstante, también existen desventajas al recurrir en la utilización de este fideicomiso y existe que llegar a vender los bienes entregados al patrimonio autónomo, que se genera en la justa valoración del activo. En tal evento la fiduciaria será la responsable ya que no obró con la diligencia del caso.

El fideicomiso de garantía gráficamente se lo expresa de la siguiente manera:

Gráfico No. 1
Fideicomiso de garantía



Fuente: Manual de Fiducia (Inédito)
Autora: Pilar Salazar Camacho.

1.4.2. Fideicomiso de administración

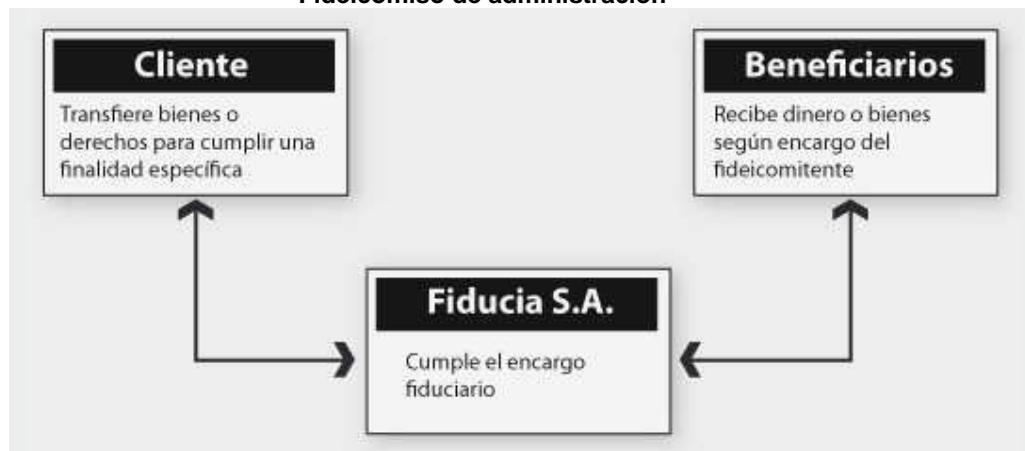
“Se entiende por fideicomiso de administración, al contrato en virtud del cual se transfieren bienes muebles o inmuebles al patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y cumpla las instrucciones instituidas en el mismo.”²²

La esencia de este fideicomiso está enfocada en realizar una administración simple, como por ejemplo, mantener la propiedad de bienes y derechos, hasta administraciones complejas como administrar acciones en el mundo financiero y el mercado bursátil o realizar diversas actividades productivas a la vez.

Esquemáticamente se lo representa de la siguiente manera:

²²Ibíd., art. 17 numeral 2 de la Sección IV “Disposiciones Generales” del Capítulo I “Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario” del Título V “Negocios Fiduciarios”.

Gráfico No. 2
Fideicomiso de administración



Fuente: <http://www.fiducia.com.ec/administracion.html>
Autor: Fiducia Administradora de Fondos y Fideicomisos.

1.4.3. Fideicomiso de inversión

“Se entiende por fideicomiso de inversión el contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo valores o dinero para que la fiduciaria los administre o los invierta según las instrucciones establecidas en el contrato, para beneficio propio o de terceros.”

Gráficamente se lo representa de la siguiente manera:

Gráfico No. 3
Fideicomiso de inversión



Fuente: Manual de Fiducia (Inédito)
Autora: Pilar Salazar Camacho.

1.4.4. Fideicomiso inmobiliario

“El fideicomiso inmobiliario es el contrato en virtud del cual se transfieren bienes, que generalmente son inmuebles, al patrimonio autónomo para que el fiduciario los administre y desarrolle con ellos un proyecto inmobiliario, en función de las instrucciones establecidas en el contrato, para lo cual realizará las gestiones

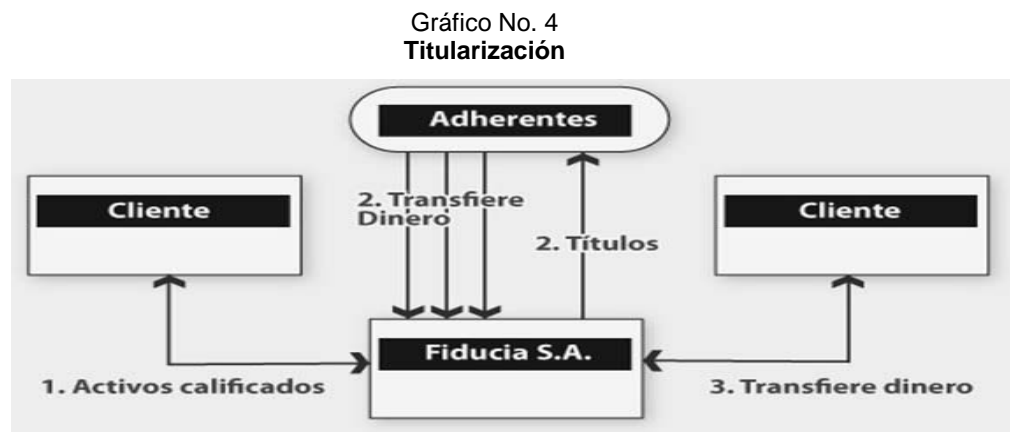
administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo del proyecto inmobiliario y todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.”²³

Debido a que este fideicomiso tiene su propio capítulo, su análisis será realizado en ese apartado.

1.4.5. Procesos de titularización

La Ley de Mercado de Valores define a la titularización como: “Es el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo”.²⁴

Carlos Manrique Nieto sostiene que la titularización sirve como un mecanismo para sustituir activos no líquidos o cuyo índice de liquidez sea bajo por recursos monetarios instantáneos, permitiendo a los inversionistas la participación de una futura utilidad o expectativa de utilidad, a cambio de una suma fija de dinero.



Fuente: <http://www.fiducia.com.ec/condicionado.html>
Autor: Fiducia Administradora de Fondos y Fideicomisos.

1.5. Características de los fideicomisos mercantiles

Los contratos de los fideicomisos mercantiles presentan características importantes que son las siguientes:

²³Ecuador, Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, en Registro Oficial, Suplemento, 1 (8 de marzo de 2007, última reforma 17 de diciembre de 2012), art. 17 numeral 3 de la Sección IV “Disposiciones Generales” del Capítulo I “Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario” del Título V “Negocios Fiduciarios”.

²⁴LMV, art. 138.

Solemnidad.- Como se mencionó anteriormente, y tal como lo prevé el artículo 110 de la Ley de Mercado de Valores, el contrato del fideicomiso mercantil debe realizarse a través de una escritura pública.

Bilateral.- Debido a que existen obligaciones de las dos partes (constituyente y fiduciario) para el cumplimiento de las instrucciones anotadas en el contrato.

Principal.- El fideicomiso mercantil no necesita de un contrato previo para su existencia y validez.

Commutativo.- Es consecuencia de la producción de obligaciones conocidas y asumidas por las partes en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil conforme a las indicaciones del constituyente.

Oneroso.-El contrato del fideicomiso mercantil es oneroso debido a que la fiduciaria debe recibir una remuneración por la prestación de sus servicios. Cabe realizar una precisión, no debe confundirse con la transferencia de los bienes muebles e inmuebles a la fiduciaria, ya que ésta transferencia no es gratuita ni onerosa.

De tracto sucesivo.-Se debe a que el fideicomiso mercantil demanda de acciones periódicas durante el transcurso de la vigencia del contrato.

Real.- Porque se requiere de la entrega de los bienes muebles e inmuebles a otra persona, para que se pueda llevar a cabo la finalidad del fideicomiso mercantil.

1.6. Elementos de los contratos de los negocios fiduciarios

El contrato del fideicomiso mercantil debe cumplir con requisitos elementales, además de los estipulados en la Ley de Mercado de Valores, con los siguientes:

1. Objeto y finalidad del negocio fiduciario
2. Instrucciones
3. Información de los intervinientes
4. Bienes
5. Obligaciones y derechos de las partes contratantes
6. Remuneración
7. Transferencia de activos a la terminación del contrato de fideicomiso
8. Órganos del negocio fiduciario.
9. Emisión de valores en procesos de titularización
10. Gastos
11. Rendición de cuentas
12. Reformas al contrato

13. Exclusión de responsabilidad de la Superintendencia de Compañías.²⁵

1.7. Causas de extinción del negocio fiduciario

Existen varias causas para que se extingan los contratos de los fideicomisos mercantiles que son:

1. El cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato;
2. El cumplimiento de las condiciones;
3. El cumplimiento o la falla de la condición resolutoria;
4. El cumplimiento del plazo contractual;
5. La imposibilidad absoluta de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo;
 - a. La sentencia ejecutoriada dictada por autoridad judicial competente o el laudo arbitral, de conformidad con la ley;
 - b. La resciliación del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros; y,
 - c. La quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.²⁶

Doctrinariamente, varios autores, han realizado comparaciones de las legislaciones de varios países y se han determinado que sus normativas no mencionan las mismas causales de terminación de los contratos de los fideicomisos, por lo que a continuación se señalan las más generales que son:

a) Cumplimiento de sus fines

Todo contrato de un fideicomiso mercantil se constituyen con una finalidad definida, por tal razón, una vez que se cumple la instrucción debe terminarse. Esta instrucción no es susceptible de repetirse en el tiempo, a menos que se estipule en el contrato, como por ejemplo se puede mencionar la construcción de conjuntos habitacionales. En este caso, terminará el contrato en función de los términos señalados.

²⁵Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, artículo 4 de la Sección I “Conformación del negocio fiduciario” del Capítulo I “Fideicomiso mercantil y Encargo Fiduciario” del Título V “Negocio Fiduciarios”.

²⁶LMV, art. 134.

b) Imposibilidad de efectuarse

Esta causal se puede originar cuando por fuera mayor o caso fortuito se destruye los bienes objeto del fideicomiso impidiendo la realización de la instrucción. Un ejemplo sería “el caso de un fideicomiso consistente en la conservación para la consulta del público de documentos de gran valor histórico, que se destruyan por culpa del fiduciario. El dinero pagado por éste a título de indemnización, no permitiría cumplir la finalidad por sustracción de materia. Cosa distinta ocurrirá si el fideicomitente ha transferido unos bienes inmuebles para que con su producido se atienda la educación de algunos parientes, porque, en el mismo supuesto el dinero de la indemnización permitirá, en todo caso, realizar la finalidad prevista.”²⁷

c) Expiración del plazo o término de su plazo de vigencia

En el contrato del fideicomiso consta el plazo de vigencia y terminación del contrato que cumplido este período se terminará el negocio fiduciario.

En caso que no contemple el contrato el período de vigencia deberá cumplirse con la duración máxima del fideicomiso que la legislación ecuatoriana establece que no podrá ser superior a ochenta años.

d) Muerte del beneficiario

Esta causal opera cuando muere el beneficiario sin que se hayan designado sustitutos.

e) Disolución de la fiduciaria

En caso que la entidad fiduciaria por las causales previstas en la ley ecuatoriana se encuentre en disolución.

Hay que tomar en cuenta que para que opere esta causal estará condicionada a que no existan fiduciarios sustitutos o que de acuerdo con el sistema legal sea imposible proceder a designar un reemplazo.

²⁷Sergio Rodríguez Azuero, “Negocios fiduciarios su significación en América Latina”, Quinta edición, (Bogotá, Legis Editores, 2005), 878

f) Declaración de nulidad del acto constitutivo

Como se observa en los puntos anteriores, se estableció que el contrato del fideicomiso mercantil debe cumplir con ciertos requisitos, de comprobar el incumplimiento se puede declarar nulo el acto.

g) Revocación del fiduciante

La legislación ecuatoriana establece que se revoque el contrato del fideicomiso mercantil, siempre y cuando no afecte los derechos del constituyente, constituyentes adherentes, beneficiarios o acreedores del fideicomiso mercantil.

h) Mutuo acuerdo

Si las partes intervinientes se ponen de acuerdo en dar por terminado el contrato del fideicomiso mercantil. La terminación por este motivo no exime los haberes a la fiduciaria por sus servicios prestados.

i) Renuncia de los beneficiarios

Los beneficiarios pueden renunciar de forma expresa de los derechos derivados del fideicomiso, poniéndole fin al contrato.

CAPÍTULO DOS

EL FIDEICOMISO Y SU RESPONSABILIDAD

TRIBUTARIA

Con la finalidad de conocer si los fideicomisos tienen una responsabilidad frente a la Administración Tributaria y la carga impositiva que puede llegar a tener, en este capítulo se analizará el sistema tributario que se aplica en el Ecuador.

2.1. Sistema Tributario

Varios tratadistas del tema tributario han definido al sistema tributario como:

Vicente Troya manifiesta que: “El sistema tributario de un país comprende el conjunto de tributos vigentes a determinada fecha”²⁸

El tratadista internacional Enrique Langa Mora concuerda con la definición mencionada previamente y agrega que “Un sistema tributario es un conjunto sistemático e interrelacionado de impuestos que rige un país en un momento determinado, administrado por una serie de instituciones que garantizan la justicia en la aplicación de los tributos”²⁹

Cabe mencionar que el régimen tributario ecuatoriano, contemplado en el artículo 300 de la Constitución Política del Ecuador, debe procurar que la base de la estructura impositiva se sustente en aquellos impuestos que sirvan para disminuir las desigualdades, estimular el empleo y que busquen una mayor justicia social. Por ese motivo, el Servicio de Rentas Internas busca aumentar la presión fiscal, primando los impuestos directos respecto a los indirectos y los progresivos respecto a los proporcionales y regresivos, así como reducir la evasión y la elusión tributarias.

2.2. Características deseables de un sistema tributario

Debido a la complejidad que implica administrar los impuestos por parte de las Administraciones Tributarias y por otra parte, la dificultad que tienen los contribuyentes por cumplir con sus obligaciones con el Estado, se ha visto en la

²⁸ José Vicente Troya Jaramillo. “La evolución del sistema tributario del país a partir de 1830”, Libro del Sesquicentenario IV Economía Ecuador 1830-1980, Segunda Parte, (Quito, Corporación Financiera Nacional, 1980), 233.

²⁹ Enrique Langa, “Diccionario de Hacienda Pública”, (Madrid, Ed. Pirámide 1990).

necesidad de cumplir con ciertas características que debe poseer un sistema tributario para minorar las externalidades provenientes del mercado y los individuos que lo conforman.

Por tal razón, las Administraciones Tributarias han buscado principios generales con la finalidad de mejorar sus recaudaciones, siendo los siguientes:

- 1) Eficiencia económica.- el sistema tributario no debe ser distorsionador; si es posible, debe utilizarse para aumentar la eficiencia económica.
- 2) Sencillez administrativa.- los costes de administración y de cumplimiento del sistema tributario deben ser bajos.
- 3) Flexibilidad.- el sistema tributario debe ser capaz de responder fácilmente (en algunos casos automáticamente) a los cambios de las circunstancias económicas.
- 4) Responsabilidad política.- el sistema tributario debe ser transparente y debe diseñarse de tal forma que cada individuo pueda averiguar que está pagando.
- 5) Justicia.- el sistema tributario debe ser o debe considerarse que es justo, que trata de forma similar a los que se encuentran en circunstancias similares y que obliga a pagar más impuestos a los que puedan soportar mejor la carga tributaria.³⁰

2.3 Principios del Régimen Tributario

En el Ecuador, la Carta Magna en su artículo 300 prevé:

“El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos.

La política tributaria promoverá la redistribución y estimulará el empleo, la producción de bienes y servicios, y conductas ecológicas, sociales y económicas responsables.”³¹

Vale recordar que estos principios no son los únicos que rigen el derecho tributario, pues existen otros como el de igualdad, capacidad contributiva, no confiscación, tutela judicial efectiva, interdicción de la arbitrariedad, seguridad

³⁰Joseph Stiglitz, “La Economía del Sector Público”, 3ra. Edición, (Barcelona, Antoni Bosh, 2000), 483.

³¹Constitución Política de la República del Ecuador[2008], Título VI, “Régimen de Desarrollo”, Sección Quinta, Régimen Tributario, art. 300.

jurídica, que revisten gran importancia en las actuaciones de las Administraciones Tributarias con los sujetos pasivos.

