

# FIDEICOMISO MERCANTIL.

## CONCEPTO Y BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Elker Mendoza\*

### RESUMEN:

El fideicomiso mercantil es la figura jurídica más flexible de nuestra legislación, que permite viabilizar varias iniciativas, circunstancias y posibilidades que muchas veces no podrían ser materializadas por medio de otra figura legal.

Para abordar el tema propuesto, primeramente trataremos un breve análisis del fideicomiso en general para posteriormente entrar en la especie denominada FIDEICOMISO EN GARANTIA, para posteriormente introducirnos en el análisis de si es viables el pago del IMPUESTO A LA RENTA POR UN FIDEICOMISO EN GARANTÍA, y cuáles serían los ingresos, deducción, exoneraciones, rebajas del Impuesto a la Renta en los FIDEICOMISOS EN GARANTÍA.

### PALABRAS CLAVE:

Fideicomiso mercantil.- Impuesto a la Renta.- Exoneraciones.- Deducciones.- Renta del Fideicomiso.- Trust.-

### ABSTRACT:

The trust is the legal trade more flexible in our legislation, which allows several initiatives viable, circumstances and opportunities that often could not be materialized by means of another legal.

To address the proposed theme, first try a brief analysis of general trust and later enter the species called Guarantee Trust, later introduced in the analysis of whether it is viable to pay INCOME TAX BY A TRUST ON WARRANTY, and what would be the income, deductions, exemptions, rebates on income tax in the guarantee trust.

### KEYWORDS:

Commercial Trust.- Income Tax.- Exemptions .- Deductions.- Income Trust.- Trust.-

---

\* Máster en Derecho de Propiedad Intelectual de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Cursando Maestría en Derecho de Empresa de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Socia del Estudio Mendoza & Asociados. E-mail: elker.mendoza@gmail.com.

**SUMARIO:**

1.- FIDEICOMISO MERCANTIL: CONCEPTO Y BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS.- 2.- EL FIDEICOMISO EN EL ECUADOR.- 3.- ASPECTOS TRIBUTARIOS DEL FIDEICOMISO.- 4.- LEGISLACIÓN COMPARADA.- 4.1.- URUGUAY.- 4.2.- ARGENTINA.- 4.3.- ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.- 4.4.- BRASIL.- 4.5.- MÉXICO.- 5.- FIDEICOMISO EN GARANTÍA.- 6.- LEGISLACIÓN COMPARADA.- 7.- ANALISIS DE LA NORMATIVA ECUATORIANA.- 7.1.- IMPUESTO A LA RENTA: INGRESOS, DEDUCCIONES, EXONERACIONES, REBAJAS, QUE SE PUDIEREN DAR EN UN FIDEICOMISO DE GARANTÍA".- 7.2.- INGRESOS, DEDUCCIONES, EXONERACIONES, REBAJAS PARA SOCIEDADES.- 7.3.- INGRESOS.- 7.4.- EXONERACIONES QUE PUDIEREN APLICARSE EN UN FIDEICOMISO.- 7.5.- DEDUCCIONES QUE PUDIEREN APLICARSE EN UN FIDEICOMISO.- 8.- CONCLUSIONES.-

-----

**1. FIDEICOMISO MERCANTIL: CONCEPTO Y BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

El maestro SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO define al fideicomiso como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren una 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.

Carregal también lo define como “el contrato de fideicomiso o simplemente fideicomiso es aquel por el cual una persona recibe de otra un encargo respecto de un bien determinado cuya propiedad se le transfiere a un título de confianza para que al cumplimiento de un plazo o condición le dé el destino convenido”<sup>1</sup>.

“El fideicomiso implica la transferencia de bienes o servicios de una persona a favor de otra para cumplir un fin determinado. Los activos entregados en fideicomiso dejan de pertenecer a la persona que lo crea y quedan afectados exclusivamente al fin al cual son destinados. El patrimonio transferido a un fideicomiso se independiza del titular y no puede ser alcanzado por los acreedores del creador llamado fideicomitente o del administrador llamado fiduciario, limitándose el riesgo al emprendimiento que se quiere desarrollar a través del fideicomiso, sin que exista contaminación del negocio por los sujetos intervinientes. El fideicomiso es un modo de disposición que “encadena” los bienes a un destino determinado en interés de personas distintas de aquella que recibe la propiedad”<sup>2</sup>.

Las columnas sobre las cuales se desarrolla esta figura jurídica están en el Derecho Romano y en el Derecho Anglosajón.

