

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Tributario

**Problemática jurídico-tributaria del fideicomiso mercantil
inmobiliario en Ecuador con relación al impuesto a la renta**

María Cristina Terán Orbea

Tutor: Marco Vinicio Albán Zambonino

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derechos de publicación

Yo, María Cristina Terán Orbea, autora de la tesis intitulada “Problemática jurídico-tributaria del fideicomiso mercantil inmobiliario en Ecuador con relación al impuesto a la renta”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho con mención en Derecho Tributario en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

17 de mayo de 2021

Firma: _____

Resumen

Este trabajo de investigación se enfoca en la problemática jurídico-tributaria del fideicomiso mercantil inmobiliario en Ecuador con relación al impuesto a la renta. Esta figura, de acuerdo a nuestra legislación impositiva, es considerada una sociedad y por lo tanto un sujeto pasivo más del impuesto a la renta, así también cuenta con personalidad jurídica, sin que por estas características se vea exento de situaciones que no han sido consideradas por la legislación para transparentar la utilización de esta figura jurídica. Ante esta problemática, la presente investigación busca dejar en claro la normativa tributaria que rige al fideicomiso mercantil inmobiliario y si esta ayuda o no a que el mismo cumpla con los fines para los cuales fue incorporado en nuestra legislación. Para ello, el presente trabajo recurrió a fuentes bibliográficas, tanto nacionales como internacionales, que nos permitieron exponer: una visión histórica de la figura del fideicomiso, un análisis de sus características y de sus derivaciones más interesantes, como el trust del derecho anglosajón, hasta llegar al actual fideicomiso mercantil inmobiliario y su adaptación a nuestra legislación. Se realizó un análisis comparativo con otras legislaciones relevantes para nuestra investigación. Se analizó particularidades a considerar al momento de la determinación y declaración del impuesto a la renta como son: el caso de los fideicomisos inmobiliarios integrados por organismos del sector público o por instituciones sin fines de lucro, la afectación de las Normas Internacionales de Contabilidad a este tipo de sujetos pasivos y la aplicación del pago del anticipo del impuesto a la renta, vigente hasta el año 2019, para este tipo de sociedades. Finalmente, el resultado de la investigación nos revela como esta figura no ha sido debidamente considerada por nuestra legislación tributaria pues, si bien es cierto, existen algunas normas específicas que la regulan estas deberían ser mejoradas en consideración a la realidad económica y a la calidad jurídica de los integrantes de los fideicomisos inmobiliarios.

Palabras clave: derecho, derecho tributario, fideicomiso mercantil inmobiliario, impuesto a la renta, fiduciario, constituyente adherente, beneficiario.

A mi amada madre y a mi padre, su amor eterno y su recuerdo me dan fortaleza.

A mi esposo Julio, por ser mi apoyo y compañero de vida.

A mis hijas Sara, Daniela y Rafaela, por llenar de alegría y orgullo mi vida.

A mis dos pequeños, que no llegaron a nacer y que desde el cielo me cuidan.

Agradecimientos

Mi especial agradecimiento al doctor César Montaña Galarza, por su invaluable colaboración y guía para el desarrollo de este trabajo. Mi eterna gratitud a mi tutor, doctor Marco Albán Zambonino, por su generosidad al compartir sus conocimientos y por su infinita paciencia conmigo.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero: Origen, naturaleza y características del fideicomiso.....	15
1. Origen y desarrollo histórico del fideicomiso y la fiducia.....	15
1.1. La fiducia en el derecho romano y su evolución en el derecho continental	16
1.2. El trust en el derecho anglosajón	23
2. Naturaleza, características y clasificación del fideicomiso mercantil	34
2.1. Características que determinan la naturaleza del fideicomiso mercantil.....	34
3. El fideicomiso mercantil inmobiliario	45
3.1. Naturaleza y características	49
3.2 El fideicomiso inmobiliario, herramienta jurídica para el desarrollo de la industria de la construcción	53
Capítulo segundo: Tratamiento tributario del fideicomiso mercantil inmobiliario en Ecuador y en otros países de América Latina.....	57
1. Evolución histórica del régimen jurídico del fideicomiso mercantil en nuestro país.....	58
1.1. El fideicomiso mercantil incluido en el Código de Comercio de 1993	58
1.2. El fideicomiso regulado en la Ley de Mercado de Valores de 1998	65
1.3. El fideicomiso mercantil regulado en el Código Orgánico Monetario y Financiero	66
2. Naturaleza, características y solemnidades del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario en el Ecuador.....	68
2.1. Naturaleza, características y solemnidades del fideicomiso mercantil.....	68
2.2. Naturaleza, características y solemnidades del fideicomiso mercantil inmobiliario.....	71
2.3. El fideicomiso mercantil inmobiliario y sus partícipes con relación al impuesto a la renta y su anticipo	72
2.3.1. Obligación del pago de impuesto a la renta del fideicomiso inmobiliario	73
2.3.2. Obligación del pago del impuesto a la renta de los partícipes del fideicomiso mercantil inmobiliario	80

Capítulo tercero: El fideicomiso mercantil inmobiliario y el impuesto a la renta	
situaciones especiales	85
1. Fideicomisos inmobiliarios integrados por organismos del sector público o por instituciones sin fines de lucro	85
2. El anticipo del impuesto a la renta en los fideicomisos inmobiliarios y la aplicación de las NIC para efectos de declaración y pago del impuesto a la renta	90
3. Cesión de derechos fiduciarios previo a la liquidación del fideicomiso.....	96
4. El fideicomiso mercantil inmobiliario, entre la elusión y el derecho a la propiedad y a la libertad de contratación	97
Conclusiones.....	101
Bibliografía.....	105
Apéndices	111

Introducción

El presente trabajo de investigación pretende acercarnos a la figura jurídica del fideicomiso mercantil inmobiliario en nuestro país, así como a su tratamiento tributario con relación al impuesto a la renta.

La forma como hemos pensado conseguir el objetivo descrito en el párrafo precedente ha sido en primer lugar conocer el origen histórico y la forma cómo se desarrolló dicha figura hasta llegar a nuestra legislación, esto lo hemos concentrado en el capítulo primero del estudio, donde tuvimos que exponer el origen del fideicomiso en Roma, así como, referirnos a la forma en que fue adoptado en las principales legislaciones de la Europa continental.

En el mismo capítulo decidimos analizar el *trust* anglosajón para descubrir cómo esta figura fue de gran influencia para el fideicomiso mercantil en América Latina hasta finalmente aterrizar en nuestro país.

En el capítulo segundo hacemos un análisis de la evolución normativa ecuatoriana del fideicomiso mercantil en general y el inmobiliario en particular, para poder conocer cómo fue tratado en el tiempo. Dentro de dicho capítulo se ha considerado legislación comparada, que siempre nutre todo proceso de investigación, concretamente las legislaciones mexicana y colombiana, esta última de innegable influencia en nuestro país en este tema. Así también, en el mismo capítulo se describen las obligaciones tributarias con relación al impuesto a la renta en el Ecuador tanto del fideicomiso mercantil inmobiliario como de sus partícipes, dejando en claro posiciones respecto a las mismas.

Finalmente, en el capítulo tercero procedimos a analizar en forma puntual situaciones específicas que requieren especial atención cuando del fideicomiso inmobiliario se refiere, tal es el caso de fideicomisos en los cuales exista participación de instituciones del sector público o instituciones sin fines de lucro, así como la situación que sufrieron con la obligación de pago del anticipo del impuesto a la renta por parte de los fideicomisos inmobiliarios, así como el tratamiento contable que ayuda a esta figura en su declaración de impuesto a la renta finalmente en el capítulo tercero tenemos el caso en el que se podría dar un abuso de esta figura a través de la cesión de derechos fiduciarios y exponemos una posible solución.

Por último, decidimos cerrar la investigación buscando emitir un criterio objetivo sobre la realidad de los fideicomisos inmobiliarios los cuales no deben ser temidos ni rechazados puesto que son figuras jurídicas y por lo tanto instrumentos que pueden utilizarse de modo eficaz para fomentar la inversión y el ahorro o también pueden utilizarse buscando simplemente evitar caer en un hecho generador, es decir de manera elusiva, alterando de esta forma la naturaleza de dicho contrato.

Finalmente, he expuesto las conclusiones en la parte final del trabajo, las cuales contienen en breve forma las ideas resumen de la presente investigación.

Capítulo primero

Origen, naturaleza y características del fideicomiso

El propósito del presente capítulo es describir y exponer el origen y evolución del fideicomiso,¹ también conocido como fiducia² para poder conocer su naturaleza y características en la actualidad para de este modo concretarnos luego en el fideicomiso inmobiliario.

Con este objetivo nos remontamos a sus orígenes, los cuales están en el periodo inicial del derecho romano.³ Hasta llegar a sus derivaciones más interesantes, como el *trust*⁴ del derecho anglosajón, figura basada en la confianza y que tiene una enorme importancia en el desarrollo de actividades económicas de los países regidos por el *common law* y que no para de desarrollarse y transformarse. Como era de esperar nos referiremos a la forma en la cual esta figura llegó a la legislación de los países de América Latina. En donde cumple un papel importante para el desarrollo de actividades mercantiles. Finalmente, nos centraremos en el fideicomiso mercantil inmobiliario su naturaleza y características, y como esta figura se constituye en una herramienta jurídica válida para el desarrollo de las actividades de la construcción e inmobiliaria en general.

1. Origen y desarrollo histórico del fideicomiso y la fiducia

Existe un consenso entre destacados autores dedicados al análisis de la figura del fideicomiso como son Sergio Rodríguez Azuero,⁵ Claudio Kiper y Silvio Lisoprawski,⁶

¹ El presente trabajo de investigación se centrará en el fideicomiso mercantil más no en la propiedad fiduciaria civil, la cual para el derecho civil se la considera como una limitación del dominio y no como un patrimonio autónomo. Sin embargo, al mantener orígenes comunes en el derecho romano nos referiremos a ella a modo referencial.

² La figura de la fiducia tiene su origen en Roma. Fiducia significa confianza, palabra que guarda un gran valor en las relaciones comerciales. El negocio de confianza que incorporó el derecho romano fue el *pactum fiduciae*, parte de la *fiducia cum creditore contracta* y de la *fiducia cum amico contracta*. Aún hoy, la confianza es la característica del actual fideicomiso. Ver Silvio Lisoprawski y Claudio Kiper, *Tratado de fideicomiso* (Buenos Aires: Depalma, 2004), 3.

³ Eduardo Álvarez Correa, *Curso de derecho romano* (Bogotá: Ed. Pluma, 1976), 107.

⁴ Entendemos como trust a la relación jurídica por la cual una persona llamada trustor o settlor transfiere bienes a otra llamada trustee para que los administre en beneficio de un tercero llamado beneficiary, o para que cumpla una finalidad determinada. Ver Ramiro Rengifo, *La fiducia* (Bogotá: Colección Foro, 1984), 30.

⁵ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios* (Bogotá: Legis, 2005), 5.

⁶ Lisoprawski y Kiper, *Tratado de fideicomiso*, 3.

entre otros,⁷ que coinciden en afirmar que sus orígenes se encuentran en el derecho romano. El cual, a su vez, influyó en el derecho europeo continental.

En el caso de Europa encontramos que en la historia del derecho europeo continental existieron distintas referencias a la fiducia y al *fideicomissum* romano. Esto debido a que la caída del Imperio romano de occidente (476 d.C.) no conllevó la extinción de la influencia romana en los pueblos europeos, sobre todo en las costumbres y usos de las instituciones jurídicas romanas.

Este fue el caso de la fiducia que en Roma cuya característica esencial para que funcione era la confianza depositada en el fiduciario. Esta característica, también fue recogida en el trust inglés, con sus propios matices que responden a una realidad social propia de la Inglaterra medieval. Y a su vez el trust inglés influyó en el surgimiento del fideicomiso en América Latina, como lo veremos más adelante.

1.1. La fiducia en el derecho romano y su evolución en el derecho continental

La palabra fiducia actual proviene del latín *fiducia* que se traduce como confianza. Fideicomiso proviene del latín *fideicommissum* que, a su vez, proviene de las palabras *fides* (fe) y *commissus* (confiado). En Roma se diferenciaba el *pacto fiduciae* del *fideicommissum*, siendo el primero algo parecido a lo que hoy se conoce como fiducia en nuestros países de América Latina, mientras que el *fideicommissum* era más bien un encargo a ruego del testador; por lo tanto, un tema del derecho sucesorio.⁸

El derecho romano en sus inicios, esto es alrededor del año 753 a. C. hasta la creación de las XII tablas alrededor el año 450 a.C., tenía como única fuente de derecho a la costumbre.⁹ En ese período se encuentra ya la fiducia como un acuerdo de voluntades que conllevaba la transmisión de la propiedad de manos del propietario a otro. Quien se comprometía a devolverla una vez cumplida la finalidad por la cual se produjo dicha transmisión. Es decir, era un verdadero acto de confianza para cuya realización se requerían dos voluntades, un verdadero contrato que partía de la buena fe, era un acto *inter vivos*.

⁷ Otros autores que también ven en Roma como la cuna del fideicomiso o la fiducia tenemos a Mario Carregal, *Fideicomiso* (Buenos Aires: Heliasta, 2008), 37; Mario Oderigo, *Derecho romano* (Buenos Aires: Depalma, 1973), 427. Autores latinoamericanos como Roberto González Torre, *Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina* (Guayaquil: Edino, 2009), 14 y Eduardo Casas Sanz de Santamaría, *Del "Trust" Anglosajón a la fiducia en Colombia*, 3.^a ed. (Bogotá. Temis, 2004), 17.

⁸ Rodríguez, *Negocios fiduciarios*, 4.

⁹ Eugéne Petit, "Tratado elemental de derecho romano", citado en *Negocios fiduciarios*, Sergio Rodríguez Azuero (Bogotá: Legis, 2005), 4.

Esta forma contractual se desarrolló bajo dos modalidades: la una era el *pactum fiduciae cum creditore*, y la otra era el *pactum fiduciae cum amico*. Por otra parte, y en paralelo, se encontraba el *fideicommissum*, el que se desarrolló no como una figura contractual sino como parte del derecho a la sucesión hereditaria, es decir, *mortis causa*.¹⁰

El *pactum fiduciae cum creditore*, fue realmente una forma de garantía. Mediante la cual el deudor (una vez que el acreedor lo compelia) tenía que brindarle seguridad a su acreedor a través de la entrega de un bien; cuya propiedad era transferida (ya sea *mancipatio* o *in jure cesio*, esto es ante un magistrado o bajo solemnidades sin la presencia de este) en favor del acreedor. Quien debía restituir el bien una vez cumplida la obligación principal. Sin embargo, al haberse dado una transmisión de la propiedad, una vez realizada la solemnidad requerida, el acreedor podía disponer del bien pues tenía el dominio del mismo, la única limitación era su compromiso de devolución. A la final, el abuso e incumplimiento del acreedor; quien transmitía la propiedad a un tercero, contra quien no tenía acción el deudor, fue el motivo por el cual esta figura dejó de ser utilizada.¹¹

Con respecto al *pactum fiduciae cum amico* podemos decir que era el negocio fiduciario por excelencia, la buena fe era indispensable para su realización. Consistía en un pacto a título no oneroso en donde un propietario confiaba sus bienes a un amigo, quien gozaba de su total confianza, para que cumpla con el encargo. El cual consistía en mantener en depósito el bien o disponer del mismo conforme la voluntad del fiduciante. Generalmente, esta figura fue utilizada cuando el propietario quería proteger sus bienes ante posibles arbitrariedades de la autoridad o cuando tenía que ausentarse por algún tiempo y debía, por mayor seguridad, entregar el bien a alguien de su confianza, con el compromiso de que a su regreso, cuando pasara la amenaza, dicho bien le sería devuelto. Sin embargo, también esta figura fue quedando en desuso ante los incumplimientos que se daban, sin que se pudiera normar bajo una acción contra terceros y aún contra el mismo fiduciario.¹²

En cuanto al *fideicommissum*, este tenía que ver con el derecho sucesorio, era un acto *mortis causa*. Nació como solución para posibles restricciones normativas que impedían que la voluntad del testador se cumpla. Así pues, se disponía por testamento la transferencia de un bien a una persona, quien aparecía como propietario, pero los

¹⁰ *Ibíd.*, 4-6.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Carregal, *Fideicomiso*, 40.

beneficios de dicha propiedad debían ser entregados a otro. El uso de esta figura fue muy extendido y llegó en Roma a encargarse su control a un *pretor fideicomisario*.¹³

Es decir, aquello que nació en algunos casos como una forma de soslayar un impedimento legal se tornó en figura de común utilización. Lo cual generó una reacción de la autoridad de normar la situación y buscar un control de la misma. Así pues, en una época se dispuso que el fiduciario tenía derecho a una remuneración correspondiente a la cuarta parte de la herencia transmitida, pero que debía honrar el compromiso adquirido con el fideicomitente.

Este encargo fiduciario testamentario fue el más conocido y estudiado, puesto que las dos figuras del *pactum fiduciae* cayeron en desuso y no fueron prácticamente recogidas en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.¹⁴

Por su parte, el *fideicommissum* sí fue recogido en dicho *Corpus* y luego en *Las siete partidas*, así como en las obras francesas del medievo.¹⁵ Dicha figura jurídica fue utilizada en Europa como una herramienta legal para lograr que los bienes sucesorios se conservaran íntegros y pasaran de esa forma a un solo beneficiario. De tal forma que se convirtió en el antecedente de la figura medieval del mayorazgo,¹⁶ en la que solo el hijo varón mayor concentraba la herencia.

Como ya habíamos mencionado las instituciones del derecho romano influyeron en toda Europa, más allá de la caída del Imperio romano de occidente.

Tanto así que algunos reinos de Europa acogieron o mantuvieron instituciones del derecho romano. Así por ejemplo, el reino de Castilla (siglo XIII) analizó, estudió y adoptó (de acuerdo a su época y realidad) el fideicomiso. Consagrado en el llamado *Libro de las leyes*, más conocido como *Las siete partidas*, de Alfonso X (reinó de 1252 a 1284). Donde se lo introdujo, no como hoy lo conocemos, pero sí recogía su característica principal: la confianza en un tercero.

De igual forma los pueblos germanos lograron invadir y derribar el Imperio romano. Entre los tesoros que tomaron, sin lugar a dudas, fueron las instituciones jurídicas romanas. Estos pueblos mezclaron su derecho consuetudinario con el derecho romano.

¹³ González, *Manual de fideicomiso*, 15.

¹⁴ Rodríguez, *Negocios fiduciarios*, 17.

¹⁵ Jean Paul Beraudo, “Le trust anglosaxons et le droit français”, citado por Rodríguez, *Negocios fiduciarios*, 6.

¹⁶ El autor ecuatoriano Roberto González Torre explica en su obra *Manual de fideicomiso* (14) cómo en la Edad Media, como una derivación del *fideicommissum* aparecen las llamadas sustituciones fideicomisarias que se manifestaron a su vez en los llamados vínculos, que sería el nombre genérico de los gravámenes, entre los cuales se cuenta el mayorazgo, que consistía en el derecho a suceder del primogénito.

El derecho germánico fue evolucionando, su raíz fue el derecho romano y sus propias costumbres.¹⁷ El derecho germánico adoptó, entre otras figuras, del derecho romano a la fiducia y al *fideicommissum*. Así por ejemplo, de acuerdo a lo citado por los autores Lisoprawski y Kiper,¹⁸ el fideicomiso en el derecho germánico fue adoptado como fuente en tres tipos de figuras: la prenda inmobiliaria, el *manusfidelis* y el *salman* o *treuhand*, donde el poder del fiduciario, llamado *treuhander* (cuyo significado es una mano confiable) es limitado en función de su cometido o encargo.

El negocio fiduciario conlleva una condición resolutoria atada a la devolución de la cosa, una vez cumplida aquella de allí que en primer lugar está la prenda inmobiliaria que consistía en el acto por el cual un deudor transfería la propiedad de un bien inmueble a su acreedor como garantía. Como prueba de la transferencia el deudor le entregaba a su acreedor la denominada carta *venditionis*, y a su vez el comprador se obligaba, mediante la entrega de una carta, a transferir el inmueble conforme lo acordado. Es decir, esta figura es muy similar a la *fiducia cum creditore* del derecho romano.¹⁹

El *manusfidelis*, en cambio, era utilizado en el derecho sucesorio para burlar las limitaciones en las calidades de herederos legítimos, así, el donante transfería la cosa a fiduciario (*manusfidelis*) mediante una carta *venditionis* para que a su vez la transfiera a una persona definida de su agrado, reservándose el derecho de goce sobre la cosa donada para disfrutarla mientras viva.²⁰ Esta podría compararse con la donación con reserva de usufructo.

El *treuhand* era y continua siendo un fideicomiso no normado por el cual una persona llamada *treugeber* deja algún derecho o bien al *treuhänder* y le da un cierto poder y confianza (*geber* significa que la persona da algo, *händer* viene de *hand* y significa mano, es el que recibe el derecho y la confianza) sobre el mismo para que realice el encargo por él decidido. En la relación privada entre *treugeber* y *treuhänder* existirá un acuerdo que obliga a este último, el cual no puede afectar a terceros de buena fe.²¹ Como podemos ver grande ha sido la influencia romana en las reglas del derecho germano y luego alemán.

¹⁷ Víctor Loewenwarte, *Derecho civil alemán comparado* (Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1943), 11.

¹⁸ Lisoprawski y Kiper, *Tratado de fideicomiso*, 3.

¹⁹ González, *Manual de fideicomiso*, 16.

²⁰ *Ibíd.*, 17

²¹ Francesco Galgano, *Atlas de derecho privado comparado* (Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2000), 327.

Sin embargo, debemos mencionar que en Alemania no se ha integrado a la normativa del derecho privado alemán la figura del fideicomiso, por lo cual la jurisprudencia ha venido a sentar criterios en pos del orden y de la protección de los derechos de terceros que pudieran verse afectados por el uso del *treuhand*. Así, durante el siglo XIX,²² ante la frecuencia en el uso de contratos de los llamados negocios de confianza, donde podía darse una verdadera simulación,²³ se generaron criterios y exigencias de orden público que condenaban los casos de negocios fiduciarios cuando estos iban en contra de la buena fe y solo buscaban esconder bienes y perjudicar a terceros.

El autor Francesco Galgano realiza una interesante referencia sobre cómo la jurisprudencia alemana resolvió, en la práctica, la problemática del abuso de la utilización del *treuhand*.²⁴

Quando un contrato es nulo para la jurisprudencia ello sucede en dos casos: cuando del contrato se revele un *knebelungsvertrag* mediante el cual el deudor pierda su independencia económica respecto del acreedor y cuando el contrato cause un evidente daño a otros acreedores *gläubigergefährdung*. Al haber cooperado las partes para engañar a los terceros.

Remitiéndonos al último autor citado, diremos que la jurisprudencia alemana no solo logró controlar, en cierta medida, los abusos en la utilización del negocio fiduciario. Realidad que vale la pena resaltar al considerar que el derecho alemán no tiene como principal fuente la jurisprudencia, sino la norma. El otro punto a destacar del derecho alemán en cuanto al fideicomiso es que este sistema jurídico, a diferencia del resto de sistemas del derecho continental europeo, concibió a la propiedad sobre un bien (transmitido por el fiduciante) como especial y le otorgó ciertas características distintas, pues el fiduciario se convertía en propietario del bien,²⁵ pero era un propietario formal o legal, mientras que el derecho material le correspondía al beneficiario o al propio fiduciante, es decir, a nuestro entender existía un derecho de propiedad dividido y compartido.

²² El nacimiento del imperio alemán en 1871 marca también el nacimiento del derecho alemán. Antes de esa fecha, por lo difícil de la unificación de los diversos pueblos germánicos que habitaban los territorios de la Alemania actual, nos obliga a referirnos a ese período como derecho germánico. Ver Víctor Loewenwarte, *Derecho civil alemán comparado*, 18.

²³ Sobre el tema de la simulación en los negocios jurídicos fiduciarios resulta de vivo interés la obra del maestro Heleno Taveira Torres, *Derecho tributario y derecho privado, autonomía privada, simulación y elusión tributaria* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 285, quien manifiesta que lo que se produce cuando se utiliza el negocio fiduciario para ocultación o engaño es la nulidad del acto jurídico, puesto que ningún negocio fiduciario puede servir para superar o evitar la aplicación de una ley imperativa.

²⁴ Galgano, *Atlas de derecho comparado*, 325.

²⁵ *Ibíd.*, 326.

Este concepto resulta un tanto difícil de comprender para quienes concebimos a la propiedad como el derecho a usar, gozar y disponer de un bien sin tener en cuenta a otra persona.²⁶ Siendo casi imposible desde nuestra comprensión civilista, basada en el derecho francés, la concepción de una propiedad con dos propietarios a la vez.

A mi criterio, el derecho germánico y hoy el derecho alemán, permite en cierta manera un desdoblamiento económico de la propiedad en fideicomiso. De allí que esta concepción se separa de lo normado en el derecho medieval español, y por supuesto del derecho francés, siendo más bien la puerta de transición a la figura del trust, que tiene un gran desarrollo en el derecho anglosajón, como lo veremos más adelante.

En la actualidad en el derecho alemán no se encuentra norma alguna que defina o limite el llamado *treuhand* como fideicomiso mercantil, como nosotros lo definimos,²⁷ sino que los particulares utilizan figuras contractuales de acuerdo a sus necesidades; es decir, se regula por la voluntad del constituyente. Con la condición de que no vaya en contra de la ley o busque perjudicar a terceros, siendo estos los límites establecidos por la jurisprudencia.²⁸

El caso alemán resulta tan interesante, si consideramos que a pesar de no existir una norma expresa que detalle al fideicomiso mercantil, como si lo tiene nuestro país, la necesidad práctica que se adelanta siempre al derecho y su efecto es la incorporación normativa ve en Alemania un hecho que evidencia la utilidad de esta figura pues demuestra lo versátil de la figura del negocio mercantil. Como ejemplo nos permitimos citar el caso de la reunificación alemana, citado por Rodríguez Azuero,²⁹ donde se creó una sociedad fiduciaria con el fin de administrar la privatización y conversión de empresas alemanas nacidas en la Alemania Oriental. Con dicho objetivo se nombró administradores y se establecieron plazos para lograr el fin deseado.

En esta línea de análisis sobre la influencia del derecho romano en el derecho europeo continental nos debemos referir, por su importancia y trascendencia en la normativa civil de nuestros países de América latina, al derecho francés.

La influencia de Roma en las instituciones jurídicas francesas resulta más transparente y fácil de evidenciar. Visto que la elaboración del Código Civil francés fue

²⁶ Ecuador, *Código Civil*, Codificación 2005-010, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 599.

²⁷ Ecuador, *Ley de Mercado de Valores*, en Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II, Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre de 2014, art. 109.

²⁸ Galgano, *Atlas de derecho privado comparado*, 326.

²⁹ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios su significación en América Latina*, segunda edición (Bogotá: Legis, 2017), 131

ordenada por el emperador Napoleón, de allí que se le conozca también como código napoleónico. Quien encargó a una comisión de juristas dirigida por Jean Portalis que tuvo como fuente el acervo de estudios del derecho romano, estudios iniciados en el siglo XIII en Francia y que a su vez tenían como objeto la compilación justiniana del siglo VI, el llamado *Corpus Iuris Civilis*, obra a su vez encargada por el emperador Justiniano y que buscaba recoger la tradición jurídica de la antigua Roma.