A continuación se menciona a breves rasgos en qué consisten cada uno de los principios establecidos en la Constitución Política:

Principio de generalidad.-Este principio hace referencia a que los tributos y las leyes tributarias deben estar dirigidos para todos los casos y contribuyentes sin distinción alguna, que nadie se vea exonerado del pago por privilegios personales, de clase, linaje o etnia a fin de salvaguardar la igualdad.

Principio de progresividad.- “El principio de progresividad que establece que no solamente los integrantes del Estado que tengan capacidad contributiva han de contribuir al sostenimiento de las cargas públicas, sino que es necesario determinar la medida que corresponde a cada sujeto, así mientras más grande es la operación o negocio gravado la tarifa aplicable para cuantificar la obligación es progresivamente mayor como en el caso del impuesto a la renta”³²

En otras palabras, este principio nos indica que el que más gana más paga. Como ejemplo se puede citar, el pago del Impuesto a la Renta para personas naturales que grava con una tasa porcentual diferenciada los distintos tramos de ingresos de los sujetos pasivos. A mayores ingresos, mayor será la tasa porcentual del impuesto.

Principio de eficiencia.- Hace referencia a que debe existir una optimización de los recursos públicos por parte de la Administración Tributaria para maximizar los posibles ingresos con el mínimo costo posible para el sujeto pasivo. El principio de eficiencia debe aplicarse en el diseño de los impuestos como en la recaudación por parte de la Administración Tributaria.

En cuanto a la recaudación, la eficiencia mide la capacidad de generar ingresos tributarios bajo las normas vigentes. También debería conseguir que la imposición acarree el menor costo social para el contribuyente en el cumplimiento de su deber fiscal.

Principio de simplicidad administrativa.- Este principio está relacionado directamente con la Administración Tributaria y menciona que se debe establecer mecanismos de fácil comprensión y acceso para los contribuyentes con el fin de

³²Hugo Monteros Paladines y otros, “El Derecho en la Actividad Financiera del Estado y sus Instituciones”, (Loja, Universidad Nacional de Loja, 2011), 31, en <www.unl.edu.ec>, 25-09-2012.

evitar una presión fiscal indirecta alta, producto de gastos adicionales que debe desembolsar el sujeto pasivo para cumplir con sus obligaciones tributarias.

Un claro ejemplo de la aplicación de este principio se puede anotar al Régimen Impositivo Simplificado Ecuatoriano (RISE) que consiste en un sistema que reemplaza el pago del Impuesto a la Renta e Impuesto al Valor Agregado a través de cuotas mensuales, por lo que, este es un mecanismo de fácil administración y control, y, para el contribuyente, en un mecanismo ágil de pago y cumplimiento de sus obligaciones tributarias.

Principio de irretroactividad.-En materia tributaria, este principio tiene dos aplicaciones que son:

- Desde un punto de vista general, las leyes, reglamentos, resoluciones y circulares de carácter general rigen exclusivamente para el futuro, tal como lo manifiesta el artículo 11 del Código Tributario.
- Las normas tributarias penales. Para este caso, nuestra normativa tributaria contempla un efecto retroactivo cuando las leyes tributarias son favorables para los sujetos pasivos referentes a delitos, contravenciones y faltas reglamentarias, sin perjuicio, que estas también rigen para el futuro, de conformidad con los artículos 3 y 311 del Código Tributario.³³

Principio de equidad.-Consiste en distribuir las cargas y los beneficios de la imposición entre los contribuyentes de acuerdo a la capacidad contributiva de los sujetos pasivos para evitar que haya cargas excesivas o beneficios exagerados.

“Teniendo en cuenta la capacidad de pago de los individuos, se puede establecer la carga tributaria de acuerdo a criterios de equidad vertical y equidad horizontal. De acuerdo a la equidad horizontal, las personas con capacidad económica igual deben contribuir de igual manera. De acuerdo con la equidad vertical, las personas con mayor capacidad económica deben contribuir en mayor medida. Esta distinción, guarda relación con el principio de progresividad”.³⁴

³³**Art. 3.-** Poder tributario.- Sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos. No se dictarán leyes tributarias con efecto retroactivo en perjuicio de los contribuyentes. (...)

Art. 311.- Irretroactividad de la ley.- Las normas tributarias punitivas, sólo regirán para el futuro. Sin embargo, tendrán efecto retroactivo las que supriman infracciones o establezcan sanciones más benignas o términos de prescripción más breves, y se aplicarán aun cuando hubiere sentencia condenatoria no ejecutada ni cumplida en su totalidad, conforme a las reglas del derecho penal común.

³⁴<<http://www.gerencie.com/principio-de-equidad-tributaria.html>>, Consulta: 27 de febrero de 2014.

“Principio de transparencia.-Este principio hace referencia a que todas las actuaciones de la Administración Tributaria deben ser transparentes. La doctrina establece que el principio de transparencia “debe asentarse en un eficaz sistema de control, tanto preventivo como concomitante y a posteriori”³⁵

Este principio también implica que se deberá poner a disposición del público en general el gasto público, es decir, lo que se utilizó los recursos provenientes del pago de tributos.

Principio de suficiencia recaudatoria.-Este principio consiste en que la Administración Tributaria deberá asegurarse de que la recaudación de los tributos cubra el gasto público consignado en el Presupuesto General del Estado.

2.4 Los tributos

Entrando en materia tributaria y una vez que se ha analizado los principios que rigen nuestro sistema tributario, a continuación se revisará el marco conceptual de los tributos, clasificación y sus elementos.

2.4.1 Concepto

Los tributos son prestaciones o ingresos públicos, satisfechos comúnmente en dinero, de carácter obligatorio, impuestos unilateralmente por el Estado a los habitantes de ese territorio cuya finalidad es la de obtener recursos materiales para el sostenimiento del gasto público.

“Alejandro Menéndez define al tributo así: Tributo.- Es una obligación legal y pecuniaria, fundamentada en la capacidad económica del deudor, establecida a favor de un ente público en régimen de derecho público para atender sus necesidades económicas”³⁶

2.4.2 Características de los tributos

Los tributos tienen características que los diferencian de los demás y son:

- Unilateralidad
- Coercitividad
- Capacidad económica

³⁵ Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, (Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1998), 32.

³⁶ Alejandro Menéndez Moreno, “Derecho Financiero y Tributario”, séptima edición, (Madrid, Editorial Lex Nova, 2004), 149 citado por Gustavo Durango Vela, “Legislación Sustantiva Tributaria Ecuatoriana”, (Quito, Edipcentro, 2010). 31.

Unilateralidad.- Como ya se refirió en el concepto, los tributos son establecidos por el Estado sin contraprestación a cambio, de acuerdo con los principios constitucionales y reglas jurídicas aplicables

Coercitividad.-Esta característica está ligada a la unilateralidad, debido a que el Estado en su poder de imperio exige el pago del tributo al contribuyente sin contraprestación a cambio, por tal razón, el tributo siempre llevará implícito de cobrar a la fuerza si se negare el sujeto pasivo a realizar el pago, siempre y cuando no se llegue a pasar la barrera de la confiscación.

El Derecho y los sistemas legales se sustentan en la imposición de una sanción más que la utilización de la violencia, sin embargo, cuando existen casos de evasión, con la implementación de las últimas reformas tributarias, se ha impuesto penas de prisión y en el caso de elusión tributaria, cuando existe dolo o mala fe, hasta reclusión.

Capacidad económica.-Esta característica hace referencia a que el ciudadano debe contribuir a los ingresos públicos del Estado, dado a que éste precisa de los recursos monetarios para cumplir con sus fines.

En este sentido, el tratadista español Eusebio González García comparte la aseveración mencionada previamente y menciona que: “El tributo antes de todo y por sobre todo es un instrumento jurídico ideado para cubrir los gastos públicos”³⁷

La legislación ecuatoriana concuerda con lo esgrimido y además señala fines extra fiscales de los tributos que son:

“Fines de los tributos.- Los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, servirán como instrumento de política económica general, estimulando la inversión, la reinversión, el ahorro y su destino hacia los fines productivos y de desarrollo nacional; atenderán a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurarán una mejor distribución de la renta nacional.”³⁸

2.4.3. Clasificación de los tributos

El Código Tributario en su artículo 1 clasifica al tributo en:

- Impuestos,
- Tasas y

³⁷ Gustavo Durango Vela, “Legislación Sustantiva Tributaria Ecuatoriana”, (Quito, Edipcentro, 2010), 34.

³⁸CT, art. 6.

- Contribuciones especiales o de mejora.

2.4.3.1. Impuestos

Los impuestos son definidos como:

Según Catalina García Vizcaíno menciona que los impuesto son “toda prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige, en virtud de ley, sin que se obligue a una contraprestación, respecto del contribuyente, directamente relacionada con dicha prestación”³⁹

Otra definición más estricta define al impuesto como aquel tributo que no tiene vinculación directa con la prestación de un servicio público o la realización de una obra pública.

Los impuestos tienen una gama de clasificación muy variada que puede ser por su territorialidad, consideración económica, administrativa, regularidad, entre otras. No obstante, existe una tendencia moderna de la clasificación de los impuestos que son: Sobre los bienes y servicios y sobre los ingresos y la riqueza.

Impuestos sobre bienes y servicios.-Estos tributos son aplicados a gravar a los bienes transferidos a los ciudadanos que adquieren un bien o un servicio, es decir, se gravan directamente al consumo de las personas. Ejemplo: Impuesto al Valor Agregado.

Impuestos sobre los ingresos y la riqueza.- Estos tributos son aplicados a las manifestaciones inmediatas de riqueza y con base en situaciones particulares de cada uno de ellos. Inciden en los rendimientos o en el patrimonio de los individuos y empresas. Ejemplo: Impuesto a la Renta.

2.4.3.2. Tasas

La tasa es el valor que se paga por el uso de un servicio público.

Doctrinariamente, la tasa se la define como: “los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la relación de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afectan o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción

³⁹Catalina García Vizcaíno, “Derecho Tributario, Consideraciones económicas y jurídicas, Análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia, Tomo I”, (Buenos Aires, Depalma, 2006), 30.

voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado.”⁴⁰

Una característica de la tasa es que ignora el principio de equidad, ya que para cobrar este tributo, no considera si el ciudadano tiene mayor o menor capacidad económica de pago. Como ejemplos de tasa se puede mencionar: el valor que se paga por obtener una cédula de ciudadanía, una partida de nacimiento, partida de matrimonio.

2.4.3.3. Contribuciones especiales o de mejora

Son tributos cuyo hecho generador consiste en la obtención, por parte del sujeto obligado, de un beneficio real como consecuencia de la realización de una obra o servicio público.

Los ejemplos que se pueden citar de contribuciones especiales o de mejora son: la apertura, pavimentación, ensanche y construcción de vías de toda clase; repavimentación urbana; aceras y cercas; obras de alcantarillado; construcción y ampliación de obras y sistemas de agua potable; desecación de pantanos y relleno de quebradas; plazas, parques y jardines, entre otros.

2.4.4. Obligación Tributaria

El Código Tributario ecuatoriano en su artículo 15 manifiesta que la obligación tributaria es:

“El vínculo jurídico personal, existente entre el Estado o las entidades acreedoras de tributos y los contribuyentes o responsables de aquellos, en virtud del cual debe satisfacerse una prestación en dinero, especies o servicios apreciables en dinero, al verificarse el hecho generador previsto por la ley.”

En otras palabras, la obligación tributaria es la prestación forzosa que debe satisfacer el contribuyente al Estado que ha sido definida en forma clara en la ley.

El objetivo principal es financiar el Presupuesto General del Estado.

2.4.4.1. Nacimiento de la obligación tributaria

De igual manera, en la legislación ecuatoriana está contemplado en el artículo 18 del Código Tributario el nacimiento de la obligación tributaria que expresa:

⁴⁰José Vicente Troya Jaramillo, “Derecho Tributario Internacional”, (Quito, Corporación Editora Nacional, 1990), 129.

“La obligación tributaria nace cuando se realiza el presupuesto establecido por la ley para configurar el tributo.”

Sin embargo, al analizar este enunciado no aclara cuándo nace la obligación tributaria, por tanto, la interrogante sigue siendo, ¿qué es lo que produce el nacimiento de la obligación del responsable tributario?

La doctrina, ha logrado identificar la existencia de dos presupuestos que deben cumplirse que son:

1) El de hecho: que no son sino las consecuencias fácticas de antecedentes conocidos, que puede ser discutido a nivel administrativo o judicial.

2) El de derecho: a base de normas jurídicas, que no admiten prueba en contrario.

Por tanto, se concluye que la obligación de la que es titular el responsable tributario es una obligación ex lege, es decir, que nace directamente de la Ley. De manera que en estos casos basta la producción o la aparición en la realidad social del supuesto de hecho o situación prevista por la norma para que automáticamente pueda considerarse como nacida la responsabilidad.

2.5. Personería jurídica del fideicomiso mercantil

Para tener una idea clara si el fideicomiso mercantil tiene una figura de persona jurídica que surta efectos jurídicos frente a sí misma y frente a terceros, se analizará los conceptos contenidos en nuestra normativa ecuatoriana.

Doctrinariamente, Larrea Holguín, la define como: “Una organización de personas (individuales o colectivas), con un fin que el derecho debe proteger y por lo cual, actúan como sujetos de Derecho reconocidos por el orden jurídico”.⁴¹

La Ley de Mercado de Valores en el último inciso del artículo 109 menciona: “El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.”⁴²

La Ley de Régimen Tributario Interno en su artículo 98 define al fideicomiso mercantil como sociedad para fines tributarios, por tal motivo, se convierte en sujeto

⁴¹ Juan. Manual Larrea Holguín, “Elemental del Derecho Civil del Ecuador”, (Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005), 145.

⁴²LMV, art. 109.

pasivo obligado al cumplimiento de las obligaciones tributarias como contribuyente o como responsable.⁴³

Bajo lo anotado previamente, si el fideicomiso mercantil no es una sociedad civil, ni tampoco una sociedad mercantil, sino una ficción jurídica, considero que tampoco se le debe asignar la categoría de sociedad bajo los términos tributarios.

Considero que al constituirse un fideicomiso mercantil, los constituyentes instruyen a la fiduciaria que se efectúe una labor encomendada que será cumplida en el transcurso del tiempo, una vez concluida la misma, se reintegra los bienes aportados y/o beneficios que se hubiesen obtenido de su manejo al constituyente o beneficiario y se da por terminado el contrato. Ejemplificando lo mencionado sería: Víctor compró un departamento y quiere que las rentas del mismo sean usadas para pagar los estudios de su hija Johana hasta que ésta termine la Universidad. Víctor acude a una fiduciaria para formar un fideicomiso mercantil.

En este caso: El fideicomitente es Víctor (persona que aporta un bien). El fiduciario se encargará de la administración del bien, ponerlo en renta y garantizar que con estas rentas se paguen los estudios de Johana. El fideicomisario es Johana (con los frutos del departamento se pagarán sus estudios). Patrimonio fideicomitado es el departamento (mientras dure el fideicomiso el departamento ya no es parte del patrimonio de Víctor).

La primera interrogante que se genera es, sin la intervención de un fideicomiso mercantil ¿se hubiera podido llevar a cabo la tarea encomendada?

Sin entrar en polémica que la persona no tenga un nivel cultural que le permita administrar su dinero, se concluiría que si podría realizar esta actividad sin necesidad de contratar una fiduciaria.

La segunda interrogante y más importante, ¿la responsabilidad tributaria debería recaer sobre la fiduciaria, la dueña del inmueble o sobre el beneficiario? He aquí el análisis:

El fideicomiso mercantil como un acto jurídico debe tener como finalidad fines estrictamente lícitos, ajustados por la autonomía de la voluntad limitada y sólo

⁴³ Artículo 98 de la Ley de Orgánica de Régimen Tributario Interno: “Definición de sociedad.- Para efectos de esta Ley el término sociedad comprende la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonio independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, salvo los constituidos por las Instituciones del Estado siempre y cuando los beneficiarios sean dichas instituciones; el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas; el fondo de inversión o cualquier entidad, que aunque carece de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros”.

por los principios generales en cuanto a que los fines del negocio no sean contrarios a la ley, al orden público, a la moral, a las buenas costumbres y a los derechos de terceros.