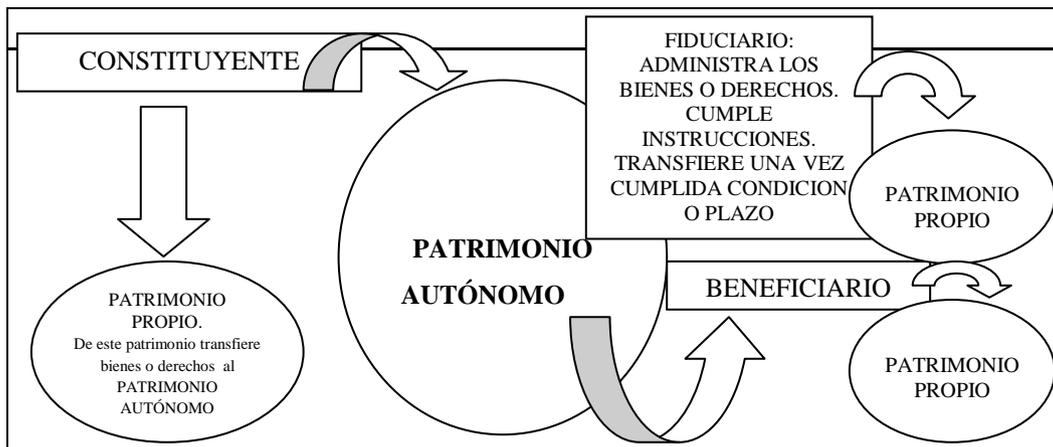
<sup>1</sup> Carregal, Mario A. “El Fideicomiso: regulación jurídica y posibilidades prácticas” Universidad de Buenos Aires 1982 pagina 47.

<sup>2</sup> Fideicomiso Aspectos legales, tributario y contable: Alejandro Hernandez Maestroni, Gianni Gutierrez Prieto Fernando Foti Faroppa, Editorial Jurídica Amalio M Fernandez. Pag. 14-15.

En el derecho romano, se desarrollaron dos figuras: EL FIDEICOMMISUM y el PACTUM FIDUCIAE. El primero era un encargo basado en la honradez y buena fe del que actuaba de fiduciario. Se lo realizaba a través de un testamento por el que se encargaba la ejecución de un encargo a favor de alguna persona que se deseaba beneficiar por parte del testador. El testador transfería a otra persona determinados bienes con el objeto de que éste, figurando propietario, los utilizara en beneficio de otra persona o los transfiera a estas personas en caso de que se verifiquen ciertas condiciones.

La otra figura, el PACTUM FIDUCIAE consistía en el acuerdo entre vivos con la obligación para el adquirente de retransmitir los bienes en determinadas circunstancias. Revistió dos formas principales, la llamada FIDUCIA CUM CREDITORE “era un negocio de garantía, consistía en que el deudor, transfería la propiedad de un bien con cargo de que le fuera retransmitido una vez satisfecha la obligación; esto implicaba que el acreedor figuraba como propietario pleno sin que el deudor gozara de acción alguna en caso de incumplimiento; y, FIDUCIAE CUM AMICO “se celebra en interés del constituyente, buscaba transferir los bienes para que el fiduciario pudiese disponer de los mismos y ejercitar las facultades inherentes al dueño, administrarlos, celebrar contratos en torno a ellos, defenderlos.

En Inglaterra, la fiducia romana aparece con el USE: “consistía en que una persona propietaria de tierras transfería a otra el dominio de ellas, con el entendimiento, entre las partes, que aun cuando el cesionario fuera el legítimo dueño del inmueble, una tercera persona sería quien tendría derecho a disfrutar de todos los beneficios derivados de la tierra. El cesionario tenía un encargo, que se basaba en la buena fe, cuyas normas aplicables eran las normas morales, que consistía en poseer el inmueble para beneficio exclusivo de otra persona”. Esta figura se la utilizo en la edad media como vía de eludir las confiscaciones en los tiempos de la guerra y las prohibiciones a las congregaciones religiosas de tener bienes inmuebles. El USE fue el antecedente del TRUST muy parecidas a las disposiciones fiduciarias romanas. El TRUST es una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes por la cual la persona que los posee (trustee) está obligada a manejarlos en beneficio de un tercero (beneficiario).<sup>3</sup>



<sup>3</sup> Fideicomiso Aspectos legales, tributario y contable: Alejandro Hernandez Maestroni, Gianni Gutierrez Prieto Fernando Foti Faroppa, Editorial Jurídica Amalio M Fernandez. Pag. 16-17.

