

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**

**SEDE ECUADOR**

**MAESTRÍA EN DERECHO**

**MENCIÓN EN DERECHO TRIBUTARIO**

**TEMA: RÉGIMEN JURÍDICO TRIBUTARIO MUNICIPAL APLICABLE AL  
FIDEICOMISO MERCANTIL EN EL CASO ECUATORIANO**

**TUTOR: DR. CÉSAR MONTAÑO**

**AB. DIEGO FERNANDO PEREIRA ORELLANA**

**2004- 2006**

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del título de master, autorizo al Centro de Información de la Universidad para que haga de este trabajo un documento disponible para su lectura según las normas de la Institución.

También cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, los derechos de publicación de este trabajo o de parte de ella, manteniendo mis derechos de autor hasta por un período de 30 meses contados después de su aprobación.

Ab. Diego Pereira Orellana

## **RESUMEN.**

La tesis trata de determinar cual es el régimen jurídico tributario municipal aplicable al fideicomiso mercantil en el caso ecuatoriano, y cuales son las situaciones jurídicas que gravan a la actividad fiduciaria con los distintos impuestos municipales.

Consta de tres capítulos, en los cuales se trata sobre las generalidades, características, definición, naturaleza y clasificación del fideicomiso mercantil; casos en los cuales el fideicomiso mercantil está sometido a imposición en los impuestos de transferencia de dominio, alcabala y utilidad; y, determinar si el fideicomiso mercantil es sujeto pasivo de los impuestos de patente municipal y el 1.5 por mil sobre los activos totales.

## **DEDICATORIA**

Dedico el presente trabajo, a mis queridos Padres, Marcelo y Eva por brindarme el apoyo que necesitaba.

A Diana por su respaldo incondicional y a mí querida Marcelita.

## **AGRADECIMIENTO.**

Al maestro Dr. César Montaña Galarza, que me supo guiar acertadamente en la realización del presente trabajo.

## Índice

Introducción

### Capítulo I

Generalidades del fideicomiso mercantil .....	1
El fideicomiso mercantil en roma .....	1
El fideicomiso en Inglaterra .....	2
El fideicomiso mercantil en estados unidos de Norteamérica .....	4
Naturaleza del fideicomiso mercantil .....	5
Teoría del patrimonio de afectación .....	6
El fideicomiso en el ecuador con personalidad jurídica .....	6
Definición y características .....	8
El fideicomiso mercantil como contrato .....	15
Sujetos del fideicomiso mercantil .....	17
Derechos y obligaciones de los sujetos contractuales .....	18
Clasificación del fideicomiso mercantil .....	23
Fideicomiso público .....	26
Titularización de activos .....	27

### Capítulo II

Impuestos a las transferencias de dominio de inmuebles aplicables al fideicomiso mercantil .....	30
Impuesto de alcabala .....	30
Impuestos adicionales que se cobran conjuntamente con el impuesto de alcabala .....	33

Impuesto de alcabala aplicable al fideicomiso mercantil.....	34
Impuesto a la utilidad en la compraventa de predios urbanos y plusvalía --	35
Impuesto a la utilidad y plusvalía relacionada con la figura del fideicomiso mercantil .....	39
Cesiones de derechos fiduciarios .....	42
Las cesiones de derechos fiduciarios en relación con los impuestos de alcabala y utilidad .....	47

### **Capítulo III**

Impuestos a las actividades económicas aplicables a los fideicomisos mercantiles.....	52
Impuesto de patente municipal.....	52
¿Es el fideicomiso mercantil asimilable a una sociedad?.....	56
El impuesto de patente y el fideicomiso mercantil .....	60
Impuesto del 1.5 por mil anual sobre los activos totales .....	63
Contabilidad de los fideicomisos mercantiles .....	65
Impuesto del 1.5 por mil anual sobre los activos totales y el fideicomiso mercantil .....	67
Conclusiones .....	71
Bibliografía .....	73

## **Introducción.**

El tema que desarrollo en el presente trabajo es el régimen jurídico tributario municipal aplicable al fideicomiso mercantil en el caso ecuatoriano. Si bien el fideicomiso mercantil es conocido de larga data por el derecho romano, inglés, anglosajón y latinoamericano, es una institución jurídica relativamente nueva en nuestra legislación, existiendo un gran desconocimiento sobre régimen tributario municipal aplicable al fideicomiso mercantil.

Frente a Resoluciones emitidas por las Autoridades Tributarias de primera y última instancia del Municipio del Distrito Metropolitano a las actividades desarrolladas por los fideicomisos mercantiles, consideré necesario realizar un estudio sobre la naturaleza jurídica- tributaria municipal del fideicomiso mercantil.

El objetivo principal de la tesis es saber cual es el régimen jurídico tributario municipal aplicable al fideicomiso mercantil en el caso ecuatoriano, y determinar cuales son las situaciones jurídicas que gravan a la actividad fiduciaria con los distintos tributos municipales.

El presente trabajo consta de tres capítulos. El primero trata sobre las generalidades del fideicomiso mercantil, su naturaleza, definición, características, sujetos que intervienen y clasificación del fideicomiso. Brevemente se trata el tema de la titularización de activos.

El segundo capítulo me refiero a la aplicación de los impuestos de alcabala y utilidad y plusvalía en distintos casos referentes al fideicomiso mercantil. En el desarrollo del capítulo busco determinar si las cesiones de derechos fiduciarios se encuentran gravadas con los impuestos a las transferencias de dominio de inmuebles.

Finalmente el tercer capítulo analizo si el fideicomiso mercantil es una sociedad y si tiene obligación de llevar contabilidad y si el fideicomiso mercantil son sujetos pasivos de los impuestos de patente municipal y el 1.5 por mil sobre los activos totales.



## CAPÍTULO I

### GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.

#### ANTECEDENTES.

##### EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN ROMA.

El ciudadano tenía que actuar dentro del régimen legal establecido y debía ceñirse a las formalidades determinadas por la ley para celebración de todo tipo de contratos.

La ausencia de garantías reales en el derecho civil romano da lugar al nacimiento de la fiducia como forma de garantía y consistía que “al celebrar un contrato, la parte que se constituía deudora transmitía la propiedad de un bien suyo al acreedor (fiduciario), el cual conservaba tal bien en su poder hasta tanto que el deudor cumpliera su obligación; una vez cumplida esta, le era devuelta la propiedad con todos sus atributos. Era la fiducia cum creditore o fiducia con acreedor, es decir, un pacto accesorio”.<sup>1</sup>

Por lo que las obligaciones del fiduciario eran:

- No disponer del bien confiado en fiducia hasta el vencimiento del plazo dado al deudor y por supuesto el de cuidar el bien para su conservación.
- Restituir el bien, una vez cancelado el crédito.

---

<sup>1</sup> Eduardo Casas Sanz De Santamaría, *Del “Trust” Anglosajón a la Fiducia en Colombia y materias aledañas*, Bogotá, Temis, 2004, pág.18.

Otra modalidad de fiducia en el derecho romano era la fiducia cum amico que consistía en “transferir el dominio de un bien a un depositario o mandatario, adquiriendo uno u otro el compromiso de destinar el objeto a la transferencia a una finalidad específica”<sup>2</sup> Diego Gómez de la Torre identifica a la fiducia cum amico, como una especie de “comodato”.<sup>3</sup>

El fideicommissum, considerado como una manifestación más de la fiducia romana, era usado como medio para que el testador pueda favorecer en su testamentos a sujetos incapacitados de heredar (esclavos, solteros, casados sin hijos, etc.).

La fiducia romana se utilizó como medio de protección de la propiedad dotado de una gran flexibilidad, siendo el éxito de la fiducia, el que el fiduciario cumpla estrictamente con las obligaciones contraídas.

## **EL FIDEICOMISO EN INGLATERRA.**

Existe dos derechos en Inglaterra, el common law y la equity, en consecuencia existía división entre derechos legales y derechos de equidad.

El régimen de la propiedad inmueble en Inglaterra era el Feudal, cuyos derechos relativos estaban contemplados en el common law. El principal problema surgió con los privilegios de la Iglesia, por cuanto para ellos la propiedad no tenía gravámenes tangibles, y es por eso que los señores feudales buscaron un medio para evitar que los religiosos adquirieran más bienes inmuebles, y así

---

<sup>2</sup> Diego Gómez de la Torre Reyes, *El fideicomiso mercantil*, Quito, ALBAZUL OFFSET, 1998, pág.4.

<sup>3</sup> Ídem, 4.

nació el Estatuto de Manos Muertas, “que prohibió a los religiosos adquirir y poseer bienes raíces con base en el hecho de que, al estar en su poder la tierra no cumplía las finalidades que eran propias”<sup>4</sup> El estatuto también se utilizó para proteger a los caballeros que partían hacia las cruzadas y transferían los bienes a una persona de su confianza, en beneficio final para su esposa e hijos, parecido a lo que se “había hecho en Roma cuando alguien se enrolaba en las Legiones y utilizaba, el *pactum fiduciae cum amico*”.<sup>5</sup>

Sin embargo los religiosos buscaron medios para evadir dicha prohibición, es así que se ingeniaron una institución similar a la fiducia romana y se establecieron los “uses” que operaban de una manera simple; “la orden religiosa que quería adquirir determinado inmueble conseguía un amigo laico que hiciera la compra respectiva a su propio nombre, pero utilizando dinero suministrado por aquella. El comprador tenía el compromiso y la obligación en conciencia de destinar el inmueble al uso de la orden, la cual entraba a disfrutar de todos los privilegios de propietario, sin tener que soportar los cargos correspondientes toda vez que el único propietario según el “common law” era quien había adquirido el bien de conformidad con sus prescripciones”.<sup>6</sup>

Con el tiempo los “Uses” se convierten en una actividad normal en la vida jurídica inglesa, hasta que en 1535 se promulga el Statute of Uses en el cual se determinó que “el usuario seguiría considerándose como verdadero propietario

---

<sup>4</sup> Eduardo Casas Sanz De Santamaría, *Del “Trust” Anglosajón a la Fiducia en Colombia y materias aledañas*, pág. 21.

<sup>5</sup> Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina*, Bogotá, Legis, 2005, pág. 17.

<sup>6</sup> Eduardo Casas Sanz De Santamaría, *Del “Trust” Anglosajón A La Fiducia En Colombia y materias aledañas*, pág. 21.

legal”<sup>7</sup> A tal norma, el Tribunal de Equidad defendió a los “uses” haciendo interpretaciones sutiles y tuvo que variar sus denominaciones (con el fin de no contrariar al estatuto). La institución del “uses” pasó a llamarse trust (confianza, en latín fiducia), Trustee (fiduciario o propietario legal) y cestui que trust (el que confía o propietario de equidad).

## **EL FIDEICOMISO MERCANTIL EN ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA.**

El trust es una herencia del sistema legal inglés. En Estados Unidos de Norteamérica se implementa los fiduciarios colectivos, en el cual el trust es administrado por varias personas y se propone a las personas jurídicas como fiduciarios en lugar de las personas naturales; así en 1759, la Delaware General Loan Office organiza una junta permanente de fiduciarios para que más tarde los bancos instituyan los denominados Trust Departments.

Sergio Rodríguez Azuero señala que a fines del siglo XVIII a la época contemporánea la institución se desarrolló rápidamente y destaca la Ley sobre Organización Judicial de 1873 en la cual estableció que las normas de equidad prevalecían sobre las normas de derecho común. Resalta The trust Act de 1893, compilación de la jurisprudencia, siendo la última Trust Act del año 2000.<sup>8</sup>

El antecedente directo del fideicomiso moderno latinoamericano es el trust anglosajón.

---

<sup>7</sup> Eduardo Casas Sanz De Santamaría, *Del “Trust” Anglosajón a la Fiducia en Colombia y materias aledañas*, pág. 22.

<sup>8</sup> Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina*, pág. 22.

## NATURALEZA DEL FIDEICOMISO MERCANTIL

En Latinoamérica se introdujo la figura por primera vez en Panamá el 6 de enero de 1925 con la Ley Novena (Ley de Alfaro) que prescribía: “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”<sup>9</sup> De igual manera en México se dictan las Leyes de Instituciones de Créditos en 1925 y 1926 que siguen la tendencia del mandato irrevocable de la Ley Alfaro para que en 1932 se aprueba la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito la cual adopta la doctrina del “patrimonio de afectación” del francés Pierre Lepaulle, que considera que los bienes objetos del fideicomiso constituyen un patrimonio destinado a un fin lícito determinado, es decir los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan.

Como en la mayoría de las formas contractuales existen algunas teorías sobre el fideicomiso mercantil. Algunas sostienen que el fideicomiso mercantil es un mero negocio fiduciario, por la concurrencia misma de los elementos. Otros sugieren que es un mandato irrevocable indicando que una vez aceptado el encargo sus facultades son irrevocables.

---

<sup>9</sup> José Manuel Villagordoa Lozano, *Doctrina General del Fideicomiso*, Porrúa S.A., México, 1982, 2da edición, pág.87.

## **TEORÍA DEL PATRIMONIO DE AFECTACIÓN.**

Esta teoría es atribuida al francés Pierre Lepaulle, el cual definió al fideicomiso como: “una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación”.<sup>10</sup>

Hildebrando Leal Pérez mantiene que “Existe la teoría de afectación en la que se afirma que la fiducia es una institución jurídica conformada por un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho cuya unidad está constituido por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes vigentes y del orden público”.<sup>11</sup>

Esta teoría sostiene que los bienes del fideicomiso constituyen un patrimonio afectado a una finalidad, sin que esto signifique que no exista alguien quien tutele el cumplimiento de esa finalidad.

## **EL FIDEICOMISO EN EL ECUADOR CON PERSONALIDAD JURÍDICA.**

En nuestra legislación, el fideicomiso mercantil es el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá intervenir con

---

<sup>10</sup> Pierre Lepaulle, citado por José Manuel Villagordoa , “*Doctrina General del Fideicomiso*”, México, Porrúa, 1982, 2da ed., pág. 92, citado por Roberto González Torre, *El Fideicomiso*, Guayaquil, Edino , 2000, 2da ed. pág. 69.

<sup>11</sup> Hildebrando Leal Pérez, *Contratos Bancarios*, Bogotá, Librería del Profesional, 1990, pág.377.

todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal.<sup>12</sup>

El fideicomiso mercantil ecuatoriano se caracteriza esencialmente porque los bienes del fideicomiso constituyen un patrimonio distinto a los del constituyente, fiduciario y beneficiario, sin dislocar el sistema jurídico. El patrimonio autónomo está dotado de personalidad jurídica cuya representación legal es el fiduciario, que es una administradora de fondos y fideicomisos mercantiles.

La persona jurídica del fideicomiso es quien tiene en su patrimonio esa plena propiedad, sin modificación y sin desmembramiento.

En el Ecuador, desde 1993 a 1998, se aplicó la Teoría Lepaulle en cuanto a tratar al fideicomiso como un patrimonio de afectación, cuya titularidad y dominio estaba en cabeza del fiduciario.

A partir de 1998, el Ecuador se alinea con la visión teórica y práctica propuesta por Lepaulle en 1932, al manejar el concepto de un Patrimonio de Afectación, dotado de personalidad jurídica (patrimonio autónomo) y administrado por el Fiduciario que ejerce la personería jurídica.