Sin embargo, a diferencia del resto de instituciones del derecho privado; entendiendo por tal aquel que contiene las relaciones, ya sean civiles o comerciales, entre particulares³⁰, relaciones que históricamente fueron reguladas en un solo cuerpo o *Código Civil* visto que el nacimiento del derecho mercantil inicia bien entrada la Edad Media, sin que esta dualidad se plasme en codificaciones separadas, sino tan solo a partir de la segunda mitad del siglo XIX y en algunos países en el siglo XX, será el *Código Civil* el que contenga toda la regulación entre particulares;³¹ que llegaron hasta nosotros a través del Código Civil francés, cuya fuente de inspiración fue Roma, la figura de la propiedad fiduciaria no fue considerada por el código napoleónico. El motivo fue que en Francia se la identificó como símbolo de dominación y riqueza al relacionarla con el *fideicommissum* romano que derivó, como ya lo habíamos mencionado, en una forma de asegurar y acumular la riqueza.

Es recién, como una novedad para las legislaciones europeas, mediante Ley 2007-2011 de 19 de febrero de 2007³² que se introduce el fideicomiso, bajo el nombre de fiducia, en el Código Civil francés. Sin que esto signifique que recién a esa fecha se comience a utilizar los contratos de negocios fiduciarios en Francia; la misma que al ser una figura innominada se la utilizó entre los particulares en aplicación de la libertad de contratación propia del derecho privado.

Del autor argentino Mario Carregal nos permitiremos parafrasear lo que él mismo resalta de la figura francesa de fideicomiso. La fiducia conceptuada por el Código Civil francés es una operación por la cual uno o más constituyentes transfieren bienes o derechos o un conjunto de bienes o derechos, presentes o futuros, a uno o más fiduciarios, que teniéndolos separados de su patrimonio propio los asignan a un fin determinado en provecho de uno o más beneficiarios; es decir, puede existir pluralidad de fiduciarios y

³⁰ Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1989), 12.

³¹ Miguel Macías Hurtado, *Instituciones de derecho mercantil ecuatoriano* (Quito: Ediciones del Banco Central del Ecuador, 1988), 51.

³² Carregal, *Fideicomiso*, 52.

de bienes, además, la norma francesa no dice textualmente que se transfiere el derecho de propiedad sobre los bienes, siendo un requisito legal que el fiduciario sea una entidad determinada en la ley, es decir, se integra el concepto de un fiduciario profesional.

1.2. El *trust* en el derecho anglosajón

Trust significa literalmente confianza en el idioma inglés, palabra que resulta esencial en todo negocio o actividad que lleve consigo la transferencia de bienes con un fin definido y querido por quien los transfiere. Quien crea un trust busca tener la certeza de que su voluntad será respetada. Esta figura ha sido muy utilizada en el sistema jurídico del *common law* que, como hemos dicho, parte de la confianza, al igual que la fiducia de los sistemas jurídicos del *civil law*. Sin embargo, estas dos figuras guardan distancias, debido a las diferencias estructurales de los sistemas jurídicos a los que pertenecen, por lo que cualquier comparación debe ser prudente.

El origen del trust, para algunos autores, sigue siendo el derecho romano³³ para otros la propia Inglaterra, estableciendo su inicio en la Baja Edad Media y sin influencia romana.³⁴

Visto que en algún momento de la historia de la Inglaterra medieval ante la realidad fáctica de los sujetos que deseaban preservar sus bienes, ya sea para transmitirlos en herencia a sus sucesores, que por la situación de la época se veían impedidos de adquirirlos o administrarlos o por el abuso de la carga impositiva del rey o de los señores feudales, crearon el trust con el objetivo y la intención de transmitir un bien propio a otro sujeto. Quien debía cumplir los encargos del transmitente con la intención de evitar una responsabilidad impositiva o de deuda de la propiedad de la tierra, entre otros.

Para De Arespachoga³⁵ es el período de las cruzadas cristianas el momento histórico en el cual por primera vez se utilizó el trust, puesto que, existieron innumerables caballeros que decidieron unirse a esta misión, tan incierta y arriesgada. Al emprender su marcha debían también adoptar medidas que en lo posible protegieran en algo su patrimonio, confiándolo a un amigo para que este, llegado el momento, lo transmitiera a sus herederos. Esto, a mi criterio, nos podría recordar al *pactum fiduciae cum amico* y por lo tanto devela que es esta figura jurídica la inspiración del trust, más aún, si consideramos

³³ González Torre, *Manual de fideicomiso*, 18.

³⁴ Joaquín de Arespachoga, *El trust, la fiducia y figuras afines* (Madrid: Marcial Pons, 2000), 50.

³⁵ *Ibíd.*, 38.

que los romanos llegaron a las islas británicas alrededor del siglo I a. C. por lo que sostener que fue solo en la Edad Media y sin influencia romana que el trust nació en Inglaterra resulta difícil de sostener.

Otra circunstancia particular que motivó la utilización o el surgimiento del trust fue la prohibición a las órdenes religiosas de adquirir y poseer bienes raíces, por lo cual optaron por esta figura y adquirieron propiedades,³⁶ las cuales estaban en manos de laicos pero en realidad eran de total dominio de dichas órdenes. Así nacen en Inglaterra los llamados *uses* a inicios del siglo XIII, que consistían en el acto por el cual se transmitía a un tercero con obligación de conciencia a favor del transmisor u otro beneficiario,³⁷ su utilización solo sería regulada tres siglos más tarde por Enrique VIII, quien en 1535 emite el llamado *Statute of Uses*,³⁸ buscando de esta forma controlar su uso.

En el *Statute of Uses* se declaraba propietario real de un bien transferido *in use* a aquel en cuyo beneficio se administraba el bien. Sin embargo, a pesar de la normativa implementada no se pudo restringir su uso y lo que se hacía era una nueva forma de *use*, que consistía en el llamado *use upon a use*, que eran dos operaciones sucesivas de *use*, donde el propietario originario transfería a un sujeto el título y a otro el goce del bien. Es decir, el primer sujeto era propietario del bien pero en beneficio de un tercero, la segunda operación recibía el nombre de trust. Nacía entonces para el sujeto titular un deber moral, es decir, el derecho del beneficiario del trust no era tutelable según la ley, poco a poco dicha figura fue evolucionando hasta convertirse en una obligación jurídica.³⁹

En busca de una definición de trust, me he permitido tomar la dada por Joaquín de Arespacochaga en la obra ya citada, y la explicación de su estructura a la dada por María Chiara Lalaguti,⁴⁰ por lo tanto, diremos que el trust es:

Un negocio jurídico en virtud del cual una persona (el *settlor*) deja de ser el propietario de un bien objeto de administración, transfiriendo la titularidad nominal a otra (el trustee) y la titularidad real a una tercera persona beneficiaria (*the beneficial owner*). Se debe tener en cuenta que la primera citada (el *settlor*) puede ser también beneficiario del trust o uno de los beneficiarios.⁴¹

³⁶ Rengifo, *La fiducia*, 37.

³⁷ Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos bancarios* (Bogotá: Fondo Editorial Rodríguez Azuero Abogados, 2013), 209.

³⁸ Para entender en mejor forma esta evolución y utilización del trust se puede revisar el Apéndice 1 al final del texto.

³⁹ De Arespacochaga, *El trust*, 41.

⁴⁰ María Chiara Lalaguti, "El trust", en Francesco Galgano, coord., *Atlas de derecho privado comparado* (Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2004), 326.

⁴¹ De Arespacochaga, *El trust*, 32.

En cuanto a su estructura podemos decir que el trust se constituye en un patrimonio propio, separado y constituido por un acto fundacional, lo constituye el *settlor* con el fin de que sea administrado por un fiduciario (*trustee*) en favor de uno o más beneficiarios llamados *beneficial owners*. Conforme las instrucciones del *settlor* expresadas en la llamada *letter of wishes*. El trust es regido por las normas de la *equity*⁴² como negocio jurídico, mas no como contrato.⁴³

Debemos también considerar que en el trust se produce una situación jurídica en virtud de la cual un mismo bien es a la vez administrado por quien es su titular, pero tiene el goce y disfrute otro sujeto llamado beneficiario. Esto solo es posible si consideramos que en el derecho anglosajón existe la posibilidad de tener una propiedad desdoblada llamada *dual ownership* que presenta la propiedad de esos dos sujetos, el que administra y el que disfruta.

Por lo tanto, el trust se caracteriza por crear un derecho real de propiedad pero de esta peculiar manera. Es decir, una forma de propiedad desdoblada, la cual puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles.

Aunque el administrador, conocido como trustee, es el titular del bien, sus acreedores no pueden satisfacerse con dicho bien, sin embargo, sí puede venderlo; mientras que el beneficiario, conocido como *beneficial owner*, si bien goza de dicha propiedad, no puede venderla. En el *common law* se puede hablar de que ambos son propietarios.

El bien objeto del trust se considera o constituye en un fondo patrimonial autónomo sin necesidad de personalidad jurídica. La única limitación para la constitución de un trust es el orden público y la ley. Otra característica del trust es que debe contener una finalidad posible y clara, además, los bienes que lo constituirán deben existir y estar disponibles.

Para su constitución se guardan ciertas formalidades, como la constancia en un documento escrito para el caso en el que el objeto del trust sea bienes inmuebles o derechos sobre estos. En el caso de los trust creados *mortis causa* por testamento, también debe haber constancia escrita.⁴⁴

⁴² Como ya lo mencionamos en el Apéndice 1, el desarrollo del derecho inglés fue a través de la dualidad de los fallos emitidos por las cortes inglesas, cuyos fallos se basaban en el *Common Law* o derecho común que se aplicaba para la generalidad de los ciudadanos y las decisiones emitidas por la Corte del Rey a través del canciller o secretario, quien fallaba en equidad y que alcanzó un gran prestigio.

⁴³ Lalaguti, "El trust", 326.

⁴⁴ *Ibíd.*, 328.

Resulta necesario mencionar que el trust viajó con los colonos a Estados Unidos donde adquirió su propio desarrollo, partiendo de las mismas características, esto es la confianza en que uno o más personas naturales debían garantizar y comprometerse a cumplir la voluntad del *settlor*. Es allí donde se desarrollan compañías para encargarse del cumplimiento estricto del generador del trust, situación que empieza en 1759 con la creación de la *Delaware General Loan Office* como una empresa especializada, y luego los Bancos crean sus propios departamentos para ello.⁴⁵

Existen distintas formas para constituir un trust, así como distintos modelos. En cuanto las formas o modalidades de trust, tenemos por acto entre vivos o *mortis causa*. Al primero se le llama *living trust* y al segundo *testamentary trust*, el cual se registrará por las normas testamentarias. Las mismas que rigen a quienes pueden testar como sería la mayoría de edad, solemnidades como dos testigos, el testamento debe ser firmado por el testador.⁴⁶ El afianzamiento del trust en Inglaterra se consagró con la emisión por parte del Parlamento Inglés de la *Trustee Act* en 1.893 donde se clasifican los distintos tipos de trust.

En cuanto a una clasificación de los distintos tipos de trust, vista desde la capacidad y forma de administración del trustee, tenemos:

- a) El trust discrecional: Es aquel en el que se otorga a los trustee facultades amplias para la administración de los bienes, su única limitación son las disposiciones contenidas en el documento fundacional y la finalidad misma del trust.
- b) El trust simple: Es aquel en el cual el trustee no tiene poder discrecional y más bien sus actuaciones están contempladas totalmente en el documento fundacional.
- c) El trust de participación: *Interest in Possession Trust* es aquel en el que él o los beneficiarios disfrutan del derecho a participar en una parte de los rendimientos del trust y sobre esta parte el trustee no tiene discrecionalidad alguna, aun cuando la propiedad del bien esté o no transferida a los beneficiarios.
- d) El trust de gestión: *Accumulation and Maintenance Trust* es aquel en el cual el trustee es quien maneja y administra el trust en forma discrecional hasta que los beneficiarios cumplan la condición previamente determinada, por ejemplo,

⁴⁵ Eduardo Casas Sanz de Santamaría, *Del "Trust" Anglosajón a la Fiducia en Colombia*, 3ª ed. (Bogotá: Temis, 2004), 22.

⁴⁶ Rengifo, *Fiducia*, 54.

alcancen la mayoría de edad, luego de lo cual se transformaría en un trust de participación.⁴⁷

- e) Trust ciego: En este caso los trustee no están obligados a proporcionar a los beneficiarios información alguna sobre la administración de los bienes.

Otras clasificaciones de trust que resultan interesantes para ser mencionadas

son:

- f) Trust públicos o privados.- Siendo los primeros aquellos que se han establecido por decisión judicial o por razones de utilidad pública o interés social, por lo cual se someten a la tutela estatal. Mientras que los privados se constituyen por los particulares teniendo como beneficiarios a sujetos privados y controlados por privados.
- g) *Resulting Trusts* frente a los expresos.- Los *resulting trusts* son aquellos en los cuales no se cumplieron todos los requisitos no esenciales, por lo cual, no pierden validez. Son la contraposición del trust expreso donde todo estuvo claro. En los *resulting trust* se da paso a una declaración presunta en la que se puede encontrar la intención del *settlor* de crear el trust. En estos casos es el juez quien declara el trust o el futuro del mismo, volviendo beneficiario al mismo constituyente al que deben volver los bienes; por ejemplo, cuando el beneficiario de un trust sea una persona y se establece en el documento fundacional que luego de esta persona deberá pasar los beneficios a sus hijos, pero dicha persona muere sin dejar descendencia.
- h) *Constructive trusts*: A pesar de lo que se puede pensar a primera vista, no es un fideicomiso de construcción, estos surgen por imposición legal al margen de la voluntad del constituyente. En casos en los cuales ha habido afectación de derechos de particulares, por lo cual no se respeta la voluntad del *settlor* y el juez resuelve con la intención de reparar la posible afectación a terceros, normalmente las cosas vuelven a su estado anterior, de ser posible, o si no se constituye un *constructive trust* con dicho fin.⁴⁸
- i) *Bare trust*: Es aquel en el que el trustee tiene como única obligación transferir los bienes al beneficiario cuando este lo reclame.⁴⁹

⁴⁷ Lalaguti, "El trust", 328.

⁴⁸ Rengifo, *Fiducia*, 143.

⁴⁹ De Arespacochaga, *El trust*, 40

- j) *Grantor trust*: Es un tipo de trust que en materia de impuestos se encuentra regulado por el Código de Impuestos Fiscales de Estados Unidos, puesto que tiene una característica que lo hace diferente y es que el settlor mantiene un control directo de los bienes o rentas del trust, por lo cual el tratamiento tributario que la Administración de Impuestos (IRS por sus siglas en inglés) le otorga es diferente, pues quien deberá responder por las obligaciones tributarias es el constituyente y no el trust.

La utilización del trust en los países del *common law* por parte de particulares que tenían bienes en países donde dicha figura no era contemplada o se la contemplaba no de manera similar a la del país del constituyente del trust motivó que se realicen esfuerzos conjuntos entre países regidos por el derecho continental y aquellos países regidos por el sistema anglosajón. De allí que se reunieron en la Conferencia de Derecho Internacional Privado celebrada en la Haya a partir de 1980. Donde se acordó nombrar una comisión que elabore un proyecto normativo para el reconocimiento internacional del trust. En 1985 se aprobó el documento con la firma de países como Australia, Canadá, Estados Unidos, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo y Reino Unido. Este es el origen del Convenio Sobre la Ley Aplicable al Trust y su reconocimiento.

De acuerdo a dicha convención, la definición de trust es “por trust se entienden las relaciones jurídicas instituidas por una persona, el constituyente ‘por acto *inter vivos* o *mortis causa*’ cuando los bienes hayan sido puestos bajo el control de un trustee en interés de un beneficiario con un fin específico”.⁵⁰

Lo que dicha convención acordó también fue el reconocimiento del trust como figura jurídica en los distintos países que la suscribieron. Bajo la premisa del respeto a cada legislación interna pero llegando a acuerdos en cuanto a ciertas características o requisitos que determinan al trust y le dan su naturaleza como son:

- a) *Acto voluntario*. El trust para ser tal debe ser constituido voluntariamente.
- b) *Escrito*. La voluntad del constituyente *settlor* debe estar contenida en un documento escrito.
- c) *Patrimonio independiente*. El fondo constituido en trust no debe formar parte del patrimonio del *settlor* sino que se determina su transferencia en favor del trustee.

⁵⁰ Lalaguti, “El trust”, 338.

- d) *Administración del patrimonio*. La administración de este patrimonio independiente debe ser entregada al trustee, quien tiene el poder y el deber de administrar, gestionar o disponer de los bienes según los términos del trust y la ley.
- e) El hecho de que el constituyente conserve ciertas prerrogativas o que el trustee posea ciertos derechos como beneficiario no es incompatible, necesariamente, con la existencia de un trust.
- f) De dicho tratado quedan excluidos los llamados fondos de inversión o las sociedades fiduciarias.

Otro acuerdo a resaltar es lo dispuesto en los artículos 6 y 7, en los cuales se determina la norma aplicable al trust. El artículo 6 dice: “El trust se regirá por la ley elegida por el constituyente. La elección tendrá que ser expresa o resultar de las disposiciones del instrumento por el que se crea el trust o se prueba su existencia, interpretadas cuando sea necesario a la luz de las circunstancias del caso”.⁵¹

En la práctica puede darse que el constituyente no expuso en el documento constitutivo del trust bajo qué normativa se regiría el mismo, en ese caso la Convención, en su artículo 7, determinó posibles soluciones, las cuales, para algunos expertos, no contemplan una solución real para los casos más complicados,⁵² puesto que dicho artículo dice que cuando no se ha determinado ley a regir el trust se estará a la ley más estrechamente vinculada al trust, así como se estipulan cuatro reglas a considerar en este supuesto. En primer lugar de administración del trust designado por el constituyente, en segundo lugar donde se encuentren situados los bienes, tercero el lugar donde reside o realice sus actividades el trustee y finalmente, el lugar donde los objetivos del trust deban cumplirse.

Sobre esta figura lo que vale la pena destacar es que es utilizada con mucha libertad en los países anglosajones, en donde no se define en una ley, tal como nosotros la conocemos, sino que queda a la voluntad del constituyente settlor, siendo su única limitación el ir en contra del bien público, lo que le da mucha libertad puesto que no se regula por normas sino que una vez constituido el trustee se regirá por la llamada *equity* que, como habíamos mencionado, es un poco el criterio de justicia sin definición ni

⁵¹ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la ley aplicable al Trust y a su reconocimiento”, *The World Organisation for Cross-Border Co-operation in Civil and Commercial Matters, Hague Conference On Private International Law*, accedido 10 de febrero de 2021, <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59>.

⁵² De Arespachoga, *El trust*, 42.

limitación, y deberá responder ante los jueces. Tampoco se le concede a este patrimonio autónomo personalidad jurídica sino que es administrado y pertenece al *trustee* en bien de un beneficiario. Lo que lo diferencia totalmente de nuestra figura legal de fideicomiso mercantil.

Las razones por las cuales ha sido tan popular el trust en los países anglosajones, además de la libertad y el respeto a la autonomía de la voluntad que se le da al constituyente, es el poder mantener un patrimonio empresarial después del fallecimiento de su fundador. De tal forma que la unidad de gestión del negocio se mantenga y la empresa no se divida, así como evitar posibles conflictos sucesorios en generaciones posteriores o la constitución de trust de beneficencia para causas de caridad, lo que nosotros conocemos como fundaciones.

En cuanto a la tributación del trust, se estará a la legislación propia de cada país. El art. 19 del convenio referido este no afecta la competencia en materia fiscal de los Estados que lo suscriban. Por lo tanto, consideramos que quien responde por las rentas es el beneficiario de ellas, siempre y cuando las perciba. En ese caso se aplicarán las reglas de residencia fiscal o de la teoría de la fuente, dependiendo del país, para el pago del impuesto a la renta y el impuesto al patrimonio en los países que cuentan con este. Se estará también a las reglas contenidas en los tratados para evitar la doble imposición cuando los países hayan suscrito dichos tratados entre sí.

1.3. El fideicomiso en América Latina

Como hemos ya mencionado el derecho romano fue la fuente de las legislaciones del derecho europeo continental. Sobre todo en cuanto a los derechos sobre la propiedad privada y las relaciones familiares. Instituciones que pasaron a América a través del modelo de Código Civil napoleónico; sin embargo, esto no sucedió con la fiducia, como ya lo mencionamos en el numeral 1.1., debido a que las figuras de la fiducia y el *fideicomissum* romanos no fueron acogidas por dicho cuerpo normativo.

Entonces si queremos responder a la pregunta ¿cómo llegó hasta nosotros esta figura jurídica? la respuesta la podemos encontrar (y sobre todo agradecer) al conocimiento y estudio del derecho romano y anglosajón de don Andrés Bello, quien elaboró el Código Civil chileno, fuente de la mayoría de códigos en la materia en América

Latina.⁵³ En este código el maestro Bello incorpora la figura de los fideicomisos y censos.⁵⁴

Por lo tanto, la adopción en América Latina del *germen* del fideicomiso en sus legislaciones no provino de Francia sino del Código Civil chileno. El cual hablaba del tema de la propiedad fiduciaria (figura del derecho civil). Regulada en nuestro Código Civil en su libro segundo, título VIII, que trata de la propiedad fiduciaria como una limitación al dominio y define al fideicomiso como la constitución de dicha propiedad (artículo 748 Código Civil). Norma que tiene como fuente el modelo chileno de Código Civil de Andrés Bello.

Sin embargo, esta figura del Código Civil, si bien es cierto, es un antecedente y referente histórico, no es en sí misma el principal antecedente inmediato del fideicomiso mercantil, tal como hoy se lo concibe en América Latina y en especial en nuestro país. En consecuencia, no será analizada en nuestra investigación pues guarda otra naturaleza y características ajenas al fideicomiso mercantil. Así, por ejemplo, está concebida en nuestra legislación como una limitación al dominio dentro del *Libro de los bienes*, y no como un contrato.

Ahora bien, entonces ¿cuál es el antecedente más próximo del fideicomiso mercantil en América Latina y en especial el de nuestra figura jurídica? Para responder acudiremos a la historia legislativa de América Latina en este tema.

En primer lugar, debemos decir que es en América Latina donde se legisló y se crearon normas de derecho positivo contentivas del llamado fideicomiso mercantil (fiducia mercantil para otros⁵⁵) iniciativa que no ejercieron los países del derecho continental europeo. Tal es el caso de España, que no regula expresamente esta figura, o el de Francia, donde ante la presión de la globalización en los negocios y el boyante desarrollo del trust en los países del *Common Law*, recién con la *Ley 2007-211* de 19 febrero de 2007, reforma al Código Civil de ese país y se crea la figura de la *fiducie*, cuya definición sí nos permitimos citar:

La *fiducie* es una operación por la cual uno o varios constituyentes transfieren bienes, derechos o garantías o un conjunto de bienes, derechos o garantías, presentes o futuros, a

⁵³ Rodríguez, *Negocios fiduciarios*, 42.

⁵⁴ Pedro Lira Urquieta, “Andrés Bello y el Código Civil chileno”, en Guillermo Feliu Cruz, comp., *Estudios sobre Andrés Bello* (Santiago de Chile: Fondo Andrés Bello, 1971), 153.

⁵⁵ Rengifo, *La fiducia*, 20.

uno o varios fiduciarios, quienes los mantienen separados de su propio patrimonio actuando dentro de un objetivo determinado en provecho de uno o varios beneficiarios.⁵⁶

De dicha definición no se desprende que ese patrimonio *separado* tenga personalidad jurídica, como sucede en nuestro país. La *fiducie* francesa se encuentra regulada en el libro III, que trata de los contratos en el Código Civil francés. Las reformas, como la *Ley 2009-112* de enero de 2009 incluyeron la *fiducie* en garantía y otras formas, las cuales son incluidas en el libro cuarto de dicho código.⁵⁷

Visto lo mencionado en líneas anteriores, acudimos a la legislación e historia legislativa de los países latinoamericanos para encontrar, en estos, la fuente de inspiración del fideicomiso mercantil, como lo conocemos hoy.

Debido a ello, diremos que los legisladores latinoamericanos de países como México, Panamá, Colombia movidos por la necesidad de regular, sin obstaculizar, las actividades comerciales cuyo desarrollo en tales países era considerable, visto su ubicación geográfica y contacto natural con sus vecinos, regularon a través de normas del derecho mercantil situaciones que ya el trust en la legislación anglosajona había cubierto. Regulaciones que empezaron a surgir desde la primera mitad del siglo XX en dichas naciones.

Esta situación se dio de manera natural visto el comercio y relaciones económicas entre estas naciones y Estados Unidos, principal socio comercial de las mismas a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX; así como, la influencia que tuvo la Misión Kemmerer,⁵⁸ presidida por Edwin Walter Kemmerer que tuvo como objeto brindar asesoría y propuestas de remodelación de los sistemas bancarios, monetarios y fiscales en varios países de América Latina como Ecuador, Chile y Colombia. Fruto de la *misión*, en el caso ecuatoriano, se liquidaron y crearon instituciones del sector público que intervinieron en el manejo monetario y bancario. Así tenemos, la creación del Banco Central del Ecuador por otra parte se liquidó el Banco Privado Comercial y Agrícola del Ecuador, se creó la Superintendencia de Bancos.⁵⁹ En Colombia la misma misión influyó

⁵⁶ Karolina Lyczkowska, “El nuevo régimen de *fiduciae* en el derecho francés a la luz de las últimas reformas”, *InDret.Revista para el análisis del derecho* (2010), <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/225324/306635><https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/225324/306635>.

⁵⁷ *Ibíd.*, 7.

⁵⁸ Víctor Emilio Estrada, “La lucha en defensa de la moneda nacional, 1922-1934”, en Banco Central del Ecuador, *Pensamiento monetario y financiero*, segunda parte (Quito: Banco Central del Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 1986), 59.

⁵⁹ Eduardo Larrea Stacey, *Pensamiento monetario y financiero*, primera parte (Quito: Banco Central del Ecuador/ Corporación Editora Nacional, 1986), 43.

en la regulación de instituciones bancarias de ese país con la *Ley 45* de 1923, introduciendo formas de fideicomiso como un encargo de confianza para ciertos negocios donde solo la banca podía ser fiduciaria.⁶⁰

Para varios de los estudiosos del tema como Roberto González⁶¹ y Roberto Goldschmidt⁶² el origen de la figura de fideicomiso mercantil latinoamericano se encuentra en Panamá, donde se legisló por primera vez un tipo de contrato que buscaba introducir en su ordenamiento jurídico la figura del trust.

El autor de esta reforma fue el jurista Ricardo Alfaro, quien en 1925 propuso y definió al fideicomiso como “un mandato irrevocable, en virtud del cual se transmiten al fiduciario determinados bienes para que disponga de ellos y de sus productos según la voluntad de quien los entrega, llamado fideicomitente, en beneficio de un tercero llamado fideicomisario”.⁶³

Se ha criticado la utilización de la palabra mandato realizada por Alfaro, sin embargo, se entiende que esa era para la época la opción de introducir una figura tan distinta en un sistema regido por el derecho continental.

Ahora bien, esto no quiere decir que el proyecto de ley panameño haya nacido en forma aislada y que haya tenido una directa y exclusiva influencia del trust norteamericano, sino que otros países también recibieron dicha influencia y trataron de plasmarla en su legislación. De este modo, entre los casos más importantes por su gran influencia económica y jurídica es México con el llamado proyecto *Limantour* a inicios del siglo XX. Proyecto que no fue aprobado ni se convirtió en ley de la república; sin embargo, dejaba en el imaginario jurídico la figura del fideicomiso mercantil, pues hablaba de los fideicomisarios, quienes debían cumplir los encargos a ellos encomendados y que solo podían ser instituciones bancarias.⁶⁴ En 1924, en México, el señor Creel, estudioso de la figura del trust, fue quien redactó el proyecto de ley⁶⁵ en el que, teniendo como directa inspiración el trust anglosajón, lo adaptó a un derecho de inspiración romana como es el mexicano.

Por lo tanto, esta figura jurídica llamada trust, que ha sido descrita en el numeral precedente, es la que ha influenciado directamente a la legislación y en un primer

⁶⁰ Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios*, 54.