## 2. **EL FIDEICOMISO EN EL ECUADOR**

La ley de Mercado de Valores del año 1993 introdujo reformas al Código de Comercio en el cual se agregó la figura del FIDEICOMISO MERCANTIL. Posteriormente la Ley de Mercado de Valores de 1998 eliminó de dicho cuerpo legal la figura, materia que es regulada desde esa época por la Ley de Mercado de Valores y por la Codificación de Resoluciones emitidas por el Consejo Nacional de Valores, en esta reforma se estableció que el FIDEICOMISO tenía una naturaleza distinta del FIDEICOMISO CIVIL.

El FIDEICOMISO MERCANTIL es una especie del género llamado NEGOCIOS FUDICIARIOS, “es un contrato por el cual una o más personas llamadas constituyentes (o fideicomitentes) transfieren temporal e irrevocablemente 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 una entidad fiduciaria lo administre y cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien sea a favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario”<sup>4</sup>.

La CONSTITUCIÓN del PATRIMONIO AUTÓNOMO es el principal efecto jurídico del contrato de fideicomiso mercantil, no es otra cosa que “el conjunto de derechos y obligaciones destinados a una finalidad específica. Este patrimonio tiene naturaleza individual y separada, es decir, que es distinto de los patrimonios del constituyente, del fiduciario, beneficiario y de terceros, entre estos, los demás fideicomisos mercantiles que son administrados por el fiduciario”<sup>5</sup>.

La ley establece que este patrimonio autónomo gozará de “personalidad jurídica”, y en su contrato de constitución se establecerán las instrucciones que debe cumplir el fiduciario, las obligaciones del constituyente y del beneficiario, el plazo de existencia del fideicomiso. Al formar un ente distinto de las personas que intervienen, los acreedores de los partícipes del negocio fiduciario no pueden recaer sobre los bienes del fideicomiso, conforme lo establece el mismo artículo 109 inciso iii de la Ley de Mercado de Valores.

Conforme lo prevé el artículo 109 inciso 4 de la Ley de Mercado de Valores, cada PATRIMONIO AUTÓNOMO o FIDEICOMISO MERCANTIL debe tener su propio NOMBRE O DENOMINACIÓN con el cual se lo identificará, esta denominación irá en el CONTRATO CONSTITUTIVO, y este mismo nombre será el que permita la obtención del REGISTRO UNICO DE CONTRIBUYENTES como un “ente distinto”, que en materia tributaria es considerado SOCIEDAD.

El representante legal de cada FIDEICOMISO por ley es el FIDUCIARIO ante quien se lo constituye, esto es las llamadas ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, fiduciario que deberá sujetarse a las instrucciones del contrato fiduciario.

---

<sup>4</sup> Art. 109 inciso i de la Ley de Mercado de Valores 1er inciso. Régimen de Mercado de Valores Tomo 1 Ediciones Legales, página 291.

<sup>5</sup> Art. 109 inciso ii de la Ley de Mercado de Valores 1er inciso. Régimen de Mercado de Valores Tomo 1 Ediciones Legales, página 291.

Jurídicamente el FIDEICOMISO no es una SOCIEDAD, ni CIVIL NI MERCANTIL, es una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través de su fiduciario. Solamente para efectos tributarios es considerado SOCIEDAD, porque la consideran una UNIDAD ECONÓMICA independiente conforme el artículo 98 Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno.

Las características fundamentales del FIDEICOMISO MERCANTIL son la independencia del patrimonio autónomo, el cual es separado del constituyente, fiduciario, beneficiario o terceros; la onerosidad, porque el fideicomiso será siempre remunerado en la forma prevista en el contrato; la solemnidad (artículo 110 inc 1 y 2 LMV) ya que requiere de escritura pública; inembargabilidad por obligaciones distintas al fideicomiso, y, la irrevocabilidad, una vez constituido no se revocará por ningún motivo.

Las partes que intervienen son: CONSTITUYENTE O FIDEICOMITENTE “persona natural o jurídica, pública o privada o mixta, nacional o extranjera, o la entidad dotado de personalidad jurídica quien transfiere la propiedad de sus bienes o derechos para que los administre un fiduciario. Podría darse la posibilidad que un tercero distinto al constituyente se ADHIERA al fideicomiso, adhesión que deberá estar prevista en el contrato fiduciario, a quien se lo denominará CONSTITUYENTE ADHERENTE.<sup>6</sup>

FIDUCIARIO: Es la persona jurídica autorizada para administrar negocios fiduciarios de acuerdo a las condiciones establecidas en el contrato de constitución. Actualmente solo pueden serlo las SOCIEDADES ANÓNIMAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS Y FIDEICOMISOS, y algunas entidades del sector público como la CORPORACION FINANCIERA NACIONAL. Es el fiduciario el que ejerce la representación legal del fideicomiso mercantil en todas sus actuaciones administrativas, extrajudiciales o judiciales.