La teoría del patrimonio autónomo considera al fideicomiso a la vez como un patrimonio de afectación y autónomo.

---

<sup>12</sup> Art. 119 de la Ley de Mercado de Valores (LMV).- "Titularidad legal del dominio.- El fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil, por lo que podrá intervenir con todos los derechos y atribuciones que le correspondan al fideicomiso mercantil como sujeto procesal, bien sea de manera activa o pasiva, ante las autoridades competentes en toda clase de procesos, trámites y actuaciones administrativas o judiciales que deban realizarse para la protección de los bienes que lo integran, así como para exigir el pago de los créditos a favor del fideicomiso y para el logro de las finalidades pretendidas por el constituyente."

Roberto González Torre indica sobre esta teoría:

“Sin embargo a la luz de la normativa vigente desde 1998, el fideicomiso mercantil es una modalidad de negocio fiduciario que requiere de un contrato el cual perfeccionado que fuere, determina la existencia de un patrimonio autónomo y de afectación, administrado por un fiduciario mercantil que es su representante legal. Lo curioso es que nuestra legislación va más allá que cualquier otra y que la doctrina general, porque le da a ese patrimonio autónomo y de afectación personalidad jurídica, determinando que el fideicomiso “sea dueño de si mismo y obligado de sí mismo”.<sup>13</sup>

La gran mayoría de las legislaciones conciben al fideicomiso mercantil como unidad económica independiente para fines fiscales, separando los patrimonios del fiduciario y del fideicomiso mercantil más en nuestra legislación el fideicomiso mercantil tiene personalidad jurídica y la titularidad y dominio de los bienes fideicomitados radica en el patrimonio autónomo representado por la fiduciaria que es su representante legal.

## **DEFINICIÓN y CARACTERÍSTICAS.**

El fideicomiso mercantil es definido por Roberto González Torre 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”.<sup>14</sup>

Silvio Rodríguez Azuero lo define como: “el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los

---

<sup>13</sup> Roberto González Torre, *El Fideicomiso*, págs.78 y 79.

<sup>14</sup> Hildebrando Leal Pérez, *Contratos Bancarios*, pág. 374.

administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero”.<sup>15</sup>

Roberto González Torre manifiesta que la estructura básica del fideicomiso mercantil ecuatoriano se asienta sobre cuatro elementos fundamentales: a) elemento patrimonial, b) elemento psicológico: confianza; c) Elemento teleológico o finalista y d) Elemento de la especialidad o profesionalismo.<sup>16</sup>

Yolanda Yupanqui Carrillo señala otros elementos que caracterizan al fideicomiso mercantil ecuatoriano como: separación contable de los bienes sometidos transferidos al fideicomiso mercantil y el fideicomiso mercantil es un contrato consensual y bilateral.<sup>17</sup>

El artículo 1 del Reglamento sobre negocios fiduciarios define que “ Son negocios fiduciarios el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario, actos de confianza que en su constitución, naturaleza jurídica y efectos se rigen por las disposiciones contempladas en el título XV de la Ley de Mercado de Valores”.

El artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores define al fideicomiso mercantil de la siguiente manera:

“ 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 incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para

---

<sup>15</sup> Sergio Rodríguez Azuero, “*Contratos Bancarios*” su significación en *Latinoamérica*, Bogotá, Felibán, 1990, Pág. 627 citado por Víctor Cevallos Vásquez, *Mercado de Valores y Contratos*, Tomo II, Quito, Jurídica del Ecuador, 1997, 1ra ed., pág. 273.

<sup>16</sup> Roberto González Torre, *El Fideicomiso*, pág. 23.

<sup>17</sup> Yolanda Yupanqui Carrillo, *Monografía: El Fideicomiso como Sujeto Pasivo de la Obligación Tributaria*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 1998, págs. 3 y 4.

que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad.

Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.

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

De la definición legal transcrita autores como Roberto González Torre<sup>18</sup> y Álvaro Poveda R.<sup>19</sup>, destaca las siguientes características del fideicomiso ecuatoriano:

El fideicomiso mercantil es independiente del constituyente, fiduciario y del beneficiario o fideicomisario, así como de otros fideicomisos el cual por mandato legal tiene personalidad jurídica. En legislaciones de Argentina<sup>20</sup>, Costa Rica<sup>21</sup>,

---

<sup>18</sup> Roberto González Torre, *El Fideicomiso*, Págs. 65 y 66.

<sup>19</sup> Álvaro Poveda R, *Reseña comparativa de la Fiducia en Ecuador y Colombia, Del “Trust” Anglosajón a la Fiducia en Colombia y materias aledañas*, págs.128 y 142.

<sup>20</sup> Ley 24441 de 1994 (Argentina), Artículo 1: “Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato(beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario”.

<sup>21</sup> Art. 633 Código de Comercio (Costa Rica): “Por medio del fideicomiso el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos, el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo”.

Colombia<sup>22</sup>, el constituyente transfiere sus bienes al fiduciario, para que este cumplan con la finalidad, tienen la obligación de no confundir los patrimonios del fideicomiso y la fiduciaria, pero el fideicomiso mercantil no es considerado un patrimonio autónomo con personalidad jurídica.

El representante legal del fideicomiso mercantil ecuatoriano es el fiduciario que siempre será una sociedad administradora de fondos y fideicomisos mercantiles debidamente calificada por la Superintendencia de Bancos. En la legislación peruana puede desempeñarse como fiduciarios las compañías de seguro, y las empresas de servicios fiduciarios.<sup>23</sup> En Bolivia las entidades financieras bancarias pueden ejercer comisiones de confianza y operaciones de fideicomiso.<sup>24</sup> El Código de Comercio de Costa Rica dispone que cualquier persona física o jurídica pueda ser fiduciaria.<sup>25</sup> Similar disposición existe en Panamá<sup>26</sup>.

Los constituyentes del fideicomiso pueden ser personas de derecho privado o personas de derecho público.

---

<sup>22</sup> Artículo 1226 del Código de Comercio (Colombia): “La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Sólo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”.

<sup>23</sup> Art. 242 *Ley General del Sistema Financiera y del Sistema de Seguros* (Perú).

<sup>24</sup> Art. 39 numeral 14) de la Ley 1488 de 14 de abril de 1993 (Bolivia).

<sup>25</sup> Art. 637 Código de Comercio de Costa Rica: “Puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones...”.

<sup>26</sup> Decreto ejecutivo 16 de 1984 (3 de octubre), Art. 2º: Para la aplicación del presente reglamento, se entiende por: a) Fideicomiso: Acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente. b) Fideicomitente: Persona natural o jurídica que constituye el fideicomiso. c) Fiduciario: Persona natural o jurídica a quien se transfieren los bienes para que ejecute la voluntad del fideicomitente....”.

Siempre persigue una finalidad el fideicomiso mercantil conforme a las instrucciones del constituyente en el contrato de constitución.

El fiduciario no puede ser beneficiario del fideicomiso mercantil.

En nuestra legislación como en Costa Rica<sup>27</sup> y Venezuela<sup>28</sup> se califica el fideicomiso mercantil como un “acto”, en consecuencia, la transferencia de los bienes a título de fideicomiso mercantil no es gratuita ni onerosa<sup>29</sup>, es neutro. Se destaca del art. 113 de la Ley de Mercado de Valores del Ecuador que no hay transferencia definitiva a ningún título sino que es una mera transferencia instrumental con el fin de cumplir el mandato del fideicomiso mercantil. En otras legislaciones como la colombiana y brasileña es calificada como un negocio jurídico; en Argentina como un contrato. En Perú se habla de una relación jurídica. Aunque por la naturaleza del fideicomiso mercantil es necesario que exista un contrato solemne para su existencia.

El objeto del fideicomiso en Ecuador está descrito en la Ley como “dineros, valores u otros bienes” muebles, inmuebles, corporales como incorporales. En Colombia está descrito como bienes especificados.

---

<sup>27</sup> Art. 663 Código de Comercio Costa Rica.

<sup>28</sup> Ley de fideicomisos (1956) Venezuela, Art. 1º: “El fideicomiso es una relación jurídica por la cual una persona llamada fideicomitente transfiere uno o más bienes a otra persona llamada fiduciario, que se obliga a utilizarlo en favor de aquél o de un tercero llamado beneficiario”.

<sup>29</sup> Art.113 Ley de Mercado de Valores: “De la transferencia a título de fideicomiso mercantil.- La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que este último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato...”.

El fideicomiso está sometido a un plazo determinable, fijo o hasta el cumplimiento del objetivo del fideicomiso.<sup>30</sup> Norma similar en la legislación colombiana<sup>31</sup>.

Los beneficiarios no son acreedores del fiduciario, mientras obre correctamente, sino que tiene únicamente derechos sobre el fideicomiso.

Por falta de fiduciario no caduca el fideicomiso mercantil.

El fideicomiso mercantil ecuatoriano puede ser un sujeto de derechos y obligaciones, representado por la fiduciaria.

En nuestra legislación como en Panamá<sup>32</sup> y en la mayoría de legislaciones sólo se acepta fideicomisos expresos y escritos<sup>33</sup>.

El fideicomiso puede tener un domicilio, una nacionalidad, distintos del constituyente, del fiduciario y de los beneficiarios.

Las pérdidas que sufiere el fideicomiso son asumidas por el fiduciario, si fuere éste negligente en su encargo.

Está prohibido al fiduciario otorgar garantías sobre beneficios o rendimientos.

Los impuestos que genere el fideicomiso mercantil están a cargo del fiduciario mismo, pero el sujeto pasivo es el patrimonio autónomo, es decir el

---

<sup>30</sup> Art. 110 Ley de Mercado de Valores. "...El fideicomiso mercantil tendrá un plazo de vigencia o, podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición...".

<sup>31</sup> Ley 80 de 1993 —Estatuto General de Contratación Pública y en sus decretos reglamentarios 2681 de 1993, 679 de 1994 y 1550 de 1995, 2: "Los contratos de fiducia pública y encargo fiduciario deben tener un objeto y un plazo precisamente determinados....".

<sup>32</sup> Ley 1 de 5 de enero de 1984: (Panamá), Art. 4º: "La voluntad de constituir el fideicomiso deberá declararse expresamente y por escrito. En consecuencia, no valdrán como fideicomisos los verbales, presuntos o implícitos".

<sup>33</sup> Art. 110 Ley de Mercado de Valores (Ecuador).- Naturaleza y vigencia del contrato.- El fideicomiso mercantil deberá constituirse mediante instrumento público abierto. Cuando al patrimonio del fideicomiso mercantil se aporten bienes inmuebles u otros para los cuales la ley exija la solemnidad de escritura pública, se cumplirá con este requisito.

fideicomiso mercantil. En Colombia los partícipes son sujetos pasivos solidariamente; y existe un régimen impositivo discriminado.<sup>34</sup>

La no revocabilidad del fideicomiso, aunque la tenencia en manos del fiduciario sea temporal en virtud de que se cumpla la finalidad, plazo o condición de los bienes fideicomitados. Salvo cuando se prueba perjuicio a terceros en la constitución del mismo.

Existe la no delegabilidad del fideicomiso. Esta característica viene dada en virtud de la confianza y por la naturaleza del contrato "intuitu personae".

La remunerabilidad es una característica del fideicomiso ecuatoriano. Por lo general en la mayoría de las legislaciones en Latinoamérica el fideicomiso es

---

<sup>34</sup> Álvaro Poveda R, *Reseña comparativa de la Fiducia en Ecuador y Colombia, Del "Trust" Anglosajón a la Fiducia en Colombia y materias aledañas*, pág. 138.

"a) Los ingresos de la fiducia mercantil se causan en el momento en que se produce un incremento en el patrimonio del fideicomiso; o en el patrimonio del cedente, cuando se trata de cesiones de derechos sobre dichos contratos de fiducia; b) Las utilidades obtenidas en los fideicomisos deberán ser incluidas en las declaraciones de renta de los beneficiarios, conservando el carácter de gravables y el mismo concepto y condiciones tributarias que tendrían si fueren percibidas directamente por tales beneficiarios; c) Cuando el fideicomiso se encuentre sometido a condiciones suspensivas, resolutorias, a sustituciones, revocatorias o a otras circunstancias que no permitan identificar a los beneficiarios de las rentas en el respectivo ejercicio fiscal estas serán gravadas en cabeza del patrimonio autónomo, a la tarifa de las sociedades anónimas; d) Causará el impuesto en cabeza del constituye, siempre que los bienes que constituyan el patrimonio autónomo o los derechos sobre el mismo se transfieran a personas o a entidades diferentes del constituyente mismo. Si la transferencia es a título gratuito, el impuesto se causará en cabeza del beneficiario de los respectivos bienes o derechos; e) Con relación a cada uno de los patrimonios autónomos bajo su responsabilidad, las sociedades fiduciarias están obligadas a cumplir, bajo su propio número de identificación tributario (Nit) y su propia razón social, las obligaciones formales señaladas en la ley para los contribuyentes, responsables y retenedores, según el caso. Y, con cargo a los recursos de cada patrimonio autónomo, los fiduciarios atenderán el pago de los impuestos que se generen en las operaciones de cada uno de los tales patrimonios autónomos. Las sociedades fiduciarias son solidariamente responsables con los patrimonios autónomos bajo su cargo, y con los respectivos beneficiarios, por las sanciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones formales citadas, y f) Las utilidades acumuladas en los fideicomisos, que no hayan sido distribuidas ni abonadas en cuenta de los correspondientes beneficiarios, deberán ser determinadas por el sistema de causación e incluidas en su respectiva declaración de renta".

remunerado, aunque puede ser regulado mediante tarifas como lo hace Colombia.<sup>35</sup>

El fiduciario en cumplimiento del fideicomiso mercantil puede transferir bienes, sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrado por él mismo o por otro fiduciario.

El fiduciario que incumpla las cláusulas del acto de constitución, recibe como sanción la suspensión de la autorización para ejercer como administrador.

Cabe destacar que si bien en el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario<sup>36</sup>, se presentan los mismos elementos subjetivos, la diferencia es que en el primero existe transferencia de bienes de parte del constituyente a un patrimonio autónomo, denominado fideicomiso mercantil; y, en el segundo no existe transferencia de dominio de los bienes sino únicamente se los destina al cumplimiento de finalidades instituidas de manera irrevocable al fiduciario quien tiene la obligación de mantenerlos separados de sus propios bienes. Además en nuestra legislación es prohibido que existan fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios secretos.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Álvaro Poveda R, *Reseña comparativa de la Fiducia en Ecuador y Colombia, Del "Trust" Anglosajón a la Fiducia en Colombia* y materias aledañas, pág. 137. "Sin embargo, la Superintendencia no ha ejercido hasta esta facultad y ha permitido que prevalezca la voluntad de los particulares y que cada sociedad se autorregule en este aspecto....".

<sup>36</sup> Art. 18 Reglamento de Negocios Fiduciarios, Resolución del Consejo Nacional de Valores No. 4, publicada en el Registro Oficial 321 de 8 de Mayo del 2001. Por su finalidad los encargos fiduciarios pueden ser de "gestión, inversión, tenencia o guarda y enajenación."

<sup>37</sup> Art. 114 Ley de Mercado de Valores.