⁶¹ González, *Manual de fideicomiso*, 19.

⁶² Roberto Goldschmidt, *El Trust en el Derecho Comparado*, (Buenos Aires: Editorial Arayú, 1954), 69.

⁶³ Lisoprawski y Kiper, *Tratado de fideicomiso*, 148.

⁶⁴ Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios*, 66.

⁶⁵ *Ibíd.*, 67.

momento a los estudiosos del derecho en América Latina. Sin embargo, ha sido eso *una inspiración* próxima y directa, sin que por ello se haya simplemente copiado tal figura en la legislación latinoamericana, por el contrario, se le dio un desarrollo particular en el derecho positivo, transformándose en una figura propia, cuyas características y naturaleza pasamos a desarrollar.

2. Naturaleza, características y clasificación del fideicomiso mercantil

El fideicomiso es una figura del derecho privado, por lo tanto, será la voluntad de quienes lo constituyen la que determine los alcances del mismo, guardando los límites propios establecidos en la ley de manera expresa para este tipo de contratos. En el caso de las legislaciones que lo contemplan serán los establecidos en esta, mientras que, para aquellas que no lo hacen expresamente, los límites serán los derechos de terceros.

La naturaleza del fideicomiso conlleva la existencia de uno o varios sujetos (constituyentes) que deciden su creación para lo cual transfieren en su favor bienes destinados a cumplir un fin, conforme la voluntad del constituyente. Existiendo una independencia entre los patrimonios de quienes lo constituyen y el mismo fideicomiso. Diríamos que el fideicomiso guarda en su naturaleza un carácter mediático, pues su fin es cumplir el encargo para el cual fue creado.

2.1. Características que determinan la naturaleza del fideicomiso mercantil

En el presente numeral buscamos llegar a concluir cuáles son las características que determinan la naturaleza del fideicomiso mercantil, para ello recurrimos a varios conceptos dados por estudiosos, así como, a la legislación, en busca de características comunes que nos permitan distinguir dicha figura jurídica de otras. Así por ejemplo, José Manuel Villagorda:

El contrato de fideicomiso es el negocio fiduciario en el que se pueden apreciar dos relaciones jurídicas, una de carácter real que siempre implica transmisión de bienes y derechos y que se establece entre el fiduciante, en nuestro caso el fideicomitente, con el fiduciario, quien es la persona que recibe tales bienes y derechos con la obligación de destinarlos al cumplimiento de los fines del fideicomiso, en beneficio del propio fideicomisario, todo en virtud de la otra relación de carácter obligatorio que vincula el fiduciario con el beneficiario o fideicomisario.⁶⁶

⁶⁶ Citado por Diego Gómez de la Torre, *El fideicomiso mercantil* (Quito: Albazul, 1998), 13.

De acuerdo al Código de Comercio de Colombia, en su artículo 1226, 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 este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario [...].⁶⁷

Para el autor colombiano Enrique Gaviria Gutiérrez,⁶⁸ la redacción de dicho artículo habla de transferencia de bienes del fiduciante al fiduciario, sin calificarla de limitada; sin embargo, dicha norma no le otorga al fiduciario la calidad de propietario pleno sino que es un titular de dominio restringido por la finalidad pactada en el contrato.

Para Sergio Rodríguez Azuero, la legislación latinoamericana sobre el fideicomiso coincide con la siguiente definición: “El fideicomiso o fiducia mercantil es el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero”,⁶⁹ incluido el Ecuador.

Tal afirmación, si bien es cierto, resulta acertada para ciertas legislaciones para el caso ecuatoriano no lo es, tomando en cuenta que el Ecuador establece que el patrimonio autónomo constituido por el fideicomiso tiene personalidad jurídica, por lo cual de la propia redacción del texto de la ley ecuatoriana (art. 109 del *Código Monetario*, libro II, Ley de Mercado de Valores) se desprende que la transferencia de los bienes se realiza en favor de dicho patrimonio autónomo mas no del fiduciario, como sucede en otras legislaciones latinoamericanas (como el caso de Argentina y México⁷⁰), siendo este el representante legal de dicho patrimonio, lo que vuelve a nuestro tratamiento del fideicomiso distinto del resto de países en la parte en que se otorga personalidad jurídica al fideicomiso.

En el caso de Argentina, se expidió la *Ley No. 24.441*, promulgada el 9 de enero de 1995, la cual trataba al fideicomiso de manera específica. Dicha ley fue derogada por la *Ley 26994* de 1 de octubre de 2014, mediante decreto 1795/2014, la cual codifica el

⁶⁷ Senado de la República de Colombia, “Decreto 410 de 1971 y sus reformas”, *Secretaría del Senado*, http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html.

⁶⁸ Enrique Gaviria Gutiérrez, “Lecciones de derecho comercial”, en *Superintendencia de Compañías y Consejo Nacional de Valores* (Quito: Superintendencia de Compañías, 1996), 71.

⁶⁹ Rodríguez, *Negocios fiduciarios*, 182.

⁷⁰ González, *Manual de fideicomiso*, 42.

Código Civil y Comercial argentino integrando al fideicomiso a este cuerpo normativo como un contrato que genera un patrimonio independiente sin personalidad jurídica.

Finalmente, por su importancia y por ser pionera en el tema, citaremos lo dicho en la legislación mexicana, referida por destacados autores de dicha nación.⁷¹ De acuerdo al artículo 381 de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de México*, dice: “En virtud del fideicomiso el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria”.

De la lectura de la normativa legal vemos que resulta bastante sucinta, debido a que en ese país la norma no agota el tema, pues al ser un acto jurídico cuyos términos y condiciones impuestos al fiduciario son dados por el constituyente, en respeto a su voluntad, busca emular el modelo del trust. Evitando tipificar cada detalle del contrato de fideicomiso. Lo que sí cabe destacar en la definición mexicana es que guarda como requisito para ser fiduciario el ser una institución fiduciaria, y es a esta a quien se transmiten los bienes, es decir, se recoge un principio de profesionalización para poder ejercer dicha calidad, igual en nuestro país este principio también se aplica.

Hemos citado estas definiciones del fideicomiso mercantil para concluir por nuestra cuenta que las características de esta figura que determinan su naturaleza, esto es, lo que hace que un fideicomiso mercantil sea tal son la existencia de una persona o personas (fiduciante o constituyente) que manifiesten su voluntad, expresada en un contrato, de transmitir la propiedad de los bienes (muebles o inmuebles) a otra persona (fiduciario). En el caso ecuatoriano los bienes pasan al fideicomiso que cuenta con personalidad jurídica, para que esta última cumpla las condiciones establecidas en el contrato y administre los bienes, inclusive disponga de ellos para su venta, los cuales pasan a formar parte de un patrimonio autónomo. Patrimonio que se encuentra separado de los bienes del fiduciario y sirve en beneficio de un tercero (beneficiario) que será el que favorecido por el fideicomiso (depende de la legislación de cada país permitir que el beneficiario sea inclusive el propio constituyente o el mismo fiduciario). En consecuencia, el fiduciario se obliga a cumplir con lo dispuesto en el contrato de

⁷¹ Miguel Ángel Mancera Espinosa, “La problemática impositiva de los fideicomisos de infraestructura y bienes raíces a nivel local”, en Mario Alberto Becerra Pocaroba y Luis Javier Hernández Jiménez, coordinadores, *Derecho tributario* (México: Editorial Porrúa, 2012), 611.

fideicomiso, el cual parte de la confianza y en esa medida el fiduciario responderá por ello.

El titular del patrimonio, en las legislaciones de América Latina será el fiduciario, aunque este tema ha suscitado varios criterios, llegando a un cierto consenso⁷² en el sentido de que los bienes dados en fideicomiso se convierten en un patrimonio autónomo en cabeza del fiduciario. Como ya hemos manifestado el caso ecuatoriano difiere del resto de países de Latinoamérica pues el fideicomiso tiene personalidad jurídica, siendo el titular del patrimonio el fideicomiso, así con esta claridad lo establece nuestra normativa en el art.119:

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.

Si bien es cierto, las legislaciones de Latinoamérica no le otorgan al fideicomiso personalidad jurídica partiendo del presupuesto de que el fideicomiso, al ser un contrato que sirve como medio para cumplir con lo dispuesto por el constituyente, no tiene un fin en sí mismo y su duración es limitada y condicionada por lo que no puede existir como persona (conforme la definición que de esta da las normas del derecho civil) sino que debe hacerlo a través del fiduciario. En consecuencia, este patrimonio estaría en cabeza de este, lo que resulta extraño si vemos que los beneficios se lleva el beneficiario, mientras que el fiduciario no es quien dispone ni goza de los bienes, evidenciándose una contradicción con el concepto de propiedad establecido en nuestro Código Civil (art. 599) texto que se repite en la mayoría de códigos en América Latina. Por lo que muchos doctrinarios se centran en una discusión sobre la propiedad del patrimonio, discusión a mi criterio poco práctica, pues el fideicomiso mercantil, como lo hemos ya mencionado, es una figura inspirada en el *trust* bajo una normativa distinta a la nuestra, lo que conlleva que no pueda *encuadrarse*, a la perfección, con nuestro sistema, siendo innecesario que esto suceda. Por ello, debemos aceptarlo como una figura útil y distinta del resto de

⁷² Entre los autores que manifiestan que el fideicomiso mercantil como un patrimonio autónomo tenemos a: González Torre, *Manual de fideicomiso* (55), Rodríguez Azuero, *Manual de Fideicomiso* (99) y Rengifo, *La fiducia* (293).

instituciones jurídicas de nuestra tradición civil, que si la observamos de forma estricta no nos permite visualizar la propiedad de otra manera que no sea el derecho real para gozar y disponer de un bien.

En ese afán del legislador de generar en la sociedad una apreciación de esta figura con su propio tratamiento, separada de influencias civilistas excesivas, es que la ley en su art. 137 dice: “De las interpretaciones.- Se excluye expresamente de la interpretación y efectos de los contratos de fideicomiso mercantil a las instituciones civiles referentes al fideicomiso, previstas en los libros Segundo y Tercero del Código Civil, por tener un fundamento diferente y de diversa naturaleza legal”.

Al final, el fideicomiso mercantil es lo que la ley define como tal, en donde el fiduciario en la práctica es un administrador que debe cumplir y responder por la forma en que lleva adelante su compromiso, de acuerdo al contrato que lo origina y a la ley. Por lo cual, la solución dada por nuestra normativa, esto es darle personalidad jurídica a este patrimonio autónomo otorgándole la representación al fiduciario, a mi criterio lo transparente y lo protege, pues en la práctica este ente económico tiene capacidad para contratar, adquirir obligaciones y cumplirlas, puede llegar inclusive a poseer y vender derechos y acciones dependiendo el tipo de fideicomiso. Lo cual le permite moverse con la libertad necesaria para cumplir su función, aun cuando su tiempo de vida sea limitado.

Esta característica también lo blindo en caso de dudas, que han surgido en la práctica en otros países, nos referiremos a manera de ejemplo al caso colombiano donde en un momento dado la Superintendencia de Finanzas al responder consultas sobre las capacidades de los fideicomisos mercantiles de inversión; llego a contestar al consultante que no tenía la capacidad para adquirir acciones pues solo las personas podían hacerlo, y al carecer de personería jurídica su actuación estaba limitada.⁷³

Entonces para concluir este punto diremos que las características que distinguen a un fideicomiso mercantil y que determinan su naturaleza a nuestro criterio son:

- a) Es un acto jurídico de carácter bilateral, por lo tanto un *contrato* que genera obligaciones para quienes intervienen en el.
- b) *Sujetos*. En este contrato participan principalmente dos partes: el *constituyente*, que es quien transfiere la propiedad de los bienes, y el *fiduciario*, quien será el encargado de cumplir con lo dispuesto por el constituyente y administrar los bienes conforme a lo dispuesto. Estos dos sujetos son esenciales en dicho

⁷³ Rodríguez, *Negocios Fiduciarios su significación en América Latina*, 168

contrato y no puede haber fideicomiso si no hay estas dos partes; sin embargo, sí puede haberlo si al momento de la suscripción del contrato no existe aún el beneficiario, que sería quien disfruta o disfrutará de los frutos y de los bienes que transmitió el constituyente.

- c) Es un *medio no un fin*, como lo hemos ya expresado, consideramos que el contrato de fideicomiso mercantil es un medio para lograr el cumplimiento de lo definido por el constituyente. De hecho la transferencia de bienes se da en función de los objetivos por los cuales se crea el fideicomiso, y decide quién deberá dar cumplimiento de su orden. El fiduciario administrará tales bienes (o inclusive podrá venderlos) hasta que se cumpla la condición expuesta por el constituyente, siempre en beneficio de alguien, que en varias legislaciones puede ser el mismo constituyente.

Esta característica instrumental le da también un carácter de *temporal* pero *irrevocable*.

En el caso ecuatoriano estas características de temporal del contrato le acompaña el calificativo de irrevocable a la transferencia de los bienes, así expresamente lo dice el art. 109 del libro II Ley de Mercado de Valores del Código Orgánico Monetario y Financiero cuando dice:

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

El hecho que la transferencia de bienes sea irrevocable resulta adecuado pues una vez que las partes suscriben el contrato de fideicomiso nacen las obligaciones propias de este y como todo contrato deben cumplirse. Esta es la regla de las obligaciones. Las mismas que están llamadas a cumplirse y solo por hechos ajenos a los obligados podrían no honrarse. Como son de manera general el caso fortuito o fuerza mayor.

Conceptos que se encuentran definidos en el art. 30 del Código Civil ecuatoriano, norma que dice: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”. También el art. 113 del libro segundo del Código Monetario y Financiero

menciona la posibilidad de que por razones de caso fortuito o fuerza mayor los bienes transferidos al fideicomiso deban volver al constituyente.

El contenido de estas normas nos lleva a concluir que el carácter de irrevocable de la obligación contraída, al igual que en cualquier contrato, puede verse afectado por circunstancias ajenas a los contratantes como sería un caso fortuito o fuerza mayor que torna en imposible el cumplimiento del objeto del contrato. En el caso del fideicomiso mercantil sería cumplir con lo dispuesto por el constituyente y que marca el sentido del nacimiento del fideicomiso y su existencia. Ejemplos de ello puede ser la destrucción por un desastre natural de los bienes que están a cargo del fiduciario y con los cuales se pretendía cumplir lo dispuesto por el constituyente.

Es decir; en todo contrato, incluido el fideicomiso mercantil, aun cuando tenga el carácter de irrevocable, pueden suceder eventos fuera del control de las partes. Tales como caso fortuito o fuerza mayor que impida el cumplimiento del contrato. Esta eventualidad no prevista siempre es posible y deberá considerarse, en caso de ocurrir, para deslindar responsabilidades como sería a cargo del fiduciario quien responde, de acuerdo a lo que establece el art. 125 del libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, hasta por culpa leve en el cumplimiento de su gestión, que es de medio y no de resultado pues debe 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.

- d) Finalmente, mencionaremos una característica esencial del fideicomiso y esto es el nacimiento de un *patrimonio autónomo* integrado por los bienes transferidos, los cuales quedan separados del resto de bienes del fiduciario, por lo cual, los acreedores de este no pueden reclamarlos para el cumplimiento de sus obligaciones. Dicho patrimonio autónomo será administrado por el fiduciario.

En el caso ecuatoriano el fideicomiso cuenta con personalidad jurídica. El dominio que ejerce el fiduciario se encuentra limitado a lo dispuesto por el constituyente en el contrato. En nuestro país también se establece que es un contrato solemne y debe ser elevado a escritura pública, conforme lo dispone el art. 110 del Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero. Ley de

Mercado de Valores y la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.⁷⁴

2.2. Implicaciones tributarias del fideicomiso mercantil

- a) La manera en que tributa un fideicomiso y los sujetos que intervienen en él dependerá de la legislación de cada país. En algunos casos se considerará al fideicomiso como una sociedad como cualquier otra. La cual debe declarar y tributar impuesto a la renta, ese es el caso ecuatoriano pues de acuerdo al art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno se les considera como sociedades sin distingo alguno, otorgándole personalidad tributaria. La misma norma deja en claro que cualquier patrimonio autónomo, aunque carezca de personería jurídica, se le considerará como sociedad y por lo tanto, conforme lo establecen los artículos 1, 2 y 4 de dicha ley, están obligados al pago del impuesto a la renta, así como al cumplimiento de deberes formales.

En el caso del Ecuador, conforme ya lo hemos mencionado, la ley no solo le otorga personalidad fiscal sino personalidad jurídica, según lo dice el art. 109 de la Ley de Mercado de Valores, con lo cual no queda duda de que el tratamiento tributario de dicha figura jurídica no difiere del resto de sociedades como sujetos pasivos. Por ello, se rige también por las exenciones establecidas en la Ley de Régimen Tributario Interno.

El art. 42.1 de la mencionada ley establece que los fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, deberán declarar y pagar el correspondiente impuesto a la renta por las utilidades obtenidas, de la misma manera que lo realiza el resto de sociedades. Para efectos tributarios se entenderá que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera un negocio en marcha, cuando su objeto y/o la actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tenga ánimo de lucro, y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades.

Mientras que los fideicomisos mercantiles que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, los fondos de inversión y los fondos complementarios, estarán exentos del pago de impuesto a la renta. Siendo el requisito para dicho beneficio el que cumplan con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 9 de

⁷⁴ Ecuador Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, *Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras de Valores y Seguros*, Registro Oficial 44, Edición Especial, 24 de julio de 2017

esta Ley, esto es que ninguno de los constituyentes o beneficiarios sean personas naturales o sociedades residentes, constituidas o ubicadas en un paraíso fiscal o jurisdicción de menor imposición, y que al momento de la distribución de los beneficios, rendimientos, ganancias o utilidades, la fiduciaria o la administradora de fondos no haya efectuado la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta. La obligación que mantiene es la de presentar una declaración informativa de impuesto a la renta, en la que constara el estado de situación del fondo o fideicomiso mercantil.

En el caso ecuatoriano, como hemos dicho, el fideicomiso es un sujeto pasivo de tributos y la ley le otorga no solo personalidad fiscal sino personalidad jurídica. Siendo el fiduciario su representante legal. En consecuencia, responsable solidario, así lo establecen los artículos 24, 25 y 27 del Código Tributario. Se tendrá en cuenta también los derechos que se tengan en un fideicomiso al igual que en una sociedad para la calificación de partes relacionadas, conforme lo establece el inciso agregado luego del artículo 4.3. de la Ley de Régimen Tributario Interno

En cuanto al tratamiento tributario de los fideicomisos en otros países, este dependerá del tipo de fideicomiso mercantil. En la mayoría de los casos optan por tratarlo de forma rigurosa respetando su característica instrumental, como un simple medio, lo que conlleva que el sujeto obligado al pago de los tributos sea el constituyente o fideicomitente, ejemplos de aquello nos lo da Perú y Argentina en el caso de los fideicomisos en garantía.⁷⁵ Mientras que para otros casos como los fideicomisos financieros Argentina grava con el impuesto a las ganancias al fiduciante o constituyente o al beneficiario, dependiendo de quien recibe el beneficio económico,⁷⁶ más no grava al fideicomiso en sí.

En cuanto a la transferencia de los bienes al fideicomiso estos se encuentran exentos de gravámenes, conforme lo dice el art. 113 de la Ley de Mercado de Valores, contenida en el Código Orgánico Monetario y Financiero cuyo texto dice:

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 éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones

⁷⁵ *Ibíd*, 631

⁷⁶ Nicolás Malumián, Adrián Diplotti y Pablo Gutiérrez, *Fideicomiso y Securitización Análisis legal, fiscal y contable* (Buenos Aires: La Ley, 2006), 283

tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas.

De igual forma sobre la transferencia de bienes inmuebles 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 éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Consecuentemente, la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ya que no constituye hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias ni de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias gratuitas y onerosas. Este tratamiento tributario guarda sentido y armonía con el carácter temporal e instrumental de esta figura jurídica.

En este momento resulta oportuno tratar los distintos tipos de fideicomisos aclarando que si bien, no existe una clasificación del fideicomiso mercantil aceptada de manera generalizada, esto dependerá de las legislaciones de cada país, sí podemos referirnos a ciertas figuras más comunes y que nuestra legislación recoge:

- a) El fideicomiso de inversión.
- b) El fideicomiso de administración.
- c) El fideicomiso de garantía.
- d) El fideicomiso inmobiliario.
- e) En el caso ecuatoriano, expresamente por norma, se incluye como quinto tipo de fideicomiso mercantil el que conlleva procesos de titularización.

En primer lugar nos referiremos al *fideicomiso de inversión*. Este tipo de fideicomiso permite a los constituyentes o fideicomitentes adherentes entregar al patrimonio autónomo valores o dinero para que la fiduciaria los administre o los invierta según las instrucciones establecidas en el contrato, para beneficio propio o de terceros. Puede destinarse el dinero a fondos individuales o a fondos comunes. Siempre priorizando las instrucciones del constituyente y bajo el criterio técnico del fiduciario. Otra forma de inversión en este tipo de fideicomisos son aquellos administrados en forma colectiva, denominados fondos comunes, donde se organiza un conjunto de inversiones en varios negocios fiduciarios, normalmente en títulos.

Esta figura se encuentra definida en nuestro país en la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros del Consejo Nacional de Valores, art. 17, título XIII. Allí se establece la posibilidad de aportar por parte del

constituyente no solo dinero sino además valores para que sean administrados en beneficio propio o de terceros, conforme lo estipulado en el contrato. Si dicho contrato no mencionara la forma de inversión, se estará a las normas dispuestas en dicho artículo, es decir, en nuestro país está regulado con claridad este tipo de fideicomiso con el objetivo de dar seguridad a los inversionistas. El riesgo lo asume el inversionista.

El segundo es el *fideicomiso de administración*, en esta figura el constituyente entrega al fiduciario un bien que no sea un fondo líquido sino títulos valores, bienes muebles o inmuebles, activos, etc., de tal forma que se confía su administración al fiduciario, quien deberá realizar su gestión conforme a las instrucciones dadas por el constituyente. En el caso ecuatoriano siempre será el fiduciario una fiduciaria debidamente reconocida.

Luego tenemos en tercer lugar el *fideicomiso de garantía*, en este caso él constituyente entrega al patrimonio autónomo los bienes o derechos de su propiedad para que se beneficie un acreedor suyo. El objetivo de dicho fideicomiso es afianzar una deuda contraída por el constituyente, por lo tanto, un objetivo válido de este contrato puede ser la venta de un bien para el pago de la deuda o la entrega de los frutos de los bienes para saldarla. Hay que distinguir a esta figura de la hipoteca y la prenda, en esas figuras se generan derechos reales creando, inclusive, derechos de preferencia para el pago, mientras que en un fideicomiso de garantía no nacen tales derechos. En el Ecuador esta figura se encuentra regulada en la norma anteriormente mencionada y deja en claro que la fiduciaria no se convierte en deudora ni deudora solidaria o avalista de la obligación. Su papel es solo asegurar que en caso de que el deudor no cumpla con tales obligaciones actuará conforme lo previsto en el contrato. Debe existir la aceptación del acreedor sobre los bienes aportados y el valor otorgado a los mismos.

En cuarto lugar está el *fideicomiso de procesos de titularización*, en nuestro país este tipo de fideicomiso se encuentra normado en el título V, artículo 17, numeral 5 de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. La norma, de forma breve, menciona que este tipo de fideicomisos son aquellos en los cuales se aportan los activos que existen o se espera que existan con la finalidad de titularizarlos. Sin embargo, el art. 138 de la sección II del Código Orgánico Monetario y Financiero, esto es la Ley de Mercado de Valores, desarrolla esta figura de la titularización, para que cumpla con su papel de forma de financiamiento para que se convierta en un mecanismo que otorgue

recursos a proyectos. Mediante la transformación de activos, comúnmente activos financieros, cartera crediticia en títulos valores.⁷⁷

El fideicomiso mercantil inmobiliario por ser, en especial, el tema de nuestro estudio lo detallamos en el siguiente numeral.

3. El fideicomiso mercantil inmobiliario

La figura del fideicomiso mercantil inmobiliario tiene como objetivo el dar seguridad a aquellas personas que buscan invertir en proyectos inmobiliarios. Tuvo como origen la figura de la fiducia civil en ciertos casos, como en Argentina, donde proyectos inmobiliarios emblemáticos se sirvieron de este aunque no se encontraba legislada, como tal, fue utilizada a través de normas del Código Civil, pues no existía aún la *Ley 24.441* que ahora normaba el tema en forma específica.⁷⁸

Según Mario Carregal, los inicios del fideicomiso mercantil inmobiliario están en la figura del dominio fiduciario para ejecutar proyectos inmobiliarios en donde, a través de un contrato, se determinaba que un banco sería el fiduciario de un proyecto que tenía por objeto la construcción de un edificio en los años setenta, cuyo terreno pertenecía a un particular, quien lo aportaba al proyecto y otra empresa construiría el mencionado proyecto. En la práctica, tanto el constructor como el dueño del terreno se sentían más seguros de realizar su aporte, el uno del inmueble y el otro del capital y construcción, si se transmitía la propiedad al banco en calidad de fiduciario, quien una vez concluida la obra entrega las unidades de vivienda del inmueble en dominio pleno a los beneficiarios designados.

Otro país donde el fideicomiso inmobiliario tuvo, desde hace décadas, mucho desarrollo es México, especialmente en las zonas de frontera, debido a que la legislación mexicana⁷⁹ prohíbe a los extranjeros acceder a la propiedad de fundos situados en zonas limítrofes o marítimas. Zonas donde existía gran potencial para el turismo o para la industria, esto sumado a la ubicación geográfica de dicho país, provocaba un marcado interés de inversionistas extranjeros, convirtiéndose el fideicomiso inmobiliario en una herramienta para que dichas inversiones se efectúen.

⁷⁷ Ramiro Borja Gallegos, *La fiducia o fideicomiso mercantil y la titularización* (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2000), 90.

⁷⁸ Carregal, *Fideicomiso*, 362.

⁷⁹ México Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (1917), art. 27, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf

Así, se realizaron fideicomisos inmobiliarios donde se convenía que un banco fiduciario mexicano actuará como tal, siendo este el titular del dominio fiduciario, mientras que los fideicomisarios (así llama la ley mexicana a los beneficiarios) tienen derechos sobre el fideicomiso, los cuales pueden conservar, gravar, ceder o enajenar en favor de terceros tales derechos. Estos contratos tienen un plazo de terminación, luego del cual, dependiendo de lo pactado, se revertirán los derechos en favor de terceros o se constituirán nuevos fideicomisos en favor de los extranjeros que iniciaron los mismos.

México recibe una influencia directa de Estados Unidos en materia mercantil. Así tenemos que México cuenta con un fideicomiso especial, que en nuestro país no es concebido de esa manera tan específica, es el llamado fideicomiso de infraestructura y bienes raíces, que tiene por objeto la adquisición o construcción de bienes inmuebles que se destinen al arrendamiento o adquisición del derecho de percibir ingresos del arrendamiento de dichos bienes, así como lograr financiamiento para ello. Son conocidos como *fibras*, que significa fideicomisos de inversión en bienes raíces, y, como hemos dicho, su objetivo es la adquisición o construcción de bienes inmuebles que se destinen al arrendamiento. En México fueron sumamente cuestionados por problemas de transparencia fiscal pero con modificaciones siguen vigentes en la legislación mexicana.⁸⁰

El origen de este fideicomiso es el *Real Estate Investment Trust* que nació en Estados Unidos en la década de 1960 del siglo XX.⁸¹ Figura que nació con beneficios tributarios pues busca fomentar la inversión en el negocio inmobiliario. Se creó luego de la Segunda Guerra Mundial cuando se requerían fondos para fomentar dicha actividad, así como, cubrir temas de necesidades de vivienda e inversión en ella. Entre los beneficios tributarios está si se distribuye por lo menos el 90 % de sus dividendos entre los accionistas estos se deducen de sus ingresos gravables. En Estados Unidos estos fideicomisos son realmente empresas cuyo titular es quien administra bienes inmuebles, administrando edificios de departamentos, centros comerciales, edificios de oficinas, hoteles. La intención es diversificar las opciones de inversión, especialmente para el momento del retiro de las personas naturales.

