



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO**

TÍTULO

***“REFORMA A LA LEY DE MERCADO DE
VALORES RESPECTO AL PAGO DE
TRIBUTOS DE LOS FIDEICOMISOS
MERCANTILES”***

Tesis previa a la obtención
del Título de Abogado.

AUTOR:

Jaime Esteban Ramírez Cevallos

DIRECTOR DE TESIS: 1859

Dr. Ricardo Andrade Ureña

Loja – Ecuador
2013

CERTIFICACIÓN

Dr. Ricardo Fabricio Andrade Ureña

DIRECTOR DE TESIS

CERTIFICA:

Que he dirigido y revisado la Tesis sobre “REFORMA A LA LEY DE MERCADO DE VALORES RESPECTO AL PAGO DE TRIBUTOS DE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES”, elaborada por el señor JAIME ESTEBAN RAMÍREZ CEVALLOS, la cual cumple con todos los requisitos de fondo y forma establecidos en el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, por lo que autorizo su presentación.

Loja, agosto del 2012.

Dr. Ricardo Fabricio Andrade Ureña

DIRECTOR DE TESIS

DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Las ideas y opiniones emitidas en el presente trabajo son de exclusiva responsabilidad del autor.

JAIME ESTEBAN RAMÍREZ CEVALLOS

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por permitirme terminar una carrera más en mi vida profesional, también quiero agradecer a todos quienes de una u otra manera coadyuvaron para alcanzar con éxito las metas propuestas.

Quiero agradecer de manera particular a la Universidad Nacional de Loja a sus directivos, profesores y personal que labora en tan prestigiosa institución quienes mantienen viva la misión y visión para la que fue creada, al permitir que tantas personas accedan a una educación de calidad.

Un agradecimiento especial al Dr. Ricardo Fabricio Andrade Ureña, Director de la presente tesis, quien con mucha paciencia ha sabido guiar sabiamente su elaboración.

JAIME ESTEBAN RAMÍREZ CEVALLOS

DEDICATORIA

Esta Tesis quiero dedicar a mi esposa, mi hija y al bebe que está en camino, quienes me han apoyado en todos estos años de estudio con su paciencia y amor. A mis padres que me han inculcado principios que me han fortalecido en la vida, a mi suegro que hombro a hombro hemos caminado juntos por este camino.

JAIME ESTEBAN RAMÍREZ CEVALLOS

TABLA DE CONTENIDOS

“REFORMA A LA LEY DE MERCADO DE VALORES RESPECTO AL PAGO DE TRIBUTOS DE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES”

- 1. Tema**
- 2. Resumen**
 - 2.1. Resumen
 - 2.2. Abstract
- 3. Introducción**
- 4. Revisión de Literatura**
 - 4.1. MARCO CONCEPTUAL**
 - 4.4.1. Definición de Fideicomiso Mercantil**
 - 4.4.2. Definición de Tributo**
 - 4.2. MARCO DOCTRINARIO**
 - 4.2.1. Antecedentes históricos del Fideicomiso Mercantil**
 - 4.2.2. Naturaleza Jurídica del Fideicomiso Mercantil**
 - 4.2.3. El contrato de Fideicomiso Mercantil.**
 - 4.2.3.1. Sujetos que intervienen.**

4.2.3.2. Clasificación del Fideicomiso Mercantil.

4.2.4. Titularización de Activos en el Fideicomiso

4.3. MARCO JURIDICO

4.3.1. Análisis de la Ley de Régimen Tributario Interno respecto del fideicomiso mercantil

4.3.2. Análisis de la Ley de Mercado de Valores respecto del fideicomiso mercantil.

4.3.2.1. Derechos personales: Derechos Fiduciarios

4.4. LEGISLACION COMPARADA

4.4.1. Fideicomiso Mercantil en México

4.4.2. Fideicomiso Mercantil en Perú

5. Materiales y Métodos

6. Resultados

6.1. Presentación, Interpretación y Análisis de las Encuestas.

6.2. Presentación, Interpretación y Análisis de las Entrevistas

7. Discusión

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contratación de Hipótesis

7.3. Fundamentos jurídicos que sustentan la reforma

8. Conclusiones

9. Recomendaciones

9.1 Propuesta Jurídica

10. Bibliografía

11. Anexos

Indice

1. TITULO.

“REFORMA A LA LEY DE MERCADO DE VALORES
RESPECTO AL PAGO DE TRIBUTOS DE LOS
FIDEICOMISOS MERCANTILES”

2. RESUMEN

2.1. RESUMEN EN ESPAÑOL

El tema que me propuse desarrollar titula **“REFORMA A LA LEY DE MERCADO DE VALORES RESPECTO AL PAGO DE TRIBUTOS DE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES”**, por lo que me permito realizar el resumen del mismo.

La Ley de Mercado de Valores en su Art. 113 determina que la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita; y, por esta consideración 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; sin embargo, la Ley de Régimen Tributario Interno en su Art. 98 señala en forma expresa que el fideicomiso mercantil se encuentra comprendido dentro del término sociedad; por lo que al ser considerada una persona jurídica se encuentra sujeta al pago de todos los impuestos previstos en la norma tributaria; además de aquellos establecidos en cada Gobierno Municipal.

Esta circunstancia establece la contraposición de dos normas legales contenidas en leyes especiales sobre un mismo acto; por lo que considerando que el fideicomiso mercantil se trata de un negocio jurídico

que personalmente creo tiene carácter oneroso desde el momento de su nacimiento; y, considerando que los tributos forman uno de los ingresos más importantes del Presupuesto General del Estado; es necesario reformar la Ley de Mercado de Valores, por la cual se debe establecer en forma expresa la característica onerosa de los contratos de fideicomiso mercantil, además de determinar la normativa legal suficiente que permita establecer el porcentaje de pago de impuestos directos e indirectos; y, los casos en que debe operar una exención tributaria.

2.2. ABSTRACT

The theme that I decided to develop called "REFORM ACT SECURITIES MARKET AS TO PAYMENT OF TAXES OF COMMERCIAL TRUST", so I would make the summary.

The Securities Market Law in its Article 113 determines that the transfer for commercial trust is not expensive or free, and for this consideration therefore, the transfer for commercial trust is exempt from all taxes, fees and contributions as it is not the birth event for tax obligations or indirect taxes under the laws that tax free transfers and expensive, but the Internal Tax Regime Law in its Article 98 expressly states that the trust trade is included within the term society thus being considered a legal person is subject to the payment of all taxes under the tax law in addition to those established in each municipal government.

This fact establishes the contrast between two legal rules contained in special laws on the same act, so considering that the trust is a commercial agreement that I have personally onerous since the time of his birth, and, considering that the taxes are one of the most important revenue of the State Budget, it is necessary to amend the Securities Exchange Act, by which must be set the property explicitly onerous commercial trust agreements, and determination of adequate legal regulations which permits the payout percentage of direct and indirect taxes and, where a tax exemption must operate.

3. INTRODUCCION

El presente trabajo, que pongo a vuestra consideración tiene como fundamental objetivo contribuir a la ciencia de la investigación científica, por lo que he requerido de gran esfuerzo para contribuir al enriquecimiento del acervo académico de la carrera; y, comprende una propuesta de cambio a la legislación incongruente que mantiene el sistema jurídico penal vigente en el Estado Ecuatoriano.

El Fideicomiso Mercantil, constituye un contrato, un acuerdo de voluntades; por medio del cual una persona física o jurídica, llamada fideicomitente, traspasa a otra persona física o jurídica llamada fiduciario, bienes o derechos en propiedad fiduciaria, para que los administre a favor de una tercera persona física o jurídica, llamada fideicomisario o beneficiario.

Su utilidad además de práctica es muy utilizada en nuestro país; y, permite la construcción de obras, la inversión nacional y extranjera, etc.; sin embargo, pese a su aplicabilidad práctica; constituye un verdadero obstáculo la vigencia de un fideicomiso, respecto del tema de tributos.

La Ley de Mercado de Valores en su Art. 113 determina que la transferencia a título de fideicomiso mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones ; lo cual se contrapone con lo determinado en el Art. 98 de la Ley de Régimen Tributario; que señala en forma expresa que el fideicomiso mercantil se encuentra comprendido

dentro del término sociedad; por lo que al ser considerada una persona jurídica se encuentra sujeta al pago de todos los impuestos previstos en la norma tributaria; además de aquellos establecidos en cada Gobierno Municipal.

Como vemos la contraposición de normas es expresa; y, pese a tener algunos años de vigencia; nuestra legislación, hasta la fecha no ha encontrado una reforma respecto al tema, lo cual pone en peligro principalmente la recaudación de impuestos que constituyen una parte importantísima del Presupuesto General del Estado.

Identificado el problema, objeto de estudio, luego de efectuar la investigación debidamente planificada, redacté el presente Informe Final el cual en su estructura sigue los lineamientos establecidos por el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja; y, que me ha permitido contar con una información doctrinaria y jurídica establecida dentro de tres marcos importantes como son el **Marco Conceptual**, a través del cual establezco en orden de tratamiento los conceptos de cada una de las variables utilizadas en la elaboración de la presente investigación; el **Marco Doctrinario** a través del cual me permito incluir en este trabajo el análisis; y, los criterios de diferentes autores que han realizado diversos estudios en relación a la problemática; y, el **Marco Jurídico** en el que utilizando la normativa legal vigente, abordo los temas, materia del trabajo de investigación.

Posteriormente; y, con la finalidad de dar un sustento adicional a la investigación realizada, con ayuda de la **Legislación Comparada**, establezco las semejanzas y diferencias entre la legislación ecuatoriana y de países que han adoptado normas relacionadas con el problema materia de esta investigación

Avanzando con la estructura del presente trabajo, encontrarán el punto de **Materiales y Métodos**, en donde explico la forma en que se ha utilizado cada uno de los métodos, las técnicas de investigación; y, los materiales que se han empleado en el desarrollo de la investigación de campo, en donde se realiza un análisis y presentación de los resultados de las treinta encuestas y cinco entrevistas aplicadas, dentro de este trabajo las mismas que se encuentran establecidas por el procesamiento de datos que fueron aplicados a Abogado en libre ejercicio quienes con conocimiento de causa nos brindan su posición respecto a este tema.

Posteriormente en el punto denominado **Discusión** verifiqué los objetivos, contrasté la hipótesis y expreso los fundamentos jurídicos del proyecto de reforma.

En las **Conclusiones** se presenta una síntesis de los resultados obtenidos después de la investigación realizada. Además establezco algunas **Recomendaciones** a más de incluir el **Proyecto de Reforma** como el punto principal a plantear, dirigida a la legislación penal vigente

Finalmente la **Bibliografía** cuenta con una descripción en una lista de todas las obras consultadas que me ha servido para poder culminar mi trabajo de tesis.

En los **Anexos** incluyo los modelos de encuesta y entrevista realizados a profesionales del derecho, a los diferentes grupos relacionados con la materia además del Proyecto de investigación; y, el Índice

Con esta investigación aspiro no solamente haber cumplido con un requisito de graduación, sino más bien con la aspiración de haber contribuido con un aporte jurídico y social para las futuras generaciones de abogados en el campo del Derecho Mercantil y Tributario.

4. REVISION DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.4.1. Definición de Fideicomiso Mercantil.- El fideicomiso mercantil es definido por Roberto González Torre como:

“...un contrato comercial cuya finalidad es la de obtener la administración de un bien por parte del fiduciario, o su enajenación para cumplir la finalidad propuesta por el constituyente, bien a su provecho o de un tercero”¹.

Silvio Rodríguez Azuero lo define como:

“el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero”².

Roberto González Torre manifiesta que la estructura básica del fideicomiso mercantil ecuatoriano se asienta sobre cuatro elementos fundamentales:

¹ Sergio Rodríguez Azuero, *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina*, Bogotá, Legis, 2005, pág. 8.

² Ob. Cit. Pág. 9

“a) elemento patrimonial, b) elemento psicológico: confianza; c) Elemento teleológico o finalista y d) Elemento de la especialidad o profesionalismo”³.

Yolanda Yupanqui Carrillo señala otros elementos que caracterizan al fideicomiso mercantil ecuatoriano como:

“separación contable de los bienes sometidos transferidos al fideicomiso mercantil y el fideicomiso mercantil es un contrato consensual y bilateral”⁴.

El artículo 1 del Reglamento sobre negocios fiduciarios define que

“Son negocios fiduciarios el fideicomiso mercantil y el encargo fiduciario, actos de confianza que en su constitución, naturaleza jurídica y efectos se rigen por las disposiciones contempladas en el título XV de la Ley de Mercado de Valores”⁵.

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

“Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera

³ Eduardo Casas Sanz De Santamaría, Del “Trust” Anglosajón A La Fiducia En Colombia y materias aledañas, pág. 2.

⁴ Ob. Cit. Pág. 4

⁵ Registro Oficial Nro. 321 del 08 de mayo del 2001.- resolución N° CNV - 004 – 2001 del CONSEJO NACIONAL DE VALORES; Codificación del Reglamento sobre Negocios Fiduciarios.

temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para 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.⁶

De la definición legal transcrita autores como Roberto González Torre y Álvaro Poveda, destaca las siguientes características del fideicomiso ecuatoriano:

El fideicomiso mercantil es independiente del constituyente, fiduciario y del beneficiario o fideicomisario, así como de otros fideicomisos el cual por mandato legal tiene personalidad jurídica.

El representante legal del fideicomiso mercantil ecuatoriano es el fiduciario que siempre será una sociedad administradora de fondos y fideicomisos mercantiles debidamente calificada por la Superintendencia de Bancos. Los constituyentes del fideicomiso pueden ser personas de derecho privado o personas de derecho público. Siempre persigue una finalidad el fideicomiso mercantil conforme a las instrucciones del constituyente en el contrato de constitución. El fiduciario no puede ser beneficiario del fideicomiso mercantil.

4.4.2. Definición de Tributo.- Varias son las acepciones de la palabra tributo, pero para efectos del presente trabajo, tomaremos las siguientes definiciones:

⁶ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de Mercado de Valores; Art. 109

“Tributos son ingresos públicos de Derecho público que consisten en prestaciones pecuniarias obligatorias, impuestas unilateralmente, exigidas por una administración pública como consecuencia de la realización del hecho imponible al que la ley vincule en el deber de contribuir. Su fin primordial es el de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento del gasto público, sin perjuicio de su posibilidad de vinculación a otros fines”⁷.

Tributo es un término que proviene del latín tribūtum y que hace referencia a aquello que se tributa. Tributar es, por otra parte, ofrecer veneración como prueba de admiración o entregar al Estado cierta cantidad de dinero para las cargas públicas.

Para el derecho público, los tributos son obligaciones dinerarias impuestas unilateralmente y exigidas por la administración pública a partir de una ley, cuyo importe se destina a solventar el gasto público.

El tributo, por lo tanto, es una prestación patrimonial de carácter público que se exige a los particulares. Es coactivo ya que se impone de forma unilateral aunque de acuerdo a los principios constitucionales, pecuniario ; y, contributivo ya que el tributo se destina a la satisfacción de las necesidades sociales.

⁷ <http://es.wikipedia.org/wiki/Tributo>

Entre los tipos de tributo más habituales, podemos mencionar a los impuestos, las tasas; y, las contribuciones especiales.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Antecedentes históricos del Fideicomiso Mercantil.-

Una referencia clara y exhaustiva, es la efectuada por el autor Francisco Morales Casas que manifiesta al respecto:

“La figura de la fiducia es de vieja data. Nació del derecho romano desde la época del período clásico (130 a. C -230 d. C.) en donde ya se tenían noticias de ella. Sin embargo, solo en el período post-clásico (230 d. C. -535 d.C.) y más concretamente entre lo años 527 y 534 de nuestra era, en que se produjo la Recopilación de Leyes por Justiniano en una serie de textos jurídicos clásicos y post-clásicos agrupados bajo el nombre de Corpus Iurium Romanorum, es cuando se viene a saber cómo operaba realmente. Significa ello que la fiducia tiene existencia aún antes de Cristo”⁸.

Por los estudios del derecho romano podemos deducir que la fiducia no tenía inicialmente la característica que luego con el derecho napoleónico vino a cobrar, pues en aquella vieja época más se asemejaba a una garantía que lo que hoy es un acto de confianza.