Al respecto, la autonomía de la voluntad nos aclara que las partes de un acto o negocio jurídico son libres para hacer todo lo que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, es decir, pueden decidir libremente qué negocios jurídicos ejecutarán y qué contenido darán a tales actos.

Este concepto se apega a la definición doctrinaria que se le otorga al derecho público que lo conceptualiza como la norma que regula las relaciones entre el Estado y los particulares, o la relación entre los Estados, teniendo como principio el interés general por sobre el interés particular y sólo se puede hacer lo que está permitido por la ley.

La constatación de la legitimidad de las formas empleadas para alcanzar los fines previstos, en especial frente al empleo de figuras jurídicas complejas como el fideicomiso, constituye un imperativo para el intérprete fiscal a los fines de prescindir de la apariencia formal cuando corresponda calificar al vínculo como un negocio en fraude de ley. Lo mismo puede decirse cuando el ropaje jurídico encubre un negocio lícito pero distinto al fin económico que las partes han tenido en mira realizar.

En el campo del Derecho Tributario la cuestión radica, precisamente, en el riesgo de apelar a esta figura para darle al negocio una forma jurídica que no se compadece con la realidad económica subyacente en el negocio real y, por lo tanto, de que no se configure con el contrato la cabal intención económica y efectiva de las partes.

La característica de la figura por su condición de negocio complejo deviene en la consecuencia de que por debajo del negocio "*aparente*" consistente en la transmisión fiduciaria de bienes por parte del fiduciario a favor del fiduciante, subyace la verdadera intención de las partes al celebrarlo. En consecuencia, al pretender determinar los efectos impositivos de este contrato no es posible contentarse con examinar las consecuencias fiscales de este instituto desde el punto de vista limitado de su apariencia formal, es decir, evaluando solamente su estructura jurídica y sus grandes rasgos conceptuales e incluso el rol de las partes del contrato y de los partícipes, sino que es necesario completar el análisis penetrando en el negocio subyacente a fin de merituarlo a la luz del tratamiento fiscal que las normas de cada

impuesto le dan a ese particular negocio y a los actos que en razón del mismo, el fiduciario está obligado a ejecutar como consecuencia del encargo fiduciario.

El intérprete está obligado a penetrar al fondo de la estructura formal del contrato para situarse en el núcleo del negocio y, recién desde allí, evaluar si la forma jurídica aparente se identifica con su finalidad económica.

En Alemania, Enno Becker contribuyó a incorporar en el ordenamiento tributario del Reich (Reichsabgabenordnung) el principio según el cual, para la interpretación de las leyes fiscales, debe tenerse en cuenta su finalidad. Tal como lo expresa el propio Becker, el propósito de la elaboración de tal principio fue el de acentuar la autonomía del derecho tributario y también evitar la evasión y elusión mediante la utilización de formas jurídicas que no se correspondieren con la realidad, con el objeto de encubrir el verdadero fin económico de los actos.⁴⁴

En nuestro país se cuenta con norma expresa semejante a la incorporada en Alemania por Becker, la cual manifiesta:

“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.”⁴⁵

La Administración Tributaria ha utilizado este artículo para desconocer en múltiples ocasiones las transacciones comerciales que carecen de esencia económica, entre las que se pueden mencionar y han sido reconocidas por las entidades administradoras de justicia son: subcapitalización, lease back, operaciones con empresas instrumentales, entre otras.

En otras palabras, si la "*intentio juris*" coincide con la "*intentio facti*" (intención empírica) el negocio no es simulado. Si, en cambio, existiere divergencia entre ambas, el intérprete fiscal ha de atenerse a la "*intentio facti*".

⁴⁴Manuel Luciano Hallivis Pelayo, “Interpretación en materia tributaria”, <<http://biblio.juridicas.unam/libros/6/2724/6.pdf>>, Consulta: 1 de mayo de 2014

⁴⁵CT, art. 17.

En este sentido, la Ley de Mercado de Valores se ha pronunciado al respecto de la Responsabilidad Tributaria que poseen los fideicomisos mercantiles en términos tributarios, esgrimiendo lo que sigue:

“Responsabilidad tributaria.- 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.

En el caso de encargos fiduciarios, el fiduciario hará la retención a nombre de quien otorgó el encargo.

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.”⁴⁶

Vale recordar que como agente de retención, el fideicomiso mercantil se encuentra en la posibilidad de retener tributos y que por mandato legal está obligado a ello.⁴⁷

De igual manera, como agente de percepción se encuentra en la obligación que le asigna la ley a recaudar tributos para, posteriormente, entregarlos al ente acreedor del tributo (sujeto activo) que está representado por el Servicio de Rentas Internas.⁴⁸

En concordancia con lo mencionado, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, mediante Ordenanza Municipal No. 292 publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 2.009 con respecto a personalidad jurídica de los fideicomisos dispone:

“Naturaleza jurídico – tributaria del fideicomiso mercantil.- En virtud de la autonomía calificadora del Derecho Tributario, para efectos del sistemas tributario del Distrito Metropolitano de Quito, el fideicomiso mercantil en cualquiera de sus

⁴⁶LMV, art. 135.

⁴⁷Art. 29, numeral 1 del Código Tributario prevé: (...) 1. Los agentes de retención, entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas que, en razón de su actividad, función o empleo, estén en posibilidad de retener tributos y que, por mandato legal, disposición reglamentaria u orden administrativa, estén obligadas a ello.

⁴⁸Art. 29, numeral 2 del Código Tributario manifiesta: (...) 2. Los agentes de percepción, entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas que, por razón de su actividad, función o empleo, y por mandato de la ley o del reglamento, estén obligadas a recaudar tributos y entregarlos al sujeto activo.

tipos y mientras exista legalmente, posee personalidad jurídica, por lo que está obligado a llevar contabilidad.”⁴⁹

Por todo lo esgrimido se considera al fideicomiso mercantil como sociedad para efectos tributarios y por tanto, debe cumplir sus deberes formales como agentes de retención y percepción.

2.6. Tratamiento Tributario

Desde su creación con la expedición de la Ley de Mercado de Valores del año 1993, el fideicomiso mercantil se ha posicionado como una herramienta para la consecución de múltiples empréstitos promoviendo la generación de inversión y comercio desde sus distintas modalidades, ya sea como fideicomiso de garantía, de tenencia, de inversión, inmobiliario, o de titularización, a través de un manejo objetivo de las instrucciones conferidas a su administrador, el fiduciario.

Una de las razones de su éxito sin duda yace en el régimen tributario preferencial que la ley establecía y que en el transcurso de los últimos tiempos, ha sido objeto de reformas tendientes a la eliminación de estos beneficios, siendo la última aquella contenida en el Código de la Producción. Por tanto, habrá que cuestionarse si ¿Continúa siendo atractivo el fideicomiso desde un punto de vista tributario a pesar de las reformas? En las siguientes líneas se espera dilucidar este cuestionamiento.

Desde 1999, la legislación tributaria ecuatoriana permitía que el contrato de fideicomiso mercantil determine, sin más que una elección de las partes, el régimen tributario aplicable para el mismo que variaba entre un fideicomiso neutral tributariamente hablando y un fideicomiso reconocido como sujeto pasivo de impuestos. La diferencia entre uno y otro radicaba en que en el primer caso, los beneficios del fideicomiso eran materia de tributación a nivel de los beneficiarios, cuando en el segundo caso, los resultados del fideicomiso tributaban a su nivel siendo el beneficio exento para el que lo recibía.

La gran ventaja conferida por este sistema estaba en el hecho de que las partes podían libremente elegir cuál de las dos maneras antes descritas les resultaba más conveniente desde un punto de vista tributario. Así, el que deseaba recibir renta exenta, prefería que los resultados del fideicomiso estén sujetos a tributación a su

⁴⁹Art. III... de la Ordenanza Municipal No. 292 “De las normas que regulan el tratamiento tributario municipal a los fideicomisos mercantiles”

nivel. En cambio, el que deseaba recibir renta gravable para tributar sobre la misma desde sus propias estructuras y de acuerdo a sus circunstancias, elegía que el fideicomiso sea neutral. De ahí, la popularidad de esta opción que eliminaba un nivel de tributación.

Lamentablemente, el uso abusivo por parte de los contribuyentes de la figura del fideicomiso, como mecanismo de una mal llamada “planificación tributaria”, derivó en que el Reglamento a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno expedido en el año 2.010 elimine la posibilidad de elegir el tratamiento tributario de los fideicomisos sometiendo a todos, sin distinción, a tributación como medida anti elusiva. Lo anterior sumado al hecho de que para ese entonces los beneficios de los fideicomisos estaban sujetos a un segundo nivel de tributación al igual que los dividendos de las sociedades según la reforma de diciembre de 2.009, restando atractivo al fideicomiso mercantil.

En efecto, habiendo la norma tributaria convertido a todo fideicomiso en sujeto pasivo de impuestos, el fideicomiso pasaba a estar obligado a calcular anticipo de impuesto a la renta (salvo ciertas excepciones) y a efectuar una retención en la fuente (1%, 5% o 10% dependiendo del caso) sobre los beneficios objeto de distribución dependiendo del tipo de beneficiario, lo cual, exponía a las partes al riesgo de una tributación excesiva o doble tributación, por el simple hecho de interponer entre las partes la figura del fideicomiso mercantil.

Meses después, se expide el Código de la Producción y como parte de las reformas tributarias que este cuerpo legal introdujo, incorpora nuevamente la posibilidad de elegir el tratamiento tributario de los fideicomisos mercantiles condicionando la neutralidad tributaria al hecho de que el fideicomiso no realice una actividad empresarial u opere un negocio en marcha y cumpla con la retención en la fuente al momento de distribuir beneficios.

Lamentablemente, a mi criterio, la reforma sobre el tratamiento tributario del fideicomiso del Código de la Producción es confusa pues si bien por un lado deja perfectamente claro que el fideicomiso puede elegir entre tributar a su nivel o no, por otro lado, parecería lo contrario.

Según la reforma del Código de la Producción, un fideicomiso 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.

De una lectura rápida de la definición, parecería que el único fideicomiso que cumple con ese requisito de no realizar actividades empresariales ni operar un negocio en marcha serían los fideicomisos sin fines de lucro, es decir, aquellos que se dedican exclusivamente a actividades de beneficencia, con lo cual en la práctica se generaría una contradicción con lo que claramente constituye el espíritu de la reforma en lo que respecta al fideicomiso. El reglamento que regula la aplicación de las reformas tributarias introducidas por el Código de la Producción en nada ayuda pues se limita exclusivamente a repetir el texto de la ley.

Por ello, para dilucidar esta aparente contradicción, primero hay que distinguir que no hay neutralidad sin ingresos gravables pues precisamente el principio de la neutralidad presume que habiendo ingresos gravables, éstos no están sujetos a tributación al nivel de la estructura que los genera sino por el contrario al nivel de la estructura que los recibe en este caso, el beneficiario.

El principio de neutralidad pierde relevancia en el momento que el fideicomiso no tiene ingresos gravables pues en este caso, de una manera u otra el fideicomiso no tributará. El solo hecho de que el fideicomiso genere ingresos gravables no lo convierte automáticamente en un fideicomiso sujeto a tributación.

Por otro lado, hay que distinguir el concepto objetivo detrás de operar un negocio o realizar actividades empresariales el cual consiste en el componente de riesgo asociado al mismo. Usualmente, los fideicomisos mercantiles que no desarrollan actividades empresariales ni operan negocios, generalmente se limitan a ejecutar acciones e instrucciones por cuenta, cargo y riesgo de un tercero (constituyente y/o beneficiario), en definitiva, una especie de mandato irrevocable, característica ausente en el caso de las actividades que se llevan a cabo a través de otro tipo de sociedades como el consorcio o la compañía anónima.

En este sentido, la clave para descifrar la interrogante planteada, está en la interpretación de esta nueva normativa en función de su espíritu y contexto. No cabe la menor duda que lo que busca la reforma es reintroducir la posibilidad de elegir el tratamiento tributario del fideicomiso. Por ello, interpretando dentro de este contexto la norma, lo que parece ambiguo en un primer momento se aclara cuando la norma establece que no solo es necesaria la presencia del ánimo de lucro para que haya una actividad empresarial o un negocio en marcha, sino también que además la actividad

sea de aquellas regularmente son realizadas a través de otro tipo de sociedades. Entonces, en la medida en que el fideicomiso mercantil no se dedique a una actividad con finalidad de lucro de aquellas que llevan a cabo sociedades, el fideicomiso no está sujeto a tributación.

El problema está en el grado de subjetividad al que se presta la norma y por ende, el riesgo de que se interprete como empresarial toda actividad que desarrolle un fideicomiso que no responda a una actividad de beneficencia, con las consiguientes contingencias para las partes.

2.7. Experiencias internacionales

A continuación se realizará un análisis de la legislación de otros países y el manejo tributario que le otorgan al fideicomiso mercantil.

2.7.1. Uruguay

En la legislación tributaria uruguaya, al fideicomiso mercantil se le designó como contribuyente para efectos impositivos otorgándole a su vez exoneraciones automáticas que apuntan a los inversores institucionales.

En un principio se generó la duda de considerar al fideicomiso mercantil como un negocio transparente, es decir, que no esté reconocido como contribuyente y considere que las rentas generadas por él estarán gravadas en la medida que sean computables fiscalmente por el beneficiario de las mismas. No obstante, esta idea fue desechada por el legislador debido a que se podía incurrir en posibles elusiones tributarias que sirvan para reducir la carga impositiva de operaciones que se encuentran gravadas con impuestos.

En Uruguay el Impuesto a las Rentas de la Industria y Comercio (IRIC) grava a la tasa de 30% del resultado neto obtenido por las empresas durante su ejercicio económico derivado de actividades desarrolladas o bienes situados en Uruguay. Las sociedades personales solamente son contribuyentes de IRIC cuando obtienen ganancias que derivan de actividades de tipo empresarial que suponen la combinación de capital y trabajo.

Las ganancias generadas fundamentalmente por el trabajo personal de los integrantes de la sociedad que no implican el uso significativo de capital (rentas puras de trabajo) y las generadas fundamentalmente por la inversión de capital de la

sociedad (rentas puras de capital) no suponen la combinación de capital y trabajo y por ende no están gravadas por el IRIC.

En el caso de los fideicomisos mercantiles comunes se encuentran considerados como contribuyentes siempre y cuando cumplan la condición de que desarrollen actividades empresariales mediante la combinación de capital y trabajo.

De igual manera, el fideicomiso mercantil tributará cuando las rentas obtenidas deban provenir de actividades desarrolladas o bienes situados en Uruguay, utilizando el criterio de fuente.

Los fideicomisos mercantiles que no son contribuyentes en términos tributarios y, en consecuencia, no pagan IRIC, son los que reciban inmuebles para ser administrados por el fiduciario y que obtengan rentas provenientes de alquiler o de la venta de los bienes. No obstante, si el fideicomiso mercantil vende más de dos inmuebles en el mismo año fiscal se considerará actividad empresarial y por tanto, gravará con este impuesto.

Para medir el valor fiscal de los bienes entregados al fideicomiso mercantil, la legislación uruguaya, prevé bajo tres figuras enfocadas en la relación del fideicomisario y el beneficiario:

1) Cuando el beneficiario es una persona física o jurídica totalmente independiente del constituyente el tratamiento fiscal a los bienes entregados al fideicomiso mercantil será el de una venta.

2) Cuando el beneficiario es una persona vinculada: accionista, director, socio, dueño, administrador, o familiar cercano y si el fideicomiso mercantil no va a desarrollar actividades gravadas con el IRIC, la transmisión fiduciaria deberá tratarse como venta a valores de mercado.

3) Por último, si el constituyente es uno de los beneficiarios y el fideicomiso mercantil no desarrolle actividades gravadas con IRIC, los bienes entregados deberán entregarse a valor de mercado y como se hubiera efectuado una venta.