En este tema nuevamente vemos que la influencia del trust en América Latina es grande. La diferencia está en que el *Real Estate Investment Trust* da la calidad de accionistas a aquellos que van a transferir sus fondos a este tipo de trust, mientras que, en

⁸⁰ Mancera, *La problemática impositiva.*, 611.

⁸¹ *Ibíd.*, 612.

México se los considera copropietarios de una parte o alícuota del derecho de propiedad sobre el inmueble.

Como vemos, este tipo de trust se parece en nuestra legislación a un fideicomiso de inversión o de administración, si bien comparte ciertos elementos comunes con el fideicomiso inmobiliario ecuatoriano, que más bien se asemeja a la figura colombiana, que posteriormente será analizado con mayor detalle cuando revisemos legislación comparada. Lo que sí constituye un elemento en común entre el fideicomiso en bienes raíces mexicano y el *Real Estate Investment Trust* es la finalidad, pues todo fideicomiso inmobiliario tiene como fin llevar adelante un proyecto de edificación. Es decir, busca la seguridad de los inversores, cuyos aportes van al fideicomiso, evitando desvíos de dineros a otros destinos que no tengan como fin el proyecto.

Rodríguez Azuero, en la obra citada, menciona que la figura del fideicomiso inmobiliario es ideal para llegar a acuerdos jurídicos con múltiples partes con intereses distintos y frecuentemente contrapuestos, y supone:

La transferencia de un lote de terreno al fiduciario, que pasa a integrar un patrimonio autónomo con el fin de desarrollar la construcción de un edificio, de manera que el fiduciario enajene al final las unidades de vivienda resultantes a los compradores interesados. Su presencia asegura y facilita entonces la recaudación de las cuotas periódicas y el desarrollo ordenado y progresivo del proyecto.⁸²

Nosotros consideramos importante exponer que existen tres etapas o momentos de este fideicomiso, estas son:

- a) Etapa preliminar: busca dar certeza a los posibles partícipes en campos como el jurídico, financiero, técnico y comercial. Esto quiere decir obtención de licencias municipales, elaboración de planos, posible financiamiento, evaluación de un proyecto de presupuesto general y flujo de caja. Todo ello para alcanzar el punto de equilibrio que busca resguardar al proyecto de un posible fracaso y trata de asegurar al proyecto de tal forma que exista el número mínimo de compradores que garanticen la recuperación de los costos totales del proyecto para llegar a cubrir todos los costos.
- b) Etapa de desarrollo: es la fase de construcción del inmueble hasta llegar a su culminación.

⁸² Rodríguez, *Negocios fiduciarios*, 449

- c) Etapa de liquidación: considerando que el objetivo del fideicomiso es la construcción y entrega de las unidades de vivienda a los inversionistas o adherentes, para llegar a ello habrá que realizar la liquidación de la obra, cumplir con todas las obligaciones pendientes, sacar permisos de habitabilidad para proceder a la entrega de las viviendas, es decir, aún quedan trámites que deben cumplirse y cerrar el círculo para llegar a feliz término y determinar, finalmente, la verdadera utilidad del proyecto realizado.

En conclusión, diremos que el fideicomiso mercantil inmobiliario en América Latina es un tipo de fideicomiso mercantil. Que tiene como antecedente el trust anglosajón. Que a diferencia de este en materia inmobiliaria se encuentra limitado por el objeto y finalidad de dicho contrato, el cual en países como Argentina, Colombia y el nuestro tiene como finalidad llevar adelante la construcción de un proyecto inmobiliario, mas no el mantenerlo para administrar a largo plazo el arriendo de las unidades de vivienda que de él se generen, cosa que sucede en la figura mexicana que busca asemejarse totalmente al *Real Estate Investment Trust*.⁸³

La norma que lo define, en el caso ecuatoriano, deja en claro que el objetivo de este tipo de fideicomiso es el desarrollo y ejecución del proyecto inmobiliario, así lo entendemos conforme lo dispone el art. 17 numeral 3 del título XIII de la Codificación de Resoluciones, ya mencionada. Norma que textualmente dice:

Es el contrato en virtud del cual el constituyente o constituyentes transfieren uno o varios inmuebles y/o dinero necesario para la adquisición del terreno o para el desarrollo del proyecto inmobiliario, con la finalidad de que la fiduciaria administre dichos bienes y realice gestiones administrativas ligadas o conexas para el desarrollo y ejecución del proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato y en favor de los beneficiarios instituidos en el mismo.

Otra conclusión sobre el fideicomiso inmobiliario es que se ha convertido en la herramienta jurídica más común para grandes proyectos inmobiliarios. Debido a que permite que varias partes (hablamos de fideicomitente o constituyente, que son también llamados fideicomitentes inversionistas o adherentes, promotores, constructores, supervisor del proyecto, fiduciario) lleguen a un acuerdo en común que les brinde

⁸³ Santiago Rosano Torres, "Fibras, fideicomisos de inversión en bienes raíces y aspectos fiscales de títulos de crédito", en Salomón Vargas y Diego Martín del Campo y Souza, coord., *Títulos y operaciones de crédito* (México: Editorial Porrúa, 2012), 199.

confianza, con el cual se sienten protegidos, pues trasladan bienes o fondos para juntarlos; con el objetivo de llevar adelante un proyecto inmobiliario de interés común, transfiriendo dichos fondos o bienes inmuebles al fiduciario que administra este patrimonio independiente (en el caso ecuatoriano ingresa al fideicomiso directamente). Siendo el fiduciario quien deberá administrarlo y recaudarlo para el caso de los adherentes al proyecto, hasta llegar a la culminación y liquidación del mismo. Para mayor seguridad se exige que el fiduciario sea una institución financiera especialista en ello.⁸⁴

3.1. Naturaleza y características

El fideicomiso mercantil inmobiliario, al ser un tipo de fideicomiso, guarda en general las mismas características que el fideicomiso mercantil, las cuales fueron mencionadas en el numeral 2.1 de este trabajo; sin embargo, por la finalidad de este pasamos a tratar ciertas particularidades:

- a) *Contrato solemne.* Nace como un contrato solemne pues requiere la formalidad de escritura pública (art. 110 del libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero. Ley de Mercado de Valores) en donde existe un acuerdo entre él o los constituyentes y el fiduciario en beneficio de terceros (los compradores de las unidades de vivienda, así como del propio constituyente) pero en el desarrollo del negocio y aún en las condiciones del contrato se da un papel preponderante no solo al fiduciario o al constituyente, sino a otros intervinientes como los llamados constituyentes adherentes, con los cuales se firma igualmente contratos por los cuales se adhieren al contrato original.

También tenemos que en un contrato de fideicomiso puede constar no solo el constituyente que aporta el inmueble o el dinero para adquirirlo, sino también un promotor; que será el encargado del diseño económico del proyecto y que se convierte en el enlace entre las partes. Así también, puede estar o no el constructor como parte del contrato de fideicomiso o puede convertirse solo en un contratista del proyecto, todo dependerá en si se cuantifica un aporte en calidad de inversionista o inclusive puede ser parte del proyecto en virtud de las instrucciones dadas por los constituyentes. Esto podría suceder cuando del mismo contrato fiduciario se establece que tal o cual empresa será la que construya el proyecto.

⁸⁴ González, *Manual de fideicomiso*, 38-43.

- b) *Sujetos*. En este contrato participan principalmente dos partes el constituyente, (quien transfiere la propiedad de los bienes) y el fiduciario, quien será el encargado de cumplir con lo dispuesto por el constituyente y administrar los bienes conforme lo dispuesto, estos dos sujetos son esenciales en dicho contrato y no puede haber fideicomiso si no hay estas dos partes. Sin embargo, sí puede haberlo aunque al momento de la suscripción del contrato no exista un tercero beneficiario, que sería quien disfruta o disfrutará de los réditos y de los bienes que transmitió el constituyente, pero una vez dada su existencia es parte integrante de la figura del fideicomiso.

La fiduciaria que se encarga de la administración y en el caso del Ecuador es el representante legal del patrimonio autónomo, deberá proveer de los fondos a ella encargados, conforme se da el avance de obra. Su papel no será del todo principal en la toma de decisiones pues, como mencionamos, existe un promotor, un constructor, un comité de obra o un fiscalizador, que serán de vital importancia en el éxito y obtención de lo previsto en el contrato de fideicomiso. El papel de la fiduciaria será, sobre todo, dar seguridad a los inversionistas en cuanto al manejo de fondos en el sentido de que estos no se desvíen y el proyecto se maneje en forma eficiente. Lo complejo es que deberá descansar en decisiones técnicas que no adopta y que en este tipo de fideicomisos son vitales; como por ejemplo, el tipo de construcción y su calidad. Trabajos que son realizados por la constructora, de allí la importancia que los distintos sujetos que intervienen en el proyecto tienen para su éxito.

- c) Es un medio no un fin, por lo tanto es *temporal*. Como lo hemos ya expresado, consideramos que el contrato de fideicomiso mercantil es un medio para lograr el cumplimiento del objetivo planteado por el constituyente. En el caso del fideicomiso inmobiliario el objetivo final es la realización de un proyecto inmobiliario para la venta de unidades de vivienda, este es el fin, como lo hemos mencionado en el numeral precedente, esto ocurre en la mayoría de países de América Latina; sin embargo, en el caso de México, que busca incluir la figura del *Real Estate Investment Trust* en su legislación, el objetivo puede ser el arrendamiento de tales viviendas, lo que provoca que en el primer caso el

fideicomiso tenga un carácter estrictamente temporal, esto es, hasta que se termine la construcción del proyecto, mientras que en el modelo del trust la temporalidad es cuestionable pues la administración de la fiduciaria podrá ser renovada conforme los plazos de vencimiento establecidos en el convenio.

- d) *Independencia*. A través de la constitución de un fideicomiso inmobiliario se da lugar al nacimiento de un patrimonio autónomo integrado, concretamente, por el terreno donde se llevará adelante el proyecto y los aportes que los inversionistas realicen para la edificación del mismo.
- e) *Irrevocabilidad del contrato y punto de equilibrio*. Si bien es cierto que es un contrato irrevocable, guarda más bien un carácter especial o una condición para la realización de su fin que lo distingue de los otros tipos y es el llamado punto de equilibrio. Este concepto o momento del proyecto resulta de trascendental importancia para el cumplimiento del fin, por el cual las partes celebran el contrato, sin alcanzar el punto de equilibrio no se cumple con el objetivo. De allí que en el contrato de fideicomiso debe establecer el escenario si es que no se logra alcanzar el punto de equilibrio. Por lo tanto, debe contemplar las cláusulas respectivas para la devolución de los diversos aportes realizados. De hecho el art. 134 e) de la Ley de Mercado de Valores. Título segundo del Código referido establece entre las causas de terminación del fideicomiso la imposibilidad de cumplir con la finalidad establecida en el acto constitutivo, el no llegar al punto de equilibrio se encuadra en este presupuesto pues no podría llevarse un proyecto adelante sin fondos para ello.

El fideicomiso inmobiliario es una figura que guarda relación con muchos otros campos, temas económicos y técnicos que, en general, no son necesarios para alcanzar el objetivo de otros fideicomisos, pero para el caso del inmobiliario resultan de vital importancia. Así, por ejemplo, resulta de trascendental importancia el tema del punto de equilibrio que es el verdadero momento en que se puede dar inicio a un proyecto inmobiliario, este concepto se encuentra compuesto de tres partes.

- a) *Punto de equilibrio económico*, conocido como PEE, podríamos definirlo como el momento en que la necesidad mínima de fondos para que el proyecto

se termine y se puede cumplir con las obligaciones, esto es con los pasivos, dentro de los plazos previamente establecidos para la entrega de las unidades de vivienda pagadas. Para llegar a determinarlo se requiere un estudio económico totalmente respaldado, monetariamente claro de tal forma que busque opciones de financiamiento frente a las obligaciones que cumplir como los pagos al propietario del terreno, al constructor, etc. En cuanto al pago del valor del terreno se suele realizar una vez finalizado el proyecto. Evitando el pago inmediato pues el uso del capital deberá ser optimizado para su mayor eficiencia. Se lo hará, generalmente, con unidades de vivienda o con las ganancias monetarias alcanzadas, las mismas que solo se devuelven de forma real al final del proyecto. Este análisis económico deberá contemplar la relación entre el número de venta necesarias para cubrir los requerimientos de fondos. El crédito es lo normal en este tipo de proyectos, siempre se buscará el apalancamiento del mismo con la venta en planos de dichas unidades.⁸⁵

- b) *Punto de equilibrio técnico*. El otro componente del punto de equilibrio es el técnico, es decir, el desarrollo de los planos, anteproyectos y demás requisitos que determinan la viabilidad técnica del proyecto, que determinarán a su vez varios otros factores como el tipo de acabados o necesidades específicas del mismo. Lo cual permite cuantificar la relación de los modelos y planos con los costos de la obra.
- c) *Punto de equilibrio legal*. Finalmente, el componente a mencionar es el legal, el mismo que debe haberse cumplido y solventado en todo lo relativo a permisos y licencias, requisitos indispensables para iniciar el proyecto. Sobre todo la transferencia de la propiedad del tenedor al fideicomiso que concluye con la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por lo tanto, a nuestro criterio el cumplimiento del punto de equilibrio es la particularidad más importante para que un contrato de fideicomiso inmobiliario sea tal, lo que lo diferencia del resto de fideicomisos mercantiles, conforme lo hemos manifestado en el presente punto.

⁸⁵ Rodríguez, *Negocios fiduciarios*, 450.

3.2 El fideicomiso inmobiliario, herramienta jurídica para el desarrollo de la industria de la construcción

A decir de autores como Rodríguez Azuero⁸⁶ y Carregal,⁸⁷ en las obras citadas en este trabajo, la figura del fideicomiso inmobiliario vino a solucionar problemas de confianza en inversionistas del sector de la construcción. La confianza generó un fortalecimiento en dicho sector pues daba mayor seguridad a los inversionistas, quienes podían canalizar fondos dispersos en el mercado de capital y ser invertidos en proyectos inmobiliarios que, bajo la figura del fideicomiso, son manejados en forma independiente y son inembargables pues al constituirse un patrimonio autónomo distinto del fiduciario los fondos quedan protegidos de acciones legales iniciadas en contra del constituyente, fiduciario o beneficiario.

Existe una condición que debe ser observada, a rajatabla, en este tipo de proyectos para que lleguen a buen fin, esta es que los fondos solo pueden invertirse en dicho patrimonio. Esto es en el desarrollo y terminación del proyecto inmobiliario.

El uso del fideicomiso inmobiliario ha permitido el desarrollo de sectores de la economía de trascendental importancia, así por ejemplo, hemos mencionado que en países como México el fideicomiso inmobiliario fue el instrumento que favoreció el desarrollo inmobiliario en proyectos turísticos en zonas donde no se permitía la propiedad a extranjeros, conforme norma constitucional; sin embargo, a través de dicha figura se desarrollaron hoteles e inversiones en el campo del turismo en la costa mexicana⁸⁸ que en muchos de los casos tenían capitales foráneos, lo que sin lugar a dudas dinamizó la economía mexicana.

En Argentina y Colombia⁸⁹ sucedieron buenas experiencias con esta figura pues vino a dar seguridad a inversionistas, pues les permitió captar capital a bajo costo en favor de aquellos constructores que buscaban financiar sus proyectos a través de la venta o venta en planos. Lo que constituye para el constructor un apalancamiento financiero de proyectos sin recurrir al crédito bancario. Esto evidencia que el fideicomiso mercantil inmobiliario ha logrado constituirse en una herramienta válida para el fomento económico de la industria de la construcción, hecho que cabe resaltar, pues las figuras jurídicas deben

⁸⁶ *Ibíd.*, 459.

⁸⁷ Carregal, *Fideicomiso*, 370.

⁸⁸ Mancera Espinosa, "La problemática impositiva", 612.

⁸⁹ Rodríguez Azuero, *Negocios fiduciarios*, 451.

ser instrumentos y no trabas para el desarrollo de las sociedades en todos los campos, incluido, por supuesto, el económico.

En el caso de nuestro país, también en su momento se convirtió en herramienta idónea en planes de vivienda. Situación siempre positiva si consideramos que, de acuerdo a la información proporcionada por el Ministerio de Vivienda⁹⁰ y en base a los datos del censo nacional realizado en el 2010, el 66 % de la población en el Ecuador se ubica en ciudades, lo que conlleva un requerimiento de vivienda urbana cada vez mayor. Así también, de la misma fuente encontramos que de los 3.800.000 hogares en el Ecuador, el 45 % habita en viviendas inadecuadas. Por lo cual, el déficit habitacional en el Ecuador, a pesar de la gran actividad de los últimos años en la industria de la construcción, sigue siendo muy alto. En consecuencia, esta figura puede seguir ayudando a mejorar la situación de vivienda de nuestro país, si es utilizado en la forma correcta, ya que su uso no es la garantía de éxito de un proyecto inmobiliario. Siempre será un medio para conseguir el fin deseado más no el fin en sí mismo. En consecuencia, dependerá del manejo financiero del fideicomiso y el empuje e iniciativa de sus promotores lo que determine sus logros.⁹¹

En nuestro país instituciones del sector público han utilizado la figura del fideicomiso inmobiliario para tratar de rentabilizar y viabilizar proyectos inmobiliarios en terrenos del Estado. Este es el caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios creados por el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (BIESS) en bienes inmuebles pertenecientes al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS). Por la importancia en montos de avalúos y número de bienes el propio ente administrativo referido ha dictado una normativa que deberá también considerarse en el caso de proyectos inmobiliarios a llevarse a cabo en terrenos de su propiedad, esta normativa está contenida en el Reglamento para la Participación del IESS en Fideicomiso de Administración y Encargos Fiduciarios.⁹² Esta referencia evidencia que la figura del fideicomiso no ha sido adoptada solo por los privados para sus proyectos de construcción sino también existe un interés por los entes públicos de llevar adelante este tipo de proyectos. Que si son llevados de forma transparente y eficiente funcionan. Por lo tanto,

⁹⁰ Ecuador, Ministerio de Vivienda, *análisis del censo de población y vivienda*, www.habitatyvivienda.gob.ec/programanacionaldevivienda.

⁹¹ González, *Manual de fideicomiso*, 38.

⁹² Resolución CD 081, *Reglamento para la Participación del IESS en Fideicomiso de Administración y Encargos Fiduciario*, Registro Oficial 561, 21 de octubre de 2011.

esta herramienta jurídica resulta válida para el crecimiento del sector de la construcción que, sin lugar a dudas, es un potente reactivador de la Economía en cualquier sociedad.

Como conclusión del presente capítulo podemos decir que el fideicomiso inmobiliario es un tipo de fideicomiso mercantil que busca captar capitales y destinarlos a proyectos inmobiliarios ya sea para la venta o para el arrendamiento de las unidades de vivienda, en el caso ecuatoriano la normativa se refiere a la construcción del proyecto más no a la administración del mismo luego de su conclusión. Bajo la figura del fideicomiso administrado por un fiduciario especialista o profesional, ya sea un banco o una administradora de fondos y fideicomisos, de tal forma que la administración brinde seguridad y transparencia en los fondos de quienes aportan para la consecución de su fin. De allí que el fideicomiso es un medio y no un fin en sí mismo, siendo la confianza su principal característica. Características que no han variado desde sus orígenes ya sea en Roma bajo la figura del *pacto fiduciae* y que se visualizan también en el *Trust* anglosajón que inspiró a la legislación de los países de América Latina para adaptarla en su legislación, a pesar de que estos tienen como fuente de su derecho civil y mercantil el derecho europeo continental.

Capítulo segundo

Tratamiento tributario del fideicomiso mercantil inmobiliario en Ecuador y en otros países de América Latina

En el presente capítulo abordamos la figura del fideicomiso mercantil inmobiliario en Ecuador y en otros países de América Latina, visto su legislación. Con este objetivo empezaremos refiriéndonos a la legislación ecuatoriana, concretamente, al fideicomiso mercantil en general desde su introducción en el sistema legal de nuestro país hasta los actuales momentos, resaltando los cambios y modificaciones que sobre esta figura se han realizado. En un segundo momento expondremos las características que determinan la naturaleza y formalidades del fideicomiso mercantil inmobiliario en Ecuador. Finalmente, concluiremos con las obligaciones tributarias del fideicomiso inmobiliario y sus partícipes en cuanto al impuesto a la renta se refiere.

Para esto, se expondrá cómo las legislaciones colombiana y mexicana tratan dicha figura en sus respectivos países. El hecho de haber escogido la normativa de tales países se explica en razón de que la primera de las mencionadas legislaciones ha tenido gran influencia en nuestra legislación;⁹³ y la segunda, por cuanto México ha sido, por su cercanía con Estados Unidos, el país latinoamericano con más influencia del trust anglosajón, concretamente del *Real Estate Investment Trust*. Esto se evidencia de su legislación, por ejemplo, en el campo inmobiliario con el llamado fideicomiso inmobiliario para bienes raíces *fibras*⁹⁴ que no es igual al trust norteamericano, en razón de que existen diferencias conceptuales entre los países regidos por el derecho de origen anglosajón y los países cuyo origen es el derecho continental europeo, pero si se inspira y se sirve, en gran medida, del fideicomiso inmobiliario en proyectos de gran envergadura.⁹⁵

⁹³ González, *Manual de fideicomiso*, 195.

⁹⁴ Mancera Espinosa, “La problemática impositiva”, 611.

⁹⁵ Rosano Torres, “Fibras, fideicomisos de inversión”, 200.

1. Evolución histórica del régimen jurídico del fideicomiso mercantil en nuestro país

1.1. El fideicomiso mercantil incluido en el Código de Comercio de 1993

En el Ecuador el fideicomiso mercantil fue introducido en el Código de Comercio en el año 1993 por medio de la *Ley 31*,⁹⁶ esto es a través de la Ley de Mercado de Valores. En su artículo 80 reformó el mencionado código. Agregándole el título que trataba del fideicomiso mercantil, después del artículo 409, en dicha norma se definía al fideicomiso mercantil como:

Se denomina fideicomiso mercantil al acto en virtud del cual una o más personas llamadas constituyente transfieren dineros u otros bienes a otra llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos por un plazo o para cumplir una finalidad específica. El fideicomiso así conformado tendrá independencia total de su constituyente y se establece por instrumento abierto o cerrado con el objeto de destinarlo a las actividades señaladas por el o los contribuyentes. Para estos efectos, se entiende por instrumento público abierto aquel cuyas disposiciones no están sujetas a reserva alguna y, por instrumento público cerrado, aquel que está sujeto a la reserva total o parcial impuesta por el propio aportante. Los bienes, dineros o valores que constituyen el patrimonio de este fideicomiso, podrán ser libremente administrados por el fiduciario de la forma que estimare más conveniente dentro de los objetivos señalados y en función de lograr el mejor desempeño y atención de su encargo. Sin embargo, el fideicomiso en su conjunto no será negociable ni embargable, y al término del plazo señalado o cumplida la condición, será entregado exclusivamente a él o los beneficiarios señalados en el título constitutivo del mismo o a sus sucesores de derecho. El fiduciario responderá de cualquier pérdida que fuere ocasionada por su culpa o negligencia en la inversión o en el manejo y atención del patrimonio fiduciario. Una vez constituido el fideicomiso éste no podrá ser revocado, sin embargo de lo cual en su acto constitutivo podrá establecerse el reparto de beneficios periódicos y las causas o mecanismos para transferir la administración del mismo a otro fiduciario. El fiduciario no podrá delegar sus funciones. El fideicomiso será siempre remunerado en las formas que se determine en el acto constitutivo y se prohíbe al fiduciario garantizar beneficios o rendimientos. El fiduciario será responsable de los impuestos que genere la propiedad fiduciaria mientras esté bajo su administración.⁹⁷

Esta definición no resulta del todo original pues, como hemos mencionado en el capítulo precedente, las distintas legislaciones de América Latina se vieron influenciadas por la figura del trust; muchos países se inspiraron en él, en mayor o menor medida. Esta tendencia generó una forma jurídica propia que no era copiada del trust ni de la fiducia romana. Debido a ello las definiciones en las legislaciones de varios países se asemejan,

⁹⁶ Ecuador, *Ley 31*, Registro Oficial 199, 28 de mayo de 1993, Suplemento

⁹⁷ *Ibíd.*

tal es el caso de Panamá y Colombia,⁹⁸ también al incluir las características que determinan su naturaleza son muy similares.

En el caso de nuestro país la influencia legislativa más directa en este tema fue la legislación colombiana, la cual inspiró también al modelo de fideicomiso en Argentina.⁹⁹

Colombia incluyó al fideicomiso mercantil en su Código de Comercio, el cual en su artículo 1.226 lo define así:

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 este o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario. Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario. Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.¹⁰⁰

En el caso ecuatoriano es importante resaltar que, en un primer momento, la introducción en nuestra legislación del fideicomiso mercantil fue mediante un cuerpo legal que regula las relaciones mercantiles, este es el Código de Comercio, más no en la Ley de Mercado de Valores situación que se repite en varios países de América Latina como Argentina, Colombia, Honduras, Uruguay, Costa Rica y El Salvador,¹⁰¹ donde al fideicomiso se lo trata dentro de una norma mercantil más no en leyes que traten de la titularización de valores directamente.

En Ecuador es en la Ley de Mercado de Valores del año 1998¹⁰² cuando se cambia aquello, se suprime el fideicomiso mercantil del Código de Comercio y se lo traspa a la propia Ley de Mercado de Valores.

Esta línea legislativa la tienen países como México que, a diferencia de Colombia, integra al fideicomiso mercantil en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,¹⁰³

⁹⁸ González, *Manual de fideicomiso*, 22.

⁹⁹ La influencia ejercida por el derecho colombiano en la legislación argentina sobre el fideicomiso es reconocida por varios autores. Entre ellos los argentinos Silvio Lisoprawski y Claudio Kiper en su obra *Tratado de fideicomiso*, 170, obra ya citada en el presente trabajo, donde mencionan como entre los antecedentes de la Ley 24.441 está el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1992 en la que se explicaba que dicho proyecto tenía en consideración las disposiciones del Código de Comercio de Colombia, entre otros el de Colombia.

¹⁰⁰ Colombia, *Código de Comercio*, Secretaría del Senado de la República de Colombia, www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_html.

¹⁰¹ Rodríguez, *Negocios fiduciarios*, 77

¹⁰² Ecuador, *Ley 107*, Registro Oficial 367, 23 de julio de 1998

¹⁰³ México, *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, Diario Oficial de la Federación, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/145_130614.pdf

Argentina, en 1994 lo hace primero en la Ley No. 24.441,¹⁰⁴ titulada Ley de Financiamiento de Vivienda y Construcción, que normaba en forma independiente al fideicomiso mercantil, así como, reformaba normas civiles y mercantiles. Dicha ley fue reformada a su vez, en el año 2014 con la emisión del Código Argentino que unificó el Código Civil y Comercial (Ley 26.994)¹⁰⁵ luego de varios intentos de hacerlo desde finales del siglo XX.¹⁰⁶

A nuestro criterio el hecho de integrar al fideicomiso mercantil en la Ley de Mercado de Valores guarda mayor sentido con los objetivos y esquema de control fijados en la Ley de Mercado de Valores de 1998. Visto su intención de crear figuras jurídicas que dinamicen y vuelvan atractivo la inversión en el mercado de valores y controlar a las sociedades que intervienen en dicho mercado. Siendo las administradoras de fondos y fideicomisos, sujetos de control por parte de dicha ley, es decir, se guarda mayor armonía normativa.