La figura de la fiducia operaba como una forma solemne de transferir la propiedad mancipatio, se acompañaba de un pactum fiduciae, a través del cual el accipiens recibía la propiedad del bien transferido, y éste a su vez

⁸ Francisco Morales Casas, Fundamentos de la Actividad y Los Negocios Bancarios”, Bogotá, Editorial Ediciones Jurídicas Radar, 1991; Pág. 12

se obligaba con el o los tradens, a transferirlo después de que cumplieran los fines establecidos.

En aquella época se podía diferenciar dos tipos de pactum fiduciae o fiducia, los mismos que eran practicados y cultivados por los romanos, a saber:

- *“Fiducia cum creditore, mediante el cual se enajenaba un bien para garantizar un crédito, con la obligación del adquirente de reintegrarlo cuando el fiduciante hubiese cumplido con la obligación garantizada, o sea al cumplirse el objeto pretendido en el pactum.*
- *Fiducia cum amico, por el cual se transfería el dominio de un bien a un depositario o mandatario, adquiriendo uno u otro el compromiso de destinar el objeto de la transferencia de una finalidad específica.*
- *Otra manifestación que se desarrolla de la fiducia en aquella época fue la del fideicommissum, utilizada por sujetos incapacitados para heredar, entre los que estaban esclavos, peregrinos, solteros y casados sin hijos, pudiendo llegar a adjudicarles la propiedad de ciertos bienes, mediante la designación por el testador, de un heredero capaz de sucederle.”⁹.*

⁹ RODRIGUEZ AZUERO, Sergio, *Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina*, Bogotá, Legis, 2005, pág. 17

Es importante anotar, de los hechos ilustrados referentes a la fiducia en la época romana, era una figura que estaba un tanto desprotegida en cuanto se basaba únicamente en el término confianza, porque la persona que transfería la propiedad no estaba totalmente segura que el objeto de la fiducia se iba a cumplir, por lo que la entrega de los réditos a ser entregados a terceros estaban rodeados de incertidumbre.

Podemos concluir indicando que de ahí proviene el término fiducia: significa fe, credibilidad, confianza.

Fideicomiso proviene del latín *Fides* que traducido significa "fe", de donde derivan términos como "fiar", "confiar", "confidente", "fidelidad", etc. Con el paso del tiempo, la fiducia ha tomado diversas formas pero conservando siempre ese elemento esencial de la fe, de la confianza, de la fidelidad que entre las partes debe existir.

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

La ausencia de garantías reales en el derecho civil romano da lugar al nacimiento de la fiducia como forma de garantía y consistía que "al celebrar un contrato, la parte que se constituía deudora transmitía la propiedad de un bien suyo al acreedor (fiduciario), el cual conservaba tal bien en su poder hasta tanto que el deudor cumpliera su obligación; una vez cumplida esta, le era devuelta la propiedad con todos sus atributos.

Era la fiducia cum creditore o fiducia con acreedor, es decir, un pacto accesorio.

Por lo que las obligaciones del fiduciario eran:

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

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

En la época del Derecho Napoleónico, que nace a partir de la expedición de su código en el año 1804, la fiducia cobra un sentido distinto del que tenía en la época romana, ya se le toma como un negocio jurídico fundamentado esencialmente en la fe y la confianza total y absoluta entre las partes, en donde una de ellas se obliga a realizar concretas gestiones que el otro le ha encomendado, respecto de todo patrimonio o de una parte del mismo un bien que le pertenece a este último, quien le entrega y transfiere a aquél para que cumpla, ejecute o desarrolle su cometido, tarea u obligación con lealtad y precisión.

El régimen de la propiedad inmueble en Inglaterra era el Feudal, cuyos derechos relativos estaban contemplados en el common law. El principal problema surgió con los privilegios de la Iglesia, por cuanto para ellos la

propiedad no tenía gravámenes tangibles, y es por eso que los señores feudales buscaron un medio para evitar que los religiosos adquirieran más bienes inmuebles, y así nació el Estatuto de Manos Muertas:

“que prohibió a los religiosos adquirir y poseer bienes raíces con base en el hecho de que, al estar en su poder la tierra no cumplía las finalidades que eran propias”¹⁰

El estatuto también se utilizó para proteger a los caballeros que partían hacia las cruzadas y transferían los bienes a una persona de su confianza, en beneficio final para su esposa e hijos, parecido a lo que se “había hecho en Roma cuando alguien se enrolaba en las Legiones y utilizaba, el pactum fiduciae cum amico”.

Sin embargo los religiosos buscaron medios para evadir dicha prohibición, es así que se ingeniaron una institución similar a la fiducia romana y se establece los “uses” que operaban de una manera simple:

“la orden religiosa que quería adquirir determinado inmueble conseguía un amigo laico que hiciera la compra respectiva a su propio nombre, pero utilizando dinero suministrado por aquella. El comprador tenía el compromiso y la obligación en conciencia de destinar el inmueble al uso de la orden, la cual entraba a disfrutar de todos los privilegios de propietario, sin tener que soportar los

¹⁰ Ob. Cit. Pág. 11

cargos correspondientes toda vez que el único propietario según el “common law” era quien había adquirido el bien de conformidad con sus prescripciones”¹¹.

Con el tiempo los “Uses” se convierten en una actividad normal en la vida jurídica inglesa, hasta que en 1535 se promulga el Statute of Uses en el cual se determinó que:

“el usuario seguiría considerándose como verdadero propietario legal”¹²

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

Con respecto al derecho anglosajón, podemos decir, que encontramos dos figuras bien definidas The Use y The Equity, con características similares a la fiducia romana, para lo cual anotaremos conceptos claros y precisos, establecidos por el autor Diego Gómez De La Torre Reyes:

¹¹ Sergio Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina, Bogotá, Legis, 2005, pág. 17.

¹² Eduardo Casas Sanz De Santamaría, Del “Trust” Anglosajón a la Fiducia en Colombia y materias aledañas, pág. 21.

“Así nace el “USE” en que una persona, “settlor”, propietario de una tierra, traspasaba a otra, “feoffle to use”, el dominio de ella, con el entendimiento entre las partes de que aun cuando el cesionario fuera el dueño legítimo de la cosa, una tercera persona, “cestui que use”, tendría el derecho de gozar y disfrutar de todos los beneficios y prerrogativas de verdadero propietario respecto de dicho bien.

..., por una parte tiene lugar la aparición de la “EQUITY” en el Derecho Anglosajón, como un ordenamiento jurídico que en un principio suplió al Common Law y que actualmente lo complementa, y por otra, la incorporación del use en el señor de la Equity, para dejar de ser tal y transformarse en el “TRUST”, con los lineamientos que actualmente se le conocen”¹³.

Con el pasar del tiempo el use, sufre una transformación y se convierte en trust, pasando éste de Inglaterra a Norteamérica en el siglo pasado, década de los veinte, con la diferencia que en los Estados Unidos de América, al darse cuenta respecto de la inconveniencia de encargar la responsabilidad sobre el manejo de un patrimonio a una persona natural, consideraron conveniente hacerlo a un tipo de institución (persona jurídica), que no estuviese afectada por ninguna de las eventualidades que pueda perjudicar a una persona natural. Es menester indicar que el trust, fue una fuente directa del fideicomiso latinoamericano, en que se

¹³ Diego Gómez De La Torre Reyes, El Fideicomiso Mercantil, Ecuador, Albazul Offset, 1998.; Pág. 10

promueve el fideicomiso ya que se trataba de estimular la riqueza de Latinoamérica, pues se estimaba que la pobreza se debía a la carencia de instrumentos financieros que estimulen el ahorro y la retención de la riqueza.

El fideicomiso aparece entonces a manera de una derivación del trust, como un mandato cuya característica especial es el hecho de ser irrevocable, donde una parte transfiere determinados bienes para que se dispongan de ellos o de sus productos, según la voluntad de quien los entrega al fiduciario y éste a su vez los administra y dispone a favor de un tercero llamado beneficiario que puede ser el propio constituyente.

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

4.2.2. Naturaleza del Fideicomiso mercantil.- En Latinoamérica se introdujo la figura por primera vez en Panamá el 6 de enero de 1925 con la Ley Novena (Ley de Alfaro) que prescribía:

“El Fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada Fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los

transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario”¹⁴

De igual manera en México se dictan las Leyes de Instituciones de Créditos en 1925 y 1926 que siguen la tendencia del mandato irrevocable de la Ley Alfaro para que en 1932 se aprueba la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito la cual adopta la doctrina del “patrimonio de afectación” del francés Pierre Lepaulle, que considera:

“Que los bienes objetos del fideicomiso constituyen un patrimonio destinado a un fin lícito determinado, es decir los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin a que se destinan”¹⁵.

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

4.2.2.1. Teoría del Patrimonio de afectación.- Esta teoría es atribuida al francés Pierre Lepaulle, el cual definió al fideicomiso como:

¹⁴ José Manuel Villagordoa Lozano, Doctrina General del Fideicomiso, Porrúa S.A., México, 1982, 2da edición, pág.87.

¹⁵ Pierre Lepaulle, citado por José Manuel Villagordoa , “Doctrina General del Fideicomiso”, México, Porrúa, 1982, 2da ed., pág. 92, citado por Roberto González Torre, El Fideicomiso, Guayaquil, Edino , 2000, 2da ed. pág. 69.

“una afectación de bienes garantizada por la intervención de un sujeto de derechos que tiene la obligación de hacer todo lo que sea razonablemente necesario para realizar esa afectación y que es titular de todos los derechos que le sean útiles para cumplir dicha obligación”¹⁶.

Hildebrando Leal Pérez mantiene que:

“Existe la teoría de afectación en la que se afirma que la fiducia es una institución jurídica conformada por un patrimonio independiente de todo sujeto de derecho cuya unidad está constituido por una afectación que es libre dentro de los límites de las leyes vigentes y del orden público”¹⁷.

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

4.2.3. El contrato de Fideicomiso Mercantil.- Varios tratadistas como Gómez de la Torre Reyes y otros, señalan como características del contrato del fideicomiso mercantil lo siguiente:

¹⁶ Pierre Lepaulle, citado por José Manuel Villagordoa , “Doctrina General del Fideicomiso”, México, Porrúa, 1982, 2da ed., pág. 92, citado por Roberto González Torre, El Fideicomiso, Guayaquil, Edino , 2000, 2da ed. pág. 72.

¹⁷ Hildebrando Leal Pérez, Contratos Bancarios, Bogotá, Librería del Profesional, 1990, pág.377.

“Solemne: *Porque requiere de instrumento público, de constar por escrito y con las formalidades exigidas por la ley, sería un contrato inexistente. Bilateral: En virtud de las obligaciones recíprocas generadas por el contrato de fideicomiso del constituyente y fiduciario.*

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

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

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

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

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

Intuitu personae: Guarda relación con la confianza que genera la celebración del contrato del fideicomiso mercantil. La persona obligada, la fiduciaria, para cumplir las finalidades del fideicomiso mercantil tiene sus cualidades morales, éticas, profesionalismo, solvencia económica y demás atribuciones que en virtud de la confianza deposita el constituyente ante la fiduciaria.”¹⁸.

De conformidad con lo anterior, puede afirmarse, que el fideicomiso es un contrato que reviste las siguientes características:

- Mercantil: Su regulación por numeral 633 del Código de Comercio y artículos siguientes, más el resto del ordenamiento jurídico.
- Real: El fideicomiso necesita para su existencia y ejecución, el traspaso del patrimonio fideicometido, a manos del fiduciario y ello lo convierte en real.
- Consensual: Este pacto, requiere en su génesis, el acuerdo expreso de las partes intervinientes; al menos la voluntad del fiduciario y el fideicomitente.
- Formal: El fideicomiso, para su validez, debe ser otorgado en documento privado o público, pero escrito. En los casos en que el fideicomiso estará constituido, al menos en parte, por bienes inmuebles, deberá otorgarse escritura pública ante notario y ésta se inscribirá en el Registro Público.

¹⁸ Diego Gómez de la Torre Reyes, El fideicomiso mercantil, págs. 15 y 16.

- Es típico: Por el hecho de estar contemplado dentro del articulado del Código de Comercio, el fideicomiso goza de tipicidad.
- Es intuitu personae: el contrato de fideicomiso está basado en la consideración de la persona, toda vez que la confianza es un elemento básico para el acuerdo y ejecución del Fideicomiso: el fideicomitente entrega la titularidad de todos o algunos de sus bienes y derechos, a otro, quien los recibe para realizar con ellos el encargo manifestado
- Final: esto quiere decir que fideicomiso se realiza por algo y para algo, y todo el actuar de las partes contratantes está destinado al logro de dicho fin.
- De patrimonio autónomo: el patrimonio fideicometido se convierte en un conglomerado de bienes y derechos diferente y por lo tanto, completamente separado de la hacienda de las personas que intervienen en el contrato: fiduciario (principalmente), fideicomisario y fideicomitente.
- De gestión profesional: para lograr el fin deseado, el fideicomiso debe ser administrado por un gestor profesional capaz de cumplir las indicaciones tanto del contrato como de la ley, observación que se apunta y sostiene a pesar de y a sabiendas de que nuestra legislación –así como muchas otras- permite que el fiduciario sea cualquier persona física o jurídica.
- Elástico: la enorme elasticidad que presenta la figura del fideicomiso permite que se puedan llevar a cabo múltiples negocios de acuerdo con las necesidades del fideicomitente

4.2.3.1. Sujetos que intervienen.- El fideicomiso posee dos clases de elementos. Los personales y los reales.

- **Elementos personales.-** En el fideicomiso, intervienen al menos dos sujetos; a saber: son el fideicomitente y el fiduciario. La voluntad libremente expresada por ellos, hace posible que nazca el fideicomiso. Existe potencialmente un tercer elemento personal. Es el llamado fideicomisario o beneficiario. Puede darse que él no suscriba el pacto al momento de su otorgamiento, pero lo importante es que la identidad de éste beneficiario sí esté definida como tal.

La ley no prohíbe, que el fideicomitente sea a la vez fiduciario. No obstante, sí está prohibido es que en una misma persona física o jurídica, se confunda la condición de fiduciario y fideicomisario, por el conflicto de intereses que ello podría generar, perjudicando así al fideicomitente.

La legislación mercantil, señala que el fideicomiso, en el cual el fideicomitente es a la vez fiduciario, se presume constituido en fraude de acreedores, salvo que se pruebe que el fideicomiso haya generado ganancias o frutos suficientes al fideicomisario como para enfrentar con ellos el pago de las deudas y que exista contenido patrimonial suficiente para responder.

El Código de Comercio, también preceptúa, que en los casos en los que el fideicomiso se constituya para un fideicomisario persona jurídica, su duración no puede contemplar un plazo mayor de los treinta años, salvo

los casos del Estado, o entidades públicas o privadas de beneficencia o sin afán de lucro.

El fideicomitente, es la persona física o jurídica que constituye el contrato y que traspasa bienes de su patrimonio, en propiedad fiduciaria al fiduciario, a fin de que se puedan cumplir los fines del fideicomiso para los cuales se creó.

El fiduciario, es la persona jurídica a la cual se le traspasan los bienes en propiedad fiduciaria, por parte del fideicomitente.

El fiduciario deberá administrar el patrimonio a su cargo y con ello, cumplir lo fines establecidos en el contrato suscrito por las partes. Con respecto al patrimonio fideicometido, el fiduciario asume las obligaciones de un buen padre de familia con bienes propios. Entre ese tipo de obligaciones, figuran:

- Cumplir con los fines del fideicomiso, dentro de los términos contractuales y de licitud que establece el ordenamiento jurídico.
- Guardar el secreto fiduciario, que como obligación genérica, resulta aplicable a las transacciones, actos y contratos. Incluyendo la administración del fideicomiso. Con mayor razón, el secreto debe guardarse en caso de que los contratos, administración, etc., sean bancarios.
- Contabilizar individualmente, cada negocio fiduciario que tenga en sus manos, separando cada patrimonio fideicometido de su propio

patrimonio y del patrimonio de las partes que intervienen en el fideicomiso.

- Rendir cuentas como administrador y ejecutor del fideicomiso.
- Pagar los impuestos, tasas y otras cargas que pesen sobre los bienes fideicometidos.
- Defender el patrimonio fideicometido.

Nuevo fiduciario, también es posible la permanencia del fiduciario así como el nombramiento de un nuevo fiduciario y con facultades individuales. Arts. 639 y 640 del Código de Comercio.