2.7.2. Argentina

Para el caso argentino, el fideicomiso mercantil también es considerado como sujeto pasivo de impuestos y con una tarifa impositiva del 35% sobre sus ganancias netas imponibles.

Existe una excepción en su legislación que radica cuando el fiduciante es también beneficiario, el pago recae sobre este último. No se aplica esta excepción

cuando el fiduciario – beneficiario sean del exterior ni para los fideicomisos financieros.

Argentina ha incorporado la figura de la ganancia mínima presunta, que consiste en que los fideicomisos constituidos en este país, conforme la Ley 24.441, son sujetos pasivos del impuesto y debe tributar el gravamen a una tasa general del 1% sobre el activo imputable.

Cuando se da un pago a cuenta el impuesto a las ganancias es pago a cuenta de la ganancia mínima presunta. En cambio, si las Ganancias Mínimas Presuntas exceden, dicho excedente puede ser compensado contra el impuesto a las ganancias generado en el futuro dentro de los 10 años siguientes.

Para el caso del fideicomiso inmobiliario, la República del Argentina lo ha dividido en dos partes: 1) Cuando el fideicomiso se encarga de construir y vender el inmueble se pagará una tasa impositiva del 35% de las ganancias distribuidas; y, 2) Cuando el fideicomiso solo se encarga de construir, esta figura la denominan “Fideicomiso al costo” y en la normativa argentina existen beneficios impositivos como por ejemplo: se financia el pago del impuesto en el caso de estar alcanzado el aporte inicial, la adjudicación y la posterior venta.

Vale aclarar que esta última figura ha sido utilizada para ocultar la realidad económica de las empresas y esconder la verdadera finalidad del negocio contratado ya que para observar que existan ganancias reales se debe observar el negocio subyacente de cada contrato.

2.7.3. México

Este régimen es similar al caso argentino. En el caso mexicano los bienes deben salir del patrimonio del fideicomitente para entrar al patrimonio de afectación creado.

Los fideicomisos inmobiliarios deberán ser inscritos en la sección de Propiedad de Registro Público.

En términos fiscales, el fideicomiso mercantil está obligado a pagar a través de las personas integrantes del contrato y no el propio fideicomiso. No obstante, la legislación mexicana divide a los fideicomisos para la sujeción de impuestos y son:

1) Los fideicomisos que no realizan actividades empresariales que establece que el resultado del fideicomiso es parte de las actividades de los fideicomisarios, por tanto, son ellos los que van a soportar la carga tributaria pagando

individualmente el impuesto a la renta y considerarán como crédito los pagos efectuados por el fiduciario.

2) Los fideicomisos que realizan actividades empresariales que se encuentran amparados por la Ley de Impuesto Sobre la Renta establece que son las fiduciarias las obligadas a establecer la utilidad o pérdida fiscal de estas actividades y deberá cumplir sus obligaciones conjuntamente con los fideicomisarios

Vale aclarar que la responsabilidad sobre el incumplimiento de las obligaciones tributarias que deba cumplir la fiduciaria estará a cargo del fideicomisario o el fideicomitente.

En México también se contempla una figura similar al Impuesto de Ganancia Mínima y lo denominan Impuesto Activo cuyo funcionamiento radica en que al final del ejercicio solo se cubre el mayor impuesto que resulte entre el ISR (Impuesto sobre la Renta) y el IA (Impuesto Activo), con la posibilidad de que este último impuesto pueda ser recuperado cuando se genere ISR mayor al IA en cualquiera de los 10 ejercicios posteriores.

2.7.4. Panamá

La Ley panameña que se encuentra representada por la Ley 1 de 1.984 manifiesta que el fideicomiso mercantil contempla tres características que son: 1) acepta únicamente el fideicomiso expreso y escrito; 2) todos los fideicomisos se consideran onerosos; y c) pueden desempeñarse como fiduciario cualquier persona natural o jurídica.

La norma de este país considera exentas las rentas para el pago del impuesto, tanto en la constitución del fideicomiso como en la transferencia de los bienes que se entregan a este título, siempre que se cumplan con las características señaladas previamente.

Del mismo modo, esta norma prohíbe la no realización de operaciones que contravengan la ley y la moral, a través de una figura mercantil.

Por otra parte, se trató la tributación de los fideicomisos mercantiles en Panamá debido a que de acuerdo a la Resolución No. NAC-DGER2009-0182 publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 285 de 29 de febrero de 2008 se encuentra considerada como un paraíso fiscal y su tratamiento fiscal difiere de los demás países analizados.

Vale aclarar que Panamá no tiene la obligación de informar sobre las transacciones exteriores, no declara impuestos o presenta información anual, sin embargo, se encuentra obligado a pagar un impuesto al Gobierno de trescientos dólares.

CAPÍTULO TRES

EL FIDEICOMISO EN EL SECTOR INMOBILIARIO

En este capítulo se analizará la problemática que representa el fideicomiso inmobiliario y los riesgos tributarios existentes de esta figura legal.

3.1. Definiciones

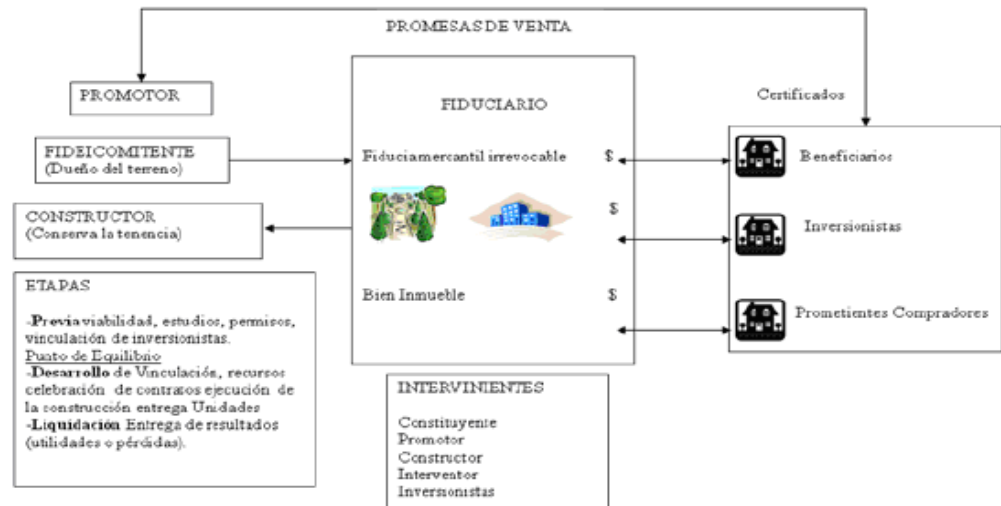
El fideicomiso inmobiliario es “el contrato en virtud del cual se transfieren bienes, que generalmente son inmuebles, al patrimonio autónomo para que el fiduciario los administre y desarrolle con ellos un proyecto inmobiliario, en función de las instrucciones establecidas en el contrato, para lo cual realizará las gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo del proyecto inmobiliario y todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato.”⁵⁰

La característica que tiene la figura del fideicomiso inmobiliario es la transferencia de un terreno con la finalidad de desarrollar el proyecto inmobiliario, para lo cual se contemplará los servicios adicionales como son: diseño y gerencia del proyecto, planificación, comercialización de las viviendas, oficinas o la infraestructura y fiscalización.

A este tipo de fideicomiso, gráficamente se lo representa de la siguiente manera:

⁵⁰ Ecuador, Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores, art. 17 numeral 3 de la Sección IV “Disposiciones Generales” del Capítulo I “Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario” del Título V “Negocios Fiduciarios”.

Gráfico No. 5
Fideicomiso inmobiliario



Fuente: Manual de Fiducia (Inédito)
Autora: Pilar Salazar Camacho.

Como se había mencionado anteriormente, el fideicomiso mercantil tiene legalidades que cumplir, para lo cual la Ley de Mercado de Valores en su artículo 120 prevé la información mínima que debe contener un contrato de constitución del fideicomiso, y es:

a) Comparecientes

También son denominados como Otorgantes o Intervinientes.

b) Glosario de términos

Es el “Marco Conceptual” de la escritura de constitución, donde se puntualiza el significado de los términos a utilizarse dentro del contrato, para evitar interpretaciones de las partes que puedan generar conflictos.

c) Antecedentes

Contiene la siguiente información:

- Información de los comparecientes (objeto social de cada interviniente)
- Historia de dominio de los bienes

d) Constitución del Fideicomiso

En este punto deberá constar la constitución del patrimonio autónomo y la denominación particular del negocio.

e) Derechos y obligaciones de los intervinientes

Se detallan todos los derechos y obligaciones, tanto los establecidos por ley como los acordados entre las partes.

f) Honorarios del Fiduciario

El Fiduciario solo podrá percibir aquellos honorarios que se encuentren debidamente establecidos en el documento.

g) Costos y gastos

Se debe establecer quién es el responsable de entregar recursos suficientes para cubrir los gastos que genere la operación del Negocio Fiduciario (suministros, avalúos, honorarios, etc.). En ningún momento la Fiduciaria estará obligada a entregar recursos propios para cubrir pasivos del Fideicomiso.

h) Proceso de Mediación

Es el procedimiento que se utilizará para la solución de conflictos tanto entre Constituyentes y Beneficiario o con la misma fiduciaria.

i) Domicilios de los intervinientes

Información que se considerará para efectos de notificaciones y entrega de información.

j) Causales de liquidación del Fideicomiso

- Cumplimiento del objeto del fideicomiso
- Imposibilidad comprobada del cumplimiento del objeto
- Vencimiento del plazo establecido para la vigencia del negocio
- Por decisión arbitral

k) Régimen Tributario

Parte fundamental que deberá estar establecida en todos los contratos de Fideicomisos es el régimen tributario del patrimonio autónomo constituido.

l) Finalidad del Negocio Fiduciario

La finalidad del Fideicomiso debe permitir identificarlo, sin lugar a interpretaciones.

m) Instrucciones Generales

Son las labores generales que el fiduciario deberá cumplir durante toda la vigencia del Fideicomiso:

n) Proceso de Ejecución

Como se va a desarrollar la obra.

3.2. Participantes en el mercado inmobiliario

Los intervinientes del fideicomiso inmobiliario son:

- Constituyente
- Fiduciario
- Beneficiario

A diferencia de las otras modalidades de fideicomisos, el inmobiliario se caracteriza en que el constituyente puede ser de varios tipos, que son:

Constituyente promotor.- Es la persona natural o jurídica que aporta el inmueble, estudios, promoción del proyecto y coordinan los diferentes elementos para desarrollar un proyecto inmobiliario. También se lo puede denominar como Grupo Promotor.

Constituyente adherente.-La Ley de Mercado de Valores lo define como un tercero distinto al grupo promotor que se adhiere al contrato de constitución del fideicomiso mercantil aceptando las cláusulas y condiciones contenidas en este.⁵¹

Para que exista este tipo de constituyente, el contrato del fideicomiso mercantil debe contener expresamente esta condición, caso contrario no se tendrá la posibilidad de adherir a una tercera persona.

3.3. Contabilización

El artículo 136 de la Ley de Mercado de Valores manifiesta:

De la contabilización.- Quien tenga derechos contractuales derivados de un contrato de fideicomiso, como constituyente, constituyente adherente o beneficiario los deberán contabilizar en sus libros en atención a que las transferencias de bienes efectuadas en fideicomiso mercantil se hacen en beneficio del propio constituyente o del beneficiario, según el caso. Tal registro contable es de responsabilidad exclusiva de los titulares de los derechos fiduciarios, los cuales tienen carácter esencialmente personal; no siendo el fiduciario responsable por la omisión o incumplimiento de esta norma. De acuerdo a las normas contables que expida la Superintendencia de Compañías.”⁵²

3.3.1 Contabilidad Fiduciaria

El objetivo de poner en conocimiento como se lleva la contabilidad en los fideicomisos tiene como finalidad conocer esta mecánica para la integración de los

⁵¹ LMV, art. 115.

⁵² LMV, art. 136.

Estados Financieros de los fideicomisos, así como su proceso de elaboración y utilidad.

Por lo que, vale recordar que la contabilidad es un proceso mediante el cual se identifica, mide, registra y comunica la información financiera de una organización o empresa, en este caso un fideicomiso, con el fin de que los administradores puedan evaluar su situación para la toma de decisiones.

En la administración de fideicomisos, las fiduciarias deben llevar contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad, el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos.

Para efectos contables, se puede considerar que cada fideicomiso es como una empresa independiente, que debe tener su propia contabilidad que permita conocer su situación financiera, derivada de su patrimonio y atendiendo sus fines. Esto representa uno de los principales retos de las Instituciones Fiduciarias, que deben llevar la contabilidad de varios fideicomisos, los cuáles a la vez pueden tener diversidad de bienes y de derechos afectos a su patrimonio.

La suma de cada una de las contabilidades particulares de los fideicomisos, deberá incorporarse en cuentas de orden de la Institución Fiduciaria, para reflejar los bienes y/o derechos que se están administrando por cuenta de terceros.

Al igual que en la contabilidad de una empresa, por cada fideicomiso se deben elaborar;

Balance de Situación Financiera

Estado de Resultados o Resultado Integral

Las cuentas se dividen en dos tipos:

- Cuentas de Balance.- Son aquellas que reflejan los registros que modifican la situación patrimonial.
- Cuentas de orden.- También conocidas como cuentas de memorándum o recordatorio. Los registros que se realicen en estas cuentas no modifican la situación financiera pero sirven para mantener el control de hechos o contingencias que pudieran llegar a afectar dicha situación.

Ante la diversidad de fideicomisos mercantiles, se recomienda la aplicación del mismo catálogo para todos, aperturando cuentas especiales en aquellos casos cuya complejidad lo requiera.

La contabilidad fiduciaria, sirve como medio de control para la consecución de los fines estipulados en el contrato suscrito entre los constituyentes y la fiduciaria.

A través de la contabilidad también se puede controlar:

- El cumplimiento de obligaciones de los Fideicomitentes.
- La constitución del patrimonio del Fideicomiso.
- El destino del patrimonio o de sus productos.
- El cumplimiento de las obligaciones a cargo del patrimonio.

3.3.2. Contabilidad de las empresas de construcción

La Norma Ecuatoriana de Contabilidad No. 15 “Contratos de Construcción” es la que aplica para el correcto registro contable de estos contratos en los estados financieros de los contratistas. Esta norma se desarrolló con base en la Norma Internacional de Contabilidad No. 11, misma que está actualmente vigente en el Ecuador, sin embargo, como la NEC 15 estuvo vigente hasta el año 2011 en la mayoría de empresas constructoras, se hará mención para tener un marco referencial de esta norma.

En la NEC 15 se define al contrato de construcción como “un contrato negociado específicamente para la construcción de un activo o una combinación de activos íntimamente interrelacionados o interdependientes en términos de su diseño, tecnología y función, o su último propósito o uso.”

Si bien toda la norma contiene definiciones importantes, la parte medular de la NEC 15 se enfoca en los métodos de contabilización y reconocimiento de los ingresos, costos y gastos, que son: el método de avance de obra y contrato terminado.

La diferencia entre estos métodos radica principalmente en los resultados de un contrato de construcción puedan ser medidos confiablemente o no al final de un período. En otras palabras, para el método de avance de obra, los resultados pueden ser medidos confiablemente, por lo que se reconocen los ingresos y costos en función de su grado de avance al final del ejercicio económico en curso, mientras que, para el segundo método, se reconocerán los ingresos y costos al finalizar el contrato de construcción.

La norma contable identifica la modalidad contractual para que se valore en el momento de aplicar los métodos de reconocimiento de ingresos, costos y gastos.