En cuanto a la definición dada en la Ley de Mercado de Valores de 1993 establecía al fideicomiso mercantil con las siguientes características:

- a) *Contrato solemne*. Debía llevarse a cabo a través de un instrumento público, abierto o cerrado. En el Reglamento General a la Ley de Mercado de Valores se impuso la obligación al fiduciario de que previo a su aceptación como tal debía recibir una declaración juramentada de los constituyentes en el sentido de que los fondos o bienes aportados al mismo han sido habidos legítimamente y no tienen intención de irrogar perjuicios a terceros, ni causa u objeto ilícito.
- b) *Partes*. De acuerdo a dicha norma este contrato solemne tenía dos partes: el constituyente, que era la persona o personas que transferían los bienes, y el fiduciario, quien se obligaba a administrar dichos bienes. No se establecía en la ley exigencias en cuanto al fiduciario, pues no se hablaba de que debía ser una institución registrada en alguna entidad o una institución financiera. Es en el Reglamento a la Ley de Mercado de Valores dictado en agosto de 1993 donde se habla del fideicomiso mercantil y se determina como una exigencia que el fiduciario sea o los bancos o instituciones financieras autorizadas por sus leyes

¹⁰⁴ Argentina, *Ley N° 24.441* (1994), www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/812/texact.htm.

¹⁰⁵ Argentina, *Ley 26.994* (2014), www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id235975

¹⁰⁶ Lisoprawski y Kiper, *Tratado de fideicomiso*, 181.

especiales, como también podían serlo las compañías administradoras de fondos. El beneficiario era quien recibía el patrimonio una vez cumplida la condición o terminado el plazo señalado.

- c) *Irrevocable*. La norma ecuatoriana claramente decía que una vez constituido el fideicomiso este no podía ser revocado. Esto significaba que la restitución de los bienes objeto de la transferencia de dominio solo podía producirse conforme lo dispuesto por el constituyente en el contrato, sin posibilidad de modificación alguna, salvo los casos en que esto se tornaba imposible.
- d) *Independencia del fiduciario*: en la definición dada en la ley de 1993 se deja en claro que, en virtud del contrato de fideicomiso, el constituyente transfiere dineros u otros bienes (se entiende corporales o incorporales, muebles o inmuebles) a otra persona llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos conforme las instrucciones contempladas en el contrato. No encontramos, como hoy, las palabras patrimonio autónomo, y mucho menos se le otorgaba a los bienes entregados en fideicomiso personalidad jurídica. Sin embargo, se entendía que los bienes de fideicomiso eran eso, un patrimonio autónomo con total independencia frente al constituyente, lo que implicaba que las obligaciones contraídas por este, previo a la transferencia de dominio, no podían perseguir los bienes constituidos en fideicomiso. Es decir, el modelo adoptado presuponía que la transferencia se realizaba en favor del fiduciario, quien estaba llamado a administrar dichos bienes y lograr los mejores beneficios. La norma determinaba que era el fiduciario el responsable de los impuestos que genere la propiedad fiduciarias mientras esté bajo su administración.
- e) *Indelegable*. Textualmente, la norma citada establece la prohibición para el fiduciario de delegar su encargo, lo cual guarda lógica si consideramos que todo fideicomiso es un negocio de confianza.
- f) *Oneroso*: De acuerdo a la norma de 1993 el fideicomiso es siempre oneroso, puesto que establece que el fiduciario tiene el derecho de cobrar una remuneración por su labor. Por su parte, este no puede ofrecer rendimientos o garantizar beneficios por su gestión.
- g) *Temporal*. El fideicomiso existe hasta que termine el plazo fijado o se cumpla la condición establecida por el constituyente, no puede durar por siempre, existe un plazo de tiempo para su duración, fuera del cual debe terminar.

De la mencionada norma podemos decir que la forma como se adoptó la figura del fideicomiso mercantil en el Ecuador fue la misma que surgió en la mayoría de países de América Latina, esto es, en un código que regulaba temas comerciales o mercantiles, no se hablaba expresamente de un patrimonio autónomo, no se otorgaba personalidad jurídica al fideicomiso. En nuestro país, a diferencia de Colombia,¹⁰⁷ no se exigía en la ley (si en el reglamento) que el fiduciario sea una institución del sector financiero, y en el tema tributario no se mencionaba que el fideicomiso tendría el tratamiento de una sociedad, ni que el fiduciario sería el representante de esta para efectos tributarios. De la lectura del artículo referido, se refiere a un fiduciario responsable de los impuestos que genere la propiedad fiduciaria, mientras esté bajo su administración.

Al respecto debemos decir que cuando la norma nos habla de responsable de los impuestos que genere la propiedad fiduciaria mientras esté bajo su administración, necesariamente, debemos acudir a la norma tributaria para entender lo que dicha frase conlleva. El Código Tributario de la época daba a la palabra responsable algunas características.

En el art. 25 se da la definición de responsable:

Art. 25.- Responsable.- Responsable es la persona que sin tener el carácter de contribuyente debe, por disposición expresa de la ley, cumplir las obligaciones atribuidas a este.

Toda obligación tributaria es solidaria entre el contribuyente y el responsable, quedando a salvo el derecho de este de repetir lo pagado en contra del contribuyente, ante la justicia ordinaria y en juicio verbal sumario.

Luego en el art. 26 se explica los casos en los que se configuran responsables por representación:

Art. 26.- Responsable por representación.- Para los efectos tributarios son responsables por representación:

1. Los representantes legales de los menores no emancipados y los tutores o curadores con administración de bienes de los demás incapaces;
2. Los directores, presidentes, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad legalmente reconocida;
3. Los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de entes colectivos que carecen de personalidad jurídica;
4. Los mandatarios, agentes oficiosos o gestores voluntarios respecto de los bienes que administren o dispongan; y,
5. Los síndicos de quiebras o de concursos de acreedores, los representantes o liquidadores de sociedades de hecho o de derecho en liquidación, los depositarios judiciales y los administradores de bienes ajenos, designados judicial o convencionalmente.

¹⁰⁷ Colombia, *Código de Comercio*, art. 1.226.

La responsabilidad establecida en este artículo se limita al valor de los bienes administrados y al de las rentas que se hayan producido durante su gestión.

En el art. 27 se establece los casos en que se es responsable como adquirente o sucesor:

Art. 27.- Responsable como adquirente o sucesor.- Son responsables como adquirentes o sucesores de bienes:

1. Los adquirentes de bienes raíces, por los tributos que afecten a dichas propiedades, correspondientes al año en que se haya efectuado la transferencia y por el año inmediato anterior;
2. Los adquirentes de negocios o empresas, por todos los tributos que se hallare adeudando el *tradente*, generados en la actividad de dicho negocio o empresa que se transfiera, por el año en que se realice la transferencia y por los dos años anteriores, responsabilidad que se limitará al valor de esos bienes;
3. Las sociedades que sustituyan a otras, haciéndose cargo del activo y del pasivo, en todo o en parte, sea por fusión, transformación, absorción o cualesquier otra forma. La responsabilidad comprenderá a los tributos adeudados por aquellas hasta la fecha del respectivo acto;
4. Los sucesores a título universal, respecto de los tributos adeudados por el causante; y,
5. Los donatarios y los sucesores a título singular, respecto de los tributos adeudados por el donante o causante correspondientes a los bienes legados o donados.¹⁰⁸

Finalmente, el art. 28 nos hablaba de otros responsables:

Art. 28.- Otros responsables.- Serán también responsables:

1. Los agentes de retención, entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas que, en razón de su actividad, función o empleo, estén en posibilidad de retener tributos y que, por mandato legal, disposición reglamentaria u orden administrativa, estén obligadas a ello.

Serán también agentes de retención los herederos y, en su caso, el albacea, por el impuesto que corresponda a los legados; pero cesará la obligación del albacea cuando termine el encargo sin que se hayan pagado los legados,

2. Los agentes de percepción, entendiéndose por tales las personas naturales o jurídicas que, por razón de su actividad, función o empleo, y por mandato de la ley o del reglamento, estén obligadas a recaudar tributos y entregarlos al sujeto activo; y,
3. Los sustitutos del contribuyente, entendiéndose por tales a las personas que, cuando una ley tributaria así lo disponga, se colocan en lugar del contribuyente, quedando obligado al cumplimiento de las prestaciones materiales y formales de las obligaciones tributarias.

De los casos contemplados en los artículos citados vemos que el fiduciario es responsable por representación conforme el art. 26, numeral 3, así como conforme el art. 28 citado también.

Por lo tanto, el fiduciario calzaba en esta definición de responsable, es decir, en calidad de agente de retención o de percepción conforme los numerales 1 y 2 del artículo

¹⁰⁸ Ecuador, *Decreto Supremo 1016*, Registro Oficial 958, Suplemento, 23 de diciembre de 1975

28 del Código Tributario, vigente a la época y responsable conforme al art. 26 numeral 3 del mismo cuerpo legal.

De manera específica en cuanto al impuesto a la renta, tema de nuestro estudio, la Ley de Mercado de Valores de 1993 no lo define como contribuyente. Ahora bien, dicha ley lo que hizo fue reformar el art. 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno,¹⁰⁹ vigente para el año de 1994, incluyendo como sociedades a los fideicomisos mercantiles en tanto son patrimonios independientes para efectos de dicha ley, aunque no les otorgaba personalidad jurídica. Por lo tanto, el fideicomiso estaba sujeto a las normas que se refieren a ingresos gravados con impuesto a la renta y al pago del mismo, como sujetos pasivos de dicho impuesto. Es decir, en atención al principio de autonomía calificadora del Derecho Tributario se le dio a los fideicomisos mercantiles el carácter de sociedad, sujeto pasivo para el pago de impuestos, en atención a la generación de renta que dichas figuras podían obtener, a pesar de que la Ley de la materia que los regulaba no les daba el trato de sociedad ni mercantil ni civil. Este es un ejemplo del correcto uso de la facultad que las distintas ramas científicas, en este caso el derecho tributario, hizo en su momento para integrar a estos entes económicos, más allá de sus formas jurídicas visto el ejercicio de sus actividades económicas.

El Reglamento General de la Ley de Mercado de Valores¹¹⁰ dictado en agosto de 1993, esto es, tres meses después de publicada la ley, en su artículo 41 numeral 9 decía: “El patrimonio del fideicomiso constituirá, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno, sujeto pasivo de tributos”.

Es decir, aunque el fideicomiso no tenía personalidad jurídica en ese momento, igual era sujeto pasivo y, por lo tanto, tenía personalidad para efectos de obligaciones tributarias desde su inserción en el sistema legal de nuestro país. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 numeral 15 de la Ley de Régimen Tributario Interno los beneficios que el fideicomiso de inversión entregaba a sus beneficiarios se encontraban exentos de impuesto a la renta, eran los fideicomisos quienes debían cumplir con las obligaciones tributarias pertinentes, situación que se diferencia en el caso del trust anglosajón, donde es el beneficiario quien cumple con sus obligaciones tributarias respectivas. El fiduciario por la norma del artículo 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno debía ser tratado como responsable por representación, aunque el artículo 26 del código no lo incluía

¹⁰⁹ Ecuador, *Ley 56*, en Registro Oficial 341, 22 de diciembre de 1989

¹¹⁰ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1042-A*, Registro Oficial 262, Suplemento, 26 de agosto de 1993

expresamente en él, situación que se daba por cuanto el fideicomiso era una figura nueva no pensada en nuestro Código Tributario, en aquel momento.

1.2. El fideicomiso regulado en la Ley de Mercado de Valores de 1998

Luego de la introducción del fideicomiso mercantil en el Código de Comercio se produjo un cambio sustancial en el tema pues con la derogatoria de la Ley de Mercado de Valores de 1993 y la emisión de la *Ley 107*,¹¹¹ esto es, la nueva Ley de Mercado de Valores, donde la figura del fideicomiso mercantil se incorporaba como parte de dicha Ley.

Así pues, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 109 de dicha Ley, el fideicomiso mercantil es definido así:

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 existan o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica, para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas, instituidas en el contrato de constitución, 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 respectivo 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.¹¹²

Como novedad de dicha ley estaba lo dispuesto en el artículo 114 de la misma, el cual, establecía la prohibición de los fideicomisos mercantiles secretos. Aquellos que no tengan prueba escrita y expresa de la finalidad pretendida por el constituyente, en contraposición con la normativa de 1993 donde se permitía la suscripción de un contrato de fideicomiso mercantil con escritura pública cerrada.

Como podemos ver, la Ley de Mercado de Valores de 1998 vino a cambiar la figura del fideicomiso mercantil en una forma muy original, puesto que, a diferencia del resto de países, Ecuador incluyó esta figura en una ley que buscaba en su momento

¹¹¹ Ecuador, *Ley 107*, Registro Oficial 367, 23 de julio de 1998, art. 109

¹¹² *Ibíd.*

promover el mercado de valores,¹¹³ cosa que no necesariamente se relacionaba con todas las formas de fideicomisos mercantiles. Sin embargo, tratando de entender el motivo de la decisión del legislador ecuatoriano de la época, podríamos afirmar que una de las razones de este cambio fue el hecho de que la Ley de Mercado de Valores buscaba regular las actividades de las administradoras de fondos y fideicomisos y solo eran estas quienes podían ser fiduciarias.

Otro cambio muy importante y trascendente de la ley de 1998 fue el manifestar con claridad que el fideicomiso mercantil es un patrimonio autónomo con personalidad jurídica, hecho innovador en la materia, que fue analizado en el capítulo precedente.

1.3. El fideicomiso mercantil regulado en el Código Orgánico Monetario y Financiero

Si bien es cierto, en el año 2006 se dio la Codificación de la Ley de Mercado de Valores¹¹⁴ no se hicieron cambios a la figura contenida en la Ley de 1998. Es decir, el fideicomiso mercantil tiene el tratamiento de una sociedad, conforme el art. 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno, actual art. 98 de la misma ley, lo que conllevó a que no solo sea considerado como agente de retención sino también como contribuyente de impuesto a la renta.

En la actualidad, las últimas reformas del Código Orgánico Monetario y Financiero,¹¹⁵ libro II de dicho cuerpo legal, mantienen el concepto de fideicomiso mercantil con la característica de constituirse en patrimonio autónomo con personalidad jurídica. Nuestra legislación se va por la línea de la especialización profesional para aquellos que administren fideicomisos, puesto que el art. 97 del Libro Segundo del Código Orgánico Monetario y Financiero establece que las administradoras de fondos y fideicomisos deben ser necesariamente compañías o sociedades anónimas y solo estas podrán administrar negocios fiduciarios.

Dicha disposición tiene sentido en la medida en que exista un control eficiente a estas sociedades por parte de los entes públicos; pues si bien la normativa busca dar

¹¹³ De hecho, encontramos en el artículo 1 de la Ley 107 como objeto de la ley el promover un mercado de valores organizado, integrado, eficaz y transparente, en el que la intermediación de valores sea competitiva, ordenada, equitativa y continua, como resultado de una información veraz, completa y oportuna. También en sus considerandos esta ley menciona, como fin de la misma, el profundizar y actualizar la normativa de mercado de valores, una vez adquirida la experiencia en la aplicación y desarrollo de dicho mercado.

¹¹⁴ Ecuador, *Codificación I*, Registro Oficial 215, Suplemento, 22 de febrero de 2006.

¹¹⁵ Ecuador, *Ley 00*, Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre de 2014.

seguridad a los inversionistas y partícipes en los fideicomisos en general, exigiendo que quienes los administren sean empresas especializadas en esta materia, esto no sirve de mucho si no existe una supervisión real de las autoridades de control de las actividades de las fiduciarias así como transparentando y difundiendo información.

En cuanto a la responsabilidad tributaria, es del caso mencionar que el art. 135 del cuerpo legal mencionado les otorga la calidad de agentes de percepción y retención respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir de acuerdo a la legislación tributaria vigente. En cuanto al fiduciario, este tiene la calidad de responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales como agente de retención y percepción, nada dice como contribuyente de impuesto alguno. Por lo cual, debemos remitirnos al art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, norma que incluye a dicha figura como sociedad y, por lo tanto, como sujeto pasivo de impuesto a la renta en razón del art. 4 de esta ley. Así como se regirá por las exenciones establecidas en la ley tributaria y que se encuentra contemplada desde diciembre de 2010, con la expedición del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, en el numeral 15 del art. 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno la exención a los fideicomisos mercantiles del impuesto a la renta, siempre que no sean fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha. Para efectos tributarios se entenderá que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera un negocio en marcha, cuando su objeto y/o la actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tenga ánimo de lucro, y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades.

Mientras que los fideicomisos mercantiles que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, los fondos de inversión y los fondos complementarios, estarán exentos del pago de impuesto a la renta. Siendo el requisito para dicho beneficio el cumplir con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 9 de la ley, esto es que ninguno de los constituyentes o beneficiarios sean personas naturales o sociedades residentes, constituidas o ubicadas en un paraíso fiscal o jurisdicción de menor imposición, y que al momento de la distribución de los beneficios, rendimientos, ganancias o utilidades, la fiduciaria o la administradora de fondos no haya efectuado la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta. La obligación que mantiene es la de presentar una declaración informativa de impuesto a la renta, en la que constara el estado de situación del fondo o fideicomiso mercantil.

2. Naturaleza, características y solemnidades del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario en el Ecuador

Para llegar a la naturaleza y características del fideicomiso mercantil inmobiliario debemos primero referirnos al fideicomiso mercantil en general en nuestro país en base a la definición dada por el art. 109 del libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, el cual dice:

Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

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

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

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil) no es ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.¹¹⁶

Por tanto, el fideicomiso mercantil inmobiliario comparte la misma definición legal en su naturaleza y características esenciales.

2.1. Naturaleza, características y solemnidades del fideicomiso mercantil

De la definición transcrita podemos concluir que el fideicomiso mercantil en nuestro país está normado, la ley da una extensa definición del mismo y deja en claro los efectos, características y naturaleza de dicho contrato, lo que lo vuelve un *contrato nominado*, cuya naturaleza es patrimonial puesto que tiene por objeto la transferencia de dominio de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, bienes que existen o se espera que existan.

¹¹⁶ *Ibíd.*

También el artículo 118 del código mencionado determina una naturaleza propia de este tipo de contrato, y es que con su nacimiento se da paso a un *patrimonio autónomo* distinto del fiduciario, la norma dice:

Naturaleza individual y separada de cada fideicomiso mercantil.- El patrimonio autónomo que se origina en virtud del contrato de fideicomiso mercantil es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario y beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga el fiduciario.

Cada fideicomiso mercantil como patrimonio autónomo que es, estará integrado por los bienes, derechos, créditos, obligaciones y contingentes que sean transferidos en fideicomiso mercantil o que sean consecuencia del cumplimiento de la finalidad establecida por el constituyente. Consecuentemente, el patrimonio del fideicomiso mercantil garantiza las obligaciones y responsabilidades que el fiduciario contraiga por cuenta del fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades previstas en el contrato.

Por ello y dado a que el patrimonio autónomo tiene personalidad jurídica, quienes tengan créditos a favor o con ocasión de actos o contratos celebrados con un fiduciario que actuó por cuenta de un fideicomiso mercantil, sólo podrán perseguir los bienes del fideicomiso mercantil del cual se trate mas no los bienes propios del fiduciario.¹¹⁷

Esta característica especial que le otorga al patrimonio autónomo *personalidad jurídica* diferencia al fideicomiso mercantil ecuatoriano del resto de legislaciones latinoamericanas. Si bien, la normativa (art. 109 ya citado) menciona que es una ficción y no es una sociedad civil ni mercantil, el darle personalidad jurídica así como la representación legal al fiduciario, le otorga responsabilidades y obligaciones como cualquiera que ejerza tal categoría en una sociedad, desde el campo tributario hasta lo procesal en la intervención en causas judiciales.

Sobre sus características podemos decir que son:

- a) *Consensual*. El que la ley hable de un contrato de fideicomiso implica la existencia de un acuerdo de voluntades, acuerdo que tiene al menos dos partes contratantes, estas son: el constituyente (persona natural o jurídica, quien transfiere los bienes) y el fiduciario (administradora de fondos), si bien es cierto, en un contrato de fideicomiso mercantil siempre debe haber un beneficiario al momento de la suscripción del contrato no se requiere de su aceptación. Existencia que puede ser a futuro o puede ser el mismo constituyente. Por lo tanto, basta con la existencia de dos partes de manera indispensable, aunque presupone siempre la existencia de un beneficiario aunque en principio puede no suscribir dicho contrato.

¹¹⁷ *Ibíd.*, 118

- b) *Ni oneroso ni gratuito*. De acuerdo a lo dispuesto en el art. 113 del Código Orgánico Monetario la transferencia de los bienes para la constitución del fideicomiso no es onerosa ni gratuita puesto se parte del presupuesto de que no existe un provecho económico ni sobre el constituyente ni sobre el fiduciario. El fideicomiso es el medio para la realización del fin del contrato. Por lo cual dicha transferencia se encuentra exenta de impuestos.
- c) *Temporal*. El contrato de fideicomiso mercantil siempre es temporal, esa es la regla. Implica el cumplimiento de la voluntad del constituyente en un tiempo determinado o hasta que se cumpla el objetivo. Así lo dice la norma: “art. 110.- El fideicomiso mercantil tendrá un plazo de vigencia o podrá subsistir hasta el cumplimiento de la finalidad prevista o de una condición. La duración del fideicomiso mercantil no podrá ser superior a ochenta años”. Hay dos excepciones a esta regla. La primera cuando la condición resolutoria sea la disolución de una persona jurídica y la segunda son los fideicomisos que tienen como objetivo o fin obras de caridad o filantropía, o son de carácter cultural, en donde el tiempo de existencia del contrato tendrá directa relación con la existencia de la obra misma.
- d) *Es un contrato real y solemne*. En el contrato de fideicomiso mercantil siempre va a existir la entrega de los bienes para la formación del patrimonio autónomo; si bien es cierto, la normativa nos habla de que no es necesario su existencia al momento de la suscripción deben al menos ser descritos y determinados, pues en el caso de que no lleguen a existir resulta de imposible cumplimiento el objeto del fideicomiso.

El contrato de fideicomiso mercantil en nuestro país es un contrato *solemne*, puesto que requiere de un instrumento público y dependerá del tipo de bienes que van a ser transferidos para que se observen ciertas formalidades contempladas para que se perfeccione la transferencia de dominio, como sería la inscripción en el Registro de la Propiedad, para el caso de inmuebles.

2.2. Naturaleza, características y solemnidades del fideicomiso mercantil inmobiliario

El fideicomiso mercantil inmobiliario guarda la misma naturaleza que el fideicomiso en general: este es un contrato que crea un patrimonio autónomo con personalidad jurídica.

El hecho de que sea un patrimonio autónomo nos demuestra el carácter esencialmente económico del fideicomiso, lo cual resulta más evidente, a mi parecer, en el caso del fideicomiso mercantil inmobiliario cuyo único objetivo y finalidad es la realización de un proyecto inmobiliario, luego de lo cual desaparece, o más aún, si no llega al punto de equilibrio para que dicho proyecto de construcción sea viable, se liquida sin más. Esto demuestra que no es un fin en sí mismo, es solo una herramienta para llegar a un objetivo económico. Debe ser regulado para brindar seguridad jurídica tanto para quienes lo constituyen y luego son beneficiarios del mismo, así como para un correcto control tributario. Al respecto, nos permitimos citar lo dicho por el doctor César Montaña, quien señala:

La legislación nacional vigente sobre el fideicomiso hace bien al calificarlo desde su génesis, aludiendo al contrato de fideicomiso mercantil, instrumento que permite crear un patrimonio autónomo -aunque afectado a una finalidad- respecto al de sus constituyentes, al del fiduciario o administrador del fideicomiso creado y al del beneficiario o fideicomisario. Se trata, por tanto, de una unidad de naturaleza eminentemente económica.¹¹⁸

En cuanto a sus características, debemos remitirnos en primer lugar a la norma que lo define. El artículo 17 numeral 3 de la Codificación de Resoluciones de la Junta de Regulación Monetaria y Financiera que al referirse al fideicomiso inmobiliario, dice:

Es el contrato en virtud del cual el constituyente o constituyentes transfieren uno o varios inmuebles y dinero necesario para la adquisición del terreno o para el desarrollo del proyecto inmobiliario, con la finalidad de que la fiduciaria administre dichos bienes y realice gestiones administrativas ligadas o conexas para el desarrollo y ejecución del proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato y en favor de los beneficiarios instituidos en el mismo.

De tal definición podemos concluir que tiene como características las siguientes:

¹¹⁸ César Montaña Galarza, “Los fideicomisos mercantiles y el sistema tributario municipal”, en Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, *Memorias de las VII Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario*. (Quito: Cevallos, 2007), 387-388.

- a) *Consensual*. El fideicomiso mercantil inmobiliario es un contrato, por lo tanto nace de un acuerdo de voluntades, siendo las partes del mismo el constituyente o constituyentes, quienes entregan el terreno o los fondos para adquirirlo; la otra parte es el fiduciario que es necesariamente una administradora de fondos y fideicomisos mercantiles. Nuestro sistema exige la profesionalización de los fiduciarios. En cuanto a los beneficiarios del fideicomiso no existe prohibición de que sea el mismo constituyente beneficiario del mismo. Las partes pueden ser personas de derecho público o privado. También tenemos a los constituyentes adherentes que suscriben un convenio de adhesión al contrato de fideicomiso principal y que buscan ser beneficiarios del mismo.
- b) *Temporal y de medio*. El fideicomiso mercantil inmobiliario es un medio para conseguir un fin que será la realización de un proyecto inmobiliario con este objetivo se encarga a la fiduciaria la administración de los bienes y fondos necesarios para la realización del mencionado proyecto. Por lo tanto, se establecen plazos para la ejecución del mismo aquí debemos mencionar lo dicho ya en el capítulo precedente sobre la necesidad de un equilibrio financiero que lleve adelante la obra inmobiliaria.
- c) *Real*. El fideicomiso mercantil inmobiliario siempre lleva implícito la transferencia de dominio de un bien, ya sea del terreno en donde se realizará la construcción del proyecto o de los fondos para comprarlo.
- d) *Solemne*. Se lo realiza por escritura pública y se lo inscribe en el Registro de la Propiedad del respectivo cantón, en cuanto perfecciona la transferencia de dominio de un bien inmueble.

2.3. El fideicomiso mercantil inmobiliario y sus partícipes con relación al impuesto a la renta y su anticipo

El objetivo del presente numeral es exponer cómo nuestra legislación trata al fideicomiso mercantil inmobiliario y sus partícipes con relación al impuesto a la renta, para lo cual debemos referirnos previamente a la manera en que lo hace con los fideicomisos mercantiles en general. Así, creemos que es importante también referirnos a la legislación comparada, por lo que hemos escogido las legislaciones mexicana y colombiana por su influencia en el resto de legislaciones de América Latina.

2.3.1. Obligación del pago de impuesto a la renta del fideicomiso inmobiliario

En cuanto a la obligación de pago del impuesto a la renta y su anticipo por parte del fideicomiso mercantil en general y del inmobiliario en particular podemos decir que desde la introducción de esta figura en nuestra legislación, en el Código de Comercio, mediante Ley de Mercado de Valores publicada el 28 de mayo de 1993, su tratamiento fue el de una sociedad, conforme lo dispuesto en el art. 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente a la época. Tenía la calidad de sujeto pasivo de dicho impuesto (art. 4 de la misma ley), la calidad de agente de retención y percepción; así como, se encontraba obligado a llevar contabilidad y presentar sus declaraciones, conforme a la verdad constante en las mismas (art. 19 de la Ley de Régimen Tributario Interno).