El fideicomisario es otro de los sujetos del contrato, obligándose el fiduciario a entregarle, en el instante en que el pacto lo establezca, los frutos o bienes. Por tanto, es la persona que en virtud del negocio jurídico debe recibir los beneficios derivados del cumplimiento del encargo y eventualmente, los mismos bienes fideicometidos al vencimiento del término estipulado.

Generalmente, se asimila el término fideicomisario con el de beneficiario. No obstante, tales vocablos no son sinónimos. Puede establecerse una diferencia entre ambos. Como ejemplo, puede servir el caso de un fideicomiso de titularización para otorgamiento de un crédito. Ahí, el fideicomisario, es el adquirente de títulos valores que ha colocado en el mercado; el fiduciario, capta los recursos y el beneficiario, es la persona a la cual se le otorga el crédito, por parte del fideicomiso.

- **Elementos Reales.-** El objeto del fideicomiso, puede consistir en cualquier clase de bienes muebles, materiales o inmateriales e inmuebles. Lo importante es que se encuentren dentro del comercio de los hombres, que tengan existencia y que su titular, tenga facultades de disposición sobre ellos.

Para que algún derecho incorporal pueda ser objeto del fideicomiso, debe ser de naturaleza meramente patrimonial y susceptible de valoración económica.

El traspaso de bienes que haga un fideicomitente al fideicomiso, equivale a que el fiduciario adquiere la propiedad fiduciaria con respecto a los mismos. Este es un tipo particular de propiedad, distinta a la concepción civil tradicional. Aún cuando el fiduciario tenga la condición de propietario, existe para él una limitación y es que no puede disponer libremente de los bienes, sino en la medida que lo autoricen los términos del contrato de fideicomiso. Los bienes que se convierten en propiedad fiduciaria llegan a adquirir especiales características.

Patrimonio autónomo: El patrimonio fideicometido, se llega a convertir en patrimonio autónomo. Ello quiere decir que queda separado del que tiene el fiduciario, el fideicomisario y el propio fideicomitente. De tal suerte, el patrimonio fideicometido, deviene en inembargable, por hechos atribuidos a las partes del contrato de fideicomiso. Este patrimonio, aunque de manera registral o contractual figure como entregado al

fiduciario, es verdaderamente propiedad del fideicomiso mismo, considerado éste como entidad patrimonial autónoma. Desde el punto de vista del Derecho Civil de Personas, el fideicomiso no goza de personalidad jurídica, pero desde el punto de vista económico, es una entidad dueña de un haber patrimonial propio.

Patrimonio de afectación: El patrimonio del fideicomiso, queda afecto al cumplimiento de un fin o fines específicos. Estos son establecidos por las partes en el pacto. El fideicomitente se los señala ahí al fiduciario. El fiduciario queda como el encargado de hacerlos cumplir. En tesis de principio, existen quienes consideran que el cumplimiento o la imposibilidad de cumplimiento de los fines El Fideicomiso para los cuales se constituyó un fideicomiso y a los cuales se afectó el patrimonio, podría tener el efecto de desafectarlo y extinguirlo.

- **Fines del Fideicomiso.-** La finalidad del fideicomiso, sin duda alguna, es el punto medular de este tipo de contratos. Todas las actuaciones del fiduciario, deben estar encaminadas a alcanzarla.

Para ello debe seguir las instrucciones que establece el fideicomitente en el pacto.

El único límite que encuentra el cumplimiento del fin del fideicomiso, radica en la licitud. Toda actuación del fiduciario, debe estar apegada al ordenamiento jurídico y no puede ir en contra de éste. El fin debe ser lícito. Se ha sostenido, que salvo esta limitante, el único límite es la

imaginación misma. Los fines del fideicomiso, entonces, pueden ser amplios y variados. En cierta manera, los fines que tenga el contrato, son los que vienen a establecer las clases de fideicomisos que existen y facilitan hacer una clasificación de ellos.

“La utilización del fideicomiso es generalizado por instituciones financieras como medio más económico de garantía, fungiendo éstas como fideicomisarios, e incluso, es posible encontrar mercantiles cuyo objeto sea únicamente la administración de Fideicomisos, como fiduciarios. Ello ha desembocado en que éste se esté utilizando como un contrato de adhesión.

En razón de ello y atendiendo a lo establecido por el artículo 42 de la Ley de Promoción a al Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, sea posible entablar las acciones legales respectivas contra las cláusulas abusivas, de tal suerte que éstas se dictaminen como nulas, y en razón de ello se dicte la resolución del contrato con el correspondiente pago de daños y perjuicios causados a la parte abusada”¹⁹.

El fideicomitente, constituyente: es la persona natural o jurídica que tiene capacidad para disponer de sus bienes y derechos, es el sujeto que transfiere sus bienes al patrimonio autónomo cuyo administrador y

¹⁹ Barrantes Gamboa, Jaime Eduardo.- El Fideicomiso: Algunos conceptos generales; Editorial UCE, 2009, Pág. 45

representante legal es el fiduciario quien es la persona que merece confianza, con el propósito de que se cumpla una finalidad a favor de un beneficiario designado por el fideicomitente pudiendo ser el mismo.

4.2.3.2. Clasificación del Fideicomiso Mercantil.- A los negocios fiduciarios y fideicomisos mercantiles, en la práctica del mundo de los negocios, les han dado ciertas nominaciones y los promocionan como verdaderos productos financieros. La denominación y clasificación de los fideicomisos no obedece a criterios uniformes.

Rodríguez Azuero señala ciertos criterios de clasificación, entre estos, el criterio de la función económica en los que se distinguen:

“Los fideicomisos de administración, inversión, garantía y titularización de activos. Otro criterio utilizado es la naturaleza del bien objeto del negocio y del servicio que presta la fiduciaria, como son los fideicomisos inmobiliarios e inversión”²⁰.

Por la naturaleza del fideicomitente se clasifica en fideicomiso público en donde el constituyente es una entidad estatal en contraposición al fideicomiso privado cuyo fideicomitente son particulares.

En nuestra legislación, el Consejo Nacional de Valores mediante resolución No. 4 expide el reglamento sobre negocios fiduciarios, en el

²⁰ Sergio Rodríguez Azuero, Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina, págs.379 y 380

art.17 clasifica a los fideicomisos mercantiles en: “fideicomisos de garantía, administración, inmobiliaria y de inversión”²¹.

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

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

- La inversión en instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por una misma entidad, no podrá exceder del veinte por ciento del activo total del fideicomiso mercantil y la inversión en

²¹ Reglamento sobre negocios fiduciarios, resolución del Consejo Nacional de Valores No. 4, publicada en el Registro Oficial 321 de 8 de Mayo del 2001.

instrumentos o valores emitidos, aceptados, avalados o garantizados por empresas vinculadas no podrá exceder del treinta por ciento del patrimonio de ese fideicomiso mercantil.

La inversión en el conjunto de instrumentos emitidos, aceptados, avalados o garantizados por compañías o empresas vinculadas a la fiduciaria, no podrá exceder del quince por ciento del patrimonio del fideicomiso. Se exceptúan de estos límites las inversiones en valores emitidos por el Banco Central del Ecuador y el Ministerio de Finanzas.

“En el caso de inversiones en acciones de sociedades anónimas inscritas en el Registro del Mercado de valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del quince por ciento de las acciones suscritas y pagadas por una misma sociedad; y, el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá exceder del quince por ciento del activo total de dicha emisora. Tratándose de inversiones en acciones de sociedades de capital no inscritas en el Registro del Mercado de Valores, el fideicomiso mercantil no podrá poseer más del treinta por ciento de las acciones suscritas y pagadas de dicha sociedad; el conjunto de inversiones en valores emitidos o garantizados por una misma sociedad de este tipo, no podrá ser superior al treinta por ciento del activo total de dicha emisora. Por lo demás, en todos los negocios fiduciarios de inversión con o sin fideicomitentes adherentes se dejará constancia en negrita, con

*caracteres no menores a una fuente tamaño 14, que el riesgo de pérdida de la inversión, es de exclusiva responsabilidad del inversionista dando durante la vigencia del fideicomiso, todo con base a cada uno de los contratos seleccionados y cuyos derechos han sido cedidos en fideicomiso*²².

El fideicomiso mercantil es usado también como forma de garantizar y asegurar el cumplimiento de los contratos.

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

Roberto González Torre indica que:

*“En nuestro país existe una tendencia a pensar que un fideicomiso es público en función de la calidad pública o privada de su fiduciario; lo cual tampoco es correcto porque la calificación de público de da con relación al constituyente*²³

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

²² Ob. Cit., pág. 154.

²³ Roberto González Torre, El Fideicomiso, págs. 152.

tienen que ser personas jurídicas de derecho público nacional⁵⁹ o extranjera. Es decir lo que define que un fideicomiso mercantil sea público o privado es la calidad del sujeto que aporta y constituye el fideicomiso sin depender del objeto del contrato del fideicomiso.

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

4.2.4. Titularización de activos en el Fideicomiso.- El fideicomiso mercantil es un instrumento jurídico para lograr la titularización de activos.

La titularización para el autor colombiano Juan Carlos Varón Palomino es:

“una operación jurídica compleja que tiene por finalidad la movilización de diversas clases de activos mediante la emisión y colocación de nuevos títulos, llamados títulos movilizados representativos de derechos sobre activos objeto de movilización y

*el cumplimiento oportuno de las prestaciones incorporadas en los valores emitidos con ocasión del proceso*²⁴

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

*“Es el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil, emitidos con cargo a un patrimonio autónomo. Los valores que se emitan como consecuencia de procesos de titularización constituyen valores en los términos de la presente Ley. No se podrán promocionar o realizar ofertas públicas de derechos fiduciarios sin haber cumplido previamente los requisitos establecidos por esta Ley para los procesos de titularización*²⁵.

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

- a) Valores representativos de deuda pública;
- b) Valores inscritos en el Registro del Mercado de Valores;
- c) Cartera de crédito;
- d) Activos y proyectos inmobiliarios; y,

²⁴ Juan Carlos Varon Palomino, “Portafolios de Inversión: La Norma y el Negocio”, Asociación de Fiduciarias de Colombia y Universidad de Los Andes, Bogotá, 1994, pág.127, citado por Roberto González Torre, El Fideicomiso, pág. 169.

²⁵ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de Mercado de Valores, Art. 138

e) Activos o proyectos susceptibles de generar flujos futuros determinables con base en estadísticas de los últimos tres años o en proyecciones de por lo menos tres años consecutivos, según corresponda.

Es decir que la titularización de activos es el proceso que consiste en la emisión de títulos susceptibles de ser colocados y negociados en el mercado bursátil, los cuales representan derechos sobre activos que existen o se espera que existan, a los cuales se tiene una expectativa de percibir algún rédito económico. El agente de manejo es el representante legal del fideicomiso mercantil con fines de titularización.

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

4.3. MARCO JURIDICO

Es importante iniciar indicando lo que dice nuestra Constitución de la República del Ecuador con referencia a mi investigación, para lo cual citaré los artículos referentes.

La Constitución establece los objetivos de la Política Fiscal, que en su Art. 285 dice “La Política Fiscal tendrá como objetivos específicos:

- 1.- El Financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos.
- 2.- La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.
- 3.- La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables”.

Es de vital importancia los ingresos que puede recibir el Estado, para lo cual debemos conocer que dice nuestra Constitución sobre el Presupuesto General del Estado, que indica en su Art. 292 “El Presupuesto General del Estado es el instrumento para la determinación y gestión de los ingresos y egresos del Estado, e incluye todos los ingresos y egresos del sector público, con excepción de los pertenecientes a la seguridad social, la banca pública, las empresas públicas y lo gobiernos autónomos descentralizados”.

Sobre el régimen tributario es necesario conocer que especifica nuestra Constitución, que dice en su Art. 300 “El régimen tributario se regirá por los principios de generalidad, progresividad, eficiencia, simplicidad administrativa, irretroactividad, equidad, transparencia y suficiencia recaudatoria. Se priorizarán los impuestos directos y progresivos.

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

Definitivamente es de vital importancia para el Estados los ingresos que puedan obtener a través de la recaudación tributaria, para poder cumplir primeramente con lo que especifica la Constitución, para el desarrollo de nuestro país y de todos nosotros.

4.3.1. Análisis de la Ley de Régimen Tributario Interno respecto del fideicomiso mercantil

La Ley de Régimen Tributario Interno, en su Art. 98, determina expresamente, al definir a la sociedad:

“Art. 98.- Definición de sociedad.- Para efectos de esta Ley el término sociedad comprende la persona jurídica; la sociedad de hecho; el fideicomiso mercantil y los patrimonios independientes o autónomos dotados o no de personería jurídica, salvo los constituidos por las Instituciones del Estado siempre y cuando los

*beneficiarios sean dichas instituciones; el consorcio de empresas, la compañía tenedora de acciones que consolide sus estados financieros con sus subsidiarias o afiliadas; el fondo de inversión o cualquier entidad que, aunque carente de personería jurídica, constituya una unidad económica o un patrimonio independiente de los de sus miembros*²⁶.

Por su parte el artículo 135 de la Ley de Mercado de Valores dispone:

“Responsabilidad tributaria. El fideicomiso mercantil tendrá la calidad de agente de recepción o de percepción respecto de los impuestos que al fideicomiso le corresponde retener y percibir en los términos de la legislación tributaria vigente.

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

Para todos los efectos consiguientes, la responsabilidad del fiduciario en relación con el fideicomiso que administra se regirá por las normas del Código Tributario.

²⁶ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de Régimen Tributario Interno, Art. 98.

El fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso.”²⁷

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

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

Art. 30 del Código Tributario

“La responsabilidad de los agentes de retención o de percepción es directa en relación al sujeto activo y por consiguiente son los únicos obligados ante éste en la medida en que se haya verificado la

²⁷ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de Mercado de Valores, Art. 135

retención o percepción de los tributos; y es solidaria con el contribuyente frente al mismo sujeto activo, cuando no se haya efectuado total o parcialmente la retención o percepción....”²⁸

El artículo 135 de la Ley de Mercado de Valores buscaba limitar al fideicomiso mercantil como agente de retención y percepción de las obligaciones tributarias contraídas. La administradora de fondos y fideicomisos mercantiles es la responsable por representación del fideicomiso mercantil del cumplimiento de las deudas tributarias contraídas por el patrimonio autónomo. Existe responsabilidad solidaria entre la fiduciaria y el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de los deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponda al fideicomiso.

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

“Es sujeto pasivo la persona natural o jurídica que, según la ley, está obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como responsable. Se considera también sujetos pasivos, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio independiente

²⁸ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Tributario, Art. 30

*de los de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria*²⁹.

Norma concordante con el art. 119 de la Ley de Mercado de Valores que señala:

*“El fideicomiso mercantil será el titular de los bienes que integran el patrimonio autónomo. El fiduciario ejercerá la personería jurídica y la representación legal del fideicomiso mercantil (...)”*³⁰

Por lo señalado, y de conformidad con la normativa legal vigente, el fideicomiso mercantil es una sociedad para todos los fines tributarios, y, por tanto debe cumplir con las obligaciones tributarias para las sociedades, a saber:

Art. 68.- Liquidación del Impuesto a la Renta de los fideicomisos mercantiles, fondos de inversión y fondos complementarios.- (Sustituido por el Art. 12 del D.E. 732, R.O. 434, 26-IV-2011).- Los fideicomisos mercantiles legalmente constituidos, que efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme lo señalado en la Ley de Régimen Tributario Interno, deberán liquidar y pagar el Impuesto a la Renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo con las normas generales.

²⁹ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Tributario, Art. 24

³⁰ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de Mercado de valores, Art . 119

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.

4.3.2. Análisis de la Ley de Mercado de Valores respecto del fideicomiso mercantil.

Los únicos valores que son emitidos por un fideicomiso, conforme lo prevé la Ley de Mercado de Valores son los que provienen de procesos de titularización cuando el mecanismo utilizado para titularizar sea un fideicomiso mercantil.

Los certificados de derechos fiduciarios, son simples certificaciones o constancias que extiende el fiduciario a petición del constituyente y/o

beneficiario, de su participación en el fideicomiso, conforme lo previsto en el respectivo contrato. No constituye este documento en manera alguna, un título valor por sí negociable en el mercado de valores, pues la Ley de Mercado de Valores no lo califica como tal.

Los derechos fiduciarios provenientes de fiducias mercantiles no pueden ser considerados títulos valores.