En este sentido, la NEC 15 en su párrafo 22, establece las condiciones para reconocer los ingresos, costos y gastos por el método de avance de obra para el contrato a precio fijo y son:

“a) el ingreso total del contrato puede cuantificarse confiablemente;

b) es probable que los beneficios económicos asociados con el contrato fluyan hacia la empresa;

c) pueden cuantificarse confiablemente tanto los costos del contrato para completar el mismo, como el grado de avance a la fecha de los estados financieros; y

d) Los costos del contrato atribuibles al contrato pueden ser claramente identificados y confiablemente cuantificados de modo que los costos reales del mismo incurridos pueden ser comparados con estimados previos.”⁵³

De igual manera, cita las condiciones que debe cumplir para el reconocimiento de ingresos, costos y gastos en el método de avance de obra en los contratos a costo más cantidad adicional convenida, y son:

“a) es probable que los beneficios económicos asociados con el contrato fluyan hacia la empresa; y

b) Los costos de contrato atribuibles al contrato, ya sean o no específicamente reembolsables, pueden ser claramente identificados y confiablemente cuantificados.”⁵⁴

Por lo expuesto, la norma contable pone reglas y lineamientos para escoger el método de reconocimiento de ingresos, costos y gastos, sin embargo, las empresas constructoras desestiman las condiciones manifestadas seleccionando de forma antojadiza el método de contabilización y reconocimiento.

Para establecer el nivel de ejecución que tiene el proyecto de construcción al final del período fiscal en el método de avance de obra, la norma contable permite utilizar las siguientes formas de medición:

- El porcentaje de los costos incurridos con relación a los costos totales estimados del proyecto;
- Inspecciones del trabajo ejecutado;
- Terminación de una proporción física del trabajo del contrato.

⁵³ Ecuador, Norma Ecuatoriana de Contabilidad 15 “Contratos de Construcción”, párrafo 22.

⁵⁴ *Ibíd.*, párrafo 23.

No obstante, existen rubros que deben ser excluidos cuando se utiliza el porcentaje de los costos incurridos con relación a los costos totales estimados del proyecto, que se detallan a continuación:

- Los costos de los materiales que han sido entregados o han sido apartados para ser usados en otro contrato y no han sido instalados; y,
- El pago a subcontratistas por un trabajo que todavía no se ha ejecutado y que se espera que se cumpla en el período siguiente.

Por otra parte, el método de obra terminada se utiliza cuando el resultado del contrato no se puede estimar confiablemente, y la contabilización deberá tomar en cuenta los siguientes puntos:

“a) Los gastos de fabricación y los costos directos deben cargarse a una cuenta de construcción en proceso (un activo).

b) Las facturas adelantadas enviadas a los clientes o el efectivo de los clientes recibido por anticipado, deben acreditarse a la cuenta de anticipos por construcción en proceso (un pasivo).

Al terminarse el contrato se registra la utilidad o pérdida bruta como sigue:

Precio del contrato – costos totales = utilidad o pérdida bruta

c) En los balances generales de fecha que caen dentro del período del contrato se clasifica como activo corriente al excedente de la cuenta de construcción en proceso sobre la cuenta de anticipos por construcción en proceso. Cuando el saldo de ésta es mayor que el saldo de la anterior, el saldo acreedor neto se clasifica como pasivo corriente. Al igual que para los demás activos o pasivos, la clasificación de estas partidas como corriente o no corriente se basa en el concepto del ciclo normal de las operaciones.

(i) Los costos estimados para terminar se suman a los costos registrados hasta la fecha, para estimar el total de los costos del contrato.

(ii) Los cobros futuros se suman a los anticipos ya recibidos, para calcular el ingreso total por el contrato.

(iii) La pérdida total en el contrato es igual a (i) menos (ii)⁵⁵

⁵⁵Ibíd., párrafo 37

NIC 11

A partir del año 2012 todas las empresas del país tienen la obligación de aplicar las normas internacionales de información financiera (NIIF's,) y, particularmente, para las empresas del sector de la construcción, deben regirse bajo la Norma Internacional de Contabilidad No. 11.

La diferencia entre la norma ecuatoriana y la internacional radica en que, esta última, no contempla el método de obra terminada para reconocer los ingresos, costos y gastos. Por tal motivo, las empresas debieron ajustar su contabilidad al método de avance de obra.

Por otra parte, la norma tributaria no ha sufrido reformas en el texto referente a los ingresos de las empresas de construcción, que da a lugar a la adopción de cualesquier método recomendado por la técnica contable. No obstante, los únicos que podrían adoptar el método de obra terminada serían las personas naturales obligadas a llevar contabilidad.

3.4. Riesgos Tributarios

Luego del análisis de la norma tributaria y el conocimiento al sector se han detectado los riesgos tributarios que se exponen a continuación, que para efectos didácticos se los dividirá en los riesgos derivados de la actividad del fideicomiso y los riesgos que se relacionan con el sector inmobiliario:

3.4.1. Riesgos derivados de la actividad del fideicomiso mercantil

3.4.1.1. Omisión de ingresos

La Ley de Régimen Tributario Interno dispone que si los fideicomisos mercantiles desarrollan actividades empresariales u operan negocios en marcha deben liquidar y pagar el impuesto a la renta como una sociedad normal.⁵⁶

No obstante, esta exención para efectos tributarios se encuentra imprecisa al desconocer el momento en el cual un fideicomiso mercantil desarrolla actividades empresariales u operan negocios en marcha. Al respecto, la Ley de Régimen

⁵⁶ LRTI, art. 9 numeral 15.

Tributario Interno otorga una luz a esta interrogante mencionada, indicando en su parte pertinente lo que sigue:

(...)

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 sea de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tenga ánimo de lucro, y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades. Así mismo, para efectos de aplicación del anticipo, en el caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, para determinar el momento de inicio de la operación efectiva, se tendrá en cuenta el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario o de cualquiera de sus etapas.⁵⁷ (El subrayado me pertenece).

Al remitirse al Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, para aclarar la definición proporcionada en la ley, se observa que únicamente se limita a transcribir el mismo texto de la norma legal.

Por ser una norma nueva en el Ecuador, no existe pronunciamientos de ningún carácter, sean estos: circulares del Servicio de Rentas Internas, pronunciamientos de Tribunal Distrital de lo Fiscal y Corte Nacional de Justicia, que indiquen cuando un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales y operan con negocios en marcha. Sin embargo, la doctrina de otros países podrá clarificar este panorama incierto.

Del derecho comparado realizado en la presente tesis, se observa que varios países contemplan en sus legislaciones tributarias la figura de un fideicomiso mercantil realizando actividades empresariales.

A continuación se realiza un análisis desde un punto de vista doctrinario del momento en el cual un fideicomiso mercantil desarrolla actividades empresariales u operan negocio en marcha.

Empezaré indicando que es una actividad empresarial, la cual se expone en el artículo denominado “La actividad empresarial y su relación con la contabilidad financiera” del catedrático Giovanni E. Gómez, que asevera que existen factores que determinan la actividad empresarial, la doctrina comercial ha establecido tres tipos de factores necesarios para realizar sus operaciones, estos son: las personas que se encuentran representados por los propietarios, los gerentes, los administradores y todos los empleados que laboran en los procesos administrativos y operativos de la empresa, el capital que está constituido por los aportes que hacen los propietarios de

⁵⁷ LRTI, art. 42.1.

la empresa y puede estar representado en dinero en efectivo, en mercancías, en maquinaria, en muebles o en cualquier otro aporte de bienes y el trabajo que es la actividad que realizan las personas para lograr el objetivo primordial de la empresa que puede ser la producción de bienes, la comercialización de mercancías o la prestación de algún servicio.⁵⁸

El resultado implícito de estos tres factores, que no se ha mencionado al desarrollar una actividad empresarial, es la obtención de un lucro o ganancia por la ejecución de dichas actividades.

Para complementar la definición esgrimida en los párrafos precedentes, la normativa mexicana da una respuesta al sujeto pasivo, aclarando que se entiende por actividad empresarial:

(...)

Se entenderá por actividades empresariales las siguientes:

I. Actividades comerciales.- Las que de conformidad con las leyes fiscales tienen ese carácter y no están comprendidas en las demás actividades.

II. Actividades industriales.- La extracción, conservación o transformación de materias primas, acabado de productos y la elaboración de satisfactores.

III. Actividades agrícolas.- La siembra, cultivo, cosecha y la primera enajenación de los productos obtenidos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

IV. Actividades ganaderas.- La cría y engorda de ganado, aves de corral y animales, así como la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

V. Actividades pesqueras.- La cría, cultivo, fomento y cuidado de la reproducción de toda clase de especies marinas y de agua dulce, incluida la acuicultura, así como la captura y extracción de las mismas y la primera enajenación de esos productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

VI. Actividades silvícolas.- Las de cultivo de los bosques o montes, así como la cría, conservación, restauración, fomento y aprovechamiento de la vegetación de

⁵⁸Giovanny E. Gómez, “La actividad empresarial y su relación con la contabilidad financiera” <<http://www.gestiopolis.com/canales/financiera/articulos/13/acctividadempresarial.htm>>, Consulta: 30 de noviembre de 2014

los mismos y la primera enajenación de sus productos, que no hayan sido objeto de transformación industrial.

De lo esgrimido en los párrafos precedentes se obtiene dos precisiones contradictorias: 1) Existe un marco doctrinario referente al cual remitirse para calificar a un fideicomiso mercantil si se encuentra realizando actividad empresarial, y, 2) Persiste el vacío legal en el literal I actividades comerciales, que se presentará en el día a día en las fiduciarias para la calificación de un fideicomiso mercantil desarrolla o no actividades empresariales.

Sin embargo, considero que la finalidad de desarrollar una actividad empresarial es la obtención de una ganancia, utilidad o lucro.

En este sentido, nuestra norma tributaria menciona el momento en el cual opera un fideicomiso mercantil como actividad empresarial manifestando que cuando se realice actividades de tipo industrial, comercial, agrícola, prestación de servicios y otra que tenga ánimo de lucro.

Para el caso particular del fideicomiso inmobiliario es notoria la realización de actividad empresarial y corroborada en la absolución a la consulta tributaria interpuesta por el “Fideicomiso Mercantil Lagos del Daule” emitida con oficio No. 917012012OCON000481 publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 894 de 19 de febrero de 2013 que menciona lo siguiente: “está obligado a pagar el anticipo de Impuesto a la Renta en cuanto haya superado el punto de equilibrio del proyecto inmobiliario, aun cuando con posterioridad el mencionado proyecto hubiera tenido las dificultades que describe el consultante”

Según lo expresado en el párrafo precedente, si el proyecto inmobiliario ha superado las condiciones que establecen para llegar al punto de equilibrio, es decir, ha cumplido las condiciones legales, financieras y técnicas, ya es un negocio en marcha y se encuentra realizando actividad empresarial.

3.4.1.1.1. Caso práctico

En el año 2013, se realiza un fideicomiso mercantil cuya instrucción es la realización de un proyecto inmobiliario de veinte casas cada una valorada en USD 100.000,00. La fiduciaria realiza dos ventas de las unidades habitacionales en efectivo en noviembre y diciembre de 2013.

El punto de equilibrio del proyecto lo alcanza el 1 de junio de 2013.

De acuerdo a su contabilidad, el fideicomiso lo registra de la siguiente manera:

Fecha	Detalle	Debe	Haber
	-1-		
31-nov-2013	Caja-bancos	100.000,00	
	Ventas (casa 1)		100.000,00
	Por venta de una unidad habitacional		

Fecha	Detalle	Debe	Haber
	-2-		
31-dic-2013	Caja-bancos	100.000,00	
	Ventas (casa 2)		100.000,00
	Por venta de una unidad habitacional		

En el mes de abril de 2.014, la fiduciaria debe presentar la declaración de Impuesto a la Renta y lo hace bajo los siguientes términos (modo didáctico):

Casilla	Descripción	Valor
612	Otras rentas exentas	200.000,00
699	Total ingresos	200.000,00
799	Total costos y gastos	0,00
801	Utilidad del ejercicio	200.000,00
805	100% Otras rentas exentas	200.000,00
819	Utilidad gravable	0,00
839	Total Impuesto Causado	0,00

La Administración Tributaria Central emite la comunicación de diferencias y le solicita que justifique las razones por las cuales no pagó impuesto a la renta del ejercicio fiscal 2.013.

La fiduciaria indica que sus rentas son exentas debido a que no se encuentra realizando ninguna actividad empresarial o negocio en marcha, de conformidad con el numeral 15 del artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno y adicionalmente, son enajenaciones ocasionales de bienes inmuebles que no superan las dos transferencias al año.

De lo esgrimido en los párrafos precedentes, para el caso del ejemplo, la fiduciaria pagó cero dólares por concepto de Impuesto a la Renta del ejercicio fiscal 2.013.

Por lo que la correcta aplicación de la normativa tributaria es lo que sigue:

DECLARACIÓN DE IMPUESTO A LA RENTA AÑO 2.013		
Casilla	Descripción	Valor
602	Ventas netas locales gravadas con tarifa 0%	200.000,00
699	Total ingresos	200.000,00
799	Total costos y gastos	0,00
801	Utilidad del ejercicio	200.000,00
819	Utilidad gravable	200.000,00
839	Total Impuesto Causado	44.000,00

Como se observa del cuadro precedente, la fiduciaria causaría un perjuicio al Estado en USD 44.000,00 por la mal interpretación de la norma tributaria ya que la fiduciaria si realizó actividades empresariales al momento de que se le instruyó realizar el proyecto inmobiliario.

3.4.1.2. Valores consolidados en la declaración

La Superintendencia de Compañías exige que la presentación de la información sea consolidada ingresos menos costos y gastos. Por lo que las empresas consignan en su declaración de Impuesto a la Renta, la utilidad bruta de la ejecución del contrato, es decir, consignó el efecto neto entre los ingresos por concepto de las ventas de los inmuebles y los costos incurridos para la realización de los mismos.

Bajo esta forma de declaración, el riesgo que genera para la Administración Tributaria Central, es que no se pueden identificar cuentas contables y se pierde el rastro para una revisión al costo de ventas del proyecto.

3.4.1.2.1. Caso práctico

En el año 2.013, se realiza un fideicomiso mercantil cuya instrucción es la realización de un proyecto inmobiliario de veinte casas. Los costos del proyecto inmobiliario son:

Gerencia del proyecto USD 100.000,00, planificación y dirección arquitectónica USD 60.000,00, construcción USD 600.000,00, Gastos de comercialización USD 20.000,00, Instrumentación Legal por USD 20.000,00, otros costos y gastos administrativos USD 100.000,00, los ingresos por concepto de la venta de la totalidad de las unidades habitacionales suman USD 1'000.000,00, generando una ganancia para los beneficiarios del fideicomiso USD 100.000,00.

La contabilización de las transacciones mencionadas previamente se detalla a continuación:

Fecha	Detalle	Debe	Haber
	-1-		
01/feb/2013	Gastos por gerencia del proyecto	100.000,00	
	Caja-bancos		100.000,00
	Pago de gastos de gerencia		

Fecha	Detalle	Debe	Haber
	-2-		
01/mar/2013	Gastos por planificación y dirección arquitectónica	60.000,00	
	Caja-bancos		60.000,00
	Pago por dirección arquitectónica		

Fecha	Detalle	Debe	Haber
	-3-		
01/ago/2013	Costos de ventas (construcción)	600.000,00	
	Caja-bancos		600.000,00
	Registro del costo por servicios de construcción		

Fecha	Detalle	Debe	Haber
	-4-		
01/sep/2013	Gastos por comercialización	20.000,00	
	Caja-bancos		20.000,00
	Pago de comercialización de las unidades habitacionales		

Fecha	Detalle	Debe	Haber
	-5-		

Fecha	Detalle	Debe	Haber
01/oct/2013	Gastos por instrumentación legal	20.000,00	
	Caja-bancos		20.000,00
	Pago por trámites en el Municipio y escrituras		

Fecha	Detalle	Debe	Haber
	-6-		
01/nov/2013	Otros costos y gastos administrativos	100.000,00	
	Caja-bancos		100.000,00
	Pago por comisión a la fiduciaria		

Fecha	Detalle	Debe	Haber
	-7-		
01/dic/2013	Caja-bancos	1'000.000,00	
	Ingresos ventas tarifa 0%		1'000.000,00
	Por venta de las unidades habitacionales		

La fiduciaria en su declaración de Impuesto a la Renta consigna los siguientes valores:

DECLARACIÓN DE IMPUESTO A LA RENTA AÑO 2013		
Casilla	Descripción	Valor
602	Ventas netas locales gravadas con tarifa 0%	100.000,00
699	Total ingresos	100.000,00
799	Total costos y gastos	0,00
801	Utilidad del ejercicio	100.000,00
819	Utilidad gravable	100.000,00
839	Total Impuesto Causado	22.000,00

Como se observa en el cuadro precedente, la fiduciaria consigna sus valores consolidados, es decir, neteando los costos y gastos con los ingresos resultantes de la operación fiduciaria.