BENEFICIARIOS: Personas naturales o jurídicas o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato fiduciario o posteriormente si se hubiera previsto tal situación en el contrato. Es posible designar a una persona que se espera exista, así como que coexistan varios beneficiarios entre los cuales si el constituyente lo considera pueden establecerse grados de preeminencia e inclusive beneficiarios sustitutos. En caso de que el constituyente no determine el beneficiario en el contrato constitutivo o se haya determinado que lo será en acto posterior, será el propio constituyente. Jamás podrá ser el FIDUCIARIO, SUS ADMINISTRADORES, REPRESENTANTES LEGALES o EMPRESAS VINCULADAS.<sup>7</sup>

De acuerdo a nuestra legislación, la propiedad no se transfiere a la fiduciaria sino al FIDEICOMISO, que es administrador por la FIDUCIARIA.

La duración del fideicomiso puede ser determinada vía un plazo, o hasta el cumplimiento de la finalidad, o de una condición, no mayor de 80 años, salvo que la condición resolutoria sea la disolución de una persona jurídica o si ha constituido con fines culturales, de investigación, altruistas, o filantrópicos, casos en los cuales el fideicomiso perdurará hasta que sea factible cumplir el propósito para el cual se constituyó, art. 110 inc 3 literales a y b de la LMV.

<sup>6</sup> Art. 115 inc. 1 y 3 de la Ley de Mercado de Valores. Régimen del Mercado de Valores tomo 1 página 293.

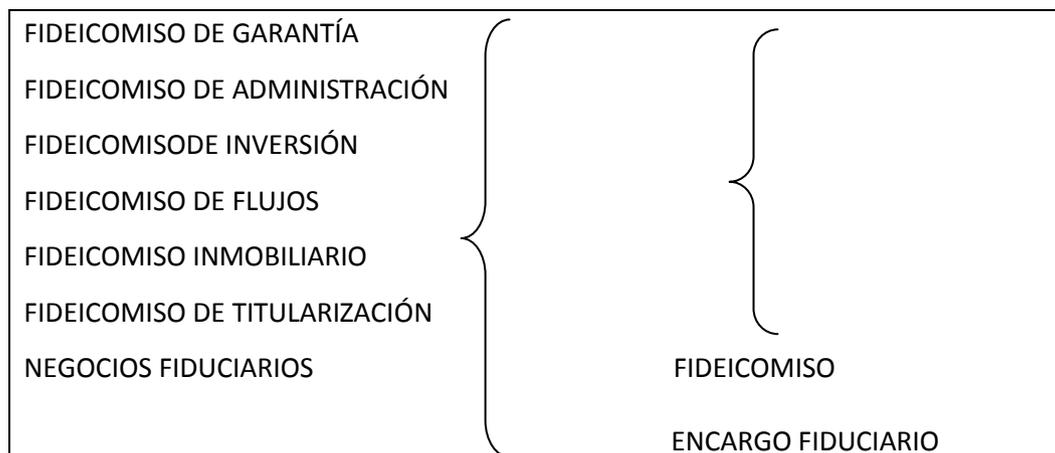
<sup>7</sup> Art. 116 Ley de Mercado de Valores. Régimen de Mercado de Valores tomo 1, página 294.

El CONTRATO FIDUCIARIO como mínimo debe contener: identificación del constituyente y del beneficiario; declaración juramentada del constituyente de licitud de origen de los bienes y que la transferencia no adolece de causa y objeto ilícito y que no irroga perjuicios a terceros; objeto y finalidad; instrucciones al fiduciario; la decisión de transferir los bienes por este acto y la aceptación de la transferencia; los derechos y obligaciones del constituyente, beneficiario y fiduciario; la denominación del patrimonio o del fideicomiso; las causas y forma de terminación del fideicomiso; las causas de sustitución del fiduciario y el procedimiento; las remuneraciones a que tenga derecho el fiduciario; las condiciones generales o específicas para el manejo, entrega de los bienes, frutos, rendimientos y liquidación del fideicomiso mercantil; la facultad o no y la forma por la cual el fiduciario puede emitir certificados de participación fiduciaria en los derechos personales derivados del contrato; la existencia o no de juntas de beneficiarios; información de los otorgantes o partícipes del negocio; detalle de los bienes aportados; posibilidades de reforma o no del contrato; exclusión de responsabilidad de la Superintendencia de Compañías.