Al respecto, es necesario hacer determinadas precisiones sobre conceptos fundamentales en el mercado de valores:

El artículo 2 de la Ley de Mercado de Valores señala que:

“Se considera valor al derecho o conjunto de derechos de contenido esencialmente económico, negociables en el mercado de valores, incluyendo, entre otros, acciones, obligaciones, bonos, cédulas, cuotas de fondos de inversión colectivos, contratos de negociación a futuro o a término, permutas financieras, opciones de compra o venta, valores de contenido crediticio de participación y mixto que provengan de procesos de titularización, y otros que determine el Consejo Nacional de Valores”³¹.

El artículo 3 ibídem establece que:

³¹ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de mercado de Valores, Art. 2

“El Mercado de Valores utiliza los mecanismos previstos en la Ley para canalizar los recursos financieros hacia las actividades productivas, a través de la negociación de valores en los segmentos bursátil y extrabursátil”³².

Se entiende por mercado bursátil el conformado por ofertas, demandas y negociaciones de valores inscritos en el Registro de Mercado de Valores y en las bolsas de valores, realizadas en éstas por los intermediarios de valores autorizados de acuerdo con lo establecido en la Ley de Mercado de Valores; y por mercado extrabursátil el que se desarrolla fuera de las bolsas de valores, con la participación de intermediarios de valores autorizados e inversionistas institucionales con valores inscritos en el Registro de Mercado de Valores.

Se entiende además por negociaciones privadas de valores, las realizadas en forma directa entre comprador y vendedor sin la intervención de intermediarios de valores, sobre títulos no inscritos en el Registro del Mercado de Valores.

Doctrinariamente deben entenderse por TITULOS VALORES a los documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora y por TITULOS EJECUTIVOS a los que traen aparejadas ejecución; o sea, aquellos en virtud de los cuales cabe proceder sumariamente al embargo y venta de bienes del deudor

³² Ob. Cit. Art. 3

moroso, a fin de satisfacer el capital o principal debido, mas los intereses y costas.

El derecho literal según lo establece Bernardo Trujillo en su obra "De los Títulos Valores" implica que:

“El título valor vale por lo que dice textualmente y en cuanto lo dice conforme a unas normas cambiarias. Se dice que lo no escrito ni obliga ni confiere derechos”³³.

El Art. 229 de la Ley de Mercado de Valores determina que:

“Los valores a los que se refiere el Art. 2 de la misma Ley, tiene el carácter de títulos valor, y en consecuencia incorporan un derecho literal y autónomo que se ejercita por su portador legitimado según la Ley y constituyen títulos ejecutivos, para los efectos previstos en el Art. 423 del Código de Procedimiento Civil, y conforme la ley de su circulación determinada en la misma norma, pueden ser emitidos: Nominativos, cuya circulación es por cesión cambiaria; a la orden, en cuyo caso su transmisión opera vía endoso; y, al portador operándose la transferencia del título por la simple entrega. Si el valor es desmaterializado y consta en una anotación

³³ TRUJILLO, Bernardo, De los títulos valores; Edit. ASTREA, Pág. 61

*en cuenta, la transferencia se perfecciona con la anotación en el registro del depósito correspondiente*³⁴.

4.3.2.1. DERECHOS PERSONALES: DERECHOS FIDUCIARIOS

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

El artículo 136 de la Ley de Mercado de Valores, determina en forma clara, que los derechos que devienen de la relación fiduciaria, tiene el carácter de derechos personales, al señalar que:

*“Quien tenga derechos contractuales derivados de un contrato de fideicomiso, como constituyente adherente o beneficiario los deberán contabilizar en sus libros en atención a que las transferencias de bienes efectuadas en fideicomiso mercantil se hacen en beneficio del propio constituyente o del beneficiario, según el caso. Tal registro contable es de responsabilidad exclusiva de los titulares de los derechos fiduciarios, los cuales tienen carácter esencialmente personal”*³⁵.

³⁴ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de mercado de Valores, Art. 229

³⁵ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de mercado de Valores, Art. 136

Cabe recordar que los derechos personales conforme los define el Art. 615 del Código Civil son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la Ley, han contraído las obligaciones correlativas. Los elementos constitutivos del derecho personal son tres: acreedor, deudor y cosa objeto de la obligación.

El derecho real, es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona, de acuerdo a lo determinado en el Art. 614 del Código Civil. Son derechos reales, el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca.

Según Barros Errazuriz,

“el derecho real por excelencia es el derecho de propiedad o dominio el cual somete una cosa a nuestra exclusiva y absoluta voluntad, atribuyéndonos el goce de todas las ventajas que ella puede proporcionarnos y la facultad de disponer de ella arbitrariamente, sin más límites que la ley y el derecho ajeno”³⁶.

Esos derechos personales, que devienen de la relación fiduciaria, son transmisibles vía cesión en los términos previstos en el Título XXIV del

³⁶ Citado por: Diego Gómez de la Torre Reyes, El fideicomiso mercantil, págs.31

Código Civil, pues la cesión es la transmisión de derechos personales que al acreedor le pertenecen.

Es importante destacar que la transferencia de dominio de los bienes realizada por el constituyente al patrimonio autónomo administrado por el fiduciario, conlleva el ejercicio de derechos y el cumplimiento de obligaciones derivadas de la naturaleza jurídica del contrato de fideicomiso y de lo dispuesto por la Ley, ello por cuanto la transferencia de dominio es temporal e irrevocable.

En efecto, el primero de los derechos que corresponde al fideicomitente por la transferencia de dominio efectuada a título de fideicomiso mercantil, es el derecho a que la fiduciaria le restituya el bien materia de la transferencia o el producto de su administración al cumplimiento del plazo o la condición fijada en el contrato, en el caso de que el fideicomitente sea a la vez beneficiario, o haya reservado para sí derechos, o en el evento de que por cualquier causa los bienes o derechos no puedan ser entregados al beneficiario designado o en caso de falta o ausencia de éste.

La designación en el contrato de fideicomiso de un beneficiario distinto del constituyente, es de por sí ya un acto de disposición, ello por cuanto ya no existiría un “derecho” que corresponda al constituyente y por tanto el registro que debería realizar es un egreso patrimonial.

En la misma forma en que los socios o accionistas no son dueños de todo o parte de los bienes de la compañía, la calidad de beneficiario de un fideicomiso no da a la persona natural o jurídica designada como tal en un contrato, la calidad de copropietario de los bienes transferidos al fideicomiso.

Por el contrato de fideicomiso mercantil la propiedad se radica en el fideicomiso y no en los intervinientes en la figura y los derechos que corresponden al constituyente o al beneficiario son de carácter personal y no real contra el fiduciario que es el administrador del fideicomiso mercantil.

El artículo 113 de la Ley de Mercado de Valores establece que:

“No existe pago de impuestos en la transferencia que realiza el constituyente al fideicomiso y la que realiza este último al propio constituyente; lo que implica que en caso de que se transfieran las cuotas de participación (derechos fiduciarios) a un tercero y este desee la restitución del bien, le corresponderá el pago de los impuestos que genere tal transferencia. No existe un título valor que lleve implícito el cumplimiento de obligaciones dinerarias”³⁷.

Las cuotas de participación fiduciaria en un fideicomiso mercantil son derechos personales o créditos que se tiene respecto de la fiduciaria,

³⁷ CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de mercado de Valores, Art. 113

susceptibles de transferencia por cesión ordinaria en la forma establecida para el efecto por los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, cesión que implica la sujeción a los términos y condiciones establecidas en el contrato y la expectativa de recibir el bien una vez concluidas las instrucciones irrevocables impartidas por el constituyente.

Como mencioné anteriormente, la Ley de Mercado de Valores en su Art. 113 determina que la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita; y, por esta consideración 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; sin embargo, la Ley de Régimen Tributario Interno en su Art. 98 señala en forma expresa que el fideicomiso mercantil se encuentra comprendido dentro del término sociedad; por lo que al ser considerada una persona jurídica se encuentra sujeta al pago de todos los impuestos previstos en la norma tributaria; además de aquellos establecidos en cada Gobierno Municipal.

Esta circunstancia establece la contraposición de dos normas legales contenidas en leyes especiales sobre un mismo acto; por lo que considerando que el fideicomiso mercantil se trata de un negocio jurídico que personalmente creo tiene carácter oneroso desde el momento de su nacimiento; y, considerando que los tributos forman uno de los ingresos

más importantes del Presupuesto General del Estado; es necesario reformar la Ley de Mercado de Valores, por la cual se debe establecer en forma expresa la característica onerosa de los contratos de fideicomiso mercantil, además de determinar la normativa legal suficiente que permita establecer el porcentaje de pago de impuestos directos e indirectos; y, los casos en que debe operar una exención tributaria.

4.4 LEGISLACION COMPARADA

Es importante conocer a nivel general cómo funcionan los Fideicomisos Mercantiles en otros países latinoamericanos, en este caso escogí México por tener un mercado desarrollado en temas de Fideicomisos Mercantiles y Perú por la cercanía que tiene con nuestro país, esto nos permitirá tener una referencia válida de cómo estamos con respecto a estos países en lo referente a los Fideicomisos Mercantiles.

4.4.1 Fideicomiso Mercantil en México

El Fideicomiso Mercantil está regulado en México por la Ley General de títulos y Operaciones de Crédito, en esta ley se determina la definición del Fideicomiso en su Art. 381 “En virtud del fideicomiso, 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, encomendado la realización de dichos fines a propia institución fiduciaria”.

Las partes que conforman un Fideicomiso son: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario.

El fideicomitente es quien transmite la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, deben ser persona física o moral con la

capacidad necesaria para hacer la afectación de bienes que el Fideicomiso implica.

El fiduciario que es quien administra el Fideicomiso, solo podrán ser las instituciones autorizadas por la Ley.

El Fideicomisario es el o los beneficiarios del contrato del Fideicomiso.

En esta estructura es similar a nuestra legislación ya que tenemos las mismas partes que conforman el Fideicomiso.

En referencia a la transferencia a título de Fideicomiso en lo que respecta a impuestos, puedo referir que desde el punto de vista fiscal toda transmisión de propiedad implica el pago de impuestos, pero en México tienen la excepción de pago de impuestos cuando se realiza la transferencia de títulos de inmuebles a través de un Fideicomiso Inmobiliario, en el cual el fideicomitente se reserva el derecho de adquirir el título de propiedad de los inmuebles fideicomitados al cumplirse ciertas condiciones o requisitos. Con la inclusión de estas cláusulas que se les denomina de reversión de derechos de título, implica que los impuestos federales queden diferidos hasta que los inmuebles fideicomitados se transfieran por parte del fiduciario a una tercera parte o cuando el fideicomitente pierde el derecho de reversión del título de propiedad por cualquier circunstancia.

Podemos realizar la comparación con nuestra legislación, la cual es muy similar con respecto a la estructura, las partes y como se constituye, pero en México tienes especificado cuando queda diferido el pago de impuestos en la transferencia a título de Fideicomiso.

4.4.2 Fideicomiso Mercantil en Perú

En Perú se conoce como Fideicomiso Bancario, el cual está regulado por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y por la Resoluciones emitidas por la Superintendencia de Bancos, como la 1010-99 que emite el Reglamento de Fideicomisos y de las Empresas de Servicios Fiduciarios.

En la Ley 26702 en su Art. 241 indica el concepto del Fideicomiso que dice “El Fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente (o aportante) transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominado fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicomitado, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico a favor del fideicomisario. El patrimonio fideicomitado es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes”.

Al igual que en nuestro país y en México, en Perú el Fideicomiso tiene tres partes:

El Fideicomitente que es el constituyente del Fideicomiso y que trasfiere los bienes.

El Fiduciario que es la institución que realizará la administración del Fideicomiso.

El Fideicomisario que es el beneficiario del Fideicomiso.

La diferencia con la legislación de nuestro país y de México radica que en el Perú no se transfiere la propiedad de los bienes que constituirán el patrimonio autónomo sino el dominio sobre los mismos.

En la Ley se define al dominio fiduciario como: “El dominio fiduciario es el derecho de carácter temporal que otorga al fiduciario las facultades necesarias sobre el patrimonio fideicomitado, para el cumplimiento del fin o fines del fideicomiso, con las limitaciones establecidas en el acto constitutivo, se ejerce desde la transferencia de los bienes objeto del fideicomiso, salvo disposición contraria establecida en el acto constitutivo, hasta el término del fideicomiso”.

En este caso en lo que se refiere a los impuestos por la transferencia a título de Fideicomiso no tienen porque no transfieren la propiedad sino el dominio de los bienes que aportan al patrimonio autónomo. Esto es una gran diferencia con la legislación ecuatoriana en materia de Fideicomisos.

5. MATERIALES Y METODOS

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, referente a la **“REFORMA A LA LEY DE MERCADO DE VALORES RESPECTO AL PAGO DE TRIBUTOS DE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES”**; utilicé el método científico y dentro de él y como métodos auxiliares hice uso de la inducción a fin de obtener de los casos particulares observados una ley general válida también para los no observados. De esta manera pude analizar el problema como parte principal del estudio lo que me ayudó para realizar un análisis crítico de los aspectos que lo constituyen y lo rodean.

Apliqué además, algunas referencias históricas para lo cual he utilizado el materialismo histórico que me permitió conocer los aspectos que encierran la evolución histórica desde los inicios de esta figura jurídica hasta los actuales momentos, para caracterizar objetivamente el tema planteado con la finalidad de entenderlo como un proceso histórico que aún sigue evolucionando en todos sus aspectos.

En lo referente a las técnicas de investigación, utilice, las siguientes técnicas:

Lectura científica.- Para recolectar datos de la bibliografía especializada de una manera objetiva.

Encuestas.- Con esta técnica investigativa obtuve la información mediante un cuestionario de siete preguntas aplicadas a treinta abogados en libre ejercicio profesional. La información recogida fue tabulada manualmente para obtener datos estadísticos para verificar la hipótesis planteada.

Con la finalidad de obtener suficiente información que me permita desarrollar el sumario de la investigación jurídica, utilicé la técnica del fichaje, con fichas bibliográficas, hemerográficas y mnemotécnicas.

Recogida toda la información, procedí a analizarla objetivamente mediante tablas y cuadros estadísticos, para verificar los objetivos e hipótesis y para el planteamiento de las conclusiones y recomendaciones y de la propuesta jurídica de reforma.

6. RESULTADOS

6.1. PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS

De acuerdo al tema de la presente investigación jurídica denominada: ***“REFORMA A LA LEY DE MERCADO DE VALORES RESPECTO AL PAGO DE TRIBUTOS DE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES”***, he recurrido a la técnica de la encuesta como soporte para la estructura y desarrollo de la temática propuesta, la misma que ha sido aplicada a 30 profesionales del derecho de la ciudad de Quito con la finalidad de hacer una recopilación de información necesaria. A continuación me permito exponer los resultados alcanzados luego de la aplicación de la técnica de recolección de información implementada:

Resultados de las Encuestas

Primera Pregunta.

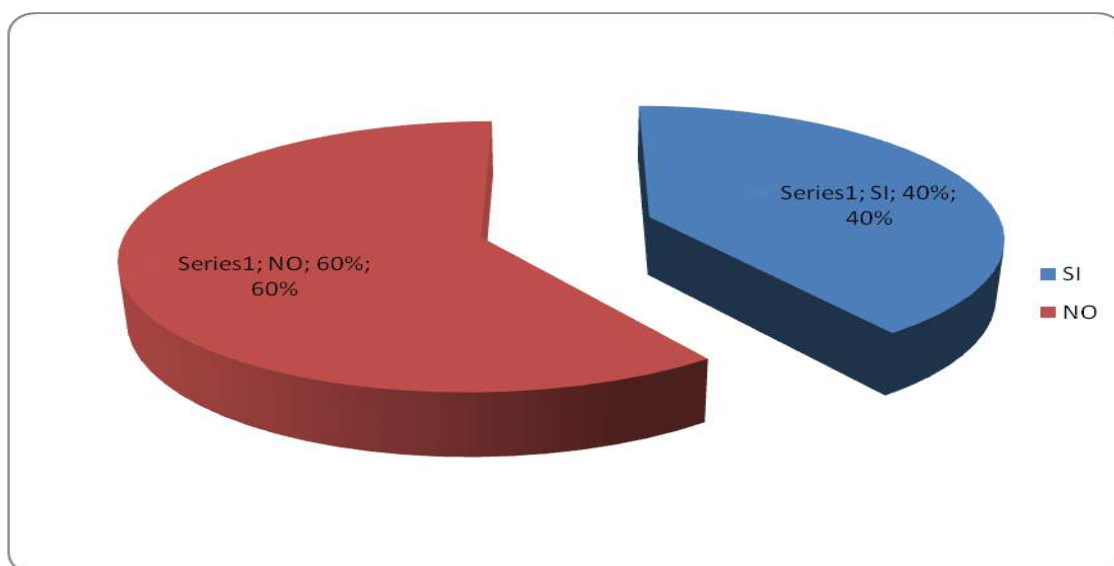
¿Considera usted que nuestra Ley de Mercado de Valores y ley de régimen Tributario Interno, así como el Código Tributario es actualizada conforme las nuevas corrientes del Derecho, especialmente en lo que respecta a los fideicomisos mercantiles?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	12	40%
NO	18	60%
TOTAL	30	100%

Autor: Jaime Esteban Ramírez

Fuente: Población encuestada

GRAFICO NRO. 1



Interpretación:

Del total de la población encuestada, 18 personas que representan el 60% respondieron que consideran que toda la legislación que respecta al ámbito financiero en nuestro país no está actualizada respecto de nuevas corrientes del derecho; mientras que 12 personas que representan el 40%, respondieron que nuestra legislación se encuentra actualizada; y, que además existe normativa interna para cada caso que puede llenar los vacíos existentes de la ley general.