Esta forma de presentación de la declaración de Impuesto a la Renta de las compañías fiduciarias conlleva un alto riesgo para la Administración Tributaria dificultando las actividades de control sobre este tipo de contribuyentes.

3.4.1.3. Partes relacionadas

Cuando personas naturales son los promotores del proyecto inmobiliario y a su vez, son beneficiarios, la figura utilizada se fundamenta en contratar a empresas relacionadas o, en ciertos casos, llegando a ser ellos mismos los que desarrollan los servicios adicionales, como son: gerencia del proyecto, construcción, comercialización de las viviendas y/o oficinas, instrumentación legal y planificación y dirección arquitectónica.

Si la fiduciaria no emplea mecanismos de control de su gestión, en el que se establezcan valores justos y de mercado, los gastos podrían sobrevalorarse y, en consecuencia, afectaría al resultado del contrato del fideicomiso y beneficiaría al constructor y al administrador del proyecto.

No obstante, la norma tributaria determina para efectos fiscales quienes son considerados como partes relacionadas.

3.4.1.3.1. Caso práctico

El señor XY de 66 años de edad desea realizar un proyecto inmobiliario de 5 casas, cuenta con el terreno y los recursos monetarios para desarrollarlo. La profesión de XY es arquitecto y es dueño de la compañía constructora XY CIA. LTDA.

Por indisponibilidad de tiempo, el señor XY realiza un contrato fiduciario para que realicen el proyecto cuyo beneficiario será el mismo.

Se conforma la junta del Fideicomiso Mercantil para decidir sobre los proveedores que van a prestar los servicios de construcción, gerencia del proyecto y dirección arquitectónica. Debido a que el señor XY es el único constituyente y beneficiario del contrato fiduciario decide que el servicio de construcción será desarrollado por XY CIA. LTDA. por un valor de USD 500.000,00, y la gerencia del proyecto y dirección arquitectónica será llevada a cabo por XY cuyos honorarios ascienden a USD 20.000,00.

Los precios de mercado de las actividades de construcción y gerencia de proyecto y dirección arquitectónica están valorados a 400.000,00 y 15.000,00 respectivamente. A continuación se refleja el impacto tributario por los servicios de construcción derivados de esta transacción:

Transacciones entre partes relacionadas

Fecha	Detalle	Debe	Haber
	-1-		
01/ago/2013	Costos de ventas (construcción)	500.000,00	
	Caja-bancos		500.000,00
	Registro del costo por servicios de construcción		

Impuesto a la renta causado (A)	110.000,00
--	-------------------

Transacciones entre partes independientes

Fecha	Detalle	Debe	Haber
	-1-		
01/ago/2013	Costos de ventas (construcción)	400.000,00	
	Caja-bancos		400.000,00
	Registro del costo por servicios de construcción		

Impuesto a la renta causado (B)	88.000,00
--	------------------

Del análisis a los cuadros precedentes se observa que la fiduciaria se disminuiría por concepto de Impuesto a la Renta la suma de USD 22.000,00 (110.000,00 – 88.000,00) por haber realizado transacciones entre partes relacionadas.

3.4.1.4. Ventas a cargo del propio beneficiario

En la figura del fideicomiso mercantil inmobiliario suele suceder que el beneficiario de los resultados se haga cargo de las ventas de los inmuebles, el riesgo implícito sería que si el constituyente y beneficiario, quisiera que no se reporten utilidades por el objeto de la ejecución del fideicomiso, podría manipular los precios de venta.

3.4.1.4.1. Caso práctico

Con los mismos datos del ejemplo del punto anterior, se incorpora la siguiente información:

La venta de las 5 unidades inmobiliarias a un precio estimado de USD 125.000,00 por cada una. La persona encargada de la venta de los inmuebles es el señor XY.

El señor XY realiza las escrituras de compra venta por precios menores del estimado y el valor restante solicita que los clientes le paguen en efectivo. El detalle de las ventas de las unidades habitacionales se presentan a continuación:

Detalle	Valor de venta USD
Casa 1	105.000,00
Casa 2	108.000,00
Casa 3	115.000,00
Casa 4	125.000,00
Casa 5	100.000,00
TOTAL:	553.000,00
Valor de venta estimado por las unidades habitacionales	625.000,00
Omisión de ingresos:	72.000,00

3.4.1.5. Beneficios repartidos

Del resultado del fideicomiso mercantil se pueden generar rendimientos para los beneficiarios que de acuerdo con la normativa vigente son considerados como ingresos gravados.

No obstante, el beneficiario puede declarar como ingresos exentos o simplemente no declararlos, debido a que la Administración Tributaria, no posee el recurso humano para controlar a las personas naturales de este grupo.

Otra figura que puede usar el beneficiario, es que el resultado del fideicomiso mercantil sea entregado a través de una vivienda u oficina, por lo que se disolvería la utilidad del negocio fiduciario.

3.4.1.5.1. Caso práctico

Con los mismos datos del ejemplo del punto anterior, se incorpora la siguiente información:

El señor XY tiene una utilidad proyectada de USD 125.000,00 como resultado de la ejecución del fideicomiso mercantil, por lo cual solicita que esta ganancia sea entregada con un canje por una unidad inmobiliaria.

El efecto tributario es el siguiente:

Liquidación del Impuesto a la Renta Señor XY Con distribución de utilidades⁵⁹		Liquidación del Impuesto a la Renta Señor XY Sin distribución de utilidades	
Dividendo repartido	125.000,00	Dividendo repartido	0,00
Impuesto a la renta pagado por la sociedad	35.256,41	Impuesto a la renta pagado por la sociedad	0,00
Renta global	160.256,41	Renta global	0,00
Fracción Básica (A)	20.318,00	Fracción Básica (A)	0,00
Fracción Excedente (B)	19.756,24	Fracción Excedente (B)	0,00
Impuesto a la Renta Causado (A+B)	40.074,24	Impuesto a la Renta Causado (A+B)	0,00
(-) Crédito tributario por dividendo	0,00	(-) Crédito tributario por dividendo	0,00
(-) Retención en la fuente por el dividendo	2.250,00	(-) Retención en la fuente por el dividendo	0,00
Impuesto a la Renta por pagar	37.824,24	Impuesto a la Renta por pagar	0,00

Con la distribución de utilidades por parte de la fiduciaria, el sujeto pasivo debe pagar un impuesto de USD 37.824,24 y con el canje de las ganancias por una unidad habitacional no paga nada al año de la repartición de los beneficios por concepto del negocio fiduciario. Esta utilidad deberá reflejarse al momento que XY decida vender el inmueble, causando un claro perjuicio al Fisco.

3.4.2. Riesgos relacionados por la actividad del sector inmobiliario

3.4.2.1. Ingresos declarados por las ventas de los inmuebles

Al realizarse la venta por una parte relacionada en el negocio fiduciario, se genera el riesgo que las ventas de los inmuebles se encuentren efectuados con los precios reales de compra – venta.

Como es de conocimiento popular, las escrituras públicas de compra – venta de los inmuebles son realizadas a precios inferiores de los reales para evitar el pago

⁵⁹ Para la liquidación del cálculo se tomó en cuenta lo estipulado en los artículos 15 y 137 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno.

de los impuestos municipales y declarar los valores correctos en el formulario del Servicio de Rentas Internas.

3.4.2.2.Honorarios percibidos

Como se analizó en el punto de partes relacionadas, el beneficiario del fideicomiso mercantil suele ser la persona que se encargaba de realizar la gerencia del proyecto, construcción de la obra, la instrumentación legal, venta de las unidades habitacionales y planificación arquitectónica, y, como contraprestación de estos servicios recibe un honorario profesional que puede ser que:

1. Se reciba un honorario sin que se haya prestado el servicio y no se demuestre fehacientemente con documentación de soporte que fue efectuado; y,
2. El honorario que reciba sea excesivamente alto, en función de la totalidad del proyecto y que sirva para desviar posibles utilidades del fideicomiso al beneficiario del mismo.

3.4.2.3.Reconocimiento contable de costos, gastos e ingresos

Como se había analizado previamente, el reconocimiento de los ingresos, costos y gastos, de conformidad con lo estipulado en la NIC 11 “Contratos de Construcción” también genera riesgos tributarios.

Las empresas constructoras no se ciñen a lo mencionado en la norma contable citada, pues no reconocen sus ingresos, costos y gastos en función del avance de obra y presupuestos de la obra, por lo que existe el riesgo que no se generen resultados positivos en cada ejercicio, y, en consecuencia, no declaren dividendos los beneficiarios del fideicomiso.

3.4.2.3.1. Caso práctico

La compañía constructora XYZ CIA. LTDA. lleva su contabilidad bajo el método de obra terminada, dicha empresa obtiene un contrato en el año 2.011 duradero a 3 años por el valor de USD 1.000.000,00 y los costos y gastos incurridos en la obra ascienden a 800.000,00. A continuación un resumen de los datos financieros:

Detalle	Año 2.011	Año 2.012	Año 2.013	TOTAL
Monto inicial del contrato	260.000,00	480.000,00	260.000,00	1'000.000,00
Costos incurridos en la obra	208.000,00	384.000,00	208.000,00	800.000,00

Detalle	Año 2.011	Año 2.012	Año 2.013	TOTAL
Utilidad esperada	52.000,00	96.000,00	52.000,00	200.000,00
Porcentaje de terminación	26%	74%	100%	

La compañía realizó su declaración de Impuesto a la Renta en el año 2.013 bajo el método de obra terminada de la siguiente manera:

DECLARACIÓN DE IMPUESTO A LA RENTA AÑO 2.013		
Casilla	Descripción	Valor
699	Total ingresos	1'000.000,00
799	Total costos y gastos	800.000,00
801	Utilidad del ejercicio	200.000,00
839	Total Impuesto Causado	44.000,00

Si el sujeto pasivo hubiera contabilizado su contrato por el método de avance de obra, se hubiesen generado los siguientes resultados:

DECLARACIÓN DE IMPUESTO A LA RENTA ⁶⁰					
Casilla	Descripción	Año 2.011	Año 2.012	Año 2.013	TOTAL
699	Total ingresos	260.000,00	480.000,00	260.000,00	1'000.000,00
799	Total costos y gastos	208.000,00	384.000,00	208.000,00	800.000,00
801	Utilidad del ejercicio	52.000,00	96.000,00	52.000,00	200.000,00
839	Total Impuesto Causado	12.480,00	22.080,00	12.480,00	47.040,00

Como se observa en los últimos cuadros, realizando la declaración al año 2013 con el método de obra terminada, el impuesto a pagar es de USD 44.000,00, mientras que el impuesto a pagar por el método de avance de obra asciende a USD 47.040,00 que genera una diferencia de USD 3.040,00.

Vale mencionar que esta diferencia se genera por la tasa impositiva del Impuesto a la Renta, que de acuerdo con el COPCI, se disminuyó un punto porcentual desde el año 2011, sin embargo, se debe considerar el valor del dinero en el tiempo, debido a que no es lo mismo, ni financiera ni tributariamente, tener USD 100,00 actualmente que la misma cantidad del dinero en 5 años.

⁶⁰ Se aplican las tarifas de Impuesto a la Renta vigente para cada año fiscal de acuerdo a la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI, es decir, para el año 2011, la tarifa del 24%; año 2012, la tarifa del 23%, y, a partir del ejercicio fiscal 2013 en adelante la tarifa del 22%.

3.4.2.4. Costos y gastos no relacionados con la actividad inmobiliaria del fideicomiso

Debido a la forma de presentar las declaraciones de Impuesto a la Renta por parte de la fiduciaria, tal como se mencionó en el punto respectivo, la Administración Tributaria Central, se le dificulta la detección de costos y gastos que no se encuentren relacionados con la actividad del fideicomiso mercantil.

3.4.2.5. Transacciones con empresas instrumentales

Es bastante frecuente que las empresas de este sector registren en su contabilidad pagos a proveedores instrumentales por servicios diversos, estos pagos normalmente tienen todos los respaldos documentales que exige la normativa vigente, es decir existen facturas, cheques y comprobantes de retención, sin embargo al momento de verificar la información de los proveedores se encuentra que son empresas o personas naturales que:

- No tienen ni han tenido personal afiliado al IESS

- No tienen contratadas líneas telefónicas

- No tienen contratos de servicios básicos

En el caso de las personas naturales, la dirección registrada corresponde a una vivienda.

Estos son solo algunos ejemplos de las características que suelen presentar este tipo de proveedores, y precisamente para definir si se trata de empresas instrumentales, la Administración Tributaria cuenta con un programa de auditoría y con bases de datos que registran proveedores de este tipo.

Para corroborar que se tratan de empresas instrumentales, el Servicio de Rentas Internas verifica las siguientes variables:

- Estado de no ubicado recurrente

- Omisidad recurrente

- Sin autorización de facturación

- Accionistas mayoritarios relacionados a proveedores

- Representantes legales y/o contadores relacionados con los proveedores

- Otros criterios (manejo de cuentas por pagar por varios años, compensación de cuentas)

Posteriormente, se realizan requerimientos de información sobre los presuntos proveedores instrumentales a organismos de control, como por ejemplo: proveedores

de servicios básicos, instituciones financieras, gremios y asociaciones y cualquier otra organización a la que debería estar afiliado el posible proveedor instrumental de acuerdo a su actividad económica.

Con el análisis de toda esta información se debe definir si los proveedores pueden llegar a ser considerados como instrumentales o no.

Del mismo modo, las transacciones deben ser sometidas a la verificación del hecho económico, es decir, a corroborar si en efecto se realizó la prestación de los servicios por los cuales se generó un pago y sirvieron para obtener, mantener y mejorar la renta gravada.

Este tipo de actos irregulares se dan con regularidad en la prestación del servicio de transporte, por lo que se verifica que el proveedor haya tenido registrados vehículos en la base de datos del SRI, y, en el caso de que argumente que subcontractaba el servicio se deben realizar comparecencias con los dueños de los vehículos utilizados para tratar de comprobar que ellos hayan prestado el servicio y hayan recibido el pago por el monto reportado.

Por lo que estas transacciones presentan un riesgo alto y se desconoce su deducibilidad con el artículo 17 del Código Tributario, que califica el hecho generador conforme su verdadera esencia económica.

Al respecto de este tipo de transacciones, la Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana ha emitido fallos a favor de la Administración Tributaria que se exponen a continuación:

Fallo del 29 de mayo del 2013, dictada dentro del Recurso No. 162-2012, en relación al Juicio de Impugnación 09502-2010-0090 en la que se establece que:

- 2.8. “La Sala ha establecido (por ejemplo, en la causa No. 28/2011) que un gasto para que sea considerado tal debe tener una secuencialidad material que lo justifique como: la fuente de la obligación, el pago, el desembolso efectivo, la factura y la acreditación de tales valores a favor del beneficiario o de un tercero, autorizado por éste;
- 2.9. En el caso en estudio, existen las facturas, el registro y procedimiento interno, pero no existe constancia de recepción por parte del beneficiario del pago, ni la fuente que justifique dichos pagos; ello está corroborado en el ejercicio de verificación practicado por la Administración Tributaria y que no ha sido desvirtuado por la empresa actora, que se limita a justificar, la existencia de las facturas, el procedimiento interno y de las compañías que emitieron las mismas probando en el proceso que estos contribuyentes estaban autorizados para emitir comprobantes válidos, elementos que, no son suficientes para demostrar la secuencialidad material del gasto, que ha sido advertidos por la Administración, a través del mecanismos de cruce de

información. También obre del proceso (.) el oficio No. GGN-GDI-DPG-OF emitido por el Gerente General de Servicio de Aduana del que se desprende que los presuntos proveedores de la empresa actora, en los períodos fiscales en estudio no realizaron importaciones, lo cual no ha sido desvirtuado por la empresa, que conduce a colegir que no se ha cerrado el ciclo del gasto.”