Las personas o entes dotados de personalidad jurídica que tengan derechos derivados de un contrato de fideicomiso (constituyente, constituyente adherente, beneficiario) deben registrar en sus libros contables tales derechos, según las transferencias de bienes al patrimonio autónomo se haya hecho en beneficio del constituyente o del beneficiario. Esta contabilización es de responsabilidad exclusiva de los titulares de los derechos fiduciarios art. 136 LM V.

El FIDEICOMISO puede terminar por : cumplimiento de la finalidad, del plazo, de las condiciones, o por imposibilidad de su cumplimiento, sentencia ejecutoriada o laudo arbitral, resciliación del contrato siempre que no afecte derecho de terceros y de los partícipes del contrato fiduciario, y por la quiebra o disolución del fiduciario, siempre que no exista sustituto.

La clasificación de los negocios fiduciarios de conformidad con nuestra legislación es la siguiente<sup>8</sup>:



<sup>8</sup> Artículo 17, Sección IV, Título V, Capítulo I, de la Codificación de Resoluciones del Consejo Nacional de Valores. Régimen de Mercado de Valores tomo II página 233.

### 3. ASPECTOS TRIBUTARIOS DEL FIDEICOMISO

La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es ni onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato. Esta transferencia esta 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 está exenta del pago 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 al constituyente también están exentas, falla de la condición, 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 bienes muebles está exenta de IVA y de otros indirectos. Igual exención se aplicará en el caso de restitución al constituyente.

El fideicomiso mercantil conforme lo determina el artículo 135 de la LMV tendrá la calidad de agente de recepción o percepción respecto de los impuestos que al FIDEICOMISO le corresponden retener y percibir en los términos de la legislación tributaria vigente. Para todos los efectos, la responsabilidad del fiduciario en relación con el fideicomiso que administra se rige por las normas del Código Tributario. El fiduciario será responsable solidario con el fideicomiso mercantil por el incumplimiento de deberes formales que como agente de retención y percepción le corresponden al fideicomiso.

En el Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Tributario interno en su artículo 68 establecía: “liquidación del impuesto a la renta de los fideicomiso mercantiles y fondos de inversión: los fideicomiso mercantiles y los fondos de inversión legalmente constituidos, en cualquier caso, deberán liquidar y pagar el impuesto a la renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo con las normas generales. Las administradoras de los fideicomiso mercantiles y fondos de inversión deberán presentar mensualmente al SRI en medio magnético una declaración informativa de cada fideicomiso mercantil y fondo de inversión que administre, que contenga los nombres y apellidos completos, denominación o razón social, cédula de ciudadanía o identidad, número del RUC, domicilio, monto y fecha de la inversión y monto, retención efectuada y fecha de los beneficios distribuidos. De conformidad con el artículo 17 del Código Tributario, se entenderá que cuando un fideicomiso entregue beneficios, directa o indirectamente, a persona naturales residentes en el Ecuador o sociedades domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición, que se han originado en la percepción de dividendos o utilidades de sociedades residentes en el Ecuador, serán considerados como dividendos percibidos por la persona natural y

se sujetarán al tratamiento tributario que sobre este tipo de ingresos determine la Ley de Régimen Tributario Interno y su Reglamento”.

El artículo 9 de la Ley de Régimen Tributario Interno reformado por el artículo 10 de la ley 2005-20 RO 148 del 18 de noviembre del 2005, y por el artículo 63 de la Ley s/n RO 242-3S del 29 de diciembre del 2007, establece los ingresos que están exonerados del Impuesto a la renta: 15.- (Sustituido por la disposición reformativa segunda de la Ley s/n RO 351 S del 29 de diciembre del 2010: “los ingresos que obtengan los fideicomisos mercantiles siempre que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, conforme la definición que al respecto establece el artículo 42.1 de esta ley. Así mismo se encontrarán exentos los ingresos obtenidos por los fondos de inversión y fondos complementarios. Para que las sociedades antes mencionadas puedan beneficiarse de esta exoneración, es requisito indispensable que al momento de la distribución de los beneficios, rendimientos, ganancias o utilidades, la fiduciaria o la administradora de fondos, haya efectuado la correspondiente retención en la fuente del impuesto a la renta –en los mismos porcentajes establecidos para el caso de distribución de dividendos y utilidades, conforme lo dispuesto en el Reglamento para la aplicación de esta Ley – al beneficiario, constituyente o partícipe de cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión o fondo complementario, y además presente una declaración informativa al Servicio de Rentas Internas en medio magnético, por cada fideicomiso mercantil, fondo de inversión y fondo complementario que administre, la misma que deberá ser presentada con la información y en la periodicidad que señale el Director General del SRI mediante Resolución de carácter general. De establecerse que estos fideicomisos mercantiles, fondos de inversión o fondos complementarios no cumplen con los requisitos arriba indicados, deberán tributar sin exoneración alguna”.