Análisis

En esta pregunta la mayoría de encuestados piensan que nuestra legislación con respecto al Mercado de Valores y al Régimen Tributario no está actualizada, que deberían realizarse reformas que permitan estar acorde a los momentos actuales. También hay encuestados que creen que con la legislación actual está regulado el Mercado de Valores y el Régimen Tributario, además que complementariamente salen regulaciones que permiten aclarar vacíos que pueden existir en las Leyes.

Segunda Pregunta.

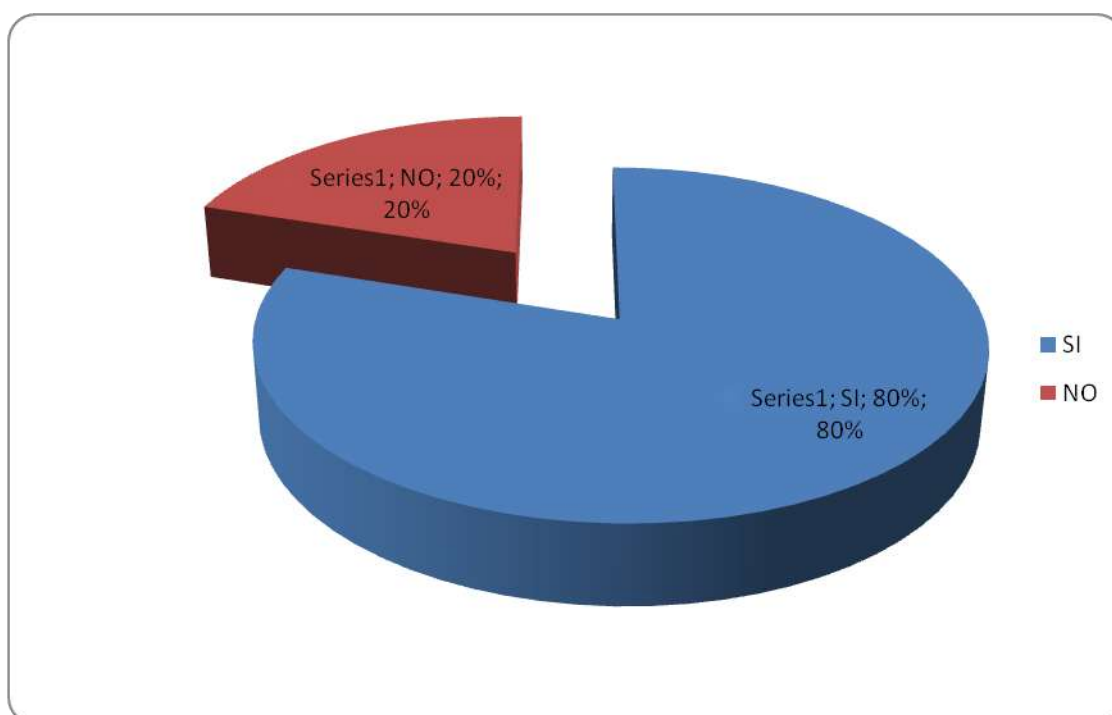
¿Según su criterio, considera usted que los fideicomisos mercantiles en nuestro país, se aplican muy esporádicamente y que por tanto los beneficios que pueden otorgar son desconocidos por la sociedad en general?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

Autor: Jaime Esteban Ramírez

Fuente: Población encuestada

GRAFICO NRO. 2



Interpretación:

Del universo encuestado el 80 % es decir 24 encuestados respondieron que en general las normas del sistema financiero y derecho económico, son manejadas por pocas personas; y, que en el caso específico de los fideicomisos mercantiles, esta normativa ni siquiera ha sido socializada, por lo que los posibles beneficios en caso de existirlos, son completamente desconocidos; y, los 6 encuestados restantes es decir el 20% dicen que los aspectos contemplados en cuanto a beneficios son difundidos para quien constituya un fideicomiso, pero que la ley es de conocimiento general.

Análisis

En esta pregunta la mayoría piensa que no hay el suficiente conocimiento de la población sobre los beneficios que brinda el Fideicomiso Mercantil, por lo cual creen que el mismo es aplicable esporádicamente y no con la frecuencia que podría existir. Pero hay un porcentaje minoritario que si cree que hay la información adecuada de los Fideicomisos Mercantiles y sus beneficios, especialmente porque está incluido en la Ley de Mercado de Valores y las compañías que se dedican a la administración de Fideicomisos hacen una labor comercial importante para difundir entre sus potenciales clientes los beneficios que brindan. También relevante indicar que este porcentaje minoritario de encuestados pueden tener una experiencia en el manejo y administración de Fideicomisos.

Tercera Pregunta.

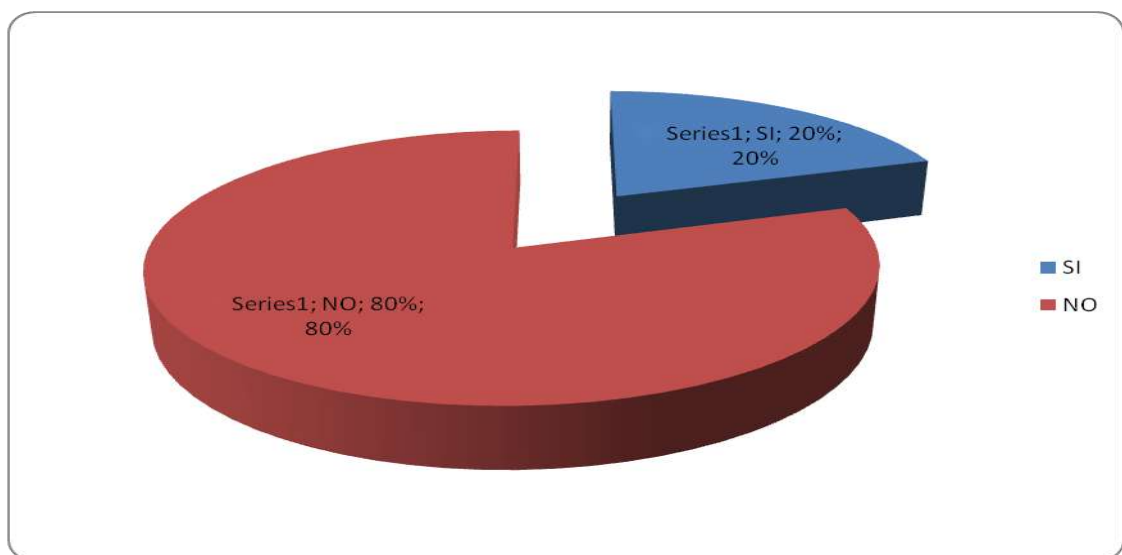
¿Según su experiencia profesional, considera usted que el fideicomiso mercantil constituye una figura jurídica muy poco utilizada en nuestro país?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	6	20%
NO	24	80%
TOTAL	30	100%

Autor: Jaime Esteban Ramírez

Fuente: Población encuestada

GRAFICO NRO. 3



Interpretación:

Del total de encuestados encontramos que el 80% considera que no es que los fideicomisos mercantiles sean poco utilizados, sino que debido a la falta de sociabilización, las personas que no esten involucradas en el campo del derecho económico, dificilmente podrían interesarse en el tema, sin embargo los beneficios pueden ser ventajosos; y, un 20% considera que en el sistema económico la figura jurídica del fideicomiso mercantil, se utiliza con frecuencia, con muy buenos resultados.

Análisis

En esta pregunta hay una minoría que piensa que se utiliza muy poco el Fideicomiso mercantil en nuestro país, no han tenido experiencia con Fideicomisos o la necesidad de constituir uno, por lo cual no están muy enterados de su aplicabilidad en el mercado. Al contrario, la mayoría está segura que el Fideicomiso Mercantil es muy utilizado en nuestro país, especialmente en lo que tiene que vez en la actividad de la construcción, la cual ha tenido en los últimos años un desarrollo importante. Estos encuestados puede ser que ha tenido una experiencia en la constitución de Fideicomisos Mercantiles o están informados de su utilización.

Cuarta Pregunta.

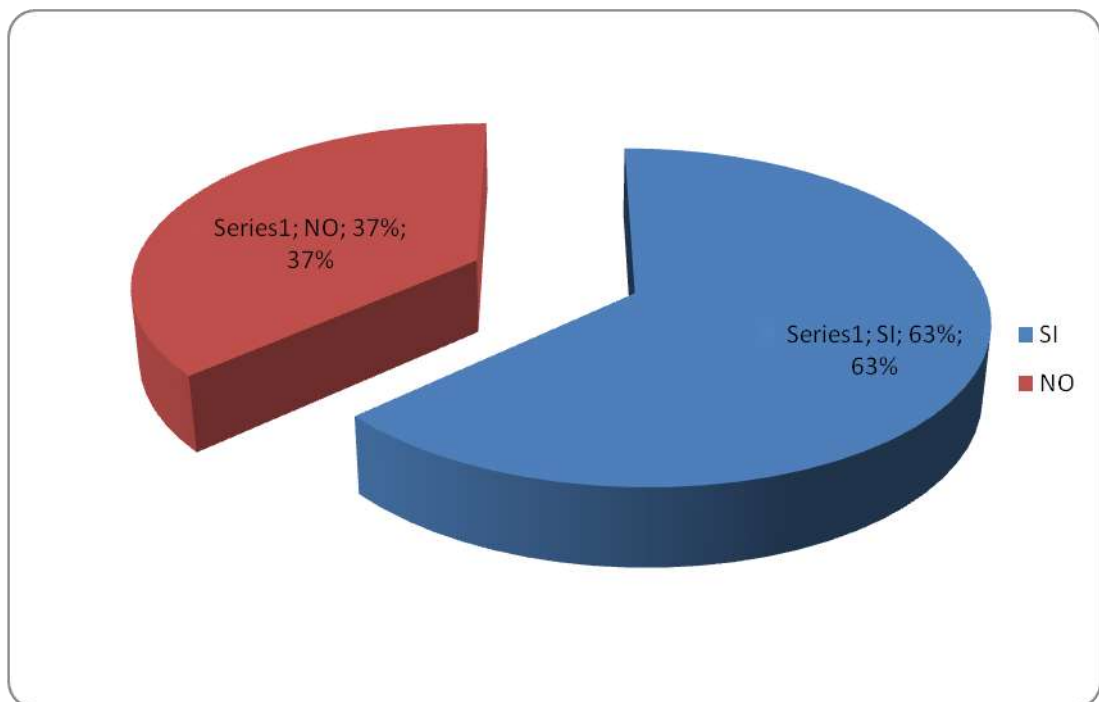
¿Según su criterio y experiencia profesional, el fideicomiso mercantil es una persona jurídica de naturaleza distinta a las sociedades en general?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
NO	19	63,33%
SI	11	36,67%
TOTAL	30	100%

Autor: Jaime Esteban Ramírez

Fuente: Población encuestada

GRAFICO NRO.4



Interpretación:

A efecto de análisis contabilizamos los criterios de las personas encuestadas entonces manifestamos que 63,33% es decir 19 personas consideran que en nuestro ordenamiento jurídico y a nivel latinoamericano al menos el fideicomiso mercantil como persona jurídica no difiere del concepto de sociedad; mientras que un 36,67% considera que en efecto son personas diferentes, debido a su conformación, elementos y naturaleza jurídica, por lo que no puede incluirse en el concepto general de sociedad al fideicomiso mercantil.

Análisis

La mayoría de encuestados en esta pregunta piensan que el Fideicomiso Mercantil no es una persona jurídica que tiene una naturaleza distinta a las sociedades en general, ya que el Fideicomiso puede realizar actividades como una sociedad comercial, ya que dependerá de las instrucciones que existan por parte de los constituyentes con respecto a las actividades que deben realizar, entre esas han tenido experiencias que hay Fideicomisos que administran procesos productivos y realizan la labor comercial, es decir, similar a lo que cualquier sociedad comercial realizaría. Por otro lado la minoría señala que el Fideicomiso Mercantil es distinto a las sociedades en general, que tiene otros aspectos que los hace diferente y que no deberían incluirse en la definición de sociedades.

Quinta Pregunta

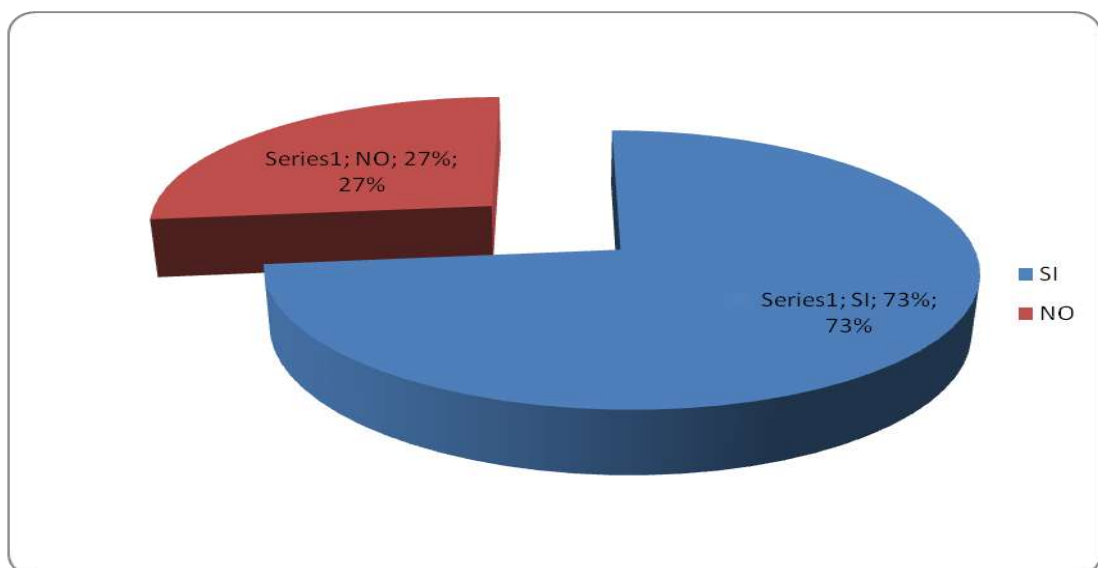
¿Considera usted, que en cuanto a jerarquización de normas, tanto la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Régimen Tributario Interno, gozan de la misma jerarquía, por lo tanto en confrontación de normas ninguna de las dos leyes mencionadas prevalece sobre la anterior?

<i>VARIABLE</i>	<i>FRECUENCIA</i>	<i>PORCENTAJE</i>
<i>SI</i>	<i>22</i>	<i>73,33%</i>
<i>NO</i>	<i>8</i>	<i>26,67%</i>
<i>TOTAL</i>	<i>30</i>	<i>100%</i>

Autor: Jaime Esteban Ramírez

Fuente: Población encuestada

GRAFICO NRO. 5



Interpretación:

En esta pregunta, un 73.33% del total de encuestados, considera que en efecto los cuerpos legales mencionados se ubican en el mismo nivel de jerarquización de normas; y, un 26,67% considera que si bien son normas de igual jerarquía, aquellas normas del sistema financiero siempre prevalecen.