## EL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO CONTRATO.

Autores como González Torre<sup>38</sup>, Lascala<sup>39</sup>, Gómez de la Torre Reyes<sup>40</sup>, señalan como características del contrato del fideicomiso mercantil lo siguiente:

*Solemne:* Porque requiere de instrumento público, de constar por escrito y con las formalidades exigidas por la ley, sería un contrato inexistente.

*Bilateral:* En virtud de las obligaciones recíprocas generadas por el contrato de fideicomiso del constituyente y fiduciario.

*Conmutativo:* 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.

*Principal:* El contrato de fideicomiso mercantil no necesita de un antecedente o contrato previo para su existencia y validez.

*Típico o nominado:* Por cuanto el fideicomiso tiene una regulación legal específica que rigen su constitución, efectos y obligaciones.

*Oneroso:* Las cargas recíprocas que reciben las partes obligadas y por cuanto uno de los fines del fideicomiso mercantil es el lograr una utilidad para los contratantes. No debe confundirse la onerosidad del contrato con la transferencia fiduciaria, porque esta no es ni gratuita ni onerosa.

*De tracto sucesivo:* Supone una serie sucesiva de acciones que tiene que desarrollar el fiduciario para conseguir las finalidades del fideicomiso mercantil.

---

<sup>38</sup> Roberto González Torre, *El Fideicomiso*, págs. 66 al 68.

<sup>39</sup> Jorge Hugo Lascala, *Práctica del fideicomiso*, Buenos Aires, ASTREA, 2003, págs. 135 al 141.

<sup>40</sup> Diego Gómez de la Torre Reyes, *El fideicomiso mercantil*, págs. 15 y 16.

*Intuitu personae*: Guarda relación con la confianza que genera la celebración del contrato del fideicomiso mercantil. La persona obligada, la fiduciaria, para cumplir las finalidades del fideicomiso mercantil tiene sus cualidades morales, éticas, profesionalismo, solvencia económica y demás atribuciones que en virtud de la confianza deposita el constituyente ante la fiduciaria.

## **SUJETOS DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.**

**El fideicomitente, constituyente:** es la persona natural o jurídica que tiene capacidad para disponer de sus bienes y derechos, es el sujeto que transfiere sus bienes al patrimonio autónomo cuyo administrador y representante legal es el fiduciario quien es la persona que merece confianza, con el propósito de que se cumpla una finalidad a favor de un beneficiario designado por el fideicomitente pudiendo ser el mismo.<sup>41</sup>

**El Fiduciario:** en nuestra legislación, es una sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que tiene la calidad de representante legal del fideicomiso

---

<sup>41</sup> Art. Art. 115 LMV. "Constituyentes o fideicomitentes. Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil.

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

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

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

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

mercantil quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato. Esto implica que el fiduciario es un ente profesional, que busca lograr los encargos fiduciarios del fideicomitente. Los bienes transferidos al fideicomiso mercantil no se confunden con el patrimonio del fiduciario, sino que forman un patrimonio autónomo distinto del fiduciario.<sup>42</sup>

**El Fideicomisario o Beneficiario:** es el destinatario de la finalidad perseguida al momento de la celebración del contrato de fideicomiso mercantil, que puede coincidir con el fideicomitente.<sup>43</sup>

## **DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS SUJETOS CONTRACTUALES.**

### **Derechos del Fideicomitente o constituyente.**

El artículo 126 de la Ley de Mercado de Valores señala los siguientes derechos del constituyente:

---

<sup>42</sup> Art. 109 LMV.

<sup>43</sup> Art. 116. LMV. Beneficiarios.- “Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos. A falta de estipulación, en el evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso. Queda expresamente prohibido la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas”.

“Art. 126.- Derechos del constituyente.- Son derechos del constituyente del fideicomiso mercantil:

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

Otros derechos que tiene el constituyente a la luz del artículo 120 de la Ley de Mercado de Valores son:

Designar al fiduciario y al fideicomisario.

Nombrar sustituto del fiduciario conforme a la Ley.

Pedir y obtener la restitución de los bienes fideicomitados, ante la falla o cumplimiento de la condición prevista en el contrato de fideicomiso mercantil.

Derecho a exigir remanentes en los casos que sea posible.

### **Obligaciones del Fideicomitente o Constituyente.**

Son obligaciones del Constituyente:

- a) Transferir la propiedad de los bienes objeto del fideicomiso al patrimonio autónomo.

- b) Remunerar a la fiduciaria, conforme a lo estipulado en el contrato de fideicomiso.
- c) Cumplir las demás obligaciones que señale el contrato.

### **Derechos del fiduciario.**

Los derechos del fiduciario son:

- a) Ejercer la representación legal del fideicomiso mercantil.<sup>44</sup>
- b) Ejercer la gestión del fideicomiso conforme a la Ley y al contrato.
- c) Percibir la remuneración estipulada en el contrato.<sup>45</sup>
- d) Renunciar a su cargo si la remuneración pactada no es cancelada o si el beneficiario no puede o se niega a recibir los beneficios bajo las condiciones contractuales, salvo que se hubiere pactado pago por consignación a costa siempre del constituyente.<sup>46</sup>
- e) Ejercer las demás atribuciones conforme al contrato.

### **Obligaciones del fiduciario.**

Son obligaciones del fiduciario:

- a) Responder hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Art. 109 Ley de Mercado de Valores.

<sup>45</sup> Art. 132 LMV.

<sup>46</sup> Art. 131 LMV.

<sup>47</sup> Art. 125 LMV. "...El fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado; esto es, que su responsabilidad es actuar de manera diligente y profesional a fin de cumplir con las instrucciones determinadas por el constituyente con miras a tratar de que las finalidades pretendidas se cumplan."

- b) Rendir cuentas comprobadas de sus actuaciones.<sup>48</sup>
- c) Entregar al fideicomisario los frutos y rendimientos del fideicomiso.
- d) Responder de forma solidaria con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al Fideicomiso mercantil.<sup>49</sup>

El artículo 103 de la Ley de Mercado Valores señala como obligaciones, que se complementan a las ya señaladas, lo siguiente:

- “
- a) Administrar prudente y diligentemente los bienes transferidos en fideicomiso mercantil, y los bienes administrados a través del encargo fiduciario, pudiendo celebrar todos los actos y contratos necesarios para la consecución de las finalidades instituidas por el constituyente;
  - b) Mantener el fideicomiso mercantil y encargo fiduciario separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles y encargos fiduciarios que mantenga, llevando para el efecto una contabilidad independiente para cada uno de éstos ;
  - c) La contabilidad del fideicomiso mercantil y de los encargos fiduciarios deberá reflejar la finalidad pretendida por el constituyente y se sujetarán a los principios de contabilidad generalmente aceptados;
  - d) Rendir cuentas de su gestión, al constituyente o al beneficiario, conforme a lo que prevea el contrato y con la periodicidad establecida en el mismo y, a falta de estipulación la rendición de cuentas se la realizará en forma trimestral;
  - e) Transferir los bienes a quien corresponda, una vez terminado el contrato de fideicomiso;
  - f) Terminar el contrato de fideicomiso mercantil o el encargo fiduciario, por el cumplimiento de las causales y efectos previstos en el contrato; y,

---

<sup>48</sup> Art. 128 LMV. “De la rendición de cuentas.-La rendición de cuentas es indelegable a terceras personas u órganos del fideicomiso, por lo que corresponde al fiduciario rendir las cuentas comprobadas de sus actuaciones. Es a la sociedad administradora de fondos y fideicomisos a quien le compete demostrar su cumplimiento en la labor ejecutada, de acuerdo con lo dispuesto en el contrato constituido y las normas de carácter general que determine el C.N.V.

<sup>49</sup> Art. 135 LMV. Responsabilidad tributaria. (...)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

g) Informar a la Superintendencia de Compañías en la forma y periodicidad que mediante norma de carácter general determine el C.N.V.”.<sup>50</sup>

## **Derechos del Beneficiario.**

El art. 127 de la LMV señala los siguientes derechos de los beneficiarios:

- “ a) Los que consten en el contrato;
- b) Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil;
- c) Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales;<sup>51</sup>
- d) Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión;
- e) Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la Ley; y,
- f) Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos”.

Además de los derechos del beneficiario señalados en el artículo citado, también tiene derecho a percibir los frutos y los rendimientos del fideicomiso mercantil y ejercer todas las atribuciones estipuladas en el contrato de fideicomiso

---

<sup>50</sup> Art. 130 Ley de Mercado de Valores. “Remisión de información a la Superintendencia de compañías.- Los aspectos contables y financieros de la rendición comprobada de cuentas deben guardar armonía con la información que tiene que presentar el fiduciario a la Superintendencia de Compañías, respecto de aquellas situaciones que afecten de manera importante el estado general del fideicomiso mercantil o encargo fiduciario y los correctivos a las medidas que se adoptarán para continuar el curso normal del fideicomiso mercantil o encargo fiduciario...”.

<sup>51</sup> La rendición de cuentas es una obligación de resultado y a cargo del fiduciario por tener carácter “intuitu personae”.

mercantil. Debo indicar que es importante que en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil se estipule situaciones como la quiebra, disolución o liquidación de la fiduciaria; fusiones, negocios vinculados, sanciones sobre el incumplimiento de las obligaciones de la administradora de fondos, etc.

### **Obligaciones del Beneficiario.**

Son obligaciones del beneficiario:

- a) El pago de remuneración al fiduciario, en forma subsidiaria

Rodolfo Batiza dice:

“Pago de honorario y gastos. La única obligación que se impone al fideicomisario, en forma subsidiaria, puesto que corresponde en primer término al fideicomitente o a sus causahabientes, consiste en pagar a la institución fiduciaria las compensaciones estipuladas a su favor. En forma también subsidiaria, el fideicomisario debe rembolsar los gastos que el fiduciario hubiere hecho en la administración del fideicomiso”.<sup>52</sup>

- b) La restitución del bien, si llegare a estar en su poder.

### **CLASIFICACIÓN DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.**

A los negocios fiduciarios y fideicomisos mercantiles, en la práctica del mundo de los negocios, les han dado ciertas nominaciones y los promocionan como verdaderos productos financieros. La denominación y clasificación de los

---

<sup>52</sup> Rodolfo Batiza, *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*, Porrúa S.A., México, 2 da edición, pág.215 citado por <sup>52</sup> Diego Gómez de la Torre Reyes, *El fideicomiso mercantil*, págs. 57 y 58.

fideicomisos no obedece a criterios uniformes. Rodríguez Azuero<sup>53</sup> señala ciertos criterios de clasificación, entre estos, el criterio de la función económica en los que se distinguen los fideicomisos de administración, inversión, garantía y titularización de activos. Otro criterio utilizado es la naturaleza del bien objeto del negocio y del servicio que presta la fiduciaria, como son los fideicomisos inmobiliarios e inversión. Por la naturaleza del fideicomitente se clasifica en fideicomiso público en donde el constituyente es una entidad estatal en contraposición al fideicomiso privado cuyo fideicomitente son particulares.

En nuestra legislación, el Consejo Nacional de Valores mediante resolución No. 4 expide el reglamento sobre negocios fiduciarios,<sup>54</sup> en el art.17<sup>55</sup> clasifica a

---

<sup>53</sup> Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina*, págs.379 y 380.

<sup>54</sup> Reglamento sobre negocios fiduciarios, resolución del Consejo Nacional de Valores No. 4, publicada en el Registro Oficial 321 de 8 de Mayo del 2001.

<sup>55</sup> Art. 17. - 1. De garantía. Entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente transfiere de manera irrevocable 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 ciertas obligaciones, designando como beneficiario al acreedor de éstas, quien en caso de incumplimiento puede solicitar a la fiduciaria, la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato. La fiduciaria, en ningún caso se convierte en deudora de la obligación u obligaciones garantizadas; sólo asegura que en caso de que el deudor no cumpla tales obligaciones, cumplirá con las disposiciones previstas en el contrato. La fiduciaria debe cumplir su encargo de acuerdo con las instrucciones contenidas en el contrato, debiendo además practicar avalúos periódicos de los mismos a fin de mantener actualizado su valor comercial, todo con sujeción a lo que disponga el contrato. En caso de que el constituyente no cumpla con la obligación u obligaciones garantizadas, la fiduciaria deberá proceder de acuerdo a lo estipulado en el contrato. El contrato de fideicomiso deberá contemplar, claramente, la obligación del constituyente o del beneficiario de sufragar los costos de los avalúos. 2. De administración. Se entiende por fideicomiso de administración, al contrato en virtud del cual se transfiere dinero o bienes a un patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos, si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada.3. Inmobiliario. El fideicomiso inmobiliario es el contrato en virtud del cual se transfieren bienes para que el fiduciario mercantil realice gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo de proyectos inmobiliarios, todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato. 4. De inversión. Se entiende por fideicomiso de inversión el contrato en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo sumas de dinero para que la fiduciaria los invierta según sus instrucciones para beneficio propio o de terceros. En estos contratos debe estar claramente definido el destino de la inversión, a falta de esta estipulación, en aquellos fideicomisos de inversión en valores que contemplen la existencia de

los fideicomisos mercantiles en: fideicomisos de garantía, administración, inmobiliaria y de inversión.

Esta clasificación no es taxativa por lo que puede haber otras modalidades de fideicomisos mercantiles según lo estipulen los contratos, así por ejemplo, el fideicomisos en garantía de títulos de valores, en virtud del cual el fideicomitente transfiere títulos valores constituyendo el fideicomiso mercantil para que el fiduciario los administre, cobrando sus rendimientos si los hubiere e incorporando al fideicomiso tales réditos, a efectos de que dicho patrimonio autónomo sirva de medio de caución de créditos otorgados al fideicomitente por un acreedor.<sup>56</sup>

El fideicomiso en garantía de flujo de caja es una modalidad del fideicomiso en garantía en virtud del cual “el fideicomitente transfiere en fideicomiso al fiduciario el derecho de percepción del precio o crédito por cobrar, para lo cual deberá ceder los derechos que emanan del correspondiente contrato de venta a plazo y, sucesivamente, las facturas de cada una de las ventas que se vayan

---

fideicomitentes adherentes, las inversiones se sujetarán a los siguientes límites: La inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por una misma entidad, no podrá exceder del veinte por ciento del activo total del fideicomiso mercantil y la inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por empresas vinculadas no podrá exceder del treinta por ciento del patrimonio de ese fideicomiso mercantil. La inversión en el conjunto de instrumentos emitidos, aceptados, avalados o garantizados por compañías o empresas vinculadas a la fiduciaria, no podrá exceder del quince por ciento del patrimonio del fideicomiso. Se exceptúan de estos límites las inversiones en valores emitidos por el Banco Central del Ecuador y el Ministerio de Finanzas. En el caso de inversiones en acciones de sociedades anónimas inscritas en el Registro del Mercado de valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del quince por ciento de las acciones suscritas y pagadas por una misma sociedad; y, el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá exceder del quince por ciento del activo total de dicha emisora. Tratándose de inversiones en acciones de sociedades de capital no inscritas en el Registro del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del treinta por ciento de las acciones suscritas y pagadas de dicha sociedad; el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá ser superior al treinta por ciento del activo total de dicha emisora. Por lo demás, en todos los negocios fiduciarios de inversión con o sin fideicomitentes adherentes se dejará constancia en negrita, con caracteres no menores a una fuente tamaño 14, que el riesgo de pérdida de la inversión, es de exclusiva responsabilidad del inversionista “.