Fallo dictado el 24 de agosto de 2012, dentro del recurso de casación No. 28-2011, en la que se establece que:

- 6.3. “Un gasto, para que sea considerado tal, debe tener una secuencia material que lo justifique como: la fuente de la obligación, el pago, el desembolso efectivo, la factura y la acreditación de tales valores a favor del beneficiario o de un tercero, autorizado por éste; en el caso, existen las facturas, el egreso e los valores y el registro contable, pero no existe constancia de recepción por parte del beneficiario del pago, ni la fuente que justifique dichos pagos; por añadidura, existe la declaración de los representantes legales de las empresas presuntas beneficiarias de los pagos, de no haber mantenido relaciones comerciales con la empresa actora, lo cual, desmerece los justificativos expuestos, como son las facturas, el registro contable y el egreso, pues no se ha demostrado lo esencial, la fuente de la obligación y la recepción del pago por parte de los presuntos beneficiarios; ello está corroborado en el ejercicio de verificación practicado por la Administración Tributaria y no ha sido desvirtuado por la empresa actora, que se limita a justificar, la existencia las facturas, el pago y el registro contable, elementos que, como queda dicho, no son suficientes para [la] demostrar la secuencialidad material del gasto, que ha sido advertido por la Administración Tributaria, a través del mecanismo de cruces de información. Esto no ha sido (sic) considerado por la Sala de instancia, produciéndose el vicio alegado.”

Fallo del 29 de mayo del 2.013, dictada dentro del Recurso No. 006-2.012, en la que se establece que:

“En atención a lo dicho, para que un gasto sea considerado como tal debe tener una secuencia material que así lo justifique tales como la fuente de la obligación, el pago o desembolso efectivo, la correspondiente factura y la acreditación de tales valores a favor del beneficiario, de la revisión del expediente existen facturas, pero no existe constancia de recepción del pago por parte del beneficiario...”

Al haberse simplemente limitado a justificar la existencia de las facturas y de las compañías que emitieron las mismas, elementos que como se ha dicho, no son suficientes para demostrar la secuencia material del gasto, el mismo deviene en no deducible ya que no se ha demostrado su materialidad.”

3.4.2.6. Contabilidad a cargo de la fiduciaria

Un riesgo que es muy importante para la Administración Tributaria Central cuando se realizan contratos de construcción a través de un fideicomiso mercantil, se genera en que no se tiene expresamente definido sobre quién recae la responsabilidad de llevar la contabilidad.

Esta duda se crea debido a que, en muchos casos, por términos presupuestarios de las empresas constructoras, son estos los que se encargan de llevar la contabilidad, por lo que se estaría tomando un gasto que no le corresponde reportar en los resultados corrientes de esa empresa.

Para la Administración Tributaria Central representa un riesgo potencial ya que no podría identificar que se trate de la figura de un fideicomiso mercantil y esos valores estén sujetos a reembolso por la fiduciaria.

3.4.2.7. Impuestos Municipales

Por otro lado, en lo que respecta a la Administración Tributaria Seccional y a los impuestos que administra, como son: la Alcabala Municipal y el Impuesto a la Utilidad en la Venta de Inmuebles o Plusvalía, vale mencionar que las transferencias de dominio a favor de un fideicomiso por ley están exentas de ellos, pues el aporte a la fiducia no se considera generador de riqueza sino más bien, al decir de varios autores, se trata de un acto de confianza o un acto neutro en el que el ingrediente de onerosidad o gratuidad concebido como hecho generador de los antes mencionados impuestos, no existe.

Lo anterior viabiliza que las transferencias de inmuebles a fideicomisos inmobiliarios, al no generar costos importantes calculados sobre la cuantía de ellas, sean registradas por éstos a su valor de mercado, lo cual, le permite al proyecto, costear su inventario con el componente del valor real de la tierra y tributar sobre su resultado, a diferencia de lo que ocurre en otros negocios instrumentados bajo figuras jurídicas distintas a la del fideicomiso, en donde, la transferencia de dominio a valor de mercado, por sus costos, resulta prohibitiva, con el consiguiente efecto de que los resultados del negocio, calculados sobre un costo de tierra muy inferior a la realidad, estarán sujetos a una excesiva tributación.

3.5. Caso de estudio

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, las ventajas que presenta el fideicomiso frente a otras figuras legales son muchas, entre las cuales se puede mencionar que este instrumento puede representar una alternativa de financiación; es un negocio que cae en la economía real y no meramente financiera, genera un ámbito extrajudicial de resolución de conflictos dentro del negocio; a través del fideicomiso mercantil se abrevian los plazos del recupero de las inversiones al entrelazar activos con obligaciones, y, desde el punto de vista comercial, el fideicomiso le otorga singularidad y especialidad a un proyecto por ser un negocio que se funda en la buena fe de los intervinientes del negocio.

No obstante, la ventaja más destacable de los fideicomisos inmobiliarios en relación a las figuras clásicas de financiamiento de emprendimientos inmobiliarios (como los créditos hipotecarios), es que todas las partes que participan en fideicomisos tienen un único interés común: la culminación del proyecto en los términos pactados.

A continuación se presenta un caso práctico que nos permita evidenciar una forma didáctica la diferencia entre una figura tradicional y con la constitución de un fideicomiso mercantil inmobiliario.

Supongamos que el señor “X” posee un terreno, sin embargo, no tiene los recursos económicos para construir; por lo que decide asociarse con el señor “Y”, quien posee dinero suficiente para ejecutar el proyecto pero carecía de un inmueble. Los dos participantes acuerdan realizar la construcción de un edificio de departamentos en el lote del señor “X”.

Una vez que se empiezan las obras, el señor “Y” invierte altas sumas de dinero en la construcción que se levanta sobre el inmueble ajeno del señor “X”, bajo este esquema el señor “Y” corre el riesgo de que los acreedores del señor “X” puedan ejecutar las garantías por créditos que pudo haber generado dicho señor, y, en consecuencia, le embarguen no solo el lote del señor “X” sino también todo el avance de obra ejecutado hasta ese momento.

Bajo este escenario, el señor “Y” habrá perdido todo lo que invirtió en el proyecto debido a un mal manejo económico y la irresponsabilidad de su socio.

Caso contrario, si los intervinientes hubiesen realizado un fideicomiso mercantil, que como se menciona, este negocio genera un patrimonio de afectación diferente al patrimonio de cada uno de los contratantes.

Desde el punto de vista contable el fideicomiso también resulta ventajoso ya que todas las contingencias propias de un proyecto constructivo estarán fuera de los balances de los fiduciantes, es decir, que los posibles reclamos laborales, impositivos o avatares de la obra no repercutirán en los balances de quienes inviertan en el fideicomiso inmobiliario. En estos casos, en los balances de los fiduciantes habrá una salida de dinero o de bienes (aportados al fideicomiso) y, en su reemplazo, aparecerá un crédito contra el fiduciario.

Siguiendo el mismo ejemplo, desde otra perspectiva, pensemos en que si el señor “X” no quiere asociarse con nadie, pero no dispone de los recursos económicos para ejecutar la obra, seguramente requerirá un financiamiento externo a una institución financiera, a través de un crédito hipotecario. En ese caso, al banco financista de la obra poco le importará si el proyecto culmina con éxito en los términos pactados o no; al banco sólo le interesaría que se cancele los valores de la hipoteca.

En cambio, en un fideicomiso, el señor “X” y el señor “Y” tendrán el mismo interés común en el éxito del emprendimiento; y el fiduciario administrador, por su parte, también tendrá el mismo interés pues del éxito del negocio depende su buena reputación en el mercado, pues, solo con base en una buena trayectoria en este tipo de negocios, el fiduciario se asegurará su éxito como empresario.

3.6. Mecanismos de control por parte de la Administración Tributaria

Los mecanismos de control que establece la Administración Tributaria Central están relacionados estrictamente con un objetivo de la política económica implantada por el Gobierno Central y consagrados en la Constitución Política del Ecuador, que son los siguientes:

1. Asegurar una adecuada distribución del ingreso y de la riqueza nacional (entre la población).
2. Incentivar la producción nacional, la productividad y competitividad sistémica, la acumulación del conocimiento científico y tecnológico, la inserción estratégica en la economía mundial y las actividades productivas complementarias en la integración regional.
3. Asegurar la soberanía alimentaria y energética.
4. Promocionar la incorporación del valor agregado con máxima eficiencia, dentro de los límites biofísicos de la naturaleza y el respeto a la vida y a las culturas.

5. Lograr un desarrollo equilibrado del territorio nacional, la integración entre regiones, en el campo, entre el campo y la ciudad, en lo económico, social y cultural.
6. Impulsar el pleno empleo y valorar todas las formas de trabajo, con respeto a los derechos laborales.
7. Mantener la estabilidad económica, entendida como el máximo nivel de producción y empleo sostenibles en el tiempo.
8. Propiciar el intercambio justo y complementario de bienes y servicios en mercados transparentes y eficientes.
9. Impulsar un consumo social y ambientalmente responsable.

Para cumplir con estas metas, la Administración Tributaria ha incorporado mecanismos de control que mitiguen las deficiencias detectadas.

De igual manera, se debe contar con un sistema integrado bajo un enfoque de gestión de riesgos tributarios, que desarrolle herramientas para efectivizar las operaciones de la Administración Tributaria.

Este sistema integrado de gestión de riesgos identificará a los contribuyentes y sectores que generan mayor riesgo, asegurando el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Con una gestión de riesgos eficiente coadyuvará a responder rápidamente a los cambios de coyuntura y asegurar a un manejo óptimo de los recursos que posee la Administración Tributaria.

De acuerdo a los riesgos identificados provenientes de los fideicomisos mercantiles, el Servicio de Rentas Internas se encuentra llevando a cabo varias acciones en procura de una inclusión de estos actores en el mundo de la tributación.

Catastro de contribuyentes.- Levantamiento de bases de datos de las empresas que se dedican a las actividades fiduciarias.

Reformas tributarias.- Este punto es uno de los pilares más importantes para la lucha contra la evasión y la elusión tributaria, y de recaudación para el país.

Desde el año de 1979 hasta la fecha han existido 51 reformas tributarias y desde el Gobierno de Rafael Correa han sido 10.

Las reformas tributarias referentes a la figura del fideicomiso mercantil han sufrido varias modificaciones que se exponen a continuación:

Cuadro No. 1
Reformas legales del fideicomiso mercantil

Codificación 2004-026	R. O. No. 94 de 23-XII-2009	Registro Oficial No. 351 de 29-XII-2010	R. O. S. 249 de 20 de Mayo del 2014
Art. 9.- (...)	Art. 9.- (...)	Art. 9.- (...)	Art. 9.- (...)
15.- Las ganancias de capital, utilidades, 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; y,	Texto igual	15.- Los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles, siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme la definición que al respecto establece el Art. 42.1 de esta Ley. Así mismo, se encontrarán exentos los ingresos obtenidos por los fondos de inversión y fondos complementarios.	Texto igual
		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.	Texto igual

Codificación 2004-026	R. O. No. 94 de 23-XII-2009	Registro Oficial No. 351 de 29-XII-2010	R. O. S. 249 de 20 de Mayo del 2014
		De establecerse que estos fideicomisos mercantiles, fondos de inversión o fondos complementarios no cumplen con los requisitos arriba indicados, deberán tributar sin exoneración alguna.	Texto igual
		15.1.- Los rendimientos por depósitos a plazo fijo pagados por las instituciones financieras nacionales a personas naturales y sociedades, excepto a instituciones del sistema financiero, así como los rendimientos obtenidos por personas naturales o sociedades por las inversiones en títulos valores en renta fija, que se negocien a través de las bolsas de valores del país, y 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. Esta exoneración no será aplicable en el caso en el que el perceptor del ingreso sea deudor directa o indirectamente de la institución en que mantenga el depósito o inversión, o de cualquiera de sus vinculadas; y	15.1.- Los rendimientos por depósitos a plazo fijo pagados por las instituciones financieras nacionales a personas naturales y sociedades, excepto a instituciones del sistema financiero; así como los rendimientos financieros obtenidos por personas naturales o sociedades por las inversiones en valores en renta fija, que se negocien a través de las bolsas de valores del país o del Registro Especial Bursátil. De igual forma, 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 sea en depósitos a plazo fijo o en valores de renta fija, negociados en bolsa de valores legalmente constituidas en el país o en el Registro Especial Bursátil. Los depósitos a plazo fijo y las inversiones en renta fija detallados en el inciso anterior, deberán ser emitidos a un plazo de un año o más, y deberán permanecer en posesión del tendedor que se beneficia de la exoneración más de 360 días de manera continua. Esta exoneración no será aplicable en el

Codificación 2004-026	R. O. No. 94 de 23-XII-2009	Registro Oficial No. 351 de 29-XII-2010	R. O. S. 249 de 20 de Mayo del 2014
			caso en el que el perceptor del ingreso sea deudor directa o indirectamente de las instituciones en que mantenga el depósito o inversión, o de cualquiera de sus vinculadas.
	Art. 36.- Tarifa del impuesto a la renta de personas naturales y sucesiones indivisas: (...)	Art. 36.- Tarifa del impuesto a la renta de personas naturales y sucesiones indivisas: (...)	Art. 36.- Tarifa del impuesto a la renta de personas naturales y sucesiones indivisas: (...)
	e) Los dividendos y las utilidades de sociedades así como los beneficios obtenidos por fideicomisos mercantiles, distribuidos a favor de personas naturales residentes en el país, formarán parte de su renta global, teniendo derecho a utilizar, en su declaración de impuesto a la renta global, como crédito, el impuesto pagado por la sociedad correspondiente a ese dividendo, utilidad o beneficio, que en ningún caso será mayor al 25% de su valor. El crédito tributario aplicable no será mayor al impuesto que le correspondería pagar a la persona natural por ese ingreso dentro de su renta global.	e) Los dividendos y las utilidades de sociedades así como los beneficios obtenidos por fideicomisos mercantiles, distribuidos a favor de personas naturales residentes en el país, formarán parte de su renta global, teniendo derecho a utilizar, en su declaración de impuesto a la renta global, como crédito, el impuesto pagado por la sociedad correspondiente a ese dividendo, utilidad o beneficio, que en ningún caso será mayor a la tarifa de Impuesto a la Renta prevista para sociedades de su valor. El crédito tributario aplicable no será mayor al impuesto que le correspondería pagar a la persona natural por ese ingreso dentro de su renta global.	e) Los dividendos y las utilidades de sociedades así como los beneficios obtenidos por fideicomisos mercantiles, distribuidos a favor de personas naturales residentes en el país, formarán parte de su renta global, teniendo derecho a utilizar, en su declaración de impuesto a la renta global, como crédito, el impuesto pagado por la sociedad correspondiente a ese dividendo, utilidad o beneficio, que en ningún caso será mayor a la tarifa de Impuesto a la Renta prevista para sociedades de su valor. El crédito tributario aplicable no será mayor al impuesto que le correspondería pagar a la persona natural por ese ingreso dentro de su renta global.
	Art. 37.- Tarifa del impuesto a la renta para sociedades.- (...)	Eliminado	Eliminado

Codificación 2004-026	R. O. No. 94 de 23-XII-2009	Registro Oficial No. 351 de 29-XII-2010	R. O. S. 249 de 20 de Mayo del 2014
	<p>Sobre los dividendos y utilidades de las sociedades y sobre los beneficios obtenidos de fideicomisos mercantiles, fondos de cesantía y fondos de inversión gravados, que constituyan renta gravada, se realizará la retención en la fuente conforme se establezca en el Reglamento a esta Ley. Cuando una sociedad otorgue a sus socios, accionistas, partícipes o beneficiarios, préstamos de dinero, se considerará dividendos o beneficios anticipados por la sociedad y por consiguiente, ésta deberá efectuar la retención del 25% sobre su monto. Tal retención será declarada y pagada al mes siguiente de efectuada y dentro de los plazos previstos en el Reglamento y constituirá crédito tributario para la empresa en su declaración de impuesto a la Renta.</p>	<p>Eliminado</p>	<p>Eliminado</p>
		<p>Art. 42.1.- Liquidación del Impuesto a la Renta de Fideicomisos Mercantiles y Fondos de Inversión.- Conforme lo establecido en esta Ley, los fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, deberán declarar y pagar el correspondiente impuesto a la renta por las utilidades obtenidas, de la misma manera que lo realiza el resto de sociedades.</p>	<p>Texto igual</p>