Y el numeral “15.1 (sustituido por el numeral 2.1. de la disposición reformativa segunda de la Ley s/n RO 351 S del 29 de diciembre del 2010: ... y los beneficios o rendimientos obtenidos por personas naturales y sociedades, distribuidos por fideicomisos mercantiles de inversión, fondos de inversión y fondos complementarios, siempre que la inversión realizada sea en depósito a plazo fijo o en títulos valores de renta fija negociados en bolsas de valores. Depósitos emitidos a un plazo de un año o más. Esta exoneración no será aplicable para el caso en el que el perceptor del ingreso sea deudor directo o indirecto de la institución en que mantenga el depósito o inversión, o de cualquiera de sus vinculadas”; y...”.

#### **4. LEGISLACIÓN COMPARADA**

##### **4.1. URUGUAY<sup>9</sup>:**

En URUGUAY la ley designó contribuyente de impuestos al fideicomiso, pero al mismo tiempo estableció una serie de exoneraciones automáticas, fundamentalmente las exoneraciones apuntan a los inversores institucionales (cajas de jubilación paraestatales, Afaps, compañías de seguros) pero también otras de carácter general.

---

<sup>9</sup> FIDEICOMISO. ASPECTOS LEGALES, TRIBUTARIOS Y CONTABLES, Alejandro Hernandez Maestroni, Gianni Gutierrez Prieto, Fernando Foti Faroppa, Editorial y Librería Jurídica AMF.

Una de las opciones de tributación desechada por el legislador del Uruguay fue la de considerar al fideicomiso como un negocio transparente. Esta teoría supone que el derecho fiscal no reconozca como contribuyente al fideicomiso y considere que las rentas generadas por él estarán gravadas en la medida que sean computables fiscalmente por el beneficiario de las mismas. El tratamiento tributario establecido en la ley de fideicomisos evidencia la intención del legislador de evitar que los costos impositivos opaquen sus virtudes jurídicas y por ende lleven a su fracaso. Durante la discusión parlamentaria el gobierno envió, a pedido de los legisladores, un proyecto con modificaciones al tratamiento fiscal tendientes a equiparar esta figura con otros vehículos de inversión y de garantía (obligaciones negociables, hipotecas, etc).

Se trató de lograr un equilibrio en el tratamiento del fideicomiso, de forma tal que esta figura no soporte una carga tributaria demasiado pesada y adicionalmente no sea utilizada con el único objetivo de reducir la carga impositiva de operaciones que actualmente se encuentren gravadas con impuestos.

Para definir el tratamiento tributario de un fideicomiso debemos analizarlo en primer lugar i la transferencia fiduciaria de los activos al fideicomiso implica una transmisión real desde el punto de vista económico o si se trata de una transferencia exclusivamente jurídica y formal. Se presume que hay una transferencia económica cuando el fiduciante pierde el control del activo y en consecuencia, el fideicomiso tiene capacidad de obtener los beneficios económicos que éste pueda producir. Cuando esto ocurre, la transferencia fiduciaria se asimila a una enajenación de activos y recibe el mismo tratamiento tributario que esta operación. Con respecto a la transferencia fiduciaria que no reúna las características económicas de una venta, en nuestra opinión, no debería tener consecuencias tributarias para ninguna de las partes intervinientes excepto por el Impuesto a las transmisiones patrimoniales ITP. La transferencia de activos a un fideicomiso en garantía es un claro ejemplo de una transferencia fiduciaria jurídica y no económica. En el caso de los fideicomisos financieros originados en forma unilateral por voluntad del fiduciario, podrá no existir una transferencia fiduciaria y el tratamiento tributario dependerá de la actividad desarrollada por el fideicomiso. En definitiva, atendiendo a la realidad económica de la transferencia fiduciaria y a las disposiciones tributarias previstas en la ley de fideicomisos, a efectos de analizar su tratamiento fiscal dividiremos a los fideicomisos en tres clases:

- a) fideicomisos no financieros y los fideicomisos financieros cuyo objeto específico de inversión no consista en conjuntos homogéneos de créditos cuya titularidad sea transferida al fideicomiso. No quedan incluidos en esta categoría los fideicomisos en los cuales exista una transferencia fiduciaria y la misma no reúna las características de una venta.
- b) Los fideicomisos financieros cuyo objeto específico de inversión consista en conjunto homogéneos de créditos cuya titularidad sea transferida económicamente al fideicomiso; y,
- c) Los fideicomisos de garantía y otros fideicomisos cuya transferencia fiduciaria no reúna las características económicas de una venta.