En cuanto al pago del anticipo del impuesto a la renta la Ley de Mercado de Valores de 1993 no modificó al art. 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno, norma que trataba sobre el pago del impuesto a la renta y establecía en su numeral 3 la obligación de pagar el anticipo del impuesto a la renta para sociedades y personas naturales obligadas a llevar contabilidad, sin que se excluya expresamente a los fideicomisos mercantiles en general, por lo tanto al inmobiliario.

Posteriormente, con la derogatoria de la Ley de Mercado de Valores de 1993 y la emisión de la nueva ley de 1998, se introdujo un cambio trascendental y esto es el que tengan personalidad jurídica.

En materia de impuesto a la renta, siguieron siendo considerados sociedades para efectos tributarios; pero esta vez se reformó el art. 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno¹¹⁹ y expresamente se creó una exoneración del pago del anticipo en la forma como este artículo lo establecía, hecho que para los fideicomisos inmobiliarios guardaba lógica por su naturaleza que, como hemos mencionado, es finalmente conseguir con éxito la construcción de un proyecto inmobiliario. Este cambio con la emisión de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria¹²⁰ la misma que sustituyó el anticipo obligatorio del impuesto a la renta, por un anticipo voluntario equivalente al 50 % del impuesto a la renta causado en el ejercicio fiscal anterior menos las retenciones en la

¹¹⁹ La reforma introducida por la Ley de Mercado de Valores de 1998 dejó al numeral 3 del art. 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno así: “Los sujetos pasivos deberán efectuar el pago del impuesto a la renta de acuerdo con las siguientes normas: 3.- Las sociedades, las empresas personales y las personas naturales obligadas a llevar contabilidad, las instituciones sometidas al control de la Superintendencia de Bancos, las empresas que tengan suscritos o que suscriban contratos de exploración y explotación de hidrocarburos en cualquier modalidad contractual, con excepción de fideicomisos mercantiles”.

¹²⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria*, Ley 31, Registro Oficial 111, Suplemento, 31 de diciembre de 2019, art. 20.

fuentes efectuadas en dicho ejercicio fiscal. Hasta el ejercicio 2019 los fideicomisos inmobiliarios estaban obligados al pago del anticipo del impuesto a la renta en el presupuesto de que alcanzaban el punto de equilibrio. En dicho año pagaron el anticipo del año 2020.

Otra reforma tributaria importante en este tema fue la realizada por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones,¹²¹ el que en su disposición reformativa segunda modifica el art. 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno, norma que establece los ingresos exentos de impuesto a la renta, y dice:

Los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles, siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme la definición que al respecto establece el Art. 42.1 de esta Ley. Así mismo, se encontrarán exentos los ingresos obtenidos por los fondos de inversión y fondos complementarios.

Para que las sociedades antes mencionadas puedan beneficiarse de esta exoneración, es requisito indispensable que al momento de la distribución de los beneficios, rendimientos, ganancias o utilidades, la fiduciaria o la administradora de fondos haya efectuado la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta - en los mismos porcentajes establecidos para el caso de distribución de dividendos y utilidades, conforme lo dispuesto en el Reglamento para la aplicación de esta Ley- al beneficiario, constituyente o partícipe de cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión o fondo complementario, y, además, presente una declaración informativa al Servicio de Rentas Internas, en medio magnético, por cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión y fondo complementario que administre, la misma que deberá ser presentada con la información y en la periodicidad que señale el director general del SRI mediante resolución de carácter general.¹²²

Norma que debe leerse en concordancia con el art. 42 de la misma ley, el cual crea una separación entre fideicomisos, pues estableció un tratamiento diferenciado entre fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales y los que no.

Art. 42.1.- Liquidación del Impuesto a la Renta de Fideicomisos Mercantiles y Fondos de Inversión.- Conforme lo establecido en esta Ley, los fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, deberán declarar y pagar el correspondiente impuesto a la renta por las utilidades obtenidas, de la misma manera que lo realiza el resto de sociedades.

Los fideicomisos mercantiles que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, los fondos de inversión y los fondos complementarios, siempre y cuando cumplan con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 9 de esta Ley, están exentos del pago de impuesto a la renta. Sin perjuicio de ello, deberán presentar únicamente una declaración informativa de impuesto a la renta, en la que deberá constar el estado de situación del fondo o fideicomiso mercantil.¹²³

¹²¹ Ecuador, *Ley 00*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010

¹²² Ecuador, *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de noviembre de 2004, art. 9.15.

¹²³ *Ibíd.*, art. 42.1

El tratamiento tributario del fideicomiso mercantil inmobiliario no ha variado, en la medida en que siguen gravados con el impuesto a la renta y hasta 2019 declararon y pagaron anticipo del impuesto a la renta del año 2020. Puesto que se lo considera un fideicomiso mercantil que desarrolla actividades empresariales y se encuadra en el art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, es decir, tiene el tratamiento de sociedad para fines tributarios.

En consecuencia, conforme lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de Régimen Tributario Interno: “Son sujetos pasivos del impuesto a la renta las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades, nacionales o extranjeras, domiciliadas o no en el país, que obtengan ingresos gravados de conformidad con las disposiciones de esta Ley”. Consecuentemente, los fideicomisos inmobiliarios son sujetos pasivos del impuesto a la renta y deberán presentar la declaración correspondiente y pagarán en forma voluntaria el anticipo de impuesto a la renta, bajo la regla general que hayan generado ganancias y por lo tanto pueda aplicarse la tarifa del impuesto.

Por lo tanto, debemos remitirnos al artículo 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el cual determina el objeto del impuesto a la renta y dice: “Objeto del impuesto.- Establécese el impuesto a la renta global que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras, de acuerdo con las disposiciones de la presente Ley”.

A su vez, el art. 2 de la misma ley sobre la renta dice:

Concepto de renta.- Para efectos de este impuesto se considera renta:

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

El artículo 9 que establece los ingresos exentos no contempla al ingreso de los fideicomisos inmobiliarios como ingresos exentos, por lo cual podemos decir que los mismos se encuentran gravados con el pago del impuesto a la renta en la actualidad.

En el mismo sentido, y aplicando lo dicho por la ley, está el art. 68 del Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno, el cual dice:

Liquidación de Impuesto a la Renta de los fideicomisos mercantiles, fondos de inversión y fondos complementarios.- Lo fideicomisos mercantiles legalmente constituidos, que efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme lo señalado

en la Ley de Régimen Tributario Interno, deberán liquidar y pagar el impuesto a la renta que corresponda a las sociedades de acuerdo a las normas generales.

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

Para efectos tributarios se entenderá que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera un negocio en marcha, cuando su objeto y o la actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tenga ánimo de lucro y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades cuyos ingresos sean gravados.

De la lectura de tal normativa vigente vemos que los conceptos más importantes para establecer si un fideicomiso mercantil en general grava impuesto a la renta es que desarrolle una actividad empresarial u opere un negocio en marcha, atando estos presupuestos al ánimo de lucro, conforme se desprende del inciso final del artículo citado. Hasta la vigencia de la Ley de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria, emitida el 31 de diciembre de 2019, la cual en su art. 21 suprimió el siguiente texto del artículo 42.1 de la Ley de Régimen Tributario Interno, donde se habla de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, el cual decía: “Así mismo, para efectos de aplicación del anticipo de impuesto a la renta en el caso de los fideicomisos inmobiliarios, para determinar el momento de inicio de la operación efectiva, se tendrá en cuenta el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario o de cualquiera de sus etapas”.

Los fideicomisos inmobiliarios tenían hasta el 2019 la obligación de declarar el anticipo de impuesto a la renta el momento en que alcancen el punto de equilibrio del proyecto inmobiliario, el cual significa el punto de su operación efectiva, al respecto surgía un problema y es que el punto de equilibrio de un proyecto inmobiliario tiene varias perspectivas de cumplimiento, es decir, se habla de un punto de equilibrio financiero, técnico y legal, por lo cual la normativa tributaria resultaba por demás general; más aún, si consideramos que no porque un proyecto inmobiliario alcance el punto de equilibrio financiero¹²⁴ quiere decir que su actividad económica genera ingresos gravables, ya que lo único que determina el punto de equilibrio es la viabilidad del proyecto mas no implica que el proyecto haya obtenido ya los ingresos, y mucho menos que estos generen impuestos a pagar.

¹²⁴ Entendemos por punto de equilibrio financiero el momento en que se logran satisfacer o converger los flujos financieros que requiere el proyecto con el presupuesto de obra valorada, de tal forma que se llegue a la terminación del proyecto.

Ahora bien, en este punto es necesario insistir en que nuestra legislación grava la renta más no el patrimonio, por lo cual vale la pena remitirnos a la obra de la estudiosa ecuatoriana Eddy de la Guerra,¹²⁵ quien con claridad menciona que el impuesto a la renta es un tributo que grava la manifestación más pura de riqueza del sujeto pasivo, es decir, sus ingresos, cuyo objeto es la renta y no el patrimonio del sujeto pasivo. Con dicho criterio coincidimos totalmente.

Por lo cual, hasta la reforma de diciembre del año 2019 existía la obligación del pago del anticipo del impuesto a la renta para los fideicomisos inmobiliarios, visto la forma de cálculo que existía, se afectaba a este tipo de unidades económicas donde sus activos son significativos por su propia naturaleza, aún más, el hecho de haber establecido como punto de partida para el pago el punto de equilibrio afectó también la naturaleza del impuesto a la renta para este tipo de actividades pues llegar al punto de equilibrio no implica que el proyecto inmobiliario ha obtenido ya los ingresos totales y ha realizado las deducciones de ley para llegar finalmente a la base imponible y establecer su real capacidad contributiva, sino solo determina que el proyecto es viable. Para bien de los sujetos pasivos del impuesto a la renta con la reforma del año 2019 y la modificación del anticipo del impuesto a la renta a voluntario, cambio extremo, no se afectaría ya a este tipo de proyectos inmobiliarios.

En este momento es del caso analizar cómo otros países de nuestra América Latina tratan esta figura en materia de impuesto a la renta, para lo cual, en primer lugar, debemos referirnos a lo dicho por Nicolás Malumian¹²⁶ quien, citado por Rodríguez Azuero, sostiene que son tres los sistemas de tributación para los fideicomisos en nuestros países. Primero es considerar al fideicomiso como una sociedad de capital sujeto de impuesto y que debe pagar en su propia cabeza como el resto de sociedades; la segunda forma es considerar al fideicomiso como inexistente para fines fiscales y que el propio constituyente siga respondiendo ante el fisco, pues el fideicomiso es solo un vehículo para sus fines económicos; y la tercera forma es considerar que el fideicomiso, si bien obtiene ganancias propias, como unidad económica independiente; sin embargo, tales ganancias deben ser declaradas por quienes las reciben.

Esta última forma es la que ha sido acogida, a nuestro criterio, por Colombia y México. En el caso colombiano resulta interesante referirnos al estudio realizado por Juan

¹²⁵ Eddy de la Guerra Zúñiga, *El Régimen tributario ecuatoriano* (Quito: CEP, 2012), 66

¹²⁶ Nicolás Malumian, "Tratamiento tributario comparado del fideicomiso en América Latina", en *Negocios fiduciarios*, Rodríguez Azuero, 596.

de Dios Bravo,¹²⁷ quien afirma que en virtud del principio de transparencia, por el cual se prescinde de la subjetividad del fiduciario y se va a la realidad económica subyacente, el sujeto pasivo del impuesto es el que se beneficia realmente del fideicomiso, esto es, el beneficiario; por lo cual en Colombia, donde no se da personalidad jurídica al fideicomiso mercantil aunque se lo acepta como patrimonio autónomo, quien declara impuesto a la renta es el beneficiario mas no el fideicomiso, así lo establece el art. 102, párrafo 2 del Estatuto Tributario de ese país, y lo hace por el acrecimiento patrimonial dado por las ganancias reportadas en un ejercicio fiscal. La excepción a la regla es el caso de los fideicomisos sometidos a condiciones suspensivas o resolutorias donde se les da a los fideicomisos el tratamiento fiscal de una sociedad como cualquier otra.

En México se adoptó la figura de los fideicomisos de inversión en bienes raíces, *fibra*, figura contemplada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (art. 381) que busca fomentar la inversión en el campo inmobiliario a través de proyectos de construcción para arrendamiento, si bien es cierto dicha figura difiere de la realidad de nuestro fideicomiso mercantil inmobiliario, donde se construye para vender un proyecto, no por eso podemos dejar de referirnos a la normativa mexicana, puesto que ha logrado dinamizar y generar interesantes inversiones que es un fin de esta figura jurídica el atraer inversiones. Los fibras para compararlo con nuestros modelos de fideicomisos es un híbrido entre un fideicomiso mercantil inmobiliario, uno de inversión y uno de administración.

Sobre los llamados *fibras* podemos decir que su objetivo es la construcción de inmuebles para arrendamiento de centros comerciales, hoteles, edificios de oficinas, y también de edificios residenciales. Tienen como requisito que, al igual que el resto de fideicomisos, el fiduciario sea una institución de crédito, la cual está autorizada para emitir certificados bursátiles fiduciarios inmobiliarios, los mismos que pueden ser colocados en bolsa de valores.

La legislación mexicana, de acuerdo a su Ley de Impuesto a la Renta, establece que el fideicomiso inmobiliario no es el sujeto pasivo del impuesto a la renta, es el fiduciario quien retiene el impuesto a la renta respectivo al momento de distribuir los beneficios a los tenedores de papeles del fideicomiso. El procedimiento consiste en que el fideicomiso determina su impuesto como si fuera una sociedad o persona moral, como

¹²⁷ Juan de Dios Bravo González, “Renta bruta en contratos de fiducia mercantil”, en Instituto Colombiano de Derecho Tributario, *El Impuesto sobre la renta en el derecho comparado reflexiones para Colombia* (Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario), 542-545

lo llama la legislación mexicana, y luego el resultado fiscal se distribuye entre los números de certificados emitidos por el *fibra* y al momento de repartir las utilidades o beneficios se realiza la retención respectiva. Son los artículos 187 y 188 de la mencionada ley los que establecen beneficios tributarios para quienes inviertan en este tipo de fideicomisos, pues lo que se busca es fomentar esta actividad, así el art. 187 de la Ley empieza su texto diciendo:

Con el propósito de fomentar la inversión inmobiliaria en el país se les dará el tratamiento fiscal establecido en el art. 188 de esta ley a los fideicomisos que se dediquen a la adquisición o construcción de bienes inmuebles que se destinen al arrendamiento o a la adquisición del derecho de percibir ingresos provenientes del arrendamiento de dichos bienes así como a otorgar financiamiento para esos fines.

La mencionada norma establece requisitos para poder ser beneficiario de los estímulos tributarios contemplados en el art. 188 de la ley, así por ejemplo, menciona que el fideicomiso debe tener al menos el 70 % invertido en inmuebles, los cuales deben destinarse al arrendamiento, inmuebles que no pueden venderse en al menos cuatro años desde su traspaso al fideicomiso. El fideicomiso debe distribuir a los tenedores de certificados al menos el 95 % del resultado fiscal del ejercicio inmediato anterior, entre otros varios requisitos. Como contrapartida, se beneficia en que el propio fideicomiso no realiza pagos provisionales o anticipados de impuesto a la renta. Las personas naturales que inviertan en dichos fideicomiso no pagan impuesto al momento de la venta de los Certificados. Otros beneficios tributarios que no se refieren al impuesto a la renta, por lo cual no los detallamos en este punto, pero cabe destacar que ese beneficio tributario o tratamiento diferenciado lo que busca es fomentar inversiones y agilizar el uso de esta figura.

En conclusión, de lo analizado podemos destacar que nuestra legislación adopta una forma particular de gravar al fideicomiso mercantil inmobiliario que es distinta a la de Colombia y México pues lo trata como sociedad, por tanto, responde directamente como contribuyente del impuesto a la renta; así también, no se le diferencia ni existe norma en materia de impuesto a la renta en nuestro país que le otorgue un tratamiento más beneficioso que al resto de sociedades, como sucede en México. Por el contrario, con la figura del anticipo del impuesto a la renta vigente hasta diciembre de 2019 se le afectó pues era un verdadero impuesto más que un anticipo y por la fórmula de cálculo que mantuvo afectaba seriamente a este tipo de negocios con activos representativos.

2.3.2. Obligación del pago del impuesto a la renta de los partícipes del fideicomiso mercantil inmobiliario

En el presente numeral, previo a concentrarnos en los beneficiarios del fideicomiso mercantil inmobiliario, consideramos importante mencionar el tratamiento tributario que la Ley de Régimen Tributario Interno otorga a los partícipes del fideicomiso mercantil en general. Los beneficiarios de un fideicomiso, en principio, serán aquellos que obtengan los frutos, la ganancia del mismo. Como hemos mencionado, el fideicomiso mercantil es un patrimonio autónomo, por lo cual será este quien declare el impuesto a la renta por su actividad, mientras que los beneficiarios lo harán en la medida en que han recibido la utilidad que el fideicomiso les reporte. Por lo tanto, en primer lugar debemos decir que desde la introducción de la figura en nuestro sistema jurídico (1993) la Ley de Mercado de Valores reformó al art. 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno y agregó el numeral 21 de la siguiente manera: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 13 de esta Ley, están exentos de este impuesto únicamente los siguientes ingresos: 21.- Las ganancias de capital, utilidades, beneficios o rendimientos distribuidos por los fondos de inversión y fideicomisos de inversión a sus beneficiarios”. De la lectura de dicha norma se concluye que nada dice en específico sobre los fideicomisos inmobiliarios, solo se refiere a los de inversión.

La modificación tributaria realizada por la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas cambia dicho artículo e integra en la exención a los beneficiarios de todos los fideicomisos mercantiles, así:

15. Las ganancias de capital, utilidades, beneficios o rendimientos distribuidos por los fondos de inversión, fondos de cesantía y fideicomisos mercantiles a sus beneficiarios, siempre y cuando estos fondos de inversión y fideicomisos mercantiles hubieren cumplido con sus obligaciones como sujetos pasivos satisfaciendo el impuesto a la renta que corresponda.¹²⁸

Este numeral fue posteriormente modificado por el Código de la Producción que reformó a la Ley de Régimen Tributario Interno en este punto y transformó el texto de la siguiente manera: “Exenciones.- Para fines de la determinación y liquidación del impuesto a la renta están exonerados exclusivamente los siguientes ingresos: 15.- Los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles, siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha”. De la lectura de esta norma se

¹²⁸ Ecuador, *Ley No. 99-24*, Registro Oficial 181, Suplemento, 30 abril de 1999.

desprende que los ingresos contemplados como beneficios del fideicomiso mercantil en general no se encuentran exentos de impuesto a la renta, dentro de los cuales incluimos al inmobiliario.

La reforma realizada por la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria al art. 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno deja en claro que solo los rendimientos que reciben los beneficiarios de fideicomisos de titularización cuya actividad económica sea la inversión y administración de activos inmuebles estarán exentos bajo las siguientes condiciones:

Art. 9.1.- También estarán exentos del impuesto a la renta las utilidades, rendimientos o beneficios de las sociedades, fondos y fideicomisos de titularización en el Ecuador, o cualquier otro vehículo similar, cuya actividad económica exclusivamente sea la inversión y administración de activos inmuebles. Para el efecto deberán cumplir las siguientes condiciones:

- a. Que los activos inmuebles no sean transferidos y los derechos representativos de capital de la sociedad, fondo y fideicomiso, o cualquier otro vehículo se encuentren inscritos en el catastro público de mercado de valores y en una bolsa de valores del Ecuador;
- b. Que la sociedad, fondo y fideicomiso, o cualquier otro vehículo, en el ejercicio impositivo que corresponda, tengan como mínimo cincuenta (50) beneficiarios de derechos representativos de capital, de los cuales ninguno sea titular de forma directa o indirecta del cuarenta y nueve por ciento (49 %) o más del patrimonio. Para el cálculo de los accionistas, cuotahabientes o beneficiarios se excluirá a las partes relacionadas; y,
- c. Que distribuyan la totalidad de dividendos generados en el ejercicio fiscal a sus accionistas, cuotahabientes, inversionistas o beneficiarios.

Ahora bien, nos referiremos al caso de los beneficiarios de fideicomisos inmobiliarios en calidad de constituyentes originarios o adherentes, quienes por el mero hecho de serlo no están en la obligación del pago de impuesto a la renta y no se encuentran en la regla general pues conforme lo señalamos ya en el presente capítulo, el impuesto a la renta busca gravar eso, la renta sujeta a tributación y que es la expresión de la capacidad contributiva del obligado.¹²⁹ Lo que un constituyente adherente recibe, dependiendo del texto y forma en que el contrato de fideicomiso inmobiliario ha sido redactado, no viene a ser un ingreso gravado, es el inmueble por el cual pagó un precio pactado desde el momento en que se adhirió al contrato de fideicomiso inmobiliario, por el cual se comprometió a un pago luego del cual recibiría del fiduciario el inmueble una vez terminado el proyecto inmobiliario. Esta forma de vender las unidades de vivienda en los proyectos inmobiliarios no es común pues más bien a los compradores del proyecto se los deja fuera del fideicomiso y solo son compradores de inmuebles.

¹²⁹ José Juan Ferreiro Lapatza, “El impuesto sobre la renta de las personas físicas”, en José Juan Ferreiro Lapatza, *Curso de derecho tributario* (Madrid: Marcial Pons, 2002), 70.

A su vez, el constituyente originario quien aportó el inmueble, lo que recibe es el pago de dicho inmueble, pago que generalmente se lo realiza con departamentos o unidades de vivienda dentro del proyecto concluido, este lo recibe a título de restitución fiduciaria con lo cual no genera renta, independiente será lo que luego él haga con dichas unidades inmobiliarias.

El obrar de una forma distinta y pretender que los constituyentes adherentes de un fideicomiso inmobiliario sean sujetos pasivos de impuesto a la renta sería atentar contra principios consagrados y reconocidos en materia tributaria. Así, el principio de igualdad que busca que las personas sean tratadas de la misma manera ante iguales situaciones, es decir, sin privilegio ni distinción alguna, en el caso de análisis se estaría atentando contra dicho principio si es que se pretende que el constituyente adherente pague renta al momento de recibir la unidad de vivienda que sería el aparente beneficio, cuando en igual situación otra persona adquiere un inmueble no a través de un fideicomiso sino que compra directamente el inmueble a plazos, a nadie se le ocurriría gravar a este particular por ese hecho; pues bien, los dos están en la misma situación, solo que el medio que han utilizado para obtener dicho inmueble ha sido diverso.

Finalmente, podemos decir también que se estaría atentando contra el principio de la esencia sobre la forma, puesto que el particular que optó por unirse a un fideicomiso inmobiliario para obtener una vivienda lo que buscaba era exactamente eso, adquirir un inmueble y no otra cosa, por lo cual lo que realmente se produce es una compraventa de dicho bien por parte del beneficiario.

Por lo tanto, en nuestro país los beneficiarios, constituyentes de un fideicomiso mercantil inmobiliario no pagan impuesto a la renta con relación a los beneficios que dicho fideicomiso les reporte en la medida en que sea una restitución y no exista una ganancia o utilidad, pues en ese caso estaríamos hablando de ingresos gravados con impuesto a la renta, en los términos del art. 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno pues provendrían de una actividad económica realizada en nuestro país. En el Ecuador tenemos los ingresos gravados a título gratuito y a título oneroso provenientes del capital o del trabajo o de ambas fuentes. Frente a ello debemos decir que las ganancias que reportan a los beneficiarios del fideicomiso, una vez liquidado el proyecto, entrarían a formar parte de ingreso gravado a título oneroso, pues no sería un acrecimiento patrimonial gratuito como ocurre con las herencias, legados y donaciones que en nuestro sistema tributario si bien tienen una tarifa especial pagan dentro del concepto de impuesto a la renta global como ingreso, así lo define el art. 8, num. 9 de la Ley de Régimen

Tributario Interno. Si bien es cierto un beneficiario que no haya aportado nada al fideicomiso inmobiliario y luego recibe un beneficio cuantificable en dinero esos valores al no ser restitución sino un beneficio deben tributar impuesto a la renta pues es un ingreso gravado conforme el art. 8 de la Ley de Régimen Tributario Interno que si seguimos las tablas contenidas en el art. 36 de dicha ley el valor del impuesto a la renta será mayor que si se calcula o realiza como una donación a un tercero. Por lo cual la figura del fideicomiso inmobiliario no se prestaría para una simulación de donaciones de inmuebles.

El problema se encuentra cuando los constituyentes del fideicomiso ceden sus derechos a terceros bajo la figura de constituyentes adherentes al mismo, pero en esa transacción ya no existe una restitución sino un acrecimiento patrimonial que no responde por tanto a una restitución, distorsionando la figura del fideicomiso inmobiliario y afectando a las administraciones tributarias municipales y centrales. Este tema será analizado en el siguiente capítulo con mayor detalle pues no es propiamente un tema de repartición de beneficios del fideicomiso.

En cuanto a la obligación del fiduciario con relación al impuesto a la renta, debemos decir que al ser esta una compañía anónima presentará su declaración y pagará su impuesto a la renta como cualquier otra compañía, sin que se consideren los bienes que integran el patrimonio autónomo a su cargo, como bienes propios, pues no lo son.

Luego del análisis realizado en este segundo capítulo podemos concluir que el fideicomiso mercantil en el Ecuador tiene como fuente directa la legislación colombiana que a su vez se inspira en el trust anglosajón. Que es la Ley de Mercado de Valores de 1993 la cual introduce esta figura en el Código de Comercio, sin otorgarle personalidad jurídica, pero si la califica como sociedad para efectos de impuestos, visto que reforma el art. 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno en ejercicio de la facultad de la autonomía calificadora del derecho Tributario, puesto que en 1993 no se le da personalidad jurídica al fideicomiso solo se lo considera un patrimonio autónomo, es en la reforma de la Ley de Mercado de Valores de 1998 cuando se le da dicha característica con todo lo que implica, dejando a salvo sin embargo que entre sus características es la temporalidad y por lo tanto solo un medio para cumplir el objeto de su existencia.

En lo tributario se encuentra obligado al pago de impuesto a la renta como el resto de sociedades, sin embargo, con la Ley para la Reforma de las Finanzas Públicas de 1999 se genera la exención a los beneficios que dichos fideicomisos repartían con la condición de que estos los declaren. Situación que se modifica con las reformas a la Ley de Régimen Tributario Interno, realizadas por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e

Inversiones. Reforma que conlleva dividir a los fideicomisos mercantiles en aquellos que realicen actividades en marcha que serían los inmobiliarios que se encuentran gravados, así como los beneficios por ellos repartidos.

Capítulo tercero

El fideicomiso mercantil inmobiliario y el impuesto a la renta situaciones especiales

En el presente capítulo expondremos tres situaciones en las cuales la normativa que regula el pago del impuesto a la renta por parte del fideicomiso mercantil inmobiliario merece una especial atención. La primera es el caso de los fideicomisos inmobiliarios integrados por organismos del sector público o por instituciones sin fines de lucro. La segunda es la forma en la que nuestra normativa obligaba al pago del anticipo del impuesto a la renta a los fideicomisos inmobiliarios y la aplicación de la Normas Internacionales de Contabilidad y cómo estas afectan a la manera en que los fideicomisos inmobiliarios declaran su impuesto a la renta y finalmente el tema de la cesión de derechos fiduciarios previo a la liquidación del fideicomiso y el abuso que se ha hecho a esta figura por dicha vía.

Por último, cerraremos nuestro trabajo de investigación con las conclusiones finales sobre el fideicomiso mercantil inmobiliario y cómo esta figura se debate entre las críticas que lo consideran una herramienta para la elusión, en contraposición con el derecho de los particulares a la libertad de contratación y al derecho de propiedad.