Codificación 2004-026	R. O. No. 94 de 23-XII-2009	Registro Oficial No. 351 de 29-XII-2010	R. O. S. 249 de 20 de Mayo del 2014
		<p>Los fideicomisos mercantiles que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, los fondos de inversión y los fondos complementarios, siempre y cuando cumplan con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 9 de esta Ley, están exentos del pago de impuesto a la renta. Sin perjuicio de ello, deberán presentar únicamente una declaración informativa de impuesto a la renta, en la que deberá constar el estado de situación del fondo o fideicomiso mercantil</p>	<p>Texto igual</p>
		<p>Para efectos tributarios se entenderá que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera un negocio en marcha, cuando su objeto y/o la actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tenga ánimo de lucro, y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades. Así mismo, para efectos de aplicación del anticipo, en el caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, para determinar el momento de inicio de la operación efectiva, se tendrá en cuenta el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario o de cualquiera de sus etapas.</p>	<p>Texto igual</p>

Cuadro No. 2
Reformas reglamentarias del fideicomiso mercantil

R.O. 484-S, 31-XII-2001	Registro Oficial No. 337 de 15-V-2008	Registro Oficial No. 209 de 8-VI-2010	Registro Oficial No. 434 de 26-IV-2011
<p>Art. 55.- Liquidación del Impuesto a la Renta de los fideicomisos mercantiles y fondos de inversión.- De conformidad con lo dispuesto en el numeral 15) del artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, los fideicomisos mercantiles y los fondos de inversión legalmente constituidos deberán liquidar y pagar el Impuesto a la Renta que corresponda a las sociedades de acuerdo con las normas generales. Alternativamente, los fideicomisos mercantiles o fondos de inversión podrán distribuir los beneficios a los beneficiarios, debiendo éstos declarar el Impuesto a la Renta, sujetándose para el efecto a lo establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno y en el presente Reglamento; bajo esta alternativa, los fideicomisos mercantiles y fondos de inversión deberán presentar anualmente una declaración del Impuesto a la Renta informativa en la que deberán constar el estado de situación del fideicomiso mercantil o fondo de inversión, pero no liquidarán ni pagarán el Impuesto a la Renta.</p>	<p>Art. 64.- Liquidación del Impuesto a la Renta de los fideicomisos mercantiles y fondos de inversión.- Los fideicomisos mercantiles y los fondos de inversión legalmente constituidos deberán liquidar y pagar el Impuesto a la Renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo con las normas generales. Alternativamente, los fideicomisos mercantiles o fondos de inversión podrán distribuir los beneficios a los beneficiarios, debiendo éstos declarar el Impuesto a la Renta, sujetándose para el efecto a lo establecido en la Ley de Régimen Tributario Interno y en el presente Reglamento; bajo esta alternativa, los fideicomisos mercantiles y fondos de inversión deberán presentar anualmente una declaración del Impuesto a la Renta informativa en la que deberá constar el estado de situación del fideicomiso mercantil o fondo de inversión, pero no liquidarán ni pagarán el Impuesto a la Renta.</p>	<p>Art. 68.- Liquidación del Impuesto a la Renta de los fideicomisos mercantiles y fondos de inversión.- Los fideicomisos mercantiles y los fondos de inversión legalmente constituidos, en cualquier caso, deberán liquidar y pagar el Impuesto a la Renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo con las normas generales.</p>	<p>Art. 68.- Liquidación del Impuesto a la Renta de los fideicomisos mercantiles, fondos de Inversión y fondos complementarios.- 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.</p>

R.O. 484-S, 31-XII-2001	Registro Oficial No. 337 de 15-V-2008	Registro Oficial No. 209 de 8-VI-2010	Registro Oficial No. 434 de 26-IV-2011
		<p>Las administradoras de los fideicomisos mercantiles y fondos de inversión deberán presentar mensualmente al Servicio de Rentas Internas, en medio magnético, una declaración informativa de cada fideicomiso mercantil y fondo de inversión que administre, que contenga los nombres y apellidos completos, denominación o razón social, cédula de identidad o número del Registro Único de Contribuyentes, domicilio, monto y fecha de la inversión y, monto, retención efectuada y fecha de los beneficios distribuidos.</p>	<p>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.</p>
		<p>De conformidad con el artículo 17 del Código Tributario, se entenderá que cuando un fideicomiso entregue beneficios, directa o indirectamente, a personas naturales residentes en el Ecuador o sociedades domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, que se han originado en la percepción de dividendos o</p>	<p>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.</p>

R.O. 484-S, 31-XII-2001	Registro Oficial No. 337 de 15-V-2008	Registro Oficial No. 209 de 8-VI-2010	Registro Oficial No. 434 de 26-IV-2011
		utilidades de sociedades residentes en el Ecuador, serán considerados como dividendos percibidos por la persona natural y se sujetarán al tratamiento tributario que sobre este tipo de ingresos determine la Ley de Régimen Tributario Interno y este Reglamento.	

Han existido opiniones diversas en los contribuyentes referentes a las reformas tributarias, sin embargo, han contribuido para actualizar la legislación fiscal a las nuevas figuras legales y no legales utilizadas para disminuir la carga fiscal de los sujetos pasivos.

Controles intensivos.-El Servicio de Rentas Internas, en aplicación de la facultad determinadora contemplada en el Código Tributario, ha venido ejerciendo procesos de auditorías tributarias a un espectro mayor de contribuyentes.

Se han realizado controles previos a las fiduciarias con la finalidad de conocer el ámbito en donde se desenvuelven y adquirir el conocimiento suficiente para llevar controles adecuados a la realidad económica del sujeto pasivo.

Controles extensivos.-La finalidad de este tipo de controles es cruzar la información reportada por el contribuyente cotejando con los anexos de los clientes y proveedores de ese sujeto pasivo.

Este tipo de de controles se los realiza de forma masiva y a nivel general a un número mucho mayor que los controles intensivos.

Mediante Resolución No. NAC—DGERCGC14-00132 de 18 de febrero de 2014 emitida por el Servicio de Rentas Internas resolvió aprobar el anexo de fideicomisos mercantiles, fondos de inversión y fondos complementarios con el objetivo de realizar cruces de información de primera mano y verificar que las obligaciones tributarias sean satisfechas acorde a la normativa tributaria vigente.

CAPÍTULO CUATRO

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

Las conclusiones a las cuales se ha llegado en la presente tesis son:

El fideicomiso mercantil es un contrato legal que se basa en la buena fe de los intervinientes que entregan bienes muebles e inmuebles a un patrimonio autónomo con la finalidad que se cumpla la instrucción expresada en el contrato. Está conformado por 3 partes intervinientes que son: Constituyente, Beneficiario y Fiduciario.

El fideicomiso mercantil es una figura mercantil nueva en el país, que está considerada como sociedad, es decir, que tiene personería jurídica para efectos tributarios, sin embargo, no tiene reglas de juego claras para su tributación, dejando a libre albedrío la liquidación y pago del impuesto a la renta entre los intervinientes del fideicomiso mercantil.

La normativa tributaria de otros países posee un tratamiento tributario claro de los fideicomisos mercantiles con identificación plena del sujeto pasivo que recae la carga impositiva.

La norma tributaria ecuatoriana vigente asegura que la realización de fideicomisos mercantiles no se desarrolle adecuadamente, creando incertidumbre en los sujetos pasivos del tributo. Producto de esta deficiencia se deforma a esta figura repercutiendo en la utilización de prácticas nocivas y fuera de la Ley.

El fideicomiso mercantil se encuentra considerado como sujeto pasivo para efectos tributarios, por lo cual, debe cumplir con los deberes formales establecidos en la normativa tributaria.

Los riesgos tributarios que generan los fideicomisos mercantiles pueden ser derivados de la misma figura fiduciaria como de la actividad en la cual se desenvuelve la industria inmobiliaria.

En la norma tributaria se encuentra expresamente definida la exención a los ingresos que generen los fideicomisos mercantiles, siempre y cuando, no desarrollen actividades empresariales y operen negocios en marcha. Luego del análisis realizado

en la presente tesis, se concluye que los fideicomisos mercantiles gozarán de esta exención si la finalidad es tener un ánimo de lucro.

La falta de entendimiento del giro del negocio, catastro actualizado y personal son las deficiencias de la Administración Tributaria para ejercer un control a las entidades de los negocios fiduciarias y sus beneficiarios.

La Administración Tributaria ha empezado a desarrollar planes y mecanismos de control, empezando por identificar riesgos de los fideicomisos y obtener información de primera mano con el anexo de de fideicomisos mercantiles, fondos de inversión y fondos complementarios.

4.2. RECOMENDACIONES

A continuación se exponen las recomendaciones derivadas de la presente tesis:

A pesar del auge que tiene el fideicomiso mercantil en nuestro país, no es una figura conocida por la población. Por lo que se debe realizar campañas de difusión de esta figura jurídica.

Los organismos de control deben reforzar sus esfuerzos a los fideicomisos mercantiles para evitar posibles figuras ilegales, fraudes, ocultamiento de negocios y revelar la verdadera intención de constituirlos.

La normativa legal debe ser ajustada a la coyuntura actual debido a que se observan vacíos legales que pueden distorsionar la naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil. Entre las propuestas de reformas podrían ser:

- Implantar en la normativa tributaria que el tema de los fideicomisos mercantiles se establezca un impuesto mínimo como lo prevé la normativa tributaria argentina.
- Aclarar el significado de actividad empresarial y negocio en marcha para un fideicomiso mercantil.
- Definir claramente cuál es el sujeto pasivo que soportará la carga tributaria cuando exista beneficios o utilidades en el fideicomiso mercantil.

Los fideicomisos mercantiles inmobiliarios deben efectuar su contabilidad en función de lo establecido por la técnica contable, es decir, adoptando el método de avance de obra determinado por la NIC 11 “Contratos de Construcción” cuya aplicación será realizada por el organismo de control pertinente.

En este sentido, la Administración Tributaria, deberá pronunciarse con una circular obligando a que los fideicomisos inmobiliarios contabilicen sus ingresos, costos y gastos mediante el método de avance de obra.

La Superintendencia de Compañías y Servicio de Rentas Internas, deben trabajar coordinadamente en la redacción de normas para que no se interpongan con las actividades de control que realizan a las fiduciarias.

El Servicio de Rentas Internas deberá desarrollar más controles, intensivos o extensivos, de las fiduciarias, con la finalidad de crear riesgo perceptible en este sector.

BIBLIOGRAFÍA

- Batiza, Rodolfo. “Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria”, 2da. Edición. México, Porrúa, s.f. citado por Gómez de la Torre Reyes, Diego. “El fideicomiso mercantil”. Quito, Albazul Offset, 1998.
- Cañizares Cevallos, Karla Auxiliadora. “El contrato de Fideicomiso Mercantil en la Legislación Ecuatoriana”. tesis de abogacía, Universidad de Cuenca, 2013.
- Dromi, Roberto. “Derecho Administrativo”. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 1998.
- Durango Vela, Gustavo. “Legislación Sustantiva Tributaria Ecuatoriana”, Quito, Edipcentro, 2010.
- García Vizcaíno, Catalina. “Derecho Tributario, Consideraciones económicas y jurídicas, Análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia, Tomo I”. Buenos Aires, Depalma, 2006.
- González Torre, Roberto. “El Fideicomiso”. Guayaquil, Editorial Edino, 2005.
- Langa, Enrique. “Diccionario de Hacienda Pública”. Madrid, Ed. Pirámide 1990.
- Larrea Holguín, Juan. Manual. “Elemental del Derecho Civil del Ecuador”. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2005.
- Leal Pérez, Hidelbrando. “Contratos Bancarios”. Bogotá, Editorial Librería del Profesional, 1990.
- Mendoza, Elker. “Fideicomiso mercantil. Concepto y breves antecedentes históricos”. En Alejandro Hernández Maestroni, Gianni Gutiérrez Prieto Fernando Foti Faroppa, Aspectos legales, tributario y contable. s.l., Editorial Jurídica Amalio M Fernández, s.f.
- Mendoza, Elker. “Fideicomiso mercantil. Concepto y breves antecedentes históricos”. <http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=800>.
- Menéndez Moreno, Alejandro. “Derecho Financiero y Tributario”, séptima edición. Madrid, Editorial Lex Nova, 2004. Citado por Durango Vela, Gustavo. “Legislación Sustantiva Tributaria Ecuatoriana”. Quito. Edipcentro, 2010.
- Mercado de Valores, Negocios Fiduciarios y Titularización. s.l.: DRET Consultores, 2008, CD-ROM.

- Monteros Paladines, Hugo y otros. “El Derecho en la Actividad Financiera del Estado y sus Instituciones”. Loja, Universidad Nacional de Loja, 2011. En <www.unl.edu.ec>. 25-09-2012.
- “ONG incursiona en Bolsa para dar más créditos”, *El Comercio* (Quito), 29 de noviembre de 2012,4
- Pereira Orellana, Diego Fernando. “Régimen jurídico tributario municipal aplicable al fideicomiso mercantil en el caso ecuatoriano”. tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2004-2006.
- Rodríguez Azuero, Sergio. “Contratos Bancarios, su significación en Latinoamérica”. Bogotá, Felibán, 1990, citado por Cevallos Vásquez, Víctor. “Mercado de Valores y Contratos”. Tomo II. Quito, Jurídica del Ecuador, 1997.
- Rodríguez Azuero, Sergio. “Negocios fiduciarios su significación en América Latina”. Quinta edición. Bogotá, Legis Editores, 2005.
- Stiglitz, Joseph. “La Economía del Sector Público”, 3ra. Edición. Barcelona, Antoni Bosh, 2000.
- Troya Jaramillo, José Vicente. “Derecho Tributario Internacional”. Quito, Corporación Editora Nacional, 1990.
- Troya Jaramillo, José Vicente. “La evolución del sistema tributario del país a partir de 1830”. Libro del Sesquicentenario IV Economía Ecuador 1830-1980. Segunda Parte. Quito, Corporación Financiera Nacional, 1980.
- Venegas Valencia, Mery Estefanía. “Los negocios fiduciarios en Latinoamérica con aspiración a la homologación de leyes”. tesis de abogacía, Universidad de las Américas, 2011.
- Villagordoa Lozano, José Manuel. “Doctrina General del Fideicomiso”. México, Ed. Porrúa, 1982.

NORMATIVA

- Constitución Política de la República del Ecuador [2008]. Título VI. “Régimen de Desarrollo”. Sección Quinta. Régimen Tributario.
- Ecuador. Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. En Registro Oficial, Suplemento, 1. 8 de marzo de 2007, última reforma 17 de diciembre de 2012.

- Ecuador. Código Civil. En Registro Oficial, Suplemento, 46. 24 de junio de 2005, última reforma 3 de diciembre de 2012.
- Ecuador. Código Tributario. En Registro Oficial, Suplemento, 38. 14 de junio de 2005, última modificación: 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. Ley de Mercado de Valores. En Registro Oficial, Suplemento, 215. 22 de febrero de 2006.
- Ecuador. Ley de Régimen Tributario Interno. En Registro Oficial, Suplemento, 463. 17 de noviembre de 2004, última modificación: 20 de mayo de 2014.
- Ecuador. Presidencia de la República. “Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno”. En Registro Oficial, Suplemento, 209. 8 de junio de 2010, última modificación: 17 de diciembre de 2013.
- Ecuador. Norma Ecuatoriana de Contabilidad 15 “Contratos de Construcción”.

INTERNET

- <<http://www.gerencie.com/principio-de-equidad-tributaria.html>>.
- Servicio de Rentas Internas, “Plan Estratégico 2012-2015”, (2014), <www.sri.gob.ec>.
- <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/13/cnt/cnt5.pdf>>
- Manuel Luciano Hallivis Pelayo, “Interpretación en materia tributaria”, <<http://biblio.juridicas.unam/libros/6/2724/6.pdf>>.