Análisis

Los encuestados en su mayoría piensan que las dos leyes tienen la misma jerarquía, por lo tanto, ninguna prevalece sobre la otra, son normas que se refieren al tema del Fideicomiso Mercantil, además creen que si hay discrepancias entre ellas, deben ser reformadas para solucionar las mismas. Por otro lado, la minoría responde que no gozan de la misma jerarquía, piensan que la Ley de Régimen Tributario Interno por la importancia que tiene en la recaudación de tributos y su aporte al Presupuesto General del Estado debería prevalecer sobre la Ley de Mercado de Valores para poder resolver las discrepancias entre ellas.

Sexta Pregunta:

¿En el mismo sentido de la pregunta anterior, considera usted, que entre la norma prevista en el Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores y el Art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, en lo que respecta a la determinación de los fideicomisos mercantiles como

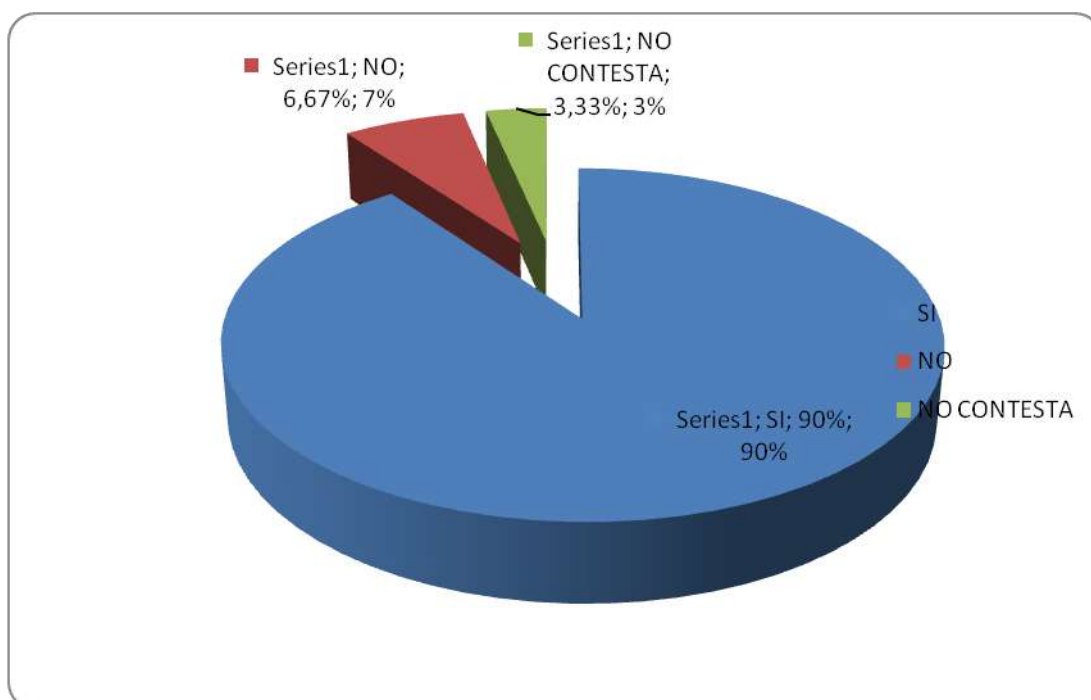
una sociedad a efectos del pago de impuestos, existe una contradicción que afectaría la normal aplicación de cualquiera de las normas mencionadas anteriormente?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90 %
NO	2	6,67%
NO CONTESTA	1	3,33%
TOTAL	30	100%

Autor: Jaime Esteban Ramírez

Fuente: Población encuestada

GRAFICO NRO. 6



Interpretación

En esta pregunta, un 90% del total de encuestados, considera que de la lectura de las normas anteriormente mencionadas en efecto se puede determinar una contradicción en cuanto al cobro de impuestos para el fideicomiso mercantil, circunstancia que constituye un gran vacío legal que debe solventarse; un 6,67% considera que no existe tal vacío legal ya que la Ley de Régimen Tributario Interno esta por sobre la Ley de Mercado de Valores al ser una ley especialísima; y; un 3,33% no contesta a esta pregunta.

Análisis

En esta pregunta un gran porcentaje de encuestados creen que si existe una contradicción entre las dos normas referente al Fideicomiso Mercantil, ya que en la Ley de Régimen Tributario Interno al Fideicomiso Mercantil lo cataloga dentro de la definición de sociedades, es decir, con la obligatoriedad de cumplir con los pagos de los tributos que les corresponden; y, en la Ley de Mercado de Valores establece que la transferencia a título de Fideicomiso no es onerosa ni gratuita.

El porcentaje mínimo de encuestados piensan que no se contradicen, la falta de un conocimiento más detallados y experiencia en el tema hacen que tengan este criterio.

Séptima Pregunta

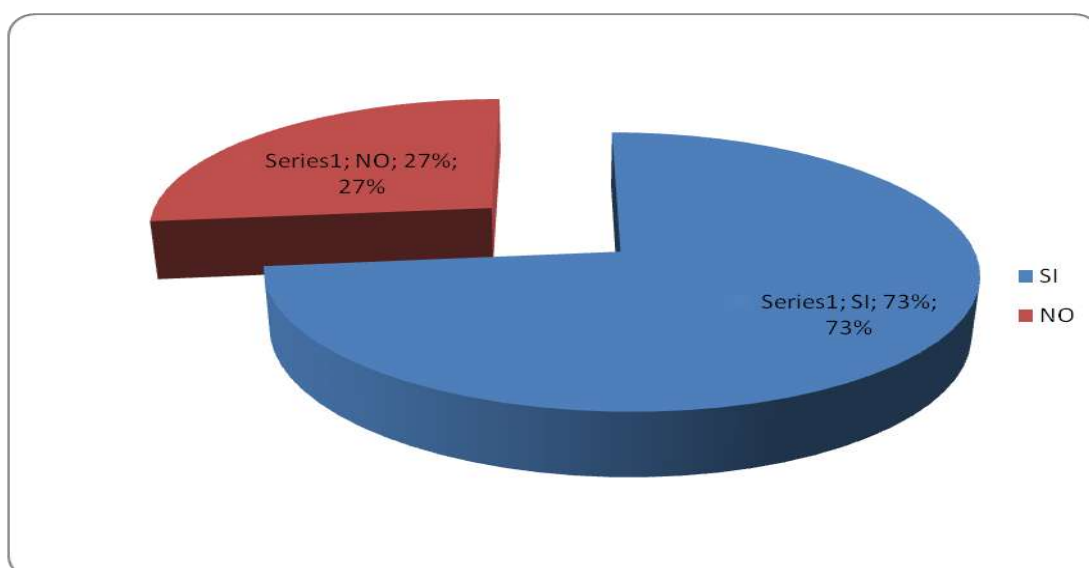
¿Considera usted, tomando en consideración la pregunta anterior, se debe reformar la Ley de Mercado de Valores, estableciendo lo necesario con respecto al pago de impuestos de los fideicomisos mercantiles, como personas jurídicas denominadas sociedades?

<i>VARIABLE</i>	<i>FRECUENCIA</i>	<i>PORCENTAJE</i>
<i>SI</i>	22	73,33%
<i>NO</i>	8	26,67%
<i>TOTAL</i>	30	100%

Autor: Jaime Esteban Ramírez

Fuente: Población encuestada

GRAFICO NRO. 7



Interpretación:

En esta pregunta, un 73.33% del total de encuestados, considera que en para evitar una contraposición de normas si se debe reformar al ley de Mercado de Valores en el sentido de que debe cancelar impuestos por ser una sociedad; y, un 26,67% considera que no es necesario.

Análisis

El mayor porcentaje de encuestados están de acuerdo que se debe realizar una reforma a la Ley de Mercado de Valores con respecto al pago de las obligaciones tributarias del Fideicomiso Mercantil, con el propósito que no existan contradicciones con otras normas, por el contrario deberían ser complementarias para tener un marco jurídico más claro.

El menor porcentaje de encuestados piensan que no debería realizarse ninguna reforma ya que para ellos las normas están claras y se puede solucionar cualquier contradicción con las normas específicas que se crean para estos temas o aclaraciones necesarias por las instituciones de control.

6.2 ANALISIS DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

Las personas entrevistadas, funcionarios públicos; y, abogados del libre ejercicio que nos ayudaron con su criterio al respecto de este tema.

PRIMERA ENTREVISTA

Nombre: Funcionaria de la Superintendencia de Compañías.

1.- ¿Considera usted que nuestra Ley de Mercado de Valores y Ley de Régimen Tributario Interno, así como el Código Tributario es actualizada conforme las nuevas corrientes del Derecho, especialmente en lo que respecta a los fideicomisos mercantiles?

En nuestro país, la legislación en lo que respecta al Derecho Económico o Financiero, no ha alcanzado una evolución que pudiera denominarse avanzada. En realidad la normativa que regula las actividades financieras en general es muy básica; y, cubre muy pocos aspectos; bien podemos considerar que en general en derecho financiero y en forma específica lo relativo a fideicomisos mercantiles cuenta con una legislación muy poco actualizada y con muchas cargas que la tornan además de ineficiente, en muchos casos inaplicable.

2.- ¿Según su criterio, considera usted que los fideicomisos mercantiles en nuestro país, se aplican muy esporádicamente y que

por tanto los beneficios que pueden otorgar son desconocidos por la sociedad en general?

Los fideicomisos mercantiles en el Ecuador se constituyen en una institución jurídica muy poco publicitada; poco conocida; y poco o casi nada utilizada; y su uso se ha relegado a un determinado sector de las finanzas, a grandes grupos que manejan ingentes capitales; pero el común del ciudadano desconoce los beneficios que de un fideicomiso se pueden derivar.

3.- ¿Según su experiencia profesional, considera usted que el fideicomiso mercantil constituye una figura jurídica muy poco utilizada en nuestro país?

Como señalé anteriormente su utilización es mínima ya que es una figura utilizada por grupos económicos poderosos que no precisamente constituyen la mayoría en nuestro país.

4.- ¿Según su criterio y experiencia profesional, el fideicomiso mercantil es una persona jurídica de naturaleza distinta a las sociedades en general?

Personalmente considero que un fideicomiso si difiere de una sociedad. Si nos referimos a una sociedad nos estamos refiriendo a la voluntad de incursionar en actividades mercantiles por parte de una o varias personas; con la finalidad de obtener utilidades. El fideicomiso mercantil por su

parte, si bien también se basa en la voluntad constitutiva de al menos dos personas; las utilidades dependen de la figura o efecto para el que se haya creado; por lo que no en todos los casos se pueden asimilar a un contrato de sociedad.

5.- ¿Considera usted, que en cuanto a jerarquización de normas, tanto la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Régimen Tributario Interno, gozan de la misma jerarquía, por lo tanto en confrontación de normas ninguna de las dos leyes mencionadas prevalece sobre la anterior?

La Constitución de la República del Ecuador, es clara, nuestra legislación ya no se basa en cuanto a organización jerárquica de normas en lo que se nos señalaba en la Pirámide de Kelsen; actualmente en cuanto a jerarquización de normas se debe estar a lo determinado en el Art. 425 de la Carta Magna del Estado; y, con respecto a la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Régimen Tributario Interno; nos encontramos frente a dos leyes ordinarias de igual grado, por lo que en contraposición de normas ninguna tiene supremacía sobre la otra ley.

6. ¿En el mismo sentido de la pregunta anterior, considera usted, que entre la norma prevista en el Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores y el Art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, en lo que respecta a la determinación de los fideicomisos mercantiles como una sociedad a efectos del pago de impuestos, existe una

contradicción que afectaría la normal aplicación de cualquiera de las normas mencionadas anteriormente?

Revisadas las normas si, existe en efecto una contradicción y bastante grave, tomando en cuenta que se trata de dos aspectos importantes; en primer lugar la carga de impuestos; y, en segundo lugar que estos impuestos alimentan al Presupuesto General del Estado; por lo que debe aclararse; si el fideicomiso mercantil es o no una sociedad; y si por tanto debe cumplir con los impuestos señalados para las sociedades por la leyes tributarias.

7. ¿Considera usted, tomando en consideración la pregunta anterior, se debe reformar la Ley de Mercado de Valores, estableciendo lo necesario con respecto al pago de impuestos de los fideicomisos mercantiles, como personas jurídicas denominadas sociedades?

Anteriormente mencioné que no todos los fideicomisos pueden equipararse a un contrato de sociedad; sin embargo considero que si se debe reformar la Ley de Mercado de Valores; pero debería establecerse una escala tipo; o cargas de impuestos en cuanto al tipo de fideicomiso, a efectos de no deteriorar aún más esta importante figura jurídica.

SEGUNDA ENTREVISTA

Nombre: Funcionario del Banco Central del Ecuador.

1.- ¿Considera usted que nuestra Ley de Mercado de Valores y Ley de Régimen Tributario Interno, así como el Código Tributario es actualizada conforme las nuevas corrientes del Derecho, especialmente en lo que respecta a los fideicomisos mercantiles?

No, se sabe a ciencia cierta que la legislación ecuatoriana en general requiere una actualización. El derecho como sabemos no es constante, cambia con frecuencia; y mucha de la legislación ecuatoriana aún se basa en principios descontinuados. Con respecto a fideicomisos mercantiles existe aún una mayor desactualización por tratarse de una figura jurídica poco conocida.

2.- ¿Según su criterio, considera usted que los fideicomisos mercantiles en nuestro país, se aplican muy esporádicamente y que por tanto los beneficios que pueden otorgar son desconocidos por la sociedad en general?

Los fideicomisos mercantiles en el Ecuador son utilizados solamente por muy pocas empresas, por el Estado; los particulares en la mayoría de los casos no saben siquiera a que se refiere o que regula esta figura jurídica.

3.- ¿Según su experiencia profesional, considera usted que el fideicomiso mercantil constituye una figura jurídica muy poco utilizada en nuestro país?

Si, muy poco utilizada y muy poco conocida.

4.- ¿Según su criterio y experiencia profesional, el fideicomiso mercantil es una persona jurídica de naturaleza distinta a las sociedades en general?

No, considero que el fideicomiso mercantil es una sociedad; ya que nos estamos refiriendo, como su nombre lo indica a un acto de comercio, un acto mercante; constituido con demás elementos similares a una sociedad.

5.- ¿Considera usted, que en cuanto a jerarquización de normas, tanto la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Régimen Tributario Interno, gozan de la misma jerarquía, por lo tanto en confrontación de normas ninguna de las dos leyes mencionadas prevalece sobre la anterior?

El Art. 425 de la Constitución determina la jerarquización de normas en nuestro país, dos leyes ordinarias se encuentran al mismo nivel.

6. ¿En el mismo sentido de la pregunta anterior, considera usted, que entre la norma prevista en el Art. 113 de la Ley de Mercado de

Valores y el Art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, en lo que respecta a la determinación de los fideicomisos mercantiles como una sociedad a efectos del pago de impuestos, existe una contradicción que afectaría la normal aplicación de cualquiera de las normas mencionadas anteriormente?

Si existe una contradicción, pero personalmente considero que es la Ley de Mercado de Valores la que omite considerar como en efecto se trata al fideicomiso como una sociedad mercantil, que por tanto debe cumplir con todas las obligaciones que se señalen para las sociedades en la ley.

7. ¿Considera usted, tomando en consideración la pregunta anterior, se debe reformar la Ley de Mercado de Valores, estableciendo lo necesario con respecto al pago de impuestos de los fideicomisos mercantiles, como personas jurídicas denominadas sociedades?

Si se debe reformar, incluyendo al norma de la Ley de Régimen Tributario interno, es decir clarificando que el fideicomiso mercantil es una sociedad.

ANALISIS GENERAL DE LAS ENTREVISTAS.

Quiero primero resaltar la importancia de la técnica de la entrevista para el desarrollo de un trabajo investigativo; ya que a diferencia de la encuesta, con la entrevista se obtiene un contacto más directo, además de que los conocimientos especializados sobre el tema permiten tener un concepto más amplio del problema a investigarse.