1. Fideicomisos inmobiliarios integrados por organismos del sector público o por instituciones sin fines de lucro

El art. 109 del Código Orgánico Monetario y Financiero que define a los fideicomisos mercantiles, en general, no distingue ni hace referencia al caso en que una de las partes que conforman el fideicomiso sea una entidad del sector público; para el presente estudio, al referirnos a sector público estaremos a lo dispuesto en el art. 225 de la Constitución de la República,¹³⁰ el cual dice:

El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

¹³⁰Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 225.

3. 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.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

El artículo 115 del código mencionado al referirse a los constituyentes de un fideicomiso mercantil establece la regla general por la cual dichas entidades sí pueden ser parte de un fideicomiso, la norma dice:

Art. 115.- Constituyentes o fideicomitentes.- Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil Las instituciones del sector público que actúen en tal calidad, se sujetarán al reglamento especial que para el efecto expedirá la Junta de Regulación del Mercado de Valores [...] Las entidades del sector público únicamente pueden adherirse a contratos de fideicomisos mercantiles cuyos constituyentes sean también entidades del sector público¹³¹.

De la lectura de la norma podemos concluir lo siguiente: primero, las entidades del sector público pueden participar como constituyentes en un fideicomiso mercantil en general y en un fideicomiso inmobiliario en particular. Segundo, la única prohibición para esta regla general es que sean constituyentes adherentes de fideicomisos en los cuales el constituyente originario no sea una entidad pública, es decir, un privado. Tal prohibición, en cuanto a fideicomisos inmobiliarios se refiere, tiene sentido en la medida en que el constituyente adherente pasa a ser el beneficiario del fideicomiso inmobiliario, es quien, al final del proyecto, adquiere los derechos sobre el inmueble.

Habíamos dicho en el capítulo anterior que un beneficiario en un fideicomiso inmobiliario puede ser un constituyente adherente. Quien se sirve de esta figura legal para adquirir un inmueble, de allí que la prohibición contenida en la norma citada guarda lógica, ya que las entidades públicas tienen que regirse por normas de derecho público referentes a la contratación pública que regulan las adquisiciones de bienes inmuebles, por lo cual la utilización de esta figura jurídica no es el instrumento legal idóneo para ello.

Otro tema importante que vale la pena mencionar sobre lo expresado en el art. 115 del Código Orgánico Monetario y Financiero es que encarga a la Junta de Regulación del Mercado de Valores¹³² hoy lo regula la Junta de Política y Regulación Monetaria y

¹³¹ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre de 2014, art. 115.

¹³² La disposición general segunda del Código Orgánico Monetario y Financiero establece que todas las funciones en materia de política y regulación que las leyes vigentes a la fecha de promulgación

Financiera, para que emita el reglamento especial para el caso de fideicomisos mercantiles integrados por entes del sector público. A su vez, el Consejo Nacional de Valores, en su momento, emitió varias resoluciones sobre ello,¹³³ en las cuales se regulaba la participación de las instituciones del Estado en los procesos contemplados en la Ley de Mercado de Valores; sin embargo, nada se decía en particular para el caso de fideicomisos inmobiliarios.

Por lo que podemos concluir que no existe una normativa general que regule la participación de entidades del sector público en fideicomisos inmobiliarios.¹³⁴ Visto aquello, debemos remitirnos a las normas tributarias que abarquen a los fideicomisos inmobiliarios en los cuales participen entidades del sector público.

En primer lugar, tenemos que referirnos nuevamente al art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el cual dice:

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

del referido Código, otorgan a la Junta Bancaria, Directorio del Banco Central del Ecuador, Junta de Regulación del Sector Financiero Popular y Solidario, Junta de Regulación del Mercado de Valores, Directorio de la Corporación del Seguro de Depósitos y Directorio del Fondo de Liquidez, serán asumidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, salvo los casos expresamente delegados a los organismos de control en dicho cuerpo legal.

¹³³ Ecuador, Resolución No. CNV-006-2000, publicada en Registro Oficial 148 de 24 de agosto de 2000; Resolución No. CNV-001-2001 de 24 de enero de 2001, publicada en Registro Oficial 267 de 15 de febrero de 2001; Resolución No. CNV-003-2001 publicada en Registro Oficial 296 de 30 de marzo de 2001.

¹³⁴ La institución pública que en su momento fue creada para financiar y manejar proyectos de vivienda fue el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, cuya liquidación se dispuso en la disposición transitoria vigésima segunda del Código Orgánico Monetario y Financiero, dicha institución contaba con un Reglamento de Proyectos Inmobiliarios cuyo objeto (art. 1) era reglamentar la participación del Banco como aportante de inmuebles y, por lo tanto, constituyente de fideicomisos mercantiles inmobiliarios. En dicho reglamento, sí se detallaba cada una de las condiciones generales y los requisitos de las partes que integraban los fideicomisos inmobiliarios que el banco promovía. Otra institución pública que debe ser mencionada por su importancia económica es el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el cual crea el Fideicomiso de Inversión y Administración del IESS para el Desarrollo del Mercado Inmobiliario FIAIDMI, el que contenía los fideicomisos creados por el IESS, dicho fideicomiso paso a manos del BIESS (institución creada mediante Ley s/n, Registro Oficial, suplemento No. 587 de 11 de mayo de 2009). Tal institución no ha emitido un reglamento general que contenga normas, requisitos o procedimientos de aplicación general para los fideicomisos inmobiliarios que se constituyan y que tengan como parte al BIESS. Hasta antes de la creación del BIESS, el IESS emitió una Codificación del Reglamento para la Participación del IESS en Negocios Fiduciarios y Fideicomisos Mercantiles (Resolución IESS 280, Registro Oficial 48 de 16 de octubre de 2009), la cual si contenía normas de regulación para la constitución de fideicomisos inmobiliarios en los cuales vaya a manejarse fondos o aportes del IESS, dicha normativa en la actualidad resulta inaplicable por cuanto, como dijimos, es ahora el BIESS quien aprueba la creación de fideicomisos inmobiliarios en donde se maneje fondos o aportes públicos de dicha entidad.

De acuerdo a la norma citada, los fideicomisos mercantiles (incluidos los inmobiliarios) no tendrían el tratamiento de sociedad para efectos de dicha ley cuando el beneficiario del fideicomiso sea una institución del Estado; es decir, en el caso que nos ocupa, un fideicomiso mercantil inmobiliario en el cual un organismo estatal es constituyente y beneficiario a la vez, o simplemente beneficiario, no es considerado sociedad y, por lo tanto, no sería sujeto pasivo del impuesto a la renta, conforme lo dispuesto en el art. 4 de la misma ley. Sin embargo, para estar contemplado en este presupuesto, el beneficiario del fideicomiso tendría que ser una o varias instituciones del sector público y nunca concurrir junto con el ente público un particular a la vez, puesto que en el momento en que esto ocurra el fideicomiso mercantil sería nuevamente considerado sociedad y obligada a declarar impuesto a la renta, dada su naturaleza económica de patrimonio autónomo.

En la práctica, la concurrencia de instituciones del Estado y particulares como beneficiarios, como constituyentes adherentes, se produce en la mayoría de los casos en los que participa una institución pública, por lo cual tales fideicomisos tienen que tributar impuesto a la renta aunque una de sus partes sea una persona jurídica de derecho público, cuyos ingresos gozan de exención del pago de dicho impuesto a la renta, conforme lo dispuesto en el art. 9, numerales. 2 y 9.3 de la Ley de Régimen Tributario Interno.¹³⁵

Este tratamiento tributario desconoce una de las características del fideicomiso inmobiliario, el cual es solo un instrumento legal, un medio para conseguir la ejecución de un proyecto inmobiliario, que al tener como parte a una institución pública necesariamente tendrá objetivos que buscan el bien común, como canalizar inversión de fondos públicos para dinamizar un sector de la economía nacional tan importante como el de la construcción, o beneficiar con proyectos de vivienda a bajo costo a grandes sectores sociales que no cuentan con casa propia.

Por lo tanto, a nuestro criterio, es necesario diferenciar a los fideicomisos mercantiles no solo como lo hace el art. 98 de la LRTI, es decir, a los conformados por instituciones del sector público como únicos beneficiarios, sin que se les considere sociedad para efectos de la ley, sino también el caso de que concurren dichas instituciones con particulares o cuando sean instituciones sin ánimo de lucro y que su fin tenga relación con proveer vivienda a sectores sociales de escasos recursos, para dichos casos debería

¹³⁵ El artículo 9 numeral 2, dice que están exentos: Los obtenidos por las instituciones del Estado y por las empresas públicas reguladas por la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

darse un tratamiento especial. No creemos que deba establecerse una exención de impuesto a la renta en favor de los fideicomisos inmobiliarios conformados de la manera descrita, pero sí creemos que tales fideicomisos deben tributar considerando los porcentajes de participación de sus miembros, este tratamiento diferenciado creemos que no atenta contra la naturaleza de patrimonio autónomo del fideicomiso, sino que, por el contrario, devela su realidad económica y se vuelve más justo y respetuoso de normas legales tan importantes como el art. 35 del Código Tributario,¹³⁶ el cual establece las exenciones generales de impuestos, entre las que se encuentra aquella que beneficia al Estado y a las entidades de derecho privado con finalidad social o pública.

Art. 35 del Código Tributario:

Exenciones generales.- Dentro de los límites que establezca la ley y sin perjuicio de lo que se disponga en leyes orgánicas o especiales, en general están exentos exclusivamente del pago de impuestos, pero no de tasas ni de contribuciones especiales: 1. El Estado, las municipalidades, los consejos provinciales, las entidades de derecho público, las empresas públicas constituidas al amparo de la Ley Orgánica de Empresas Públicas y las entidades de derecho privado con finalidad social o pública; 2. Las instituciones del Estado, las municipalidades u otras entidades del gobierno seccional o local, constituidos con independencia administrativa y económica como entidades de derecho público o privado, para la prestación de servicios públicos; 3. Las empresas de economía mixta, en la parte que represente aportación del sector público; 4. Las instituciones y asociaciones de carácter privado, de beneficencia o de educación, constituidas legalmente, siempre que sus bienes o ingresos se destinen a los mencionados fines y solamente en la parte que se invierta directamente en ellos; 5. Las medidas dispuestas en el proceso de exclusión y transferencia de activos y pasivos, de una entidad del Sistema Financiero Nacional, de acuerdo con el Código Orgánico Monetario y Financiero, bajo cualquier modalidad; 6. El proceso de fusión extraordinario de las entidades del Sistema Financiero Nacional, de acuerdo con el Código Orgánico Monetario y Financiero; 7. Las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos y otros organismos internacionales, de los que forme parte el Ecuador, así como sus instituciones por los bienes que adquieran para su funcionamiento y en las operaciones de apoyo económico y desarrollo social; y, 8. Bajo la condición de reciprocidad internacional:

- a) Los Estados extranjeros, por los bienes que posean en el país;
- b) Las empresas multinacionales, en la parte que corresponda a los aportes del sector público de los respectivos Estados; y,
- c) Los representantes oficiales, agentes diplomáticos y consulares de naciones extranjeras, por sus impuestos personales y aduaneros, siempre que no provengan de actividades económicas desarrolladas en el país.

Las exenciones generales de este artículo no serán aplicables al impuesto al valor agregado IVA e impuesto a los consumos especiales ICE.

Al respecto, aunque refiriéndose al impuesto del 1.5 por mil sobre los activos totales, nos permitimos citar el doctor César Montaña Galarza, quien dice:

En el caso de que él o los constituyentes, adherentes o beneficiarios del fideicomiso mercantil sean personas jurídicas de derecho público y personas naturales o jurídicas de

¹³⁶ Ecuador, *Codificación 9, suplemento*, Registro Oficial 38 de 14 de junio de 2005.

derecho privado, nacionales o extranjeras, y el aporte consista en bienes y recursos públicos y privados, se causaría el impuesto del 1.5, por mil sobre los activos totales, que deberá ser determinado y pagado en proporción al porcentaje de aporte privado al patrimonio autónomo. De esta manera se estaría respetando la norma básica aplicable al caso, contenida en el art. 35 del Código Tributario.¹³⁷

Consideramos, finalmente, que este tratamiento diferenciado que sugerimos respeta y observa un principio tributario esencial, nos referimos al principio de capacidad contributiva, el cual, si bien es cierto no se cuenta numerado en el art. 300 de la Constitución de la República del Ecuador,¹³⁸ es sin lugar a dudas un principio inmanente en todo sistema tributario. Por su importancia, nos permitimos referirnos a lo dicho por el tributarista Alberto Tarsitano sobre este principio: “es el presupuesto, la medida y la justificación de la imposición y es el respeto a dicho principio lo que le da legitimidad sustancial a la norma tributaria, por encima de su adopción expresa o no en las cartas constitucionales”¹³⁹. Para nosotros la capacidad contributiva es esa aptitud y suficiencia de un sujeto para convertirse en sujeto pasivo de una obligación tributaria, en razón de hechos que develen una capacidad económica que le encuadre en el hecho generador de la norma: aptitud y suficiencia que no tienen las instituciones sin fines de lucro y las entidades del sector público, sean o no partícipes de fideicomisos inmobiliarios.

Sabemos que, sobre todo en el caso de instituciones sin fines de lucro, podría utilizarse al fideicomiso inmobiliario como un instrumento para eludir impuestos o también usarse en forma no adecuada. Al respecto consideramos que ese es un riesgo siempre presente frente a cualquier figura jurídica, por lo que la norma debe ser por demás clara y tratando de cerrar los caminos para la elusión y el control de los entes públicos debe ser constante y eficiente.

2. El anticipo del impuesto a la renta en los fideicomisos inmobiliarios y la aplicación de las NIC para efectos de declaración y pago del impuesto a la renta

En este numeral nos referiremos a como el anticipo del impuesto a la renta, hasta antes de la vigencia de la Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria, afectó a todas las sociedades pues era un verdadero impuesto más pero en particular a

¹³⁷ Montaña Galarza, “Los fideicomisos mercantiles”, 388.

¹³⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

¹³⁹ Alberto Tarsitano, *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 2007), 408.

este tipo de proyectos inmobiliarios y luego hablaremos de la forma en que las normas contables reflejan o no la realidad de los proyectos inmobiliarios.

Los fideicomisos mercantiles inmobiliarios no gozan de exención de impuesto a la renta y, por lo tanto, se encontraban obligados al pago del anticipo de dicho impuesto, conforme lo establecía el arts. 41 y 42. 1 de la Ley de Régimen Tributario Interno.

Es necesario decir que el presente trabajo no tiene por objeto el análisis del anticipo de impuesto a la renta en el Ecuador, sin embargo, no podemos dejar de mencionar el efecto que dicho anticipo generó en los fideicomisos inmobiliarios que sí son objeto de nuestro estudio.

La figura del anticipo del impuesto a la renta no es nueva en nuestro país, ha estado presente desde la promulgación de la Ley de Régimen Tributario Interno¹⁴⁰ en su artículo 51. Para esa época el pago del anticipo no representaba un pago no sujeto a devolución sino que existía la posibilidad de descontarlo en el pago del impuesto a la renta; es decir, cumplía con las características de un pago anticipado. Sobre estas características considero importante remitirnos a lo dicho por el estudioso Giuliani Fonrouge, quien al referirse al anticipo sobre el impuesto a la renta en su país, Argentina, dice:

El anticipo no resulta objetable desde el punto de vista constitucional, considerando la jurisprudencia que afirma que son importes a cuenta del impuesto, de cuya naturaleza participan y que deben computarse en la determinación definitiva del tributo que corresponda, no revistiendo de carácter irrevocable del pago, lo que sólo ocurre al presentarse la liquidación final...resumiendo, pues, la doctrina jurisprudencial se puede decir que los anticipos responden a estas características y efectos: 1) son ingresos a cuenta del impuesto que en definitiva corresponda; 2) no revisten el carácter irrevocable del pago; 3) el pago del tributo y el ingreso de los anticipos constituyen obligaciones independientes con individualidad y fecha de vencimiento propios.¹⁴¹

Es decir, la característica del anticipo es que no reviste un carácter irrevocable. Por lo tanto, se puede descontar sin condición del impuesto, ya que esa es su naturaleza: ser un adelanto impositivo. Igual tratamiento le da la legislación colombiana en el art. 807 del Estatuto Tributario:

Artículo 807. Cálculo y aplicación del anticipo. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta están obligados a pagar un setenta y cinco por ciento (75 %) del impuesto de renta [y del complementario de patrimonio], determinado en su liquidación privada, a título de anticipo del impuesto de renta del año siguiente al gravable.

Para determinar la base del anticipo, al impuesto neto de renta [y al complementario de patrimonio] del año gravable, o al promedio de los dos (2) últimos años a opción del contribuyente, se aplica el porcentaje previsto en el inciso anterior. Del resultado así

¹⁴⁰ Ecuador, *Ley 56*, Registro Oficial 341, 22 de diciembre de 1989, art. 51.

¹⁴¹ Carlos Giuliani Fonrouge, *Derecho financiero* (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1997), 584.

obtenido se descuenta el valor de la retención en la fuente correspondiente al respectivo ejercicio fiscal, con lo cual se obtiene el anticipo a pagar.

En el caso de contribuyentes que declaran por primera vez, el porcentaje de anticipo de que trata este artículo será del veinticinco por ciento (25 %) para el primer año, cincuenta por ciento (50 %) para el segundo año y setenta y cinco por ciento (75 %) para los años siguientes.

En las respectivas liquidaciones privadas del impuesto sobre la renta y complementarios los contribuyentes agregarán al total liquidado el valor del anticipo. Del resultado anterior deducirán el valor del anticipo consignado de acuerdo con la liquidación del año o período gravable inmediatamente anterior, el valor retenido en la fuente y el saldo a favor del período anterior, cuando fuere del caso. La diferencia se cancelará en la proporción y dentro de los términos señalados para el pago de la liquidación privada.¹⁴²

Desde el año 2010 hasta el año 2019 conforme lo establecía el art. 41 de la Ley de Régimen Tributario Interno, el anticipo no era objeto de devolución cuando la sociedad no ha generado impuesto a la renta, lo que tergiversa la naturaleza de este impuesto. Así también, considerando la forma en que debía ser calculado el anticipo el cual consideraba en una fórmula no los ingresos del sujeto pasivo sino los activos, entre otros factores, lo que conlleva a que sociedades que por su tipo de actividad económica registren en su contabilidad activos totales o costos y gastos considerables o más representativos, se vean afectadas económicamente por el pago de dicho anticipo, el cual no era objeto de devolución ni podía ser descontado cuando la sociedad no generó impuesto a la renta.

Esta afectación se produjo en el caso concreto de los fideicomisos inmobiliarios, los cuales, por su misma naturaleza, nacen a la vida jurídica y económica con activos de importancia como es el terreno donde se realizará el proyecto, lo que a su vez influyó en que los montos del anticipo sean mucho más importantes que, por ejemplo, los determinados por empresas cuyo giro del negocio sea la prestación de servicios.

Estos factores, sumados a lo que disponía el art. 42.1 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que señalaba el punto de equilibrio como punto de partida de la operación efectiva del negocio y, por lo tanto, era este el que se consideraba para el nacimiento de la obligación de pago del anticipo, lo que hacía que dicha obligación se vuelva un tanto desproporcionada si consideramos que el punto de equilibrio no es más que el momento en que un proyecto inmobiliario es calificado como viable, cuando se tiene la aparente seguridad de que llegará a buen fin, cumpliendo con las obligaciones proyectadas y satisfaciendo las expectativas de los constituyentes originarios y adherentes, esto es, la entrega de las unidades de vivienda o comerciales; sin embargo,

¹⁴² Colombia, *Estatuto Tributario*, Decreto 624, 30 de marzo de 1989, art. 807.

esto a la final es un plan, una proyección, mas no es un hecho real, pues el fideicomiso no ha recibido aún ingresos gravados totales, ni usado su derecho a aplicar el art. 10 de la Ley de Régimen Tributario Interno que trata de las deducciones para que solo allí pueda saber, a ciencia cierta, cuál es su base imponible y su impuesto causado.

Este tratamiento tributario afectaba los principios de capacidad contributiva y generalidad, ya que el momento en que se le obligaba al fideicomiso inmobiliario al pago del anticipo tomando al punto de equilibrio como inicio operativo se le daba un tratamiento igual que sociedades en las cuales sí se puede determinar la generación de ingresos gravados pues estaban en total funcionamiento y se conocía sus ingresos y egresos finales.

Como hemos mencionado los fideicomisos inmobiliarios están obligados al pago del impuesto a la renta como cualquier sociedad, por lo tanto, deberán llevar contabilidad y declarar conforme los resultados que arroje la misma, así lo dice el art. 19 de la Ley de Régimen Tributario Interno: “Art. 19.- 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”.

De acuerdo al art. 20 del mismo cuerpo normativo, la contabilidad deberá llevarse conforme los principios contables de general aceptación. Para el caso de nuestro país, son las Normas Internacionales de Información Financiera (NIIF), conforme lo estableció la Resolución No. 06.Q.ICI.004¹⁴³ y la Resolución No. 08GDSC.010;¹⁴⁴ dentro de las cuales tenemos las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC).

Es decir, los fideicomisos inmobiliarios están obligados a llevar contabilidad, la cual sería el soporte de su declaración de impuesto a la renta. De allí la importancia de que esta refleje la verdad económica y financiera de la sociedad.

En el caso de los fideicomisos inmobiliarios la realidad económica es que son patrimonios autónomos que tienen como único objetivo la realización de un proyecto inmobiliario, para lo cual proceden a recaudar fondos. Fondos que corresponden a los aportes de los constituyentes y a los constituyentes adherentes, que pueden ser o no beneficiarios con la restitución de su aporte con un inmueble. También están los fondos que se recaudan por la venta directa que realiza el fideicomiso a compradores de las

¹⁴³ Ecuador, *Resolución No. 06.Q.ICI-0004*, Registro Oficial 348, suplemento, 4 de septiembre de 2006.

¹⁴⁴ Ecuador, *Resolución No. 08.GDSC.010*, suplemento, Registro Oficial 498, 31 de diciembre de 2008.

unidades de vivienda, sin que estos sean parte del fideicomiso. Estos fondos no pueden ser considerados como ingresos gravados, ya que son, en la realidad, fondos destinados exclusivamente a la realización del proyecto, siendo, más bien, valores que deberán registrarse como cuentas por pagar a cargo del fideicomiso, las mismas que quedarán saldadas en la liquidación del proyecto y la entrega del inmueble a los compradores, de ser esa la figura decidida o a los constituyentes adherentes y beneficiarios.

En la práctica esto implica que un fideicomiso inmobiliario pueda acumular durante algunos ejercicios económicos una cuenta por pagar, en la cual se registran todos los aportes monetarios de los constituyentes adherentes y de los compradores, sin que exista como contraparte un registro de costos y gastos que se equipare a los aportes, esto pasará mientras el fideicomiso recauda fondos hasta alcanzar el punto de equilibrio; luego de lo cual, ante la viabilidad del proyecto,¹⁴⁵ se empezará con la construcción del mismo.

Una vez que se ha declarado la viabilidad del proyecto y ante la inversión requerida, en ese momento, en cambio se registrarán cuantiosos gastos y costos correspondientes al avance de la obra, para finalmente y solo con la terminación y entrega del proyecto (hecho que puede suceder en un ejercicio contable distinto), se conozca con exactitud cuánto fue el rendimiento económico del proyecto y por lo tanto determinar ingresos gravados, gastos deducibles, y realizar un verdadero ejercicio de determinación por parte del sujeto pasivo para llegar a una base imponible e impuesto causado, conforme lo dispuesto en el art. 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno: “Art. 16.- Base imponible.- En general, la base imponible está constituida por la totalidad de los ingresos ordinarios y extraordinarios gravados con el impuesto, menos las devoluciones, descuentos, costos, gastos y deducciones, imputables a tales ingresos”.

Esta realidad económica se asemeja con la que afrontan las empresas constructoras, las cuales cuentan con una norma específica como es el art. 28 de la Ley de Régimen Tributario Interno, la cual dice: “Ingresos por contratos de construcción.- Los contribuyentes que obtengan ingresos por contratos de construcción liquidarán el impuesto en base a los resultados que arroje su contabilidad en aplicación de las normas contables correspondientes”.

La referencia de la ley a las normas contables, que para nuestro país son las NIC, nos obliga a revisar lo dicho por tales normas en cuanto tiene que ver con el campo de la construcción, aunque dejamos en claro que los fideicomisos inmobiliarios guardarán su

¹⁴⁵ Si no alcanza el punto de equilibrio el fideicomiso inmobiliario se liquida y, por lo tanto, cierra la cuenta por pagar a los aportantes.

propia dinámica y dependerá del tiempo en que demore el proyecto, si es dentro de un mismo ejercicio económico o varios.

Frente a esta problemática, debemos mencionar también las normas reglamentarias que podrían aplicarse al caso, así, el num. 2 del artículo agregado al art. 28 del Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, el cual dice:

Para efectos tributarios y en estricta aplicación de la técnica contable, se permite el reconocimiento de impuestos diferidos, únicamente en los siguientes casos y condiciones:

[...] 2. Las pérdidas esperadas en contratos de construcción generadas por la probabilidad de que los costos totales del contrato excedan los ingresos totales del mismo, serán consideradas como no deducibles en el periodo en el que se registren contablemente; sin embargo, se reconocerá un impuesto diferido por este concepto, el cual podrá ser utilizado en el momento en que finalice el contrato, siempre y cuando dicha pérdida se produzca efectivamente.

Esta situación puede darse en el caso de un fideicomiso inmobiliario pues solo al liquidar el mismo y una vez que se ha procedido a la restitución fiduciaria total, se sabrá con exactitud las ganancias reales del proyecto.

En cuanto a las Normas Internacionales de Contabilidad tenemos para el caso de la construcción la Norma 11 hace referencia a los contratos de construcción. Sobre esta NIC la Administración Tributaria ha emitido la Resolución No. 138,¹⁴⁶ la cual busca resolver, entre otros temas, la problemática del registro contable de pagos por contratos de construcción, donde se aprueban planillas de avance de obra o aún de terminación de la misma, sin que se realice efectivamente el pago en ese ejercicio económico sino en el siguiente, por lo que los costos y gastos deberán reconocerse para efectos tributarios como un pasivo por impuesto diferido. Es este el concepto que nos interesa de dicha resolución, la posibilidad de aplicar la normativa del art. 28 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, esto es, el reconocimiento de costos y gastos de otro ejercicio para el ejercicio en el que se registren los ingresos gravados, situación que sí puede acontecer en los fideicomisos inmobiliarios, más allá de que construyan directamente el proyecto, cosa que no sucede pues el fiduciario siempre deberá velar por los intereses de su representada y, por lo tanto, buscará la mayor eficiencia en la construcción del proyecto, lo cual conlleva la selección de una constructora, que puede ser o no constituyente del fideicomiso, pero que sea la que ofrezca mayores beneficios al mismo.

¹⁴⁶ Ecuador, *Resolución No. 138*, Registro Oficial 726, suplemento, 5 de abril de 2016.

3. Cesión de derechos fiduciarios previo a la liquidación del fideicomiso

Durante el presente estudio hemos visto que el fideicomiso es una figura regulada por el Código Orgánico Monetario y Financiero en su libro II, Ley de Mercado de Valores, desde la visión del derecho mercantil y bursátil desde donde se lo mira como una herramienta idónea para fomentar la inversión en distintas áreas de la economía y que para el caso del fideicomiso inmobiliario resulta ideal para dar seguridad a quienes apuestan por este tipo de proyectos para un manejo seguro de sus aportes ya sea como constituyentes adherentes o como compradores de las unidades de vivienda que del mismo se obtengan. Siempre desde la visión de un medio para alcanzar un proyecto y que para mayor seguridad en nuestro país se le otorgo como característica, además de ser un patrimonio autónomo, un patrimonio con personalidad jurídica, año 1998, lo que evidencia que el legislador buscaba resguardar a quienes confiaban en esta figura ante posibles fraudes y engaños.