<sup>56</sup> Roberto González Torre, *El Fideicomiso*, pág. 152.

dando durante la vigencia del fideicomiso, todo con base a cada uno de los contratos seleccionados y cuyos derechos han sido cedidos en fideicomiso”.<sup>57</sup> El fideicomiso mercantil es usado también como forma de garantizar y asegurar el cumplimiento de los contratos.

**Fideicomiso Público.-** Es una modalidad de fideicomiso mercantil en el cual existe la posibilidad que una entidad de derecho público pueda celebrar contratos de fideicomiso mercantil (también pueden constituir encargos fiduciarios), para obtener un provecho propio o un tercero designado por la entidad.

El art. 115 de la Ley de Mercado de Valores dispone que las instituciones del sector público puedan ser constituyentes de un fideicomiso mercantil, siempre y cuando se sujeten al reglamento especial que para el efecto expedirá el Consejo Nacional de Valores.

El art. 116 LMV posibilita que una entidad de derecho público financiero o de derecho público no financiero, pueda ser beneficiario de un fideicomiso mercantil o un encargo fiduciario.

Roberto González Torre indica “que en nuestro país existe una tendencia a pensar que un fideicomiso es público en función de la calidad pública o privada de su fiduciario; lo cual tampoco es correcto porque la calificación de público de da con relación al constituyente”.<sup>58</sup>

Su apreciación es la correcta a la cual concuerdo plenamente, la calificación de fideicomiso mercantil público la dan los constituyentes que tienen que ser

---

<sup>57</sup> Ídem, pág. 154.

<sup>58</sup> Roberto González Torre, *El Fideicomiso*, pág. 190.

personas jurídicas de derecho público nacional<sup>59</sup> o extranjera. Es decir lo que define que un fideicomiso mercantil sea público o privado es la calidad del sujeto que aporta y constituye el fideicomiso sin depender del objeto del contrato del fideicomiso.

Igual teoría sostengo en los fideicomisos mercantiles mixtos, que es la calidad de sus constituyentes y sus aportaciones en la constitución del fideicomiso mercantil que determina si un fideicomiso mercantil es mixto o no. Para que el fideicomiso mercantil sea mixto los constituyentes, adherentes tienen que ser personas naturales o jurídicas tanto de derecho público como privado, sin importar el objeto del contrato de constitución.

## **TITULARIZACIÓN DE ACTIVOS.**

El fideicomiso mercantil es un instrumento jurídico para lograr la titularización de activos. La titularización para el autor colombiano Juan Carlos Varón Palomino es “una operación jurídica compleja que tiene por finalidad la movilización de diversas clases de activos mediante la emisión y colocación de nuevos títulos (llamados “títulos movilizados”) representativos de derechos sobre

---

<sup>59</sup> Art. 118 *Constitución Política de la República del Ecuador*.- “Son instituciones del Estado:

1. Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.
  2. Los organismos electorales.
  3. Los organismos de control y regulación.
  4. Las entidades que integran el régimen seccional autónomo.
  5. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
  6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
- Estos organismos y entidades integran el sector público”.

activos objeto de movilización y el cumplimiento oportuno de las prestaciones incorporadas en los valores emitidos con ocasión del proceso”.<sup>60</sup>

El Art. 138 de la Ley de Mercado de Valores señala que la titularización:

“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. Los valores que se emitan como consecuencia de procesos de titularización constituyen valores en los términos de la presente Ley. No se podrán promocionar o realizar ofertas públicas de derechos fiduciarios sin haber cumplido previamente los requisitos establecidos por esta Ley para los procesos de titularización”.

Los activos susceptibles de titularización de conformidad con el art. 143 de la LMV son:

- “ a) Valores representativos de deuda pública;
- b) Valores inscritos en el Registro del Mercado de Valores;
- c) Cartera de crédito;
- d) Activos y proyectos inmobiliarios; y,
- e) Activos o proyectos susceptibles de generar flujos futuros determinables con base en estadísticas de los últimos tres años o en proyecciones de por lo menos tres años consecutivos, según corresponda.”

Es decir que la titularización de activos es el proceso que consiste en la emisión de títulos susceptibles de ser colocados y negociados en el mercado bursátil, los cuales representan derechos sobre activos que existen o se espera que existan, a los cuales se tiene una expectativa de percibir algún rédito

---

<sup>60</sup> Juan Carlos Varon Palomino, “*Portafolios de Inversión: La Norma y el Negocio*”, Asociación de Fiduciarias de Colombia y Universidad de Los Andes, Bogotá, 1994, pág.127, citado por Roberto González Torre, *El Fideicomiso*, pág. 169.

económico. El agente de manejo<sup>61</sup> es el representante legal del fideicomiso mercantil con fines de titularización.

La titularización es un mecanismo jurídico y financiero de desintermediación entre las sociedades y empresarios, presenta nuevas oportunidades para las distintas inversiones, llegando a permitir el desarrollo de proyectos inmobiliarios, un mejoramiento de la posición financiera del originador<sup>62</sup> y beneficios económicos a los inversionistas que adquieren e invierten en valores emitidos como consecuencia de procesos de titularización.

---

<sup>61</sup> Es una sociedad administradora de fondos y fideicomisos según el art. 139 Ley de Mercado de Valores.

<sup>62</sup> Es el propietario de activos o derechos sobre flujos susceptibles de ser titularizados.

## CAPÍTULO II

### IMPUESTOS A LAS TRANSFERENCIAS DE DOMINIO DE INMUEBLES APLICABLES AL FIDEICOMISO MERCANTIL.

#### IMPUESTO DE ALCABALA.

##### Naturaleza del Impuesto de Alcabala.

El Impuesto de Alcabala es definido por José Vicente Troya como el impuesto que “(...) grava el otorgamiento de actos y contratos aptos para transmitir el dominio pleno o sus componentes cuales son usufructo, fideicomiso dominical, inclusive los atinentes a los buques (...)”.<sup>63</sup>

El Art. 344 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM) dispone que:

“Son objeto del impuesto de alcabala, los siguientes actos y contratos:

- a) El traspaso del dominio a título oneroso, de bienes raíces, buques, en los casos en que la ley lo permita;
- b) La constitución o traspaso, usufructo, uso y habitación, relativos a dichos bienes;
- c) Las donaciones que se hicieren a favor de quienes no fueren legitimarios; y,
- d) Las transferencias gratuitas y onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil.”

El sujeto activo del impuesto corresponde al municipio donde estuviere ubicado el inmueble respectivo. Tratándose de barcos, se considerará que se

---

<sup>63</sup> José Vicente Troya Jaramillo, “*La tributación de los Entes Locales*”, ponencia en las VI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, Cuenca, pág. 14.

hallan situados en el puerto en que se hubiere obtenido la respectiva patente de navegación. La Ley establece que si el bien inmueble se encuentra ubicado en varias jurisdicciones se cobrará el tributo en proporción al valor del avalúo que corresponda a la parte del inmueble que este situado en el respectivo cantón.<sup>64</sup>

Son sujetos pasivos de la obligación tributaria “los contratantes que reciban beneficio en el respectivo contrato, así como los favorecidos en los actos que se realicen en su exclusivo beneficio.”<sup>65</sup> Se encuentra expresamente prohibido la subrogación del pago del impuesto por parte de las instituciones beneficiarias exoneradas con los sujetos obligados al pago del tributo.<sup>66</sup>

Se ha discutido, si el hecho generador del Impuesto de Alcabala es la simple celebración del acto o contrato, independientemente de que se perfeccione o no la transferencia de dominio o necesariamente se necesita que exista transferencia de dominio del bien para que se produzca el hecho generador del tributo.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal indica que son objeto del impuesto de alcabala, *los actos y contratos* especificados en el art. 344. Por lo es mi criterio, que ante el tenor literal de la ley el hecho generador del Impuesto de Alcabala es la celebración de cualquiera de los actos o contratos señalados en el art. 344 de la

---

<sup>64</sup> Art. 347 Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone: “Cuando un inmueble estuviere ubicado en la jurisdicción de dos o más municipios, éstos cobrarán el impuesto en proporción al valor del avalúo de la propiedad que corresponda a la parte del inmueble que esté situado en la respectiva jurisdicción municipal. “

<sup>65</sup> Art. 348 LORM.

<sup>66</sup> Véase Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, *Los impuestos Municipales a la Transferencia de dominio de bienes inmuebles*, Boletín del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, No.9, Quito, diciembre de 2006, págs. 2 al 8.

LORM aptos para transferir el dominio de derechos reales, independientemente si perfeccionó o no la transferencia de dominio.

La base imponible del impuesto, es el monto sobre el cual se calculará la cuantía del tributo. La base del impuesto de Alcabala es el valor contractual, si éste fuere inferior al avalúo de la propiedad que conste en el catastro, regirá este último.<sup>67</sup>

Si se trata de constitución de derechos reales, la base será el valor de dichos derechos a la fecha en que se efectúe el acto o contrato respectivo. El art. 349 de la referida Ley establece normas para obtener la base imponible para ciertas situaciones jurídicas.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Art. 349 Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

<sup>68</sup> Art. 349 LORM dispone: "(...) Para la fijación de la base imponible se considerarán las siguientes normas: 1. En el traspaso de dominio, excepto el de la nuda propiedad, servirá de base el precio fijado en el contrato o acto que motive el tributo, siempre que se cumpla alguna de estas condiciones: a) Que el precio no sea inferior al que conste en los catastros oficiales como valor de la propiedad; b) Que no exista avalúo oficial o que la venta se refiera a una parte del inmueble cuyo avalúo no pueda realizarse de inmediato. En tal caso, el jefe de la dirección financiera podrá aceptar el valor fijado en el contrato u ordenar que se efectúe un avalúo que será aceptado por las autoridades antes mencionadas, previo estudio de las observaciones que formulare el contribuyente. En este caso, si el contribuyente decidiera seguir el proceso legal en los reclamos de los sujetos de la obligación tributaria, se aceptará provisionalmente el pago de los impuestos a base del valor del contrato, más el cincuenta por ciento de la diferencia entre ese valor y el del avalúo especial. Asimismo si el contribuyente lo deseara, podrá pagarse provisionalmente el impuesto a base del avalúo existente o del valor fijado en el contrato, más un veinte por ciento que quedará en cuenta especial y provisional, hasta que se resuelva sobre la base definitiva; 2. Si la venta se hubiere pactado con la condición de que la transmisión del dominio, esto es, la inscripción de la respectiva escritura se ha de efectuar cuando se haya terminado de pagar los dividendos del precio estipulado, el valor del avalúo de la propiedad que se ha de tener en cuenta será el que exista a la fecha de la celebración de los contratos de promesa de venta. De no haberlo o de no ser posible establecerlo, se tendrá en cuenta el precio de adjudicación de los respectivos contratos de promesa de venta; 3. Si se vendieren derechos y acciones sobre inmuebles, se aplicarán las anteriores normas, en cuanto sea posible, debiendo recaer el impuesto sobre el valor de la parte transferida, si se hubiere determinado. En caso contrario, la materia imponible será la parte proporcional del inmueble que pertenezca al vendedor. Los interesados presentarán, para estos efectos, los documentos del caso al jefe de la dirección financiera de la municipalidad correspondiente y se determinará el valor imponible, previo informe de la asesoría jurídica; 4. Cuando la venta de derechos y acciones versare sobre derechos en una sucesión en la que se haya practicado el avalúo para cobro del impuesto a la renta, dicho avalúo servirá de base y se procederá como se indica en el inciso anterior. El impuesto recaerá sobre la parte proporcional de los inmuebles, que hubieren de

La cuantía del tributo, el artículo 352 de la CLORM establece: “Sobre la base imponible se aplicará el uno por ciento”.

## **IMPUESTOS ADICIONALES QUE SE COBRAN CONJUNTAMENTE CON EL IMPUESTO DE ALCABALA.**

La Ley reformativa a la Ley Orgánica de Régimen Municipal publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 429 de 27 de septiembre de 2004 derogó algunos impuestos que se cancelaban conjuntamente con el Impuesto de Alcabala como: el Impuesto adicional para la H. Junta de Defensa Nacional, impuestos adicionales para el agua potable de varias ciudades del país, impuestos adicionales creados en beneficio de algunos colegios fiscales de varios cantones del país y los impuestos adicionales creados a favor de distintas ciudades.

---

corresponder al vendedor, en atención a los derechos que tenga en la sucesión. En este caso y en el anterior, no habrá lugar al impuesto de alcabala ni al de registro sobre la parte del valor que corresponda al vendedor, en dinero o en créditos o bienes muebles. 5. En el traspaso por remate público se tomará como base el precio de la adjudicación; 6. En las permutas, cada uno de los contratantes pagará el impuesto sobre el valor de la propiedad que transmita, pero habrá lugar al descuento del treinta por ciento por cada una de las dos partes contratantes; 7. El valor imponible en el traspaso de los derechos de usufructo, vitalicio o por tiempo cierto, se fijará según las normas de la Ley de Régimen Tributario Interno; 8. La base imponible en la constitución y traspaso de la nuda propiedad será la diferencia entre el valor del inmueble y el del correspondiente usufructo, computado como se indica en el numeral anterior; 9. La base imponible en la constitución y traspaso de los derechos de uso y habitación será el precio que se fijare en el contrato, el cual no podrá ser inferior, para estos efectos, del que resultare de aplicarse las tarifas establecidas en la Ley de Régimen Tributario Interno, sobre el veinticinco por ciento del valor del avalúo de la propiedad, en los que se hubieran constituido esos derechos, o de la parte proporcional de esos impuestos, según el caso; y, 10. El valor imponible en los demás actos y contratos que estuvieren sujetos al pago de este impuesto, será el precio que se hubiere fijado en los respectivos contratos, siempre que no se pudieren aplicar, por analogía, las normas que se establecen en los numerales anteriores y no fuere menor del precio fijado en los respectivos catastros.

En la actualidad el único impuesto adicional que se encuentra vigente y se lo cancela con el impuesto de alcabala es el impuesto a favor de los consejos provinciales.<sup>69</sup>

Por ser un impuesto adicional al impuesto de alcabala tiene el mismo régimen que el principal.

El sujeto activo de este impuesto es el Consejo Provincial de cada provincia donde se encuentra el bien, objeto del contrato. El sujeto pasivo es el mismo que en el impuesto de alcabala, el contribuyente que celebra el contrato.

El hecho generador y la base imponible son los mismos que el impuesto de alcabala. La tarifa del tributo es del 0.01% sobre la base imponible, conforme al art. 66 literal c) de la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Régimen Municipal.<sup>70</sup>

## **IMPUESTO DE ALCABALA APLICABLE AL FIDEICOMISO MERCANTIL.**

El literal k) del artículo 351 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone que *están exentos del pago del Impuesto de Alcabala:*

“La transferencia de dominio de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil o con el propósito de desarrollar procesos de titularización. Así mismo, las transferencias que hagan restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales

---

<sup>69</sup> Creada por decreto legislativo No. SN publicado en el Registro Oficial No. 75 de 28 de noviembre de 1952.