En este sentido, es necesario establecer que con las entrevistas podemos confirmar la necesidad de reformar La Ley de Mercado de Valores desechando en efecto normas que contradigan el real alcance de importantes figuras jurídicas como el fideicomiso mercantil; y que conduzcan a una evasión sistemática de impuestos; esto en base al criterio expresado por los entrevistados, que se basan en la vigencia de normas legales de nuestro ordenamiento jurídico; es precisamente esta realidad la que quiero cambiar; ya que creo en forma estable e indudable que es necesario adaptar esta realidad a las nuevas corrientes del derecho.

El fideicomiso mercantil, en efecto emprende de una u otra manera en actos de comercio, en operaciones mercantiles, que a la larga traducen una utilidad para los intervinientes; entonces en esta circunstancia; su ejecución, su desarrollo coincide en demasiados aspectos con una acto de sociedad, y por tanto debe cumplirse con la regulación interna, sobre todo tomando en consideración que el pago de impuestos beneficia al

país ya que son una parte importante del Presupuesto General del Estado.

Esto conlleva a ratificar que la realidad que nos rodea, así como la manera de llevar a cabo diversos actos mercantiles, ha evolucionado con el paso del tiempo gracias a su mayor sofisticación y a la adopción de una mayor gama de formas o actividades que mejoran la productividad de la empresa o sociedad.

El surgimiento de nuevas formas de sociedades organizadas, el libre comercio, la apertura de fronteras y la eliminación de barreras legislativas, entre otras circunstancias, han favorecido la ejecución de todo tipo de actos mercantiles y de la adopción de nuevas figuras societarias.; y, la legislación ambigua únicamente ha permitido que se termine por evadir impuestos.

Por estas razones considero que respaldándome en el criterio de los entrevistados es necesaria una reforma a la Ley de Mercado de Valores respecto de la naturaleza societaria del fideicomiso mercantil; y, se debe establecer en forma expresa la característica onerosa de los contratos de fideicomiso mercantil, además de determinar la normativa legal suficiente que permita establecer el porcentaje de pago de impuestos directos e indirectos; y, los casos en que debe operar una exención tributaria.

7. DISCUSION

7.1. VERIFICACION DE OBJETIVOS

Los objetivos planteados en el proyecto para la realización de esta investigación se han visto conseguidos en el punto de la Revisión de Literatura que he desarrollado, así el objetivo general que se refería a:

- *Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario de la Ley de Mercado de Valores respecto del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario.*

Este objetivo ha sido cumplido con el estudio de la legislación ecuatoriana referente al tema y que consta principalmente en el marco doctrinario y jurídico en general, y, posteriormente al estudio de la prestación de servicios profesionales, temas en los cuales con la ayuda de la opinión de diferentes tratadistas, así como con el análisis personal de la normativa legal existente en nuestro país respecto al tema me ha sido posible dar cumplimiento a este objetivo.

En mi proyecto de investigación me planteé cinco objetivos específicos así:

- *Realizar un análisis de la transferencia a título de Fideicomiso Mercantil.*

Se cumplió este objetivo a través de realizar un análisis del Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores en el cual se especifica que la transferencia a título de Fideicomiso está exenta del pago de tributos. Este análisis fue importante para el desarrollo de la investigación.

- Efectuar un estudio del Código Tributario en lo referente al pago de tributos de los Fideicomisos Mercantiles.

Este objetivo se cumplió, ya que realice el estudio del Código Tributario, apoyándome en los artículos que se referían al tema de la investigación, como el Art. 2 y 98 de la Ley de Régimen tributario Interno, los Art. 15, 23, 24 y 25 del Código Tributario, esto permitió tener un mejor conocimiento para seguir realizando la investigación.

- Determinar que en la Ley de Mercado de Valores existe incongruencias jurídicas con la Ley de Régimen Tributario Interno relacionado a la figura jurídica del Fideicomiso Mercantil.

Se cumplió este objetivo, ya que realizada la investigación y el análisis de los artículos relacionas en ambas normas, se determinó que efectivamente existe incongruencia entre el Art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno y el Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores, con respecto al pago de tributos de los Fideicomisos Mercantiles.

- Establecer los efectos jurídicos que causa la determinar en la Ley de Mercado de Valores, la transferencia a título de Fideicomiso

Mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones.

Este objetivo se cumplió, ya que determiné que el principal efecto jurídico, que causa la transferencia a título de Fideicomiso Mercantil que se especifica en la Ley de Mercado de Valores, es contraponerse a la Ley de Régimen Tributario Interno en lo referente al pago de tributos, provocando un vacío e inseguridad jurídica.

- Proponer un proyecto de reforma a la Ley de Mercado de Valores.

Se cumplió el objetivo, ya que después de realizar los respectivos análisis de las normas, los artículos que se refieren a la investigación y tener un mejor conocimiento, he propuesto una Reforma a la Ley de Mercado de Valores, la cual es parte de este informe final, para que se elimine la contraposición de las dos leyes y exista coherencia jurídica que evite las malas interpretaciones y aplicabilidades.

Podemos observar en este trabajo, que en efecto con el estudio de la normativa prevista, como se puede deducir de mi trabajo investigativo, estos han sido cumplidos a cabalidad tanto en el desarrollo de los capítulos con contenido teórico como con la investigación de campo.

7.2. CONTRASTACION DE HIPOTESIS

En mi proyecto de Investigación me planteé una hipótesis que se refería a:

La falta de reforma a la Ley de Mercado de Valores respecto a la exoneración de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones de la transferencia a título de Fideicomiso Mercantil, genera inseguridad jurídica y contradicción con la Ley de Régimen Tributario Interno.

Esta hipótesis luego de la investigación realizada, concluyo con que la suposición realizada es verdadera puesto que del análisis de la investigación de campo podemos determinar la característica onerosa de los contratos de fideicomiso mercantil, además de determinar la normativa legal suficiente que permita establecer el porcentaje de pago de impuestos directos e indirectos; y, los casos en que debe operar una exención tributaria.

8. CONCLUSIONES.

Al culminar la presente investigación he podido llegar a las siguientes conclusiones:

- El fideicomiso mercantil es un contrato comercial cuya finalidad es la de obtener la administración de un bien por parte del fiduciario, o su enajenación para cumplir la finalidad propuesta por el constituyente, bien a su provecho o de un tercero
- También se puede considerar al fideicomiso mercantil como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero
- En todo fideicomiso mercantil podemos identificar: a) elemento patrimonial, b) elemento psicológico: confianza; c) Elemento teleológico o finalista y d) Elemento de la especialidad o profesionalismo
- La figura de la fiducia nació del derecho romano desde la época del período clásico (130 a. C -230 d. C.) en donde ya se tenían noticias de ella. Sin embargo, solo en el período post-clásico (230 d. C. -535 d.C.) y más concretamente entre los años 527 y 534 de nuestra era, en que se produjo la Recopilación de Leyes por Justiniano en una serie de textos jurídicos clásicos y post-clásicos agrupados bajo el nombre de Corpus Iuris Romani, es cuando se viene a saber cómo operaba realmente.

- Fideicomiso proviene del latín Fides que traducido significa "fe", de donde derivan términos como "fiar", "confiar", "confidente", "fidelidad", etc. Con el paso del tiempo, la fiducia ha tomado diversas formas pero conservando siempre ese elemento esencial de la fe, de la confianza, de la fidelidad que entre las partes debe existir.
- El Fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten determinados bienes a una persona llamada Fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordene el que los transmite, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero llamado fideicomisario
- Las características principales de todo fideicomiso mercantil son: Conmutativo, Principal, Típico o nominado:, Oneroso, De tracto sucesivo:,
- En un fideicomiso mercantil se identifican al menos los siguientes elementos personales: son el fideicomitente y el fiduciario

9. RECOMENDACIONES:

- A la Asamblea Nacional, en atención a su función como legisladores; recomiendo que es necesario que se haga una mejor regulación en toda la legislación de nuestro país; pero en forma específica en aquella legislación referente al Derecho Financiero y Societario, ya que los vacíos legales permiten una comisión de actos ilícitos no sancionados, que a la larga tornan insegura a la legislación en nuestra sociedad.
- A la Función Judicial; si bien en materia financiera las interpretaciones no están restringidas; es necesario que la ley se aplique en su forma y rigor al tenor literal de la misma; sin que afecte su decisión, ni presiones políticas, ni presiones económicas; ya que como última instancia son ustedes quienes cuidan de la seguridad del país, sentenciando a los responsables de actos ilícitos.
- A la clase política, recomiendo que las acciones que emprendan vayan dirigidas a promover la paz y tranquilidad en nuestro país; y que se evite en todo momento el aprovecharse de su posición política para sembrar caos e incertidumbre. Es necesario que las leyes se aprueben sin tomar en consideración ideología política alguna, sino más bien el bienestar del pueblo soberano.
- A las Universidad y escuelas Politécnicas; es necesario que se analicen en las mallas curriculares de derecho, en un aspecto más

amplio el Derecho Financiero, nuevas tendencias ideológicas del derecho y no sólo las tendencias vigentes, ya que con una análisis diversificado de teorías e ideologías, se apertura en el estudiante, el deseo de investigar otras realidades no tan distantes de la nuestra.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA

REPÚBLICA DEL ECUADOR *Asamblea Nacional*

CONSIDERANDO:

- Que la evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución de la República del Ecuador, determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión.
- Que la progresiva conquista del Buen Vivir no es viable, sino en un marco jurídico de respeto a los derechos fundamentales, que considere paralelamente un avance en materia de libertad y de seguridad, categorías ligadas al concepto mismo de Estado Constitucional de Derechos.
- Que en materia de Derecho Financiero en general, los impuestos determinados conforme a ley, son una base necesarísima para la formación del Presupuesto General del Estado; y, por tanto se requiere una actualización constante de normas;
- Que los Fideicomisos Mercantiles se han constituido en una figura jurídica utilizada para realizar actos mercantiles de gran giro, actos que al tenor de la ley, deben cumplir con sus obligaciones tributarias sin escudarse en vacíos legales que permitan invadir los mismos;

En uso de las facultades previstas en el art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador:

Expide:

LEY REFORMATORIA AL ART. 113 DE LA LEY DE MERCADO DE VALORES

Art. 1.- Sustitúyase el Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores, por el siguiente:

Art. 113.- De la transferencia a título de fideicomiso mercantil.- La transferencia a título de fideicomiso mercantil es onerosa ya que la misma determina un provecho económico tanto para fiduciario como para el beneficiario.

Art. 2.- Agréguese después del Art. 113, los siguientes artículos innumerados:

Art....- La transferencia a título de fideicomiso mercantil no está exenta de todo ningún tipo de impuestos, tasas y contribuciones; ya que al tenor de lo previsto en el Art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno su creación constituye una sociedad, siendo la misma el hecho generador para el nacimiento de obligaciones tributarias; y, de impuestos indirectos previstos en las leyes que gravan las transferencias onerosas.

Art...- El fideicomiso mercantil es sujeto pasivo de los impuestos de

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

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

Art...- *Los certificados de derechos fiduciarios son simples constancias o certificaciones de la participación en un fideicomiso mercantil que extiende el fiduciario a petición del constituyente y/o beneficiario, y no constituyen títulos valores.*

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

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

Es dado y firmado en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional, a los 20 días del mes de marzo del año 2012.



FERNANDO CORDERO CUEVA

Presidente



DR. FRANCISCO VERGARA O.

Secretario General

10. BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA:

- Barrantes Gamboa, Jaime Eduardo.- El Fideicomiso: Algunos conceptos generales; Editorial UCE, 2009
- Casas Sanz De Santamaría, Eduardo .- Del “Trust” Anglosajón A La Fiducia En Colombia y materias aledañas
- Gómez De La Torre Reyes, Diego.- El Fideicomiso Mercantil, Ecuador, Albazul Offset, 1998.
- Leal Pérez, Hildebrando .- Contratos Bancarios, Bogotá, Librería del Profesional, 1990
- Morales Casas, Francisco.- Fundamentos de la Actividad y Los Negocios Bancarios”, Bogotá, Editorial Ediciones Jurídicas Radar, 1991
- Rodríguez Azuero, Sergio.- Negocios Fiduciarios Su significación en América Latina, Bogotá, Legis, 2005
- Varon Palomino, Juan Carlos “Portafolios de Inversión: La Norma y el Negocio”, Asociación de Fiduciarias de Colombia y Universidad de Los Andes, Bogotá, 1994
- Villagordoa Lozano, José Manuel.- Doctrina General del Fideicomiso, Porrúa S.A., México, 1982, 2da edición

LEGISGRAFIA:

- CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Constitución de la República del Ecuador, Año 2011.
- CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Civil, Año 2011.
- CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de Mercado de Valores, Año 2011.
- CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Ley de Régimen Tributario Interno, Año 2011.
- CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Tributario, Año 2011.
- Reglamento sobre negocios fiduciarios, resolución del Consejo Nacional de Valores No. 4, publicada en el Registro Oficial 321 de 8 de Mayo del 2001.

LINKOGRAFIA:

www.ciidpe.com.ar

www.oecd.org

<http://es.wikipedia.org/wiki/Tributo>

3.- ¿Según su experiencia profesional, considera usted que el fideicomiso mercantil constituye una figura jurídica muy poco utilizada en nuestro país?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....

4.- ¿Según su criterio y experiencia profesional, el fideicomiso mercantil es una persona jurídica de naturaleza distinta a las sociedades en general?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....

5.- ¿Considera usted, que en cuanto a jerarquización de normas, tanto la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Régimen Tributario Interno, gozan de la misma jerarquía, por lo tanto en confrontación de normas ninguna de las dos leyes mencionadas prevalece sobre la anterior?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....

6. ¿En el mismo sentido de la pregunta anterior, considera usted, que entre la norma prevista en el Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores y el Art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, en lo que respecta a la determinación de los fideicomisos mercantiles como una sociedad a efectos del pago de impuestos, existe una contradicción que afectaría la normal aplicación de cualquiera de las normas mencionadas anteriormente?

SI () NO ()

¿Por qué?

.....
.....

7. ¿Considera usted, tomando en consideración la pregunta anterior, se debe reformar la Ley de Mercado de Valores, estableciendo lo necesario con respecto al pago de impuestos de los fideicomisos mercantiles, como personas jurídicas denominadas sociedades?

.....
.....

GRACIAS POR SU COLABORACION

ANEXO 2

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

SEÑORES ABOGADOS EN LIBRE EJERCICIO PROFESIONAL:

En mi calidad de egresado de la Carrera de Derecho, me encuentro desarrollando mi tesis de grado sobre el tema "REFORMA A LA LEY DE MERCADO DE VALORES RESPECTO AL PAGO DE TRIBUTOS DE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES" ante este mucho agradeceré se digne contestar el siguiente cuestionario, el mismo que me servirá como fuente para enriquecer mi trabajo.

CUESTIONARIO

- 1.- ¿Considera usted que nuestra Ley de Mercado de Valores y ley de régimen Tributario Interno, así como el Código Tributario es actualizada conforme las nuevas corrientes del Derecho, especialmente en lo que respecta a los fideicomisos mercantiles?
- 2.- ¿Según su criterio, considera usted que los fideicomisos mercantiles en nuestro país, se aplican muy esporádicamente y que por tanto los beneficios que pueden otorgar son desconocidos por la sociedad en general?
- 3.- ¿Según su experiencia profesional, considera usted que el fideicomiso mercantil constituye una figura jurídica muy poco utilizada en nuestro país?
- 4.- ¿Según su criterio y experiencia profesional, el fideicomiso mercantil es una persona jurídica de naturaleza distinta a las sociedades en general?
- 5.- ¿Considera usted, que en cuanto a jerarquización de normas, tanto la Ley de Mercado de Valores y la Ley de Régimen Tributario Interno, gozan de la misma jerarquía, por lo tanto en confrontación de normas ninguna de las dos leyes mencionadas prevalece sobre la anterior?
6. ¿En el mismo sentido de la pregunta anterior, considera usted, que entre la norma prevista en el Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores y el Art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, en lo que respecta a la determinación de los fideicomisos mercantiles como una sociedad a

efectos del pago de impuestos, existe una contradicción que afectaría la normal aplicación de cualquiera de las normas mencionadas anteriormente?

7. ¿Considera usted, tomando en consideración la pregunta anterior, se debe reformar la Ley de Mercado de Valores, estableciendo lo necesario con respecto al pago de impuestos de los fideicomisos mercantiles, como personas jurídicas denominadas sociedades?

ANEXO 3:

1.- TEMA:

REFORMA A LA LEY DE MERCADO DE VALORES RESPECTO AL PAGO DE TRIBUTOS DE LOS FIDEICOMISOS MERCANTILES

2.- PROBLEMÁTICA.