**En Uruguay**, a efectos fiscales se incluyen en esta categoría a los fideicomisos no financieros y a los fideicomisos financieros no impuestos por una cartera homogénea de créditos cuya titularidad sea transferida al fideicomiso. No quedan incluidos aquellos fideicomisos en los cuales exista transferencia fiduciaria y la misma no pueda asimilarse a una venta de activos desde el punto de vista económico. Quedan incluidos los fideicomisos no financieros dedicados al otorgamientos de préstamos, los fondos de inversión abiertos, los fideicomisos de inversión inmobiliaria, agrícola, etc. La ley de FIDEICOMISOS establece que este tipo de fideicomisos será contribuyente de todos los tributos que gravan a las sociedades personales, en tanto se verifiquen a su respecto los restantes aspectos del hecho generador de los respectivos tributos.

En Uruguay el Impuesto a las rentas de la industria y comercio (IRIC) grava a la tasa de 30% el resultado neto obtenido por las empresas durante su ejercicio económico derivado de actividades desarrolladas o bienes situados en Uruguay. Las sociedades personales solamente son contribuyentes de IRIC cuando obtienen ganancias que derivan de actividades de tipo empresarial que suponen la combinación de capital y trabajo. Las ganancias generadas fundamentalmente por el trabajo personal de los integrantes de la sociedad que no implican el uso significativo de capital (rentas puras de trabajo) y las generadas fundamentalmente por la inversión de capital de la sociedad (rentas puras de capital) no suponen la combinación de capital y trabajo y por ende no están gravadas por el IRIC.

Los fideicomisos comunes serán contribuyentes de IRIC cuando desarrollen actividades empresariales mediante la combinación de capital y trabajo en Uruguay. Es el caso por ejemplo del fideicomiso dedicado a la actividad industrial o comercial. Si se transfiere al fideicomiso un conjunto de activos para desarrollar una actividad industrial o comercial en Uruguay, existirá combinación de capital y trabajo y las rentas que se obtengan estarán gravadas por IRIC.

Por el contrario, no serán contribuyentes del IRIC aquellos fideicomisos que reciban inmuebles para ser administrados por el fiduciario y que obtengan rentas provenientes de alquiler o de la venta de los bienes. En efecto las rentas derivadas de estas actividades se consideran rentas puras de capital no comprendidas en el IRIC. Sin embargo, debe tenerse presente que el fideicomiso será contribuyente del IRIC si vende más de dos inmuebles en el mismo año fiscal se considerará que realiza actos de comercio y será gravable.

Para que el fideicomiso sea contribuyente de IRIC también debe cumplirse el aspecto espacial del hecho generador, es decir que las rentas obtenidas por el fideicomiso deben provenir de actividades desarrolladas o bienes situados en Uruguay (criterio de territorialidad de la fuente). Los resultados derivados de la tenencia de acciones de empresas del exterior no se encuentran gravados por el impuesto por considerarse rentas de fuente extranjera provenientes de activos emitidos en el exterior.

La renta gravada por IRIC se determina como la diferencia entre las rentas brutas gravadas (ingresos brutos) y los gastos necesarios para obtener y conservar estas rentas. La renta bruta es el producto de las operaciones empresariales desarrolladas durante el

ejercicio. Así por ejemplo, la renta bruta proveniente de la venta de bienes se determina como la diferencia entre el precio de venta y el costo de adquisición o de producción. Con respecto a los gastos que pueden deducirse para determinar la renta neta, podemos citar por ejemplo, las amortizaciones de los bienes de uso, los créditos considerados incobrables desde el punto de vista fiscal y la pérdida por intereses derivada de los pasivos contraídos por el fideicomiso. En consecuencia, es necesario otorgar un valor a los bienes y derechos que ingresan al patrimonio fiduciario a efectos de determinar la renta bruta del fideicomiso por la posterior venta de los activos fideicomitidos así como para determinar algunos de los gastos mencionados. Así por ejemplo, la amortización de los bienes muebles e inmuebles que el fideicomiso podrá considerar como gasto deducible en su liquidación de IRIC dependerá del valor por el cual ingresen estos activos al fideicomiso. La valuación inicial de los bienes que ingresan al patrimonio fiduciario es necesaria para calcular el ajuste por inflación.