<sup>70</sup> Art. 66 literal c) Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Régimen Municipal :” Reformas y Derogatorias....c) Del artículo 2 del Decreto Legislativo SN, publicado en el Registro Oficial No. 75 de 28 de noviembre de 1952, sustitúyase la frase: “...1% adicional a las alcabalas”, por: “00.1 por ciento adicional a las alcabalas” y, elimínese la frase: “...y el 1% a los registros de transferencia sobre los dominios.”

que determine que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos.

Estas exoneraciones no podrán extenderse en favor de las otras partes contratantes o de las personas que, conforme a las disposiciones de esta Ley, deban pagar el cincuenta por ciento de la contribución total. La estipulación por la cual tales instituciones tomen a su cargo la obligación, no tendrá valor para efectos tributarios.”

En concordancia con el inciso segundo del artículo 113 de la Ley de Mercado de valores ordena:

*“(…) La transferencia de dominio de bienes inmuebles realizada en favor de un fideicomiso mercantil, está exenta del pago de los impuestos de alcabalas, registro e inscripción y de los correspondientes adicionales a tales impuestos, así como del impuesto a las utilidades en la compraventa de predios urbanos y plusvalía de los mismos. Las transferencias que haga el fiduciario restituyendo el dominio al mismo constituyente, sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por cualquier situación de caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales que determinen que los bienes vuelvan en las mismas condiciones en las que fueron transferidos, gozarán también de las exenciones anteriormente establecidas. Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.”*

“La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del Impuesto al Valor Agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente de este artículo.”

La Ley de Mercado de valores y la Ley Orgánica de Régimen Municipal con respecto a los fideicomisos mercantiles son claras y señalan que las transferencias de bienes inmuebles a título de fideicomiso mercantil o con el propósito de desarrollar procesos de titularización están exentas del impuesto de alcabala.

Igualmente la restitución al constituyente en las mismas condiciones del aporte no genera el impuesto de alcabala, ya sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales.

Se encuentra gravada con el impuesto de alcabala, la transferencia a título gratuito u oneroso que realice el fiduciario a favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil, o la restitución del bien fideicomitado al constituyente o adherente en diferentes condiciones a las del aporte.

Con relación a los fideicomisos inmobiliarios, el proyecto de Ordenanza Metropolitana del Municipio de Quito<sup>71</sup> señala que cuando ocurra la restitución del bien aportado al constituyente o adherente en diferentes condiciones, se genera el impuesto de alcabala por cada unidad del inmueble que se restituya.

---

<sup>71</sup> Art. Inmunerado, *proyecto de Ordenanza Metropolitana que regula el tratamiento tributario de los fideicomisos mercantiles del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito*. “**Art. ....- Gravamen de los impuestos de alcabala y a la utilidad en los casos de restitución de inmueble aportado por el constituyente al fideicomiso.-** Tratándose de un contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario, cuando ocurra la restitución del inmueble aportado y capital por el constituyente o por el adherente al fideicomiso, en diferentes condiciones a las del aporte, en la medida de la diferencia del valor del aporte se genera el impuesto de alcabala y el impuesto a la utilidad, por cada unidad inmueble que se restituye.(....)”

El inciso tercero del art. 115 de la Ley de Mercado de Valores faculta al fiduciario en cumplimiento de encargos fiduciarios o de contratos de fideicomiso mercantil, a transferir bienes,” *sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles para incrementar el patrimonio de otros ya existentes, administrados por él mismo o por otro fiduciario.*”. Este tipo de transferencias para incrementar el patrimonio de otro u otros fideicomisos ya existentes se encuentran gravada con el pago del impuesto de alcabala.

Más adelante veremos que la cesión de derechos fiduciarios no se encuentra gravada con el impuesto de alcabala.

## **IMPUESTO A LA UTILIDAD EN LA COMPRAVENTA DE PREDIOS URBANOS Y PLUSVALÍA.**

### **Naturaleza del Impuesto.**

El Impuesto a la Utilidad para Felipe Iturralde Dávalos “es un tributo no vinculado, que grava el beneficio económico que obtienen los vendedores de bienes inmuebles urbanos al enajenarlos”.<sup>72</sup>

El Art. 368 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece “el impuesto del diez por ciento sobre las utilidades que provengan de la venta de inmuebles urbanos”.

El sujeto activo del impuesto son las municipalidades donde se encuentra el bien y que es objeto de la transferencia.

---

<sup>72</sup> Felipe Iturralde Dávalos, *Manual de Tributación Municipal*, Quito, TRAMA, 1998. pág.192

Los sujetos pasivos del tributo son “los que como dueños de los predios los vendieren obteniendo la utilidad imponible y por consiguiente real, los adquirentes hasta el valor principal del impuesto que no se hubiere pagado al momento en que se efectuó la venta.”<sup>73</sup>

La base imponible del impuesto es la diferencia entre el precio de adquisición del bien inmueble y el precio de venta del mismo.

La Ley permite que el comprador pueda satisfacer dicho impuesto, teniendo el derecho de repetición contra el vendedor y de requerir a la municipalidad que inicie la coactiva para el pago del impuesto por él satisfecho y le sea reintegrado el valor correspondiente.

No hay lugar al ejercicio de este derecho si quien pagó el impuesto hubiere aceptado contractualmente esa obligación.

El segundo inciso del artículo 370 de la LORM indica que cuando exista transferencia de dominio el impuesto gravará solidariamente a las partes contratantes o a todos los herederos o sucesores en el derecho, cuando se trate de herencias, legados o donaciones.

La Ley permite deducir las inversiones realizadas en el inmueble y las mejoras realizadas en provecho del bien<sup>74</sup> y por los valores pagados por concepto de contribuciones especiales de mejoras.

---

<sup>73</sup> .Art. 370 Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

<sup>74</sup> “Art. 371 Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. “Además de las deducciones que hayan de efectuarse por mejoras, costos de adquisición y otros elementos deducibles conforme a lo que se establezca en el respectivo reglamento se deducirá: a) El cinco por ciento de las utilidades líquidas por cada año que haya transcurrido a partir del segundo de la adquisición hasta la venta sin que en ningún caso el impuesto al que se refiere este capítulo pueda cobrarse una vez transcurridos veinte años a partir de la adquisición; y, b) La desvalorización de la moneda, según informe al respecto del Banco Central.”

## **IMPUESTO A LA UTILIDAD Y PLUSVALÍA RELACIONADA CON LA FIGURA DEL FIDEICOMISO MERCANTIL.**

El artículo 353 en su último inciso de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone que: “Quedan exonerados del pago de todo impuesto tasa o contribución fiscal, provincial o municipal, inclusive el impuesto de plusvalía de las transferencias de dominio de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil.”

La Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal con respecto a los fideicomisos mercantiles de manera categórica indica que las transferencias de bienes inmuebles que se efectúen con el objeto de constituir un fideicomiso mercantil o con el propósito de desarrollar procesos de titularización están exentas del pago del impuesto del impuesto utilidad y plusvalía.

De la misma forma el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores, antes citado, manda que la restitución que realice el fideicomiso mercantil al constituyente realizado en las mismas condiciones del aporte, ya sea que tal situación se deba a la falla de la condición prevista en el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor o por efectos contractuales, tampoco genera el impuesto de utilidad y plusvalía.

En cambio las transferencias a título gratuito u oneroso que realice el fiduciario a favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil, o para

incrementar el patrimonio de uno u otros fideicomisos mercantiles ya existentes<sup>75</sup>, se encuentra gravada con el impuesto de utilidad y plusvalía.

Igualmente se encuentra gravado con el Impuesto de utilidad y plusvalía la restitución del bien inmueble aportado por el constituyente al fideicomiso mercantil en diferentes condiciones a las del aporte. Sobre este caso, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, propone en su proyecto de Ordenanza para regular los fideicomisos mercantiles en la ciudad, que “para liquidar la obligación tributaria del impuesto a la utilidad se considerará que el último propietario fue el fideicomiso mercantil”<sup>76</sup> y considerando siempre que el valor del bien inmueble no puede ser menor al avalúo municipal vigente a la fecha del aporte<sup>77</sup> al momento del traspaso de dominio o restitución. Disposición que guarda relación con el art. 87 de la Codificación del Código Tributario ecuatoriano.<sup>78</sup>

Diego Gómez de la Torre Reyes en las observaciones que realiza al proyecto de ordenanza municipal que regula el tratamiento tributario de los fideicomisos mercantiles del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito manifiesta que “el impuesto de utilidad o plusvalía se genera cuando existe una compra anterior y

---

<sup>75</sup> Art. 115 Ley de Mercado de Valores.

<sup>76</sup> Art. Inmunerado, *proyecto de Ordenanza Metropolitana que regula el tratamiento tributario de los fideicomisos mercantiles del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito*. “Art.....- (...) Toda vez que los constituyentes o los adherentes transfieren la propiedad de los inmuebles que aportan a los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, en todos los casos, para la restitución que trata el párrafo anterior, para liquidar la obligación tributaria del impuesto a la utilidad se considerará que el último propietario fue el fideicomiso mercantil.”

<sup>77</sup> Art. Inmunerado, *proyecto de Ordenanza Metropolitana que regula el tratamiento tributario de los fideicomisos mercantiles del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito*. “Art. .... Valor catastral de los bienes inmuebles aportados a fideicomisos.- En todos los casos en que se aporta una propiedad inmueble a un fideicomiso mercantil, o en los que se restituye o se traspasa el dominio de la propiedad inmueble a los constituyentes, adherentes o beneficiarios, el valor no podrá ser menor al avalúo municipal vigente a la fecha del aporte, de la restitución o del traspaso de dominio, respectivamente.”

<sup>78</sup> Art. 87 CT “(...) Cuando una determinación deba tener como base el valor de bienes inmuebles, se atenderá obligatoriamente al valor comercial con que figuren los bienes en los catastros oficiales, a la fecha de producido el hecho generador. (...).

una venta posterior, el fideicomiso no es una transferencia onerosa y en consecuencia no cabe gravarlo pues es una transferencia a título distinto. La utilidad se debería calcular desde la fecha en que ambos hechos se producen.”

Más no toma en cuenta lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores que manda: “Estarán gravadas las transferencias gratuitas u onerosas que haga el fiduciario en favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.” Por lo que si bien el fideicomiso mercantil es una transferencia a título distinto de la compraventa, la ley de mercado valores dispone que se grave las transferencias que realice el fiduciario a favor de los fiduciarios en cumplimiento de las finalidades del contrato de constitución del fideicomiso mercantil, sin importar si las transferencias son onerosas o gratuitas. Se tiene que gravar igualmente con el impuesto a las utilidades, las transferencias de bienes realizadas por el fiduciario ya sea para constituir nuevos fideicomisos mercantiles o para incrementar el patrimonio de otros ya existentes; y las transferencias de dominio que realice la fiduciaria a favor del constituyente, restituyendo el bien inmueble entregado al fideicomiso mercantil en diferentes condiciones a las del aporte.

## CESIONES DE DERECHOS FIDUCIARIOS.

Roberto González Torre de manera sencilla explica que “todo contrato de fideicomiso es fuente de derechos y obligaciones”<sup>79</sup> y aclara que no se deben confundir los derechos fiduciarios y el derecho sobre el patrimonio autónomo. Concibe a los derechos fiduciarios “como medio de inversión; así mediante la emisión por parte del fiduciario de títulos representativos de sumas dinerarias o de porcentajes de participación en el fideicomiso, que acreditan el derecho del constituyente primitivo en la fiducia”<sup>80</sup> mientras que el derecho sobre el patrimonio es el derecho a tener la titularidad del patrimonio especial, por la representación legal que ejerce el fiduciario.

En otras legislaciones como la argentina, a los derechos fiduciarios se los conoce como certificados de participación.

Alberto P. Coto define a los certificados de participación como títulos valores (*en Ecuador no son considerados títulos valores*) que “otorgan a su tenedor un derecho sobre las utilidades que genere el fondo o bien sobre el patrimonio del fideicomiso, pudiendo ser emitidos únicamente por el fiduciario”.<sup>81</sup> Para Jorge Hugo Lascala los certificados de participación de los fideicomisos inmobiliarios “se caracterizan porque además del derecho que dan a sus

---

<sup>79</sup> Roberto González Torre, *El Fideicomiso*, pág.102.

<sup>80</sup> Ídem, pág. 105.

<sup>81</sup> Alberto P. Coto, *Aspectos Tributarios del Fideicomiso*, Buenos Aires, LA LEY, 1ra edición, 2006, pág. 18. En Argentina de conformidad al art. 19 de la ley 24.441 tiene rangos de títulos valores los certificados de participación y los títulos de deuda.

tenedores a una parte alícuota de los frutos o rendimientos correspondiente, otorgan a su titular el derecho al reembolso de valor nominal”.<sup>82</sup>

El art .3 del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios dispone: “Cesión de derechos.- Los beneficiarios determinados en el contrato del negocio fiduciario, puede ceder sus derechos, siempre que no esté prohibido por la ley o por el instrumento del negocio fiduciario. La cesión de derechos deberá instrumentarse con las mismas solemnidades utilizadas para la constitución del negocio fiduciario.”

El mismo artículo indica que la cesión de derechos no surtirá efectos contra la fiduciaria ni contra terceros, sino únicamente desde la fecha de su notificación a la fiduciaria o de su aceptación conforme a lo previsto en el Código Civil para la cesión ordinaria.

Para los negocios fiduciarios inscritos en el Registro de Mercado de Valores, se tiene que notificar y marginarse en el mismo registro. Para los demás se estará conforme a las reglas de cesión de derecho del Código Civil.<sup>83</sup>

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

“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

---

<sup>82</sup> Jorge Hugo Lascala, *Práctica del fideicomiso*, pág. 421.

<sup>83</sup> Art. 1841 Codificación del Código Civil. “La cesión de un crédito personal, a cualquier título que se haga, no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título. Art. 1842 CC. “La cesión no surte efecto contra el deudor ni contra terceros, mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor, o aceptada por éste.” Art. 1843 CC. “La notificación debe hacerse con exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho, con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente.”

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.”

Para poder comprender mejor a qué se refiere la Ley de Mercado de Valores con respecto a que los derechos fiduciarios son derechos esencialmente personales, debo remitirme al Código Civil ecuatoriano el cual en su artículo 583 de su Codificación señala que: “Los bienes consisten en cosas corporales o incorporeales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporeales son las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”.

Disposición concordante con el artículo 584 de la referida Codificación que establece: “Las cosas corporales se dividen en mueble e inmueble”. Siendo Muebles las que pueden transportarse de un lugar a otro<sup>84</sup>, y los inmuebles, fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro como tierras y minas y las que se adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles.<sup>85</sup>

El mismo Código en el artículo 594 nos dice que “Las cosas incorporeales son derechos reales o personales”. De tal manera que las cosas corporales se dividen en muebles o inmuebles siendo las cosas incorporeales derechos reales y personales.

Los derechos reales según el art. 595 de la Codificación del Código Civil “son los que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona”, es

---

<sup>84</sup> Art. 585 Codificación del Código Civil.

<sup>85</sup> Art. 586 Ídem.

decir que se puede hacer valer el derecho frente a cualquier persona, y entre estos consta el dominio.

En cambio, el art. 596 de la Codificación del Código Civil señala cuales son los derechos personales o créditos:

“...derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor, por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales.”.