La Ley de Mercado de Valores en su Art. 113 determina que la transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita; y, por esta consideración 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; sin embargo, la Ley de Régimen Tributario Interno en su Art. 98 señala en forma expresa que el fideicomiso mercantil se encuentra comprendido dentro del término sociedad; por lo que al ser considerada una persona jurídica se encuentra sujeta al pago de todos los impuestos previstos en la norma tributaria; además de aquellos establecidos en cada Gobierno Municipal.

Esta circunstancia establece la contraposición de dos normas legales contenidas en leyes especiales sobre un mismo acto; por lo que considerando que el fideicomiso mercantil se trata de un negocio jurídico que personalmente creo tiene carácter oneroso desde el momento de su

nacimiento; y, considerando que los tributos forman uno de los ingresos más importantes del Presupuesto General del Estado; es necesario reformar la Ley de Mercado de Valores, por la cual se debe establecer en forma expresa la característica onerosa de los contratos de fideicomiso mercantil, además de determinar la normativa legal suficiente que permita establecer el porcentaje de pago de impuestos directos e indirectos; y, los casos en que debe operar una exención tributaria.

3.- JUSTIFICACIÓN

De acuerdo a la problemática planteada, la presente investigación jurídica, se enmarca dentro de los parámetros del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, puesto que la investigación planteada ésta dirigida a introducir varias reformas a la Ley de Mercado de Valores, de tal manera que se permita la incorporación de normas que establezcan en forma expresa la característica onerosa de los contratos de fideicomiso mercantil, además de determinar la normativa legal suficiente que permita establecer el porcentaje de pago de impuestos directos e indirectos; y, los casos en que debe operar una exención tributaria; en el acto jurídico de transferencia a título de los fideicomisos mercantiles.

Como egresado de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia, de la Universidad Nacional de Loja, consciente de que nuestra sociedad atraviesa difíciles momentos a causa de problemas y vacíos

jurídicos que deben ser materia de investigación, con la finalidad de plantear alternativas de solución; me he propuesto la realización de este trabajo investigativo, como un requisito previo para optar por el Título de Abogado, cumpliendo con el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja.

Considero que mi trabajo se justifica plenamente por constituir un valioso aporte para la ciencia del Derecho sobre todo porque se orienta al Derecho Financiero, que constituye una rama del Derecho muy poco estudiada; puesto que la finalidad de investigar, es llegar a la posibilidad de aportar con propuestas alternativas de solución a los problemas jurídicos de nuestra legislación.

El presente proyecto que presento es factible de ser realizado, puesto que cuento con el suficiente sustento legal, doctrinario y teórico con relación al objeto de estudio; y, en la práctica por mi desempeño laboral, cuento con la información necesaria a fin de comprobar los objetivos propuestos; y, verificar la hipótesis planteada.

Por todo lo expuesto y como egresado de tan prestigiosa Institución, considero que el presente trabajo constituye un modesto aporte científico, que puede tomarse como fuente de consulta para las futuras generaciones de estudiantes y egresados.

4.- OBJETIVOS.-

4.1.-OBJETIVO GENERAL:

- Realizar un estudio jurídico, crítico y doctrinario de la Ley de Mercado de Valores respecto del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario.

4.2.-OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Realizar un análisis de la transferencia a título de Fideicomiso Mercantil.
- Efectuar un estudio del Código Tributario en lo referente al pago de tributos de los Fideicomisos Mercantiles.
- Determinar que en la Ley de Mercado de Valores existe incongruencias jurídicas con la Ley de Régimen Tributario Interno relacionado a la figura jurídica del Fideicomiso Mercantil.
- Establecer los efectos jurídicos que causa la determinar en la Ley de Mercado de Valores, la transferencia a título de Fideicomiso Mercantil está exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones.
- Proponer un proyecto de reforma a la Ley de Mercado de Valores.

5.- HIPÓTESIS.-

La falta de reforma a la Ley de Mercado de Valores respecto a la exoneración de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones de la

transferencia a título de Fideicomiso Mercantil, genera inseguridad jurídica y contradicción con la Ley de Régimen Tributario Interno.

6.- MARCO TEÓRICO

En la Constitución de la República del Ecuador en el Título II, que se refiere a los Derechos, Capítulo octavo, Derechos de Protección, Art. 82 dice:

“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”³⁸.

Es importante que entre las Leyes exista congruencia, secuencia para evitar que disposiciones de una Ley se contradigan con las de otra, lo cual ocasiona confusión e inconvenientes el momento de impartir justicia.

En el Código Tributario en el Capítulo IV, de los Sujetos, Art. 24 dice:

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

Se considerarán también sujetos pasivos, las herencias yacentes, las comunidades de bienes y las demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un

³⁸ CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

patrimonio independiente de los de sus miembros, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva”³⁹.

Este Art. 24 del Código Tributario tiene concordancia con el Art. 98 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que indica lo siguiente:

”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”⁴⁰.

A vez en la Ley de Mercado de Valores, en el Título XV, que se refiere del Fideicomiso Mercantil y Encargo Fiduciario, Art. 113, De la transferencia a título de fideicomiso mercantil, dice:

“La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni

³⁹ CODIGO TRIBUTARIO

⁴⁰ IBIDEM

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.

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

fideicomiso mercantil, siempre que las disposiciones generales previstas en las leyes así lo determinen.

La transferencia de dominio de bienes muebles realizada a título de fideicomiso mercantil está exenta del pago del impuesto al valor agregado y de otros impuestos indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente de conformidad con el inciso precedente a este artículo⁴¹.

El fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona que se constituye en el beneficiario; y, que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o la transmita al beneficiario.

El fideicomiso mercantil ha sido regulado en nuestro país como una figura especial y con características propias.

Nuestro Código Civil, en el Libro II, no se refiere en forma específica al fideicomiso sino más bien refiriéndose a la propiedad de bienes, determina a la propiedad fiduciaria como una limitación de dominio, de

⁴¹ LEY DE MERCADO DE VALORES

hecho el título VIII hace referencia a las Limitaciones del Dominio y *primeramente de la Propiedad Fiduciaria*.

Al respecto, el Art. 748, del mencionado cuerpo legal, nos señala una breve definición de propiedad fiduciaria y los elementos que intervienen en la existencia jurídica de la misma:

“Se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso. Este nombre se da también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria. La traslación de la propiedad a la persona en cuyo favor se ha constituido el fideicomiso, se llama restitución”⁴².

Como podemos observar, nuestra legislación civil, como norma general, establece ya en forma principal como se constituye un fideicomiso; y nos dice que el fideicomiso es la constitución de propiedad fiduciaria.

La propiedad fiduciaria es la propiedad sujeta a la condición de pasar a otra persona al cumplirse una condición, en términos generales la propiedad fiduciaria es una herramienta legal mediante la cual los bienes que pertenecen a una persona natural o jurídica pasan a pertenecer a otra u otras personas a partir del momento en que se cumple una condición establecida por el propietario de los bienes.

⁴² CORPORACION DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Civil, Art. 748, Pág. 230.

La propiedad fiduciaria es entonces una limitación a la propiedad de los bienes de una persona natural o jurídica, tal como lo mencionábamos anteriormente; y, es exactamente una limitación porque el constituyente ya no disfruta del dominio.

Esta limitación está sujeta a una condición. Tan pronto como se cumple la condición, los bienes cambian de propietarios. La condición para que suceda este cambio la determina el propietario actual de los bienes.

De la anteriormente citada norma legal, también tenemos claros, las personas intervinientes en la constitución de un fideicomiso; a saber:

La propiedad fiduciaria posee algunas características, las cuales se desprenden de la misma definición y de su naturaleza jurídica, así, podemos señalar que la propiedad fiduciaria es una desmembración del derecho de dominio; y, por regla general es intransmisible.

De igual manera la propiedad fiduciaria debe recaer sobre la totalidad o parte de una herencia o sobre uno o más cuerpos ciertos; además no pueden constituirse fideicomisos sucesivos; y, siguiendo la regla general de los elementos de los contratos, el elemento esencial en la propiedad fiduciaria es la existencia de una condición; la doctrina nos enseña que en caso de que el constituyente no exprese la condición al momento de constituir la propiedad fiduciaria se entiende que esta es que el fideicomisario exista al momento de la restitución.

La palabra fideicomiso encuentra su origen en dos voces latinas. “FIDEI” que quiere decir “Fe” y “COMMISIUM” que significa “Comisión”. De la etimología de la palabra se infiere que el fideicomiso es un encargo o comisión de fe, de confianza.

Fideicomiso es el acto jurídico por el cual una persona denominada constituyente, transfiere determinados bienes (que configuran un patrimonio especial, diverso de los patrimonios propios de las partes que intervienen o se vinculan con el contrato) cuya titularidad se confiere a otra denominada fiduciario, para la realización de un fin determinado a favor de una tercera persona llamada beneficiario.

Según la Ley de Mercado de Valores se entiende por fideicomiso mercantil al contrato por medio del cual una o mas personas llamadas constituyentes transfieren de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o que 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 a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

En el fideicomiso mercantil participan las siguientes partes:

El Constituyente.- es una persona natural o jurídica, pública o privada, que transfiere el dominio de los bienes al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil, y establece la finalidad del fideicomiso.

El Beneficiario.- es una persona natural o jurídica, pública o privada, designada por el constituyente, a cuyo favor se ha constituido el fideicomiso. En caso de que no se haga mención alguna sobre quien es el beneficiario, se entenderá que es el mismo constituyente.

La Fiduciaria.- es una compañía administradora de fondos y fideicomisos, y esta compañía es la representante legal del fideicomiso y se encarga del fiel cumplimiento de las finalidades establecidas al momento de la constitución del contrato de fideicomiso.

El contrato de fideicomiso, de acuerdo a la Ley de Mercado de Valores, es un contrato por el cual una o más personas denominadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se esperan que existan, a un patrimonio autónomo, con personalidad jurídica propia, para que una sociedad administradora de fondos y fideicomisos sea su representante legal y cumpla con las instrucciones constantes en el contrato de constitución, ya sea a favor del constituyente o de un tercero denominado beneficiario.

El patrimonio autónomo, o llamado fideicomiso mercantil, está formado por un conjunto de derechos y obligaciones, entendiéndose por éstos los

bienes inmuebles o muebles de naturaleza corporal o incorporeal que hayan sido transferidos a título de fideicomiso mercantil y los pasivos con los que cuenta. El patrimonio autónomo, dotado de personalidad, es independiente del patrimonio del constituyente, del beneficiario y de la fiduciaria, es decir, verbi gracia, una acción judicial iniciada en contra del constituyente no podrá afectar a los bienes que están en el fideicomiso.

Estas regulaciones bastante sui géneris pero muy útiles, han servido como una herramienta para las sociedades financieras, de seguros, inmobiliarias y hasta por personas naturales en casos de sucesiones hereditarias. En efecto, hoy podemos hablar de que existe el fideicomiso de administración, el de garantía, el inmobiliario, el de inversión y de titularización, por citar algunos ejemplos.

Según lo establecido en el Reglamento a la Ley de Mercado de Valores, los contratos por el que se crea un fideicomiso debe constar en escritura pública, ya sea que se transfiera bienes muebles o inmuebles, y en cada caso, dependiendo del bien, se deberá cumplir con las formalidades que manda la ley. A más de este requisito de forma, es indispensable que el o los constituyentes determinen con exactitud, prolijidad y especificidad las instrucciones que deberá cumplir obligatoriamente la fiduciaria, que será la representante legal y la ejecutora. Se hace hincapié en este aspecto ya que el carácter de irrevocable del fideicomiso, obliga a las partes intervinientes a guardar todo el cuidado necesario al momento de constituirlo, ya que la restitución de los bienes o derechos se la puede

hacer sólo de acuerdo a las instrucciones que consten en el contrato de fideicomiso.

Otra característica importante de la figura en análisis es que la transferencia a título de fideicomiso mercantil se encuentra exenta de todo tipo de impuestos, tasas y contribuciones. La razón de esta exención es que la transferencia es considerada como un medio necesario para que el fiduciario cumpla con las finalidades e instrucciones dadas por el constituyente, por lo que no implica un provecho económico para éste ni para el constituyente.

Debido a este beneficio legal, muchos de los proyectos inmobiliarios actualmente se llevan a cabo a través de fideicomisos, por el cual el o los constituyentes transfieren bienes para que el fiduciario realice gestiones administrativas, legales y logísticas para desarrollar el proyecto inmobiliario. La transferencia puede darse por ejemplo de un terreno sobre el cual se va a edificar una urbanización; esa transferencia está libre de pago de alcabalas, utilidad, plusvalía y en general cualquier impuesto que se causa normalmente por la transferencia.

Hoy por hoy se puede decir que la constitución de un patrimonio autónomo es una alternativa que puede ayudar a que la administración de un negocio sea mucho más eficiente y en determinados casos se puede lograr abaratar costos.

7.- METODOLOGÍA.-

Para que se produzca una buena investigación con resultados fehacientes, utilizaré la metodología científica con procedimientos y técnicas que permitan descubrir nuevos conocimientos y poder aplicar a fin de buscar soluciones al problema grave que vive nuestro país en la justicia.

7.1.- El Método científico es el instrumento adecuado que me permitirá llegar al conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad, mediante el análisis de la reflexión comprensiva y el contacto directo con la realidad objetiva, es por esto que en el presente trabajo de investigación me apoyaré en el método general del conocimiento así como del **inductivo y deductivo**, métodos que me permitirá conocer la realidad del problema a investigarse, partiendo desde lo particular para llegar a lo general.

7.2.- Método descriptivo.- Descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar los inconvenientes existentes causas y efectos en nuestra sociedad.

7.3.- Método analítico.- Estudiar el problema enfocado desde el punto de vista social, jurídico político y económico, y analizar así sus efectos y causas a fin de buscar las posibles soluciones.

7.4.- En concreto la presente investigación será documental, bibliográfica y de campo.

7.5.-Técnicas a utilizarse.-

Las técnicas son los instrumentos a través de los cuales se recoge la información; son los elementos y equipos necesarios que puedan servir para la recopilación de datos.

En este trabajo, aplicaré la técnica de la encuesta en un número de treinta, dirigidas a los Abogados en libre ejercicio profesional; y, seis entrevistas a jueces, jueces provinciales y profesionales especializados.

9. PRESUPUESTO

9.1. Recursos Humanos:

Director de Tesis: por designarse

Autor: JAIME ESTEBAN RAMIREZ CEVALLOS

9.2.-Recursos Materiales:

Recursos	Costo Aproximado	Total
Útiles de Escritorio	100	200.00
Derecho de Internet	50	50.00
Adquisición de bibliografía	100	500.00
Elaboración del trabajo investigado	300	300.00
Edición, Levantamiento de texto e Impresión	200	200.00
Movilización y Alimentación	50	50.00
	TOTAL	\$1300.00

FINANCIAMIENTO: El total asciende a la suma de Mil Trescientos dólares de los Estados Unidos de América, aproximadamente, los mismos que serán financiados con recursos del autor.

10.- BIBLIOGRAFIA.

- Constitución de la República del Ecuador.
- Ley de Mercado de Valores.
- Ley de Régimen Tributario Interno.
- Reglamento a la Ley de Régimen Tributario Interno.
- Código Tributario.
- Código de Comercio.
- Manual de Fideicomiso en Ecuador y América Latina, Roberto González.
- Administradora de Fondos y Fideicomisos Bolivariano AFFB.

INDICE

CERTIFICACIÓN	II
DECLARACION DE AUTORIA	III
AGRADECIMIENTO	IV
DEDICATORIA	V
TABLA DE CONTENIDOS	VI
TITULO	1
RESUMEN Y ABSTRACT	2
RESUMEN	2
ABSTRACT	4
INTRODUCCION	5
REVISION DE LITERATURA	9
MARCO CONCEPTUAL	9
DEFINICION DE FIDEICOMISO MERCANTIL	9
DEFINICION DE TRIBUTO	13
MARCO DOCTRINARIO	15
MARCO JURIDICO	41
LEGISLACION COMPARADA	57
MATERIALES Y METODOS	61
RESULTADOS	63
DISCUSION	87
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	93

PROPUESTA DE REFORMA	95
BIBLIOGRAFIA	99
ANEXOS	101
INDICE	125