A su vez desde la perspectiva del derecho tributario, en razón de su autonomía calificadora se le concedió, mucho antes que la personalidad jurídica, la calidad de sociedad para que de esta forma declare y responda por obligaciones tributarias, concretamente el tema de impuesto a la renta. Lo que se buscaba e legislador era que a través de esta figura no se soslaye las normas tributarias por parte de los constituyentes de dichos fideicomisos, sino que se observe la naturaleza de esta herramienta jurídica y concuerde con la realidad económica de este tipo de proyectos. En la realidad, esto no siempre ha sucedido.

La norma expuesta en el Código Monetario y Financiero parte de una realidad que en la práctica no se produce y es que los constituyentes que aportan ya sea el inmueble o el dinero para su obtención, o para la construcción del proyecto esperen hasta finalizar el mismo y una vez que se liquide el proyecto se vean restituidos en sus aportes u obtengan las ganancias respectivas. En la realidad, sucede que los constituyentes *ceden* sus derechos fiduciarios a terceros quienes ingresan a formar parte del fideicomiso bajo la figura de constituyentes adherentes pero esa cesión puede llevar una verdadera y significativa ganancia que corresponde a un valor mayor al que apporto el constituyente originario esa diferencia obtenida a través de una verdadera transacción es, sin lugar a dudas, un beneficio económico que se convierte en un ingreso gravado pues no se

contempla como exención del art. 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno y nace de un aporte valorado en dinero, pues ese es un requisito para la constitución del fideicomiso, que genere una utilidad, considero que esa diferencia entre el valor aportado y el valor vendido podría considerarse fruto del capital que el activo significó al aportarlo en el fideicomiso como una forma de inversión, por lo tanto, sujeto al pago de impuesto a la renta, entre otros, ya que no se encuadra a la figura de restitución contemplada en el art. 113 del libro II del Código Monetario y Financiero. Esta opción no se encuentra contemplada con claridad en dicho cuerpo normativo ni tampoco explícitamente en la Ley de Régimen Tributario Interno por lo que se ha podido prestar a abusos.

Para visualizarlo mejor daremos un ejemplo: El caso de una persona natural que posee un terreno avaluado en US\$ 100.000 aporta dicho inmueble al fideicomiso mercantil en calidad de constituyente y ese valor significa en el proyecto 10 % del mismo pasa el tiempo y se logra llegar al punto de equilibrio y aún más se incrementa el valor de las unidades de vivienda y ahora el proyecto tiene un valor ya no de US\$ 1.000.000 sino US\$ 1.500.000 de tal forma que el 10 % aportado por el dueño del inmueble corresponde a US\$ 150.000, sin que se vendan aún todas las unidades habitacionales y se liquide el proyecto, y en ese valor el constituyente vende sus derechos a través de una *cesión* de derechos fiduciarios a otra persona que entra en el fideicomiso como constituyente adherente, esa diferencia es sin lugar a dudas una ganancia para el constituyente originario y no puede considerarse como mera restitución como hoy lo establece la norma, de allí que tanto la ley tributaria y sobre todo el Código Orgánico Monetario debería considerar en su texto esta posibilidad y por lo tanto modificar el art. 113 del libro II en el sentido de que la restitución sin el pago de tributos se verificará solo hacia el constituyente originario o por los mismos valores de su aporte, visto la realidad económica que se devela.

4. El fideicomiso mercantil inmobiliario, entre la elusión y el derecho a la propiedad y a la libertad de contratación

Cuando se realizó el análisis de las fuentes para la elaboración del plan de tesis, en su momento, y conforme avanzaba la investigación, encontrábamos que las posiciones que cuestionaban la utilización de los fideicomisos mercantiles en general y en particular los inmobiliarios, partían de situaciones de hecho en las cuales posiblemente se había utilizado al fideicomiso inmobiliario como una herramienta para la elusión tributaria, sobre todo en materia de tributos municipales cuando esta figura era nueva en nuestra

legislación, y sin lugar a dudas surgieron verdaderos problemas de abuso de la misma en perjuicio de las arcas del Estado.¹⁴⁷ Esa situación fue manejada desde el área municipal en correcta forma, y con la normativa del Código Orgánico de Organización Territorial¹⁴⁸ se solucionó en buena medida el uso indebido de la figura del fideicomiso mercantil inmobiliario.

De esa experiencia, considero que con el paso del tiempo y en cuanto a impuesto a la renta se refiere, se debe aprender que la figura en sí misma no guarda una amenaza para la Administración Tributaria Central; pero si su utilización por parte de los particulares, responde solo al ánimo de evitar impuestos, la Administración deberá ejercer sus facultades legales y realizar un verdadero control, utilizando para ello lo que la normativa le permite, buscando siempre que la figura jurídica responda a la verdadera realidad económica, mas no simplemente atacando la figura y desacreditando la misma, puesto que, como hemos mencionado de manera abundante en el capítulo primero, el fideicomiso ha sido una figura jurídica de gran importancia en la sociedad y sirvió como un instrumento para lograr que se cumpla la voluntad de los particulares que buscaban resguardar sus bienes para el goce de los mismos por parte de sus familias, ante el abuso del Rey o situaciones de conflicto social.

Posteriormente, a lo largo de los años, se convirtió en un interesante instrumento jurídico para resguardar inversiones y fomentar el ahorro. Por esta maleabilidad de la figura, podemos afirmar que ha sobrevivido a los tiempos ya que la encontramos desde la antigua Roma hasta nuestros días. Acomodándose de distintas maneras y formas a las legislaciones o prácticas jurídicas de los países, tanto del derecho anglosajón, con sus características propias, así como en el derecho continental europeo, donde no estuvo normado hasta épocas muy recientes y solo en ciertos países, concretamente en Francia.

Dicha figura no se limitó al viejo continente, sino que se desarrolló de interesante manera en América Latina, donde se la acoge pero se da paso a un concepto propio y particular.

Es decir, el fideicomiso ha estado presente durante toda la historia del derecho, o al menos a partir de Roma; así como también ha sido utilizado en América y Europa, ya sea de manera normada por la ley o como un contrato innominado, pero igualmente difundido en la sociedad, lo que nos lleva a concluir que es una figura jurídica de importancia que logra acomodarse a los tiempos y realidades económicas de todos estos

¹⁴⁷ Montaña, “Los fideicomisos mercantiles”, 388.

¹⁴⁸ Ecuador, *Ley 00*, Registro Oficial 303, Suplemento, 19 de octubre de 2010.

países. Debido a que parte en todos los países del concepto de libertad de contratación y del derecho a la propiedad y a su libre disposición, con las legítimas limitaciones de la no afectación al interés de terceros.

Por lo tanto, ante lo mencionado, considero que nos debemos sentir motivados a conocer al fideicomiso y a normarlo, con el único objetivo de que las normas que lo regulen traigan consigo mayor seguridad para quienes lo utilizan así como para los entes de control que lo vigilan, puesto que la excesiva complejidad en las normas jurídicas crea también el ambiente perfecto para la falta de transparencia y la elusión.

En cuanto a la elusión, muchos son los comentarios sobre ella pero pocas son las definiciones unívocas o coincidentes de la doctrina tributaria, citaremos lo dicho por Amatucci, citado a su vez por Alejandro Ibarra, cuando dice:

La elusión tributaria consiste en la minimización de la actividad que el potencial contribuyente realiza (abusando o no de formas tipificadas) con efectos plenamente lícitos y merecedores de tutela, de tal modo que no será la forma la que genere este fenómeno, sino su uso irregular. De ahí que se vincule la elusión tributaria con la figura del fraude a la ley.¹⁴⁹

La presente investigación no pretende profundizar en el tema de la elusión, sino más bien dejar en claro que esta existe cuando el particular, en este afán de no caer en el hecho generador, puede llegar a utilizar figuras jurídicas lícitas como el fideicomiso mercantil pero manipulándola de tal forma que tergiversa su naturaleza. Frente a ello, la Administración Tributaria tiene la facultad de atender a la verdadera naturaleza jurídica o económica, dependiendo de si el hecho generador del tributo responde a una u otra e inclusive llegar a calificar el hecho generador.

Creemos que la Administración puede, como dice Ruiz Toledano, inclusive calificar el hecho generador, es decir, tiene la herramienta de control y debe ejercerla de ser necesario. Sobre esta potestad de la Administración, me permito citar a Ruiz Toledano, quien al referirse a la facultad de la Administración de calificar el hecho generador afirma: “La independencia de la calificación respecto al nombre que las partes atribuyan al acto, negocio o contrato, es una muestra del principio ‘los contratos son lo

¹⁴⁹ Andrea Amatucci, “El ordenamiento jurídico financiero”, citado en Alejandro Ibarra Rodríguez, *La elusión tributaria y su regulación en la legislación tributaria de España*, Revista Latinoamericana de Derecho Tributario, n.º 2 (2007): 254.

que son y no lo que las partes dicen que son', principio consagrado por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de marzo de 1957".¹⁵⁰

Ahora bien, una vez que hemos dejado en claro que la Administración puede, en uso de sus facultades, controlar que no exista abuso en la utilización del fideicomiso mercantil, debemos decir también que la normativa legal debe colaborar para ello sin que la norma sea un impedimento que desincentive el uso de los particulares de los fideicomisos con fines legítimos. Con relación a lo afirmado, y del estudio realizado, podemos decir que existen normas que cumplen con estos dos presupuestos, sin embargo falta para mayor seguridad una norma expresa que como manifestamos en el numeral anterior considere el tema de la cesión de derechos fiduciarios cuando estos impliquen valores mayores a los correspondientes al aporte realizado.

Otro tema central en el caso de fideicomisos en general y el fideicomiso en particular es la importancia de la transparencia en la información, la cual ayuda a la Administración a combatir la elusión y a evasión, por lo tanto, resulta importante que la Administración tenga información de quienes integran un fideicomiso y como registra los derechos sobre este en sus activos, está en manos de la administración tributaria hacer un eficiente uso de dicha información.

En conclusión, el fideicomiso mercantil inmobiliario no puede ser visto como una amenaza para las rentas fiscales, sino como lo que es una herramienta de la que los particulares pueden servirse en razón de su derecho a la propiedad y libre contratación. Por ello, las normas que lo regulen deberán ser claras, considerando siempre que el fideicomiso es un medio más no un fin en sí mismo, con lo cual el develamiento de las partes y el manejo de sus aportes resulta aún más necesario.

¹⁵⁰ José Ignacio Ruiz, *El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal* (Valencia: CISS, 1998), 103.

Conclusiones

El fideicomiso mercantil es una figura jurídica que tiene su origen en la fiducia romana. El significado de la palabra en latín fiducia es confianza. En Roma era conocida como el *pacto fiduciae* que implicaba ya la transmisión de la propiedad de manos del propietario a otro, quien se comprometía a devolverla una vez cumplida la finalidad por la cual se produjo dicha transmisión. La influencia de Roma llegó a toda Europa. En Inglaterra bajo su propia realidad pero con influencia de la fiducia romana surge el *Trust* igual como un negocio de confianza y en su evolución llega a los Estados Unidos y de allí a América Latina, en cuyos países se adopta dicha figura no desde el derecho europeo continental sino del anglosajón y es el origen del fideicomiso mercantil.

El fideicomiso inmobiliario es un tipo de fideicomiso mercantil que busca captar capitales y destinarlos a proyectos inmobiliarios ya sea para la venta o para el arrendamiento de las unidades de vivienda, en el caso ecuatoriano la normativa se refiere a la construcción del proyecto más no a la administración del mismo luego de su conclusión. Bajo la figura del fideicomiso administrado por un fiduciario especialista o profesional, ya sea un banco o una administradora de fondos y fideicomisos, de tal forma que la administración brinde seguridad y transparencia en los fondos de quienes aportan para la consecución de su fin. De allí que sus características son un contrato real y solemne; con mínimo dos intervinientes el constituyente que hace el aporte y puede ser a su vez beneficiario, y el fiduciario; irrevocable pues el parte una vez realizado solo puede terminar cuando se cumpla el plazo o la condición; el fideicomiso es un medio y no un fin en sí mismo de allí su carácter de temporal; constituye un patrimonio autónomo que en el caso del Ecuador es el único país de América Latina que le otorga personalidad jurídica.

El fideicomiso mercantil en el Ecuador tiene como fuente directa la legislación colombiana. Es la Ley de Mercado de Valores de 1993 la cual introduce esta figura en el Código de Comercio, sin otorgarle personalidad jurídica, pero si la califica como sociedad para efectos de impuestos, visto que reforma el artículo 94 de la Ley de Régimen Tributario Interno en ejercicio de la facultad de la autonomía calificadora del derecho tributario. La ley de 1993 no le da personalidad jurídica al fideicomiso solo se lo considera

un patrimonio autónomo, es en la reforma de la Ley de Mercado de Valores de 1998 cuando se le da dicha característica con todo lo que implica.

El fideicomiso mercantil inmobiliario tiene el tratamiento tributario de una sociedad cuando el beneficiario no está integrado exclusivamente por un organismo del sector público. La normativa que regula el impuesto a la renta no da un tratamiento diferenciado a los fideicomisos inmobiliarios integrados por organismos del sector público cuando comparten con los particulares la calidad de beneficiarios, o cuando sean instituciones sin fines de lucro, lo que implica que, si bien es cierto el fideicomiso se constituye en un patrimonio independiente, no por ello debemos olvidar la aplicación del principio de transparencia, y en virtud de este, y de capacidad contributiva, se otorgue un tratamiento proporcional para el pago del impuesto a la renta.

Los beneficiarios del fideicomiso inmobiliario, si son los constituyentes originarios y luego los constituyentes adherentes, en estricto sentido no deberían tributar impuesto a la renta, puesto que lo que reciben como beneficio al momento de terminación del fideicomiso no es renta gravada sino la restitución de sus aportes. Sin embargo, en la realidad al ser una figura que busca una ganancia al momento de su liquidación y restitución de bienes al constituyente que será en la generalidad de los casos el beneficiario existirá generación de renta fruto del rendimiento del activo entregado al fideicomiso, lo que conlleva la obligación de declarar y pagar impuesto a la renta pues incurren en el presupuesto de los arts. 2 y 8 de la Ley de Régimen Tributario Interno sin estar contemplados en las exenciones del art. 9 de la misma ley. La fiduciaria por su parte, tributará renta como una sociedad cualquiera, pues los bienes del fideicomiso no le pertenecen, solo los administra, por lo que responderá por sus propios ingresos.

En la realidad, sucede que los constituyentes *ceden* sus derechos fiduciarios a terceros quienes ingresan a formar parte del fideicomiso bajo la figura de constituyentes adherentes pero esa cesión puede llevar una verdadera y significativa ganancia que corresponde a un valor mayor al que aportó el constituyente originario esa diferencia obtenida a través de una verdadera transacción es, sin lugar a dudas, un beneficio económico que se convierte en un ingreso gravado pues no se contempla como exención del art. 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno y nace de un aporte valorado en dinero, pues ese es un requisito para la constitución del fideicomiso, que genere una utilidad, esa diferencia entre el valor aportado y el valor cedido debe estar sujeto al pago de impuesto a la renta, entre otros, ya que no se encuadra a la figura de restitución contemplada en el artículo 113 del libro II del Código Monetario y Financiero. Esta opción no se encuentra

contemplada con claridad en dicho cuerpo normativo ni tampoco explícitamente en la Ley de Régimen Tributario Interno por lo que se ha podido prestar a abusos. De allí que tanto la ley tributaria y sobre todo el Código Orgánico Monetario debería considerar en su texto esta posibilidad y por lo tanto modificar el art. 113 del libro II en el sentido de que la restitución sin el pago de tributos se verificará solo hacia el constituyente originario o por los mismos valores de su aporte cuando este cede sus derechos, visto la realidad económica que se devela.

El fideicomiso inmobiliario, al igual que toda figura jurídica, puede ser utilizado para eludir tributos; sin embargo, no por ello puede impedirse o limitarse su utilización, pues es derecho de los particulares la libertad de contratación y de propiedad, por lo cual la administración tributaria deberá utilizar, a su vez, los mecanismos legales para ejercer un control efectivo y podrá calificar el hecho generador conforme la realidad jurídica y económica.

Bibliografía

- Álvarez Correa, Eduardo. *Curso de derecho romano*. Bogotá: Pluma, 1976.
- Arrubla Paucar, Jaime. *Contratos mercantiles contemporáneos*. Bogotá: Legis, 2016.
- Beck Furnish, Dale. *juridicas.unam.mx*. 2001. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/235/art/art3.pdf>.
- Beraudo, Jean Paul. “Le Trust anglosaxons et le droit fracais”. En *Negocios fiduciarios*, Sergio Rodríguez Azuero, 6. Bogotá: Legis, 2005.
- Borja Gallegos, Ramiro. *La fiducia o fideicomiso mercantil y la titularización*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2000.
- Carregal, Mario. *Fideicomiso*. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- Casas Sanz de Santamaría, Eduardo. *Del “trust” anglosajón a la fiducia en Colombia*. Bogotá: Temis, 2004.
- De Arespacochaga, Joaquín. *El trust, la fiducia y figuras afines*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- De la Guerra Zúñiga, Eddy. *El régimen tributario ecuatoriano*. Quito: CEP, 2012.
- Ferreiro Lapatza, José Juan. “El impuesto sobre la renta de las personas físicas”. En *Curso de derecho tributario*, José Juan Ferreiro Lapatza, 66-88. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Domínguez Martínez, José. *El fideicomiso*. México: Porrúa, 2004.
- Galgano, Francesco. *Atlas de derecho privado comparado*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2000.
- García Díaz, Isabel. “Mayorazgo y vinculación de la propiedad señorial en Murcia a fiines de la Edad Media”. *Miscelánea medieval murciana* XV. 1989. <http://revistas.um.es/mimemur/article/viewFile/6551/6351,%20142>.
- Gaviria Gutiérrez, Enrique. “Lecciones de derecho comercial”. En *Superintendencia de Compañías y Consejo Nacional de Valores*, de Superintendencia de Compañías, 71. Quito: Superintendencia de Compañías, 1996.
- Giuliani Fonrouge, Carlos. *Derecho financiero*, vol. I. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1997.
- Gómez de la Torre, Diego. *El fideicomiso mercantil*. Quito: Albazul, 1998.

- González Torre, Roberto. *Manual de fideicomiso en Ecuador y América Latina*. Guayaquil: Edino, 2009.
- Ibarra Rodríguez, Alejandro. La elusión tributaria y su regulación en la legislación tributaria de España. *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario* (2007): 254.
- Internal Revenue Service. *irs.gov*. 2020. <https://www.irs.gov/Businesses/Small-Businesses-%26-Self-Employed/Abusive-Trust-Tax-Evasion-Schemes-Questions-and-Answers&prev=search>.
- Lalaguti, María Chiara. “El trust”. En *Atlas de derecho privado comparado*, coordinado por Francesco Galgano, 326. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2004.
- Larrea Holguín, Juan. *Manual de derecho civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1989.
- Larrea Stacey, Eduardo. *Pensamiento monetario y financiero*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1986.
- Estrada, Víctor Emilio. “La lucha en defensa de la moneda nacional, 1922-1934”. En *Pensamiento monetario y financiero*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1986.
- Lira Urquieta, Pedro. Andrés Bello y el Código Civil chileno. En *Estudios sobre Andrés Bello*, de Guillermo, compilado por Feliu Cruz, 153. Santiago de Chile: Fondo Andrés Bello, 1971.
- Lisoprawski, Silvio, y Claudio Kiper. *Tratados de fideicomiso*. Buenos Aires: Depalma, 2004.
- Loewenwarte, Víctor. *Derecho civil alemán comparado*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1943.
- Lyczkowska, Karolina. “El nuevo régimen de fiducie en el Derecho francés a la luz de las últimas reformas”. *InDret: Revista para el análisis del derecho* (2010): 1-19. http://www.indret.com/pdf/699_es.pdf.
- Macías Hurtado, Miguel. *Instituciones de derecho mercantil ecuatoriano*. Quito: Ediciones del Banco Central del Ecuador, 1988.
- Malumián, Nicolás; Diplotti, Adrián y Gutiérrez, Pablo. *Fideicomiso y Securitización Análisis legal, fiscal y contable*. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- Mancera Espinosa, Miguel Ángel. “La problemática impositiva de los fideicomisos de infraestructura y bienes raíces a nivel local”. En *Derecho tributario*, coordinado por Mario Alberto Becerra Pocaroba y Luis Javier Hernández Jiménez, 611. México, D.F.: Editorial Porrúa, 2012.

- Montaño Galarza, César. “Los fideicomisos mercantiles y el sistema tributario municipal.” En *Memorias de las VII Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario*, de Instituto Ecuatoriano de Derecho Tributario, 387-388. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2007.
- Morineau, Marta. *Historia del Derecho Inglés*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México. <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2792/37.pdf>.
- Müller, Karl. “Historia germánica.” En *Atlas de la historia universal*. Madrid: Salvat, 1973.
- Oderigo, Mario. *Derecho romano*. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- Petit, Eugéne. “Tratado elemental de derecho romano”. En *Negocios fiduciarios*, Rodríguez Azuero. Bogotá: Legis, 2005.
- Prieto, Alberto Manuel. “En torno a una lectura de la crisis del imperio romano”. En *La transición del esclavismo al feudalismo*, editado por Ramón Akal. Madrid: Akal, 1975.
- Rengifo, Ramiro. *La fiducia*. Bogotá: Colección Foro, 1984.
- Rodríguez Azuero, Sergio. *Contratos bancarios*. Bogotá: Fondo Editorial Rodríguez Azuero Abogados, 2013.
- _____. *Negocios fiduciarios*. Bogotá: Legis, 2005.
- _____. *Negocios fiduciarios su significación en América Latina*, 2.^a ed. Bogotá: Legis, 2017
- Rosano Torres, Santiago. “Fibras, fideicomisos de inversión en bienes raíces y aspectos fiscales de títulos de crédito”. En *Títulos y operaciones de crédito*, coordinador por Salomón del Campo y Souza, Diego Martín Vargas. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2012.
- Ruiz, José Ignacio. *El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal*. Valencia: CISS, 1998.
- Soto, Sandra. “Aspectos Tributarios de los Negocios Fiduciarios”. En *Tratado de Fiscalidad Internacional para el Ecuador*. Quito: UASB/IEDT, 2019.
- Tarsitano, Alberto. *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional*. Buenos Aires: Editorial Depalma, 2007.
- Taveira Torres, Heleno. *Derecho tributario y derecho privado, autonomía privada, simulación y elusión tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

Troya, José Vicente. *Estudios de derecho internacional tributario*. Quito: Pudeleco, 2008.

Normativa y publicaciones oficiales

Argentina. *Ley 24.441*. Boletín Oficial, 9 de enero de 1995.

Argentina. *Ley 26 994*, Boletín Oficial, 8 de octubre de 2014.

Colombia. *Decreto 410*. Registro Oficial, 25 de marzo de 1971.

Colombia. *Estatuto Tributario, Decreto 624*, Registro Oficial 30 de marzo de 1989.

Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. *30: Convenio de 1 de julio de 1985 sobre la Ley Aplicable al Trust y a su Reconocimiento*.
<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=59>.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador. *Código Orgánico Monetario y Financiero*. Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de diciembre de 2014.

Ecuador. *Ley de Mercado de Valores. Ley 31*. Registro Oficial 199, Suplemento, 28 de mayo de 1993.

Ecuador. *Ley de Mercado de Valores. Ley 107*. Registro Oficial 367, 23 de julio de 1998.

Ecuador. *Resolución 385-2017-A*. Registro Oficial 22, Segundo Suplemento, 26 de junio de 2017.

Ecuador. *Decreto Supremo 1016*. Registro Oficial 958, Suplemento No. 958, 23 de diciembre de 1975.

Ecuador. *Ley 56*. Registro Oficial 341, 22 de diciembre de 1989.

Ecuador. *Ley No. 99-24*. Registro Oficial 181, Suplemento, 30 de abril de 1999.

Ecuador. *Ley de Régimen Tributario Interno*, Registro Oficial 463, Suplemento, 17 de noviembre de 2004.

Ecuador. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.

Ecuador. *Ley Orgánica de Simplificación y Progresividad Tributaria*. Registro Oficial 111, Suplemento, 31 de diciembre de 2019.

Ecuador, *Resolución No. 06.Q.ICI-0004*. Registro Oficial 348, Suplemento, 4 de septiembre de 2006.

Ecuador, *Resolución No. 08.GDSC.010*. Registro Oficial 498, Suplemento, 31 de diciembre de 2008.

Ecuador, Ministerio de Vivienda. *Análisis del censo de población y vivienda*,
www.habitatyvivienda.gob.ec

México. *Constitución Política de los Estados Mexicanos*. Diario Oficial de la Federación,
5 de febrero de 1917.

México. *Ley del Impuesto sobre la Renta*. Diario Oficial de la Federación, 11 de
diciembre de 2013.

México. *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*. Diario Oficial de la
Federación, 27 de agosto de 1932.

Apéndices

Apéndice 1

Para entender en mejor forma esta evolución y utilización del trust es necesario que comprendamos en breve forma el derecho inglés y la dualidad que lo caracterizó hasta bien entrado el siglo XIX, para lo cual nos referiremos al estudio de Marta Morineau sobre el tema (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, UNAM, Historia del Derecho Inglés: <http://www.biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2792/37.pdf>). Pues bien, el derecho inglés cuenta con cuatro períodos que son:

El primero es el periodo conocido como anglosajón y corresponde a la época anterior a la conquista normanda de 1066, donde el derecho se limitaba a las costumbres de varias localidades.

El segundo es aquel que va desde 1066 hasta la subida al trono de la dinastía de los Tudor (1485). Es el periodo de la formación del *common law* que es un sistema de derecho nuevo, de aplicación en el reino, sustituyendo a las costumbres locales. Para comprender este tema es necesario considerar que la conquista de Inglaterra en 1066 por Guillermo el Conquistador marco una diferencia sustancial en las características del medioevo de dicho país y de su derecho puesto que el mencionado soberano al ser un extranjero buscaba resguardarse de todo aquel caballero que aunque le debiera obediencia podría constituirse en un posible traidor. Repartió entre sus compañeros de conquista feudos en Inglaterra pero ninguno podía ganar mayor territorio y competir con el rey, de allí que el control de la tierra en ese momento de la historia sería tan importante, por lo cual creó un catastro de tierras llamado libro de *Domesday*. En 1290 se creó una ley que nuevamente regulaba el tema de la tierra y los feudos. Es decir, se creaba el clima propicio para el nacimiento de los llamados *uses* antecedentes del trust. El *Common Law* o derecho común a todo el reino nació de la mano del desarrollo de las Cortes Reales o de Westminster que era el sitio donde se reunían a partir del siglo XIII y que no juzgaban todos los temas, de estas emanó el desarrollo del *Common Law*.

El tercer periodo va de 1485 a 1832, en forma paralela al desarrollo del Common Law, se perfiló en ésta época las reglas de *equity*, como habíamos mencionado, en el derecho inglés su desarrollo iba marcado por la rigurosidad de las formas en los

procedimientos que llegaban a resolución por parte de las Cortes. Sin embargo, ante la realidad y necesidad de justicia, el Rey mantenía un recurso (diríamos extraordinario) por el cual se podía acudir a él en busca de justicia, tal recurso terminó transformándose y siendo tramitado ante el Canciller del Rey y sus jueces, quienes dictaminaban no en base al Common Law sino que crearon las reglas de *equity* a través de sus resoluciones, mucha gente prefirió llegar a resolver sus problemas ante tales jueces que ante las Cortes.

El cuarto periodo, que empieza en 1832 y que continua en la actualidad, es el periodo moderno, en el cual se fusionan las Cortes del *Common Law* y los jueces de la Cancillería del Rey, mediante la *Judicature Acts* dictadas en el año 1873. Esta dualidad jurídica a la cual se acostumbra la sociedad inglesa es el campo perfecto para el desarrollo de la figura del trust.