La Doctrina No.1 del Consejo Nacional de Valores aclara aún más el panorama cuando señala que:

*“(...) los certificados de derechos fiduciarios son simples certificados o constancias que extiende el fiduciario a petición del constituyente y/o beneficiario, de su participación en el Fideicomiso conforme lo previsto en el respectivo contrato. No constituye este documento en manera alguna, un título valor por sí negociable en el mercado de valores, puesto que la Ley de Mercado de Valores no lo califica como tal (...).”*

Continúa la doctrina explicando que “la relación jurídica personal, que deviene del contrato de fideicomiso mercantil, da lugar al nacimiento de derechos, que conlleva la existencia de un titular de tales derechos fiduciarios.”

El art. 136 de la Ley de Mercado de Valores en forma clara indica que los derechos que devienen de la relación fiduciaria tienen el carácter de “*derechos personales*”. El registro contable es de responsabilidad exclusiva de los titulares

de los derechos fiduciarios, los cuales tienen carácter esencialmente personal. Los derechos personales son aquellos que solo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas. En cambio, el derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinadas persona, como lo es el dominio, la herencia, el usufructo, uso o habitación.

La Doctrina No. 1 claramente manifiesta que “las denominadas “Cuotas de Participación Fiduciaria”, definidas por el Catálogo Único de Cuentas de la Superintendencia de Bancos, como el conjunto de derechos que se derivan de la calidad de beneficiario y que representan el aporte de los activos realizado por los fideicomitentes al fideicomiso y el derecho que les asiste de que la Fiduciaria les restituya tales activos o el producto de su administración una vez cumplidas las instrucciones señaladas en el contrato constitutivo.”<sup>86</sup>

Las cuotas de participación fiduciaria no pueden ser consideradas títulos valores. Estas no transfieren un derecho sobre el bien aportado al Fideicomiso, pues la propiedad de los activos corresponde de manera exclusiva al Fideicomiso, tampoco se puede hablar de que exista copropiedad.

Estas cuotas de participación fiduciaria refleja el derecho que tiene el constituyente de que le restituyan el bien transferido al mismo valor al que fue aportado, siempre que la instrucción impartida en el contrato no implique un cambio de su naturaleza o la entrega de una parte del bien a un tercero distinto.

De las normas citadas llego a la solución que *las cuotas de participación fiduciaria en un fideicomiso mercantil son derechos personales o créditos que se*

---

<sup>86</sup> Doctrina No.1 publicada en la Gaceta Societaria No. 26. págs. 1al 16.

*tiene respecto de la fiduciaria, susceptibles de transferencia por cesión ordinaria de conformidad con las reglas del Código Civil y de Procedimiento Civil. Cesión que implica la sujeción a los términos y condiciones establecidas en el contrato constitutivo del fideicomiso mercantil y la mera expectativa de recibir el bien, una vez concluidas las instrucciones irrevocables impartidas por el constituyente.*

## **LAS CESIONES DE DERECHOS FIDUCIARIOS EN RELACIÓN CON LOS IMPUESTOS DE ALCABALA Y UTILIDAD.**

El Director Financiero Tributario del Municipio de Quito mediante Resolución No. 1588 de fecha 23 de junio de 2004 afirmaba que:

“...no puede haber duda de que es la propia ley de Régimen Municipal, al referirse a la base imponible del impuesto de alcabala, determina la posibilidad de que el impuesto recaiga no únicamente sobre actos y contratos que den lugar al traspaso de dominio de bienes corporales inmuebles, si no que su ratio-legis abarca también a los actos y contratos de compraventa de derechos inmobiliarios.”

y concluía que la cesión de derechos fiduciarios sobre una alícuota del inmueble ya construido, en construcción o en planos se reputa inmueble al amparo de lo dispuesto en el artículo 616 del Código Civil (actual 597 de la Codificación del Código Civil).

El artículo 597 de la Codificación del Código Civil señala que “los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe...” por lo tanto, el Director Financiero Tributario del

Municipio concluía que la cesión de derechos fiduciarios al ejercerse sobre bienes inmuebles, tales cesiones se reputaran inmuebles y por ende se encuentran gravados con los impuestos de transferencia; en concordancia con el artículo 16 (actual 17) del Código Tributario,<sup>87</sup> es decir conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica del acto.

Como ya se señaló el artículo 344 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece el objeto material del hecho imponible del impuesto de Alcabala a los siguientes actos y contratos: a) *El traspaso del dominio a título oneroso de bienes raíces y buques, en los casos en que la ley lo permita (...)*. (El énfasis es mío).

El artículo 136 de la Ley de Mercado de Valores establece que los derechos fiduciarios tienen carácter esencialmente personal.

Como vimos en líneas anteriores, los derechos fiduciarios son derechos personales, los mismos que nacen del contrato del fideicomiso mercantil, que ha sido celebrado entre el constituyente y la fiduciaria. No debe confundirse con el derecho sobre el patrimonio autónomo. “El dominio de las cosas que transfirió el constituyente le pertenece por mandato de la ley al propio fideicomiso mercantil.”<sup>88</sup>

En nuestra legislación los contratos de cesión de derechos fiduciarios no transfieren ni dan dominio sobre inmuebles de propiedad del fideicomiso mercantil en virtud de que la titularidad legal del dominio es del Fideicomiso mercantil de conformidad con el artículo 119 de la Ley de Mercado Valores que dispone: “El

---

<sup>87</sup> Art. 17 Codificación del Código Tributario: “Art. 17. Calificación del hecho generador.- 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. (...)”

<sup>88</sup> Roberto González Torre, *El Fideicomiso Mercantil*, pág. 105.

fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo.”

Lida Cueva en su monografía explica que: “El beneficiario de esos derechos no tiene un derecho real sobre los bienes que integran el fideicomiso mercantil, ya que el titular y único propietario de los bienes, es el patrimonio autónomo llamado fideicomiso mercantil, pero si mantendrá el derecho de exigir, según sea el caso, el cumplimiento de las instrucciones del fideicomiso(...)”.<sup>89</sup>

Por lo que los derechos fiduciarios no otorgan a sus beneficiarios y/o cesionarios derechos reales sobre los bienes fideicomitados; lo único que el cesionario tendría es el derecho a exigir a la Administradora, el cumplimiento de las instrucciones que consta en el contrato de fideicomiso.

Por lo tanto, si bien el artículo 616 (597) del Código Civil dispone:

“Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así, el derecho de usufructo sobre un inmueble es inmueble. Así la acción del comprador, para que se le entregue la finca comprada es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble”.

*Los derechos fiduciarios no recaen sobre un bien específico sino sobre derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio autónomo, fideicomiso mercantil.*

Por lo que, los actos y contratos que fueron materia de las determinaciones tributarias por parte del Director Financiero Tributario del Municipio de Quito, eran

---

<sup>89</sup> Lida Cueva Narváez, *Monografía: Tratamiento del Fideicomiso Inmobiliario en la Política Fiscal Municipal relacionada al impuesto de alcabala y registro*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2004, pág. 31.

cesiones ordinarias de derechos conforme a lo dispuesto en el artículo 1841 y siguientes de la Codificación del Código Civil, cesiones que transfieren la propiedad de *créditos o derechos personales* de naturaleza incorporal y llamado por la Ley de Mercado de Valores “derechos fiduciarios”.

El Director Financiero Tributario del Municipio de Quito al momento de emitir su resolución no tomó en cuenta que los derechos fiduciarios cedidos no recaían sobre bienes inmuebles sino sobre el patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil que puede o no tener bienes raíces, que pueden ser tanto activos como pasivos y que además, los derechos fiduciarios son derechos personales y no reales, por lo que no podía aplicar de manera análoga el art. 351 literal a) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (actual 344 de la codificación), por cuanto el hecho generador del impuesto de alcabala es la suscripción de actos o contratos tendientes a traspasar el dominio de bienes raíces (derecho real); y la cesión de derechos fiduciarios por su naturaleza son derechos personales.

En virtud de lo expuesto, el Alcalde Metropolitano dio paso a un recurso extraordinario de revisión y mediante resolución No. 278-2004 de 24 de noviembre del 2004, se pronunció de la siguiente manera:

“Siendo los derechos fiduciarios, derechos personales mal podría aplicarse el artículo 351 literal a) de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que se refiere a la suscripción del acto y/o contrato que conlleva al traspaso de dominio de bienes raíces (cosa corporal inmueble). Siendo este artículo el presupuesto establecido por la Ley para la configuración del Tributo (art. 15 del Código Tributario) del Impuesto de Alcabala, no podría aplicarse la analogía, procedimiento admisible en materia tributaria para suplir los vacíos legales, pero en virtud de ella no pueden crearse tributos ni exenciones legales (artículo 13 Código Tributario) por lo que la determinación tributaria del Impuesto de Alcabala en la cesión de derechos fiduciarios en el presente caso no cabría por no existir el

presupuesto de hecho que configure al tributo, más aún cuando la Resolución se refiere exclusivamente a Fideicomisos Inmobiliarios y no de administración.”

Y resuelve dejar sin efecto la Resolución No. 1588 de 23 de junio del 2004 expedida por el Director Financiero Tributario del Municipio de Quito y disponer la baja de las determinaciones tributarias por concepto de alcabala y registro.

Concluyo que la cesión de derechos fiduciarios por su naturaleza al ser derechos personales, no se encuentra gravada con el impuesto de alcabala y con el impuesto a las Utilidades en la Compraventa de Predios Urbanos y Plusvalía.

## **CAPÍTULO III**

### **IMPUESTOS A LAS ACTIVIDADES ECONÓMICAS APLICABLES A LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES.**

#### **IMPUESTO DE PATENTE MUNICIPAL.**

##### **Naturaleza del Impuesto.**

En nuestra legislación es considerado como un impuesto que debe ser pagado por todos aquellos que realicen cualquier actividad de orden económico. Es uno de los requisitos que deben tener los propietarios de los negocios para el funcionamiento<sup>90</sup> de sus actividades dentro de un cantón.

Es un impuesto que grava al capital con el que opera el sujeto pasivo dentro de cada cantón, siendo sujetos pasivos del impuesto de patente municipal, todas las personas naturales, jurídicas civiles o mercantiles y sociedades de hecho que ejerzan actividades comerciales, industriales, financieras, de servicios, profesionales u otras, que operen dentro de un cantón; mientras que el sujeto

---

<sup>90</sup> [www.eluniverso.com/2006/09/12/0001/9/424A19276ECD4C75BB27DE7AA4118BE5.aspx](http://www.eluniverso.com/2006/09/12/0001/9/424A19276ECD4C75BB27DE7AA4118BE5.aspx) En el país, la apertura de un negocio implica 14 procedimientos y toma en promedio 64 días, mientras que en Chile el mismo proceso tiene nueve pasos y toma 27 días. En un listado de 175 países, Ecuador está en el puesto 123, por debajo de economías crónicamente deprimidas como las de algunas naciones africanas; en la región, solo supera a Venezuela y Bolivia.

activo del Impuesto de Patente Municipal es el ente acreedor del tributo, es el titular del derecho de crédito, sobre el que puede ejercer su pretensión de cobro siendo el sujeto activo el municipio de cada cantón donde el sujeto pasivo ejerza su actividad económica.

El primer inciso del artículo 363 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal establece: “Están obligados a obtener la patente y, por ende, el pago del impuesto de que trata el artículo anterior, todos los comerciantes e industriales que operen en cada cantón, así como los que ejerzan cualquier actividad de orden económico.”

El hecho generador del impuesto de patente municipal es el ejercicio de una actividad económica de cualquier naturaleza, sea esta comercial, industrial, financiera, de servicios, profesional u otra, realizada por cualquier persona natural, jurídica o sociedad de hecho.

El inciso segundo del art. 363 de la Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone: “El concejo mediante ordenanza, establecerá la tarifa del impuesto anual en función del capital con el que operen los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón. La tarifa mínima será de diez dólares de los Estados Unidos de América y la máxima de cinco mil dólares de los Estados Unidos de América.”

La Ley al no definir la palabra capital, dejó a interpretación de los concejos municipales del país dicho concepto, así pues, “un Municipio puede tomar como base imponible, el capital en giro de la empresa, o el capital financiero, el capital

en economía, el capital de trabajo, inclusive pueden llegarse a confundir conceptos como el de patrimonio con el de capital.”<sup>91</sup>

Así, la forma de determinar la tarifa del Impuesto le corresponde a cada municipio mediante ordenanza dentro de los límites señalados por la ley, pues no existe definición técnica, contable ni legal que nos diga con certeza a que refiere la frase “en función del capital con el que operen los sujetos pasivos”. Tenemos que el Municipio de Quito considera capital con que operen los sujetos pasivos del Impuesto de Patente Municipal al resultado de la diferencia existente entre el total de activos y el total de pasivos (Primera Disposición General de la Ordenanza No. 135); mientras que la ordenanza que determina el cobro del Impuesto de Patente Municipal del cantón Guayaquil<sup>92</sup> en forma hábil, “entrega la carga de la determinación al sujeto pasivo, quien debe declarar anualmente el impuesto de patente, en base al capital con que opera”.<sup>93</sup>

Se ha discutido mucho sobre si los fideicomisos mercantiles tienen o no, que cancelar el Impuesto de Patente Municipal.

El art. 6 del Acuerdo 105 de 2003 contenido en el Estatuto Tributario de Bogotá<sup>94</sup> establece que para los efectos del impuesto predial unificado, del

---

<sup>91</sup> Diego Pereira Orellana, *Monografía: Determinación del Impuesto de Patente Municipal del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2004, pág. 18.

<sup>92</sup> Ordenanza Municipal 1, publicada en el Registro Oficial No. 494 de 31 de diciembre de 2004. “Art. 8 Base Imponible para determinar la cuantía del Impuesto de Patente. La base del impuesto anual de patente será en función del capital con el que operen los sujetos pasivos de este impuesto dentro del cantón, y que conste en los libros o registros contables al cierre del ejercicio económico del año inmediato anterior, de acuerdo a las declaraciones que se deben presentar en la Superintendencia de Compañías o Superintendencia de Bancos, en el caso de personas jurídicas.”

<sup>93</sup> Marco Albán Zambonino, *Problemas de Doble Tributación a Nivel Seccional*, Memorias de las VI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, Cuenca, IEDT, 2005, pág. 271.

<sup>94</sup> Estatuto Tributario de Bogotá 2005, págs. 228 y 229.

impuesto de industria y comercio (patente en nuestra legislación) que se originen de la actividad de los patrimonios autónomos constituidos en virtud del fideicomiso mercantil, será responsable del pago de impuestos derivados de los bienes o actividades del patrimonio autónomo el fideicomitente o titular de los derechos fiduciarios.

La Asociación de Administradoras de Fondos y Fideicomisos del Ecuador ha manifestado que “los fideicomisos mercantiles son simples ficciones que no pueden ser consideradas como sociedades civiles o mercantiles, a los que se les ha dotado de una personalidad jurídica sui generis y excepcional para el caso ecuatoriano, que no existe en otras legislaciones, solo al efecto de puedan ejercer derechos y obligaciones afectadas a la finalidad contractual prevista”.<sup>95</sup>

Señala además que “no es posible considerar que los fideicomisos sean sociedades comerciales o industriales o ejerzan actividades económicas. Las actividades que desarrollan los fideicomisos no son por cuenta propia, lo son por cuenta de los constituyentes.”<sup>96</sup>

No comparto el criterio expuesto por la Asociación de Administradoras de Fondos y Fideicomisos del Ecuador por cuanto, si bien el fideicomiso mercantil es un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica capaz de ejercer derechos y obligaciones, representada por la fiduciaria, este patrimonio es independiente de los constituyentes y busca cumplir la finalidad establecida en el

---

<sup>95</sup> Asociación de Administradoras de Fondos y Fideicomisos, *Exposición de Motivos y Fundamentación del Proyecto de Ordenanza Modificatoria del Código Municipal*, 21 de febrero del 2006, exp. 497-2006 Procuraduría Municipio de Quito, pág. 7.

<sup>96</sup> Ídem, pág. 7.

contrato de constitución del fideicomiso mercantil. Muchos de los fideicomisos mercantiles realizan actividades económicas con el objeto de cumplir la finalidad del contrato. Tampoco estoy de acuerdo con la afirmación de que las actividades desarrolladas por los fideicomisos son por cuenta de los constituyentes. La fiduciaria tiene la calidad de representante legal del patrimonio autónomo y esta a su vez, es quien administra el fideicomiso mercantil y busca cumplir las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil.

### **¿ES EL FIDEICOMISO MERCANTIL ASIMILABLE A UNA SOCIEDAD?**

La Ley de Mercado de Valores de 1993, en el numeral 4 del artículo 71 reformó al art. 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno que textualmente decía:

“Art. 94 Concepto de Sociedad.- Para efectos de esta Ley, el término sociedad comprende la persona jurídica, la sociedad de hecho, el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros o sus subsidiarias o afiliadas, el fideicomiso mercantil, el fondo de inversión o cualquier entidad que, aunque carente de personalidad jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de sus miembros.”

Con la expedición de la nueva Ley de Mercado de Valores publicada en el Registro Oficial 367 de 23 de Julio de 1998, el artículo 237 numeral 2 de la referida Ley, reforma nuevamente al Art. 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno, limitando tal disposición de la siguiente manera:

“Art. 237.- De las reformas a otras normas legales.- Reformarse las siguientes normas legales y reglamentarias: .... 2. Efectúense en la Ley de Régimen Tributario Interno las siguientes modificaciones:

a) Sustitúyase el artículo 94 por el siguiente:

“Art. 94. Para efectos de esta Ley, el término sociedad comprende la persona jurídica, la sociedad de hecho, el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas, el fondo de inversión o cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros.”

Con esta reforma el fideicomiso mercantil dejó ser catalogado como una sociedad, que para mucho autores como Roberto González Torre, fue “un acierto legislativo”<sup>97</sup> pero incoherente según la naturaleza jurídica del fideicomiso mercantil ecuatoriano, pues al ser considerado como un patrimonio autónomo capaz de adquirir derechos y obligaciones, es coherente pensar que el fideicomiso mercantil deba ser considerado como sociedad para fines fiscales.

El artículo 135 de la Ley de Mercado de Valores dispone:

“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.”

---

<sup>97</sup> Roberto González Torre, *El Fideicomiso Mercantil*, Pág. 92.

El artículo 29 de la Codificación del Código Tributario señala cuales son los agentes de retención y de percepción. Los primeros pueden ser personas naturales o jurídicas que, en razón de su actividad, función o empleo, están en posibilidad y obligación de retener tributos por disposición legal, reglamentaria u orden administrativa. Los agentes de percepción son las personas naturales o jurídicas que, que están obligadas a recaudar tributos y entregarlos al sujeto pasivo por mandato de la ley o del reglamento en razón de su actividad, función o empleo.

La Ley de Régimen Tributario Interno, en el art. 50, ordena a los agentes de retención a entregar el respectivo comprobante de retención a las personas a quienes efectuaron la retención. Están obligados a declarar y depositar de forma mensual los valores retenidos en las entidades legalmente autorizados.

El art. 30 del Código Tributario establece:

“La responsabilidad de los agentes de retención o de percepción es directa en relación al sujeto activo y por consiguiente son los únicos obligados ante éste en la medida en que se haya verificado la retención o percepción de los tributos; y es solidaria con el contribuyente frente al mismo sujeto activo, cuando no se haya efectuado total o parcialmente la retención o percepción....”.

El artículo 135 de la Ley de Mercado de Valores buscaba limitar al fideicomiso mercantil como agente de retención y percepción de las obligaciones tributarias contraídas. La administradora de fondos y fideicomisos mercantiles es la responsable por representación del fideicomiso mercantil del cumplimiento de las deudas tributarias contraídas por el patrimonio autónomo. Existe

responsabilidad solidaria entre la fiduciaria y el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de los deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso.

Mediante disposición del art. 32 de la Ley de 99-24 de Reforma de las Finanzas Públicas, publicada en el Registro Oficial Suplemento de 30 de abril de 1999, se vuelve a reformar el art. 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno (actual 98 de la Codificación LRTI) el cual reza de la siguiente manera:

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

La Codificación del Código Tributario en el art. 24 dispone:

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

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

Norma concordante con el art. 119 de la Ley de Mercado de Valores que señala: “El fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil (...)”

Por lo señalado, y de conformidad con la normativa legal vigente, *el fideicomiso mercantil es una sociedad para todos los fines tributarios.*

## **EL IMPUESTO DE PATENTE Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL.**

El Director Financiero Tributario del Municipio de Quito mediante Resolución No.877 de 30 de abril del 2003, resolvió que los “fideicomisos de administración, inmobiliario y de inversión tienen la obligación de inscribirse en el Registro de Patentes Municipales” y cancelar el Impuesto de patentes municipales; mientras que los fideicomisos de garantía, mientras no ejerzan actividad económica diferente al objeto por el que fueron constituidos, no deben obtener la patente respectiva.

La Dirección Financiera sustenta su Resolución, en el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores y señala que el Fideicomiso mercantil “constituye un patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica capaz de ejercer derechos y obligaciones a través de representante legal (la fiduciaria) pero sin que al igual que en las demás personas jurídicas ficticias, se confunda los patrimonios de las personas jurídicas como tal, como el de su representante legal, la fiduciaria, ni las

obligaciones tributarias de ambas.” Los literales a) y b) del artículo 6 de la Resolución No. CNV-004-2001 del Consejo Nacional de Valores dispone: “

Elementos fundamentales de los contratos e negocios fiduciarios.- Tanto los contratos de fideicomiso mercantil así como los encargos fiduciarios, cuando corresponda, deberán estipular, además de los requisitos señalados en el Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores y disposiciones del inciso cuarto del Art.114 ibídem, según sea el caso, lo siguiente: a) Naturaleza del contrato: Se debe determinar expresamente en todos los negocios fiduciarios, la naturaleza del contrato que se celebra, instrumentándose en atención de la misma. b) Finalidad: Comprenderá las gestiones y actividades específicas constitutivas del objeto del negocio fiduciario haciendo una enunciación clara y completa de las mismas, según el tipo de negocios fiduciarios a celebrarse”.

El artículo 17 de la Resolución No. CNV-004-2001 clasifica a los fideicomisos mercantiles en: 1) El de Administración que es el contrato “...en virtud del cual se transfiere dinero o bienes a un patrimonio autónomo, para que la fiduciaria los administre y desarrolle la gestión encomendada por el constituyente y destine los rendimientos si los hay, al cumplimiento de la finalidad señalada.....” 2) En Inmobiliario que es el contrato ”...en virtud del cual se transfieren bienes para que el fiduciario mercantil realice gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo de proyectos inmobiliarios, todo en provecho de los beneficiarios instituidos en el contrato...” 3) El de Inversión, que es el contrato “...en virtud del cual los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregan al patrimonio autónomo sumas de dinero que la fiduciaria, los invierta según sus instrucciones para beneficio propio o de terceros...” y 4) El de garantía que es el contrato “...en virtud del cual el constituyente transfiere de manera irrevocable 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 e ciertas obligaciones, designando como beneficiario al acreedor de estas, quien en caso de incumplimiento puede solicitar a la fiduciaria, la realización o venta de los bienes fideicomitados para que con su producto se pague el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, de acuerdo con las instrucciones previstas en el contrato...”.

Independientemente que el fideicomiso mercantil es una sociedad para fines tributarios, el hecho generador del Impuesto de Patente Municipal es la realización de una actividad económica de cualquier naturaleza, realizada por cualquier persona natural, jurídica o sociedad de hecho que operen dentro de un cantón; por lo que para determinar si los derechos y obligaciones que contrae el fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo dotado de personalidad jurídica implican actividad económica y por ende el pago del Impuesto de Patente Municipal, *dependerá mucho de la finalidad establecida en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil.*

Comparto en parte la conclusión a la que llega el Director Financiero Tributario que de los cuatro fideicomisos tipo, tres de ellos claramente realizarían actividad económica, como es el caso de los fideicomisos de administración (los rendimientos económicos), inmobiliario (cuando realice gestiones administrativas y legales ligadas o conexas con el desarrollo de proyectos inmobiliarios incluyendo la venta del proyecto) y de inversión (invierta según lo estipulado en el contrato); mientras que, el fideicomiso de garantía no debería obtener la patente municipal siempre y cuando no ejerza actividad económica; aunque dependerá siempre de

la finalidad para el cual fue constituido el fideicomiso mercantil y la administración tributaria seccional de conformidad con el art. 17 de la Codificación del Código Tributario deberá calificar<sup>98</sup> el acto jurídico conforme a su esencia y naturaleza jurídica para establecer si se ha configurado el presupuesto establecido en la Ley del Impuesto de Patente Municipal.

## IMPUESTO DEL 1.5 POR MIL ANUAL SOBRE LOS ACTIVOS TOTALES

### Naturaleza del Impuesto.

El Impuesto del 1.5 por mil anual sobre los activos totales<sup>99</sup> es un tributo que “grava los activos totales de las empresas formales, y de las personas obligadas legalmente a llevar contabilidad, independientemente de los rendimientos del negocio o actividad que desarrollen”.<sup>100</sup>

Para muchos, es un impuesto anacrónico, “sin permitir además que se pueda distinguir que entre aquellos se encuentra activos que ya tienen un impuesto propio, como por ejemplo, inmuebles y vehículos”.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Art. Inmunerado *proyecto de Ordenanza Metropolitana que regula el tratamiento tributario de los fideicomisos mercantiles del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.* “ **Art. ....- Facultad determinadora de la administración tributaria municipal.**- Para la aplicación de la presente ordenanza la administración tributaria municipal verificará la naturaleza jurídica de los constituyentes, adherentes y/o beneficiarios que intervienen en los contratos de fiducia; así mismo, para la aplicación de los impuestos de patente y del 1.5 por mil sobre los activos totales a los fideicomisos mercantiles, verificará el ejercicio efectivo de actividad económica, evaluando para ello elementos como: objeto y/o finalidad del fideicomiso mercantil, declaraciones de impuestos a la renta y/o al valor agregado presentadas al Servicio de Rentas Internas del Ecuador, Registro Único de Contribuyentes (RUC), balances auditados”.

<sup>99</sup> Creado mediante Ley No. 006 publicada en el Registro Oficial No. 97 de 29 de diciembre de 1988 en sustitución del Impuesto del 1.5 por mil al capital en giro.

<sup>100</sup> Felipe Iturralde Dávalos, *Manual de Tributación Municipal*, pág. 154.

<sup>101</sup> Marco Albán Zambonino, *Problemas de Doble Tributación a Nivel Seccional*, Memorias de las VI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, págs. 272 y 273.

El artículo primer inciso del art. 32 de la Ley No. 006 determina cuales son los sujetos pasivos y el hecho generador del impuesto:

“las personas naturales, jurídicas, sociedades de hecho y negocios individuales, nacionales o extranjeros, domiciliados en la respectiva jurisdicción municipal, que ejerzan habitualmente actividades comerciales, industriales y financieras que estén obligados a llevar contabilidad, de acuerdo con lo que dispone la Ley de Impuesto a la Renta y el Reglamento de Aplicación.

Para efecto del impuesto que se establece, las personas naturales o jurídicas, sociedades de hecho y negocios individuales que estén obligados a llevar contabilidad de acuerdo con lo que dispone la Ley de Impuesto a la Renta y su Reglamento, deducirán las obligaciones de hasta un año plazo y los pasivos contingentes.”.

El art. 31 de la Ley No. 006 determina que: “Son sujetos activos de este impuesto las municipalidades...”.

En el mismo artículo se menciona la forma como se puede distribuir el pago del referido tributo para los sujetos pasivos que realicen su actividad en más de un cantón y evitar una posible doble tributación.<sup>102</sup>

El inciso tercero de la Ley No. 006 (agregado por Ley 2, publicada en Registro Oficial Sup. 22 de 9 de Septiembre de 1992) dispone : “Cuando los sujetos pasivos de este impuesto tengan su actividad en una jurisdicción distinta al Municipio en el que tienen su domicilio social, el impuesto se pagará al Municipio del lugar en donde está ubicada la fábrica o planta de producción.”

---

<sup>102</sup> Art. 31 Ley No. 006. “En relación con los sujetos pasivos que desarrollen su actividad en más de un cantón, se determinará el total del activo y pagarán el impuesto a la respectiva municipalidad en forma proporcional tomando como base de cálculo los ingresos brutos obtenidos por sus establecimientos en la correspondiente jurisdicción.”

La forma de declarar el tributo, cuando el sujeto pasivo desarrolla su actividad en varias jurisdicciones, la Ley No. 006 lo establece en el referido art. 31 inciso cuarto.<sup>103</sup>

Existen normas expresas referentes al pago del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales cuando se refiere a las empresas de prestación de servicios para la exploración y explotación de hidrocarburos<sup>104</sup> y para los sujetos pasivos que realizan actividades en la Provincia de Galápagos.<sup>105</sup>

## **CONTABILIDAD DE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES**

El artículo 19 de la Codificación de la Ley de Régimen Tributario dispone que las sociedades están obligadas a llevar contabilidad.<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> Art. 31 inciso cuarto (agregados por Ley 17, publicada en Registro Oficial 75 de 27 de Noviembre de 1992.) “Los sujetos pasivos que realicen actividades en más de un cantón, presentarán la declaración del impuesto en el cantón en donde tenga su domicilio principal, especificando el porcentaje de los ingresos obtenidos en cada uno de los cantones, y en base a dichos porcentajes determinarán el valor del impuesto que corresponde a cada municipio, de acuerdo al Reglamento que para el efecto dictará el Presidente de la República, en el que se establecerán las normas para el pago y distribución entre los municipios partícipes.”

<sup>104</sup> Inciso quinto Art. 31 agregado por Ley No. 17, publicada en Registro Oficial 75 de 27 de Noviembre de 1992.

<sup>105</sup> Inciso sexto Art.31 agregado por el art. 72 literal h) de la Ley No. 67 publicada en el Registro oficial No. 278 de 18 de marzo de 1998).

<sup>106</sup> Art. 19 LRTI. “Obligación de llevar contabilidad.- Están obligadas a llevar contabilidad y declarar el impuesto en base a los resultados que arroje la misma todas las sociedades. También lo estarán las personas naturales que realicen actividades empresariales en el Ecuador y que operen con un capital propio que al 1 de enero de cada ejercicio impositivo, supere los veinte y cuatro mil dólares (24.000 USD) o cuyos ingresos brutos anuales del ejercicio inmediato anterior sean superiores a los cuarenta mil dólares (40.000 USD) incluyendo las personas naturales que desarrollen actividades agrícolas, pecuarias, forestales o similares. Las personas naturales que realicen actividades empresariales y que operen con un capital u obtengan ingresos inferiores a los previstos en el inciso anterior, así como los profesionales, comisionistas, artesanos, agentes, representantes y demás trabajadores autónomos deberán llevar una cuenta de ingresos y egresos para determinar su renta imponible”.

Las sociedades administradoras de fondos y fideicomisos mercantiles, conforme al art. 97 literal b) de la Ley de Mercado de Valores, las define como sociedades anónimas con objeto limitado, dentro del cual está la administración de los negocios fiduciarios (encargo fiduciario y fideicomiso mercantil).

El literal b) del artículo 103 de la Ley de Mercado de Valores establece como una de las obligaciones de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos como fiduciario:

“Mantener el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario *separado de su propio patrimonio y de los demás fideicomisos mercantiles* y encargos fiduciarios que mantenga, *llevando para el efecto una contabilidad independiente* para cada uno de éstos.

La contabilidad del fideicomiso mercantil y de los encargos fiduciarios deberá reflejar la finalidad pretendida por el constituyente y se sujetarán a los principios de contabilidad generalmente aceptados;”

La Doctrina No. V del Consejo Nacional de Valores indica:

“Observando la supletoriedad de la Ley de Compañías, acogiendo las disposiciones legales antes referidas y considerando que el negocio fiduciario y concretamente el patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil no es, ni podrá considerarse como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del Fiduciario quien dentro del giro ordinario debe llevar contabilidad independiente para cada uno de los Fideicomisos que administra corresponde a las Fiduciarias llevar la contabilidad de los Fideicomisos mercantiles en el domicilio principal de las compañías administradoras, salvo que la Superintendencia de Compañía autorice llevarla en otro lugar del territorio nacional (oficina o sucursal) diferente del domicilio principal de la compañía.”<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> Doctrina No. V publicada en la Gaceta Societaria No. 26, págs. 30-31

Conforme a la normativa legal vigente, los fideicomisos mercantiles son sociedad de derecho para fines tributarios y están obligados a llevar contabilidad a través de su representante legal.

## **IMPUESTO DEL 1.5 POR MIL ANUAL SOBRE LOS ACTIVOS TOTALES Y EL FIDEICOMISO MERCANTIL.**

Para la Asociación de Administradoras de Fondos y Fideicomisos del Ecuador la pretensión de exigir el pago del impuesto de de patente municipal y del impuesto del 1.5 por mil anual sobre los activos totales es “un caso grave de doble imposición” por la “estructura del tributo” y “por los efectos que generan en los contribuyente”.<sup>108</sup>

Manifiestan que “desde el punto de vista del hecho generador, el impuesto de patente, grava a todos los comerciantes e industriales que operen así como a quienes ejerzan cualquier actividad de orden económico”. En el caso particular del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, “ha interpretado que el monto del capital con el que operen los sujetos pasivos es equivalente al Patrimonio Neto”<sup>109</sup> Mientras que el impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales grava a quienes habitualmente ejerzan actividades comerciales y financieras dentro de las jurisdicciones cantonales y que estén obligados a llevar contabilidad.

---

<sup>108</sup> Asociación de Administradoras de Fondos y Fideicomisos , *Exposición de Motivos y Fundamentación del Proyecto de Ordenanza Modificatoria del Código Municipal*, Pág. 10.

<sup>109</sup> Ídem, 10.

Desde el punto de vista de las bases imponibles, el impuesto de patente según aplicación práctica, grava al patrimonio neto de los sujetos pasivos de la obligación, y el impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales grava el total de activos.

La Asociación hace énfasis que los mismos bienes corporales o incorporales son sometidos a doble gravación, tanto a nivel de los fideicomisos mercantiles como a nivel de los constituyentes, produciéndose un caso de doble imposición.

Con respecto a una posible doble imposición del tributo de los bienes corporales o incorporales aportados a los fideicomisos mercantiles por parte de los constituyentes, una solución propuesta por el Municipio de Quito, es que los sujetos pasivo o contribuyentes del Impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales que hayan aportado parte del patrimonio a un fideicomiso mercantil podrán deducirse el monto de los activos fideicomitidos, de la base imponible del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales.<sup>110</sup> Gravados únicamente en el fideicomiso mercantil.

---

<sup>110</sup> Artículo innumerado, *proyecto de Ordenanza Metropolitana que regula el tratamiento tributario a los Fideicomisos, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito*, noviembre del 2006. “**Art.- .....- Eliminación de la doble imposición económica.**- Para todos los casos los constituyentes, los adherentes y los beneficiarios personas jurídicas sujetos pasivos o contribuyentes del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales que hayan aportado parte del patrimonio a un fideicomiso mercantil, registrarán en su contabilidad como activo el aporte realizado. De esa manera el activo estará sometido a gravamen una sola vez en la persona del constituyente, del adherente o del beneficiario persona jurídica, en el año de constitución del fideicomiso mercantil y en cada año posterior. Si el fideicomiso mercantil está constituido por aportes de constituyentes, adherentes o beneficiarios personas naturales, el impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales se causará a cargo del patrimonio autónomo formado.”

De lo expuesto, el hecho generador del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, es la realización habitual de *actividades comerciales, industriales y financieras* ejercidas por las *personas naturales, jurídicas, sociedades de hecho y negocios individuales*, nacionales o extranjeros, domiciliados en la respectiva jurisdicción municipal, *que estén obligados a llevar contabilidad de acuerdo* como lo dispone la Ley de Impuesto a la Renta y el Reglamento de Aplicación.

Como ya señalo en líneas anteriores y a la luz del artículo 98 de la Codificación de la Ley Régimen Tributario Interno, se considera al *fideicomiso mercantil como sociedad para fines tributarios* y están obligados a llevar contabilidad. La realización de actividades comerciales, industriales y financieras por parte de los fideicomisos mercantiles, dependerá obviamente del estatuto de constitución de cada fideicomiso, para determinar si realiza dichas actividades. Por lo general los fideicomisos de administración, inversión y garantía realizan actividades comerciales y financieras para poder cumplir con su finalidad y el fideicomiso Inmobiliario realiza en su mayoría actividades comerciales para lograr que el proyecto salga adelante.

Por lo expuesto, los fideicomisos mercantiles, domiciliados en la respectiva jurisdicción municipal, que en cumplimiento de su finalidad tengan que ejercer habitualmente actividades comerciales, industriales y financieras, son sujetos pasivos del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, y tienen que cancelarlo a través de su representante legal (fiduciario). Las administradoras de fondos y fideicomisos mercantiles y los agentes de manejo, independientemente

de los fideicomisos mercantiles que administren, están igualmente obligados al pago del 1.5 por mil sobre los activos totales.

## **CONCLUSIONES:**

Al terminar el presente trabajo, he pretendido brindar una visión sobre el régimen jurídico tributario municipal aplicable al fideicomiso mercantil en el caso ecuatoriano, tema del cual aún quedará mucho por decir, estudiar y analizar. Considero importante que los Municipios del País regulen mediante ordenanzas el tratamiento tributario municipal a los fideicomisos mercantiles y evitar que se apliquen criterios subjetivos que incluso podrían ser arbitrarios en algunos casos por la falta de normativa.

El fideicomiso mercantil es sujeto pasivo de los impuestos de alcabala y utilidad cuando existen transferencia de dominio por parte del fiduciario a favor de los beneficiarios en cumplimiento de las finales del contrato de constitución o para incrementar el patrimonio de otros fideicomisos ya existentes o cuando ocurre la restitución del bien inmueble entregado al constituyente o adherente en diferentes condiciones a las de aporte.

Las transferencias de bienes inmuebles a título de fideicomiso mercantil, procesos de titularización y la restitución al constituyente o adherentes de los bienes aportados al patrimonio autónomo en las mismas condiciones se encuentran exoneradas de los tributos de alcabala y utilidad.

En el presente estudio, concluyo que los certificados de derechos fiduciarios son simples constancias o certificaciones de la participación en un fideicomiso mercantil que extiende el fiduciario a petición del constituyente y/o beneficiario, y no constituyen títulos valores. La cesión de derechos fiduciarios no transfiere ni dan dominio sobre inmuebles que forman parte del patrimonio autónomo y no se encuentra gravadas con los impuestos de alcabala y utilidad.

El fideicomiso mercantil, entidad con personalidad jurídica, capaz de tener derechos y adquirir obligaciones es susceptible de imposición del impuesto de patente municipal en cuanto realice actividades de índole económica, aunque dependerá siempre de la finalidad del contrato de constitución del fideicomiso por lo que, la administración tributaria seccional en el ejercicio de su facultad determinadora tendrá la potestad de calificar el acto jurídico conforme a su esencia y naturaleza y establecer si el hecho generador del tributo se configuró.

Finalmente, el fideicomiso mercantil siendo considerada una sociedad para fines tributarios y obligada a llevar contabilidad, es contribuyente del impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales cuando en cumplimiento de la finalidad establecida en el contrato de constitución, tenga que ejercer habitualmente actividades comerciales, industriales o financieras.

## BIBLIOGRAFÍA

Albán Zambonino, Marco, *Problemas de Doble Tributación a Nivel Seccional*, Memorias de las VI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, IEDT, Cuenca, 2005.

Asociación de Administradoras de Fondos y Fideicomisos, *Exposición de Motivos y Fundamentación del Proyecto de Ordenanza Modificatoria del Código Municipal*, 21 de febrero del 2006.

Casas Sanz De Santamaría, Eduardo, *Del "Trust" Anglosajón a la Fiducia en Colombia y materias aledañas*, Colombia, Temis, 2004.

Cevallos Vásquez, Víctor, *Mercado de Valores y Contratos, Tomo I*, Quito, Jurídica del Ecuador, 1ra ed., 1997.

Cevallos Vásquez, Víctor, *Mercado de Valores y Contratos, Tomo II*, Quito, Jurídica del Ecuador, 1ra ed., 1997.

Coto Alberto P., *Aspectos Tributarios del Fideicomiso*, Buenos Aires, LA LEY, 1ra edición, 2006.

Cueva Narváez, Lida, *Monografía: Tratamiento del Fideicomiso Inmobiliario en la Política Fiscal Municipal relacionada al impuesto de alcabala y registro*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2004.

Gerscovich, Carlos Gustavo, y otros, *Derecho Bancario y Financiero Moderno*, Buenos Aires, Villela Editor, 1ra ed., 1999.

Goldemberg, Cecilia E., *Fondos Comunes de inversión y fideicomisos financieros tratamiento impositivo*, Buenos Aires, Villela Editor, 1ra ed., 1999.

Gómez De la Torre Reyes, Diego, *El Fideicomiso Mercantil*, Quito, ALBAZUL FOCET, 1ra. Edición, 1998.

González Torre, Roberto, *El Fideicomiso*, Guayaquil, Edino, 2da ed, 2000.

Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, *Memorias de las VI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario*, Cuenca, IEDT, 2005.

Iturralde Dávalos, Felipe, *Manual de Tributación Municipal*, Quito, Editorial Trama, 1998.

Lascales Jorge Hugo, *Práctica del fideicomiso*, Buenos Aires, ASTREA,2003.

Leal Pérez Hildebrando, *Contratos Bancarios*, Bogotá, Librería del Profesional , 1990.

Lisoprewski, Silvio V., *El Fideicomiso frente al concurso de quiebra*, Buenos Aires, Villela editor, 1999.

Maury, Beatriz Alicia, y otros, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, Tomo I, Buenos Aires, AdHoc, 1ra edición, 2004.

Maury, Beatriz Alicia, y otros, *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*, Tomo II, Buenos Aires, AdHoc, 1ra edición, 2004.

Memorias del XIV Congreso Latinoamericano de Fideicomiso, Quito, 2004.

Mogrovejo Jaramillo, Juan Carlos, *Los impuestos Municipales a la Transferencia de dominio de bienes inmuebles*, Boletín del Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, No.9, Quito, diciembre de 2006

Pereira Orellana, Diego, *Monografía: Determinación del Impuesto de Patente Municipal del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2004.

Ponce Posso, María Antonieta, *Manual de Derecho Financiero*, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, 2da ed., 2002.

Ramírez Romero, Carlos, *Curso de Legislación Mercantil*, Loja, Universidad Técnica Particular de Loja, 3ra ed. 2004.

Rodríguez Azuero, Sergio, *Negocios Fiduciarios su significación en América Latina*, Bogotá, Legis, 2005.

Troya Jaramillo, José Vicente, “*La tributación de los Entes Locales*”, ponencia en las VI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario, Cuenca, 2006.

Valdés Costa, Ramón. *Curso de Derecho Tributario*, Bogota, Temis S.A., 3ª. Ed., 2001.

Villagordoa Lozano, José Manuel. *Doctrina General del Fideicomiso*, Porrúa S.A., México, 2da edición, 1982.

Villegas, Héctor. *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Astrea, 8ª ed, 2002.

Yupanqui Carrillo, Yolanda, *Monografía: El Fideicomiso como Sujeto Pasivo de la Obligación Tributaria*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 1998.

## **NORMAS JURÍDICAS.**

Codificación a la Ley de Régimen Tributario Interno publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 463 de 17 de noviembre del 2004.

Codificación del Código Tributario publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 38 de 14 de Junio del 2005.

Codificación del Código Civil publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio del 2005.

Codificación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 159 de 5 de diciembre del 2005.

Codificación de la Ley de Mercado de Valores publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 215 de 22 de febrero del 2006.

Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Doctrina No. I del Consejo Nacional de Valores, publicada en la Gaceta Societaria No. 26.

Doctrina No. V del Consejo Nacional de Valores, publicada en la Gaceta Societaria No. 26.

Estatuto Tributario de Bogotá 2005.

Ley No. 6 publicada en el Registro Oficial No. 97 de 29 de diciembre de 1988.

Ley de Mercado de Valores publicada en el Registro Oficial No. 367 de 23 de septiembre de 1998.

Ley Orgánica Reformatoria a la Ley de Régimen Municipal, publicada en el Registro Oficial Suplemento No.429 de 27 de septiembre del 2004.

Ordenanza Metropolitana No. 135 publicada en el Registro Oficial No. 524 de 15 de febrero del 2005.

Proyecto de Ordenanza Metropolitana que regula el tratamiento tributario a los Fideicomisos, Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, noviembre del 2006.

Reglamento a la Ley de Mercado de Valores publicada en el Registro Oficial No. 87 de 14 de diciembre de 1998.

Reglamento sobre Negocios Fiduciarios publicada en el Registro Oficial No. 321 de 8 de mayo de 2001.

Resolución No.877 de 30 de abril del 2003 emitida por el Director Financiero Tributaria del Municipio de Quito.

Resolución No. 1588 de 23 de junio del 2004 expedida por el Director Financiero Tributario del Municipio de Quito.

Resolución No. 278-2004 de 24 de noviembre del 2004 emitida por el Alcalde Metropolitana.

#### **SITIOS WEB VISITADOS.**

[www.eluniverso.com](http://www.eluniverso.com)

[www.felaban.com](http://www.felaban.com)