Desde el punto de vista fiscal, el resultado por inflación se determina aplicando la inflación mayorista IPPN y a los activos y pasivos del fideicomiso al inicio del ejercicio. No se toman en cuenta para la determinación del resultado por inflación los bienes de activo fijo ni los activos que generan rentas no gravadas. Esta valuación inicial es importante no solo para determinar el IRIC del fideicomiso sino también para liquidar su impuesto al patrimonio. En efecto, para determinar el patrimonio del fideicomiso gravado por IP los activos deben valuarse tomando en consideración las normas de valuación del IRIC.

El valor fiscal de los bienes que ingresan al fideicomiso dependerá de la relación existente entre el fideicomisario y el beneficiario. Esto es: si el beneficiario es una persona física o jurídica totalmente independiente del constituyente; si es una persona vinculada: accionista, director, socio, dueño, administrador, o familiar cercano; y si el constituyente es uno de los beneficiarios. En el primer caso, el tratamiento fiscal de la transferencia de los bienes al fideicomiso será el mismo que el de una venta, ingresan al valor de venta fijado para la transferencia. En el segundo caso, si el fideicomiso no va a desarrollar actividades gravadas por IRIC con los bienes fideicomitidos entonces la transmisión fiduciaria deberá tratarse como venta a valores de mercado. La ley de IRIC establece que cuando el dueño, socio o accionista retira para su uso particular de su familia o de terceros, bienes de cualquier naturaleza o los destina a actividades cuyos resultados no estén alcanzados por el impuesto, se considerará que tales actos se realizan al precio corriente de venta con terceros. En consecuencia los bienes fideicomitidos no podrán ingresar al patrimonio del fiduciario por un importe inferior al precio de venta en plaza. El objetivo es evitar que queden fuera de la orbita del IRIC las ganancias que deberían pagar el impuesto si fueran obtenidas por el titular original de los bienes adjudicados. Ejemplo: si una S.A. transfiere un inmueble a un fideicomiso para su venta, cuyos beneficiarios son personas físicas o jurídicas vinculadas a la S.A. la venta del inmueble por parte de la S.A. se encuentra gravada con el IRIC en virtud de que estas sociedades pagan el impuesto por todas sus rentas de fuente uruguaya, sean o no empresariales (rentas de trabajo, capital y empresarial). Si la sociedad transfiere al fideicomiso, este no deberá pagar el IRIC al momento de venderlo por constituir una renta pura de capital. Por este motivo, la S.A. deberá considerar la transferencia al

fideicomiso como una venta a valores de mercado. En el tercer caso propuesto, cuando el fiduciante sea beneficiario y el fideicomiso no desarrolle actividades gravadas por IRIC con los activos recibidos la transferencia fiduciaria deberá considerarse como una venta a valores de mercado. Los activos fideicomitados no podrán ingresar al patrimonio del fideicomiso por un valor inferior a su precio de venta en plaza. Por otra parte, el fideicomiso es contribuyente IRIC, el tratamiento fiscal de la transmisión fiduciaria dependerá del tipo de título fiduciario recibido por el fiduciante a cambio de la transferencia de bienes. En caso que el fiduciante reciba certificados de participación se considerará como aporte de capital a sociedad, en tal sentido los bienes aportados deberán valuarse por el valor fijado entre las partes o de no determinarse por el valor real incrementado en un 25% urbano y 10% rural. Si el fiduciante recibe títulos de deuda a cambio de la transferencia al fideicomiso se entenderá permuta, de acuerdo a la cotización en bolsa los títulos, los inmuebles se tomarán por el triple del valor real a la fecha de la operación., los muebles por el precio de venta en la plaza. Finalmente, en caso que el fiduciante transfiera el establecimiento comercial a un fideicomiso será de aplicación toda la normativa fiscal respecto a la enajenación de establecimiento comercial. El fideicomiso deberá mantener el valor fiscal de los bienes transferidos por el fiduciante.

A efectos de determinar la renta neta gravada por el IRIC el fideicomiso podrá deducir los intereses generados por los pasivos contraídos, en las condiciones que veremos a continuación. En consecuencia los fideicomisos que emitan títulos de deuda mediante oferta pública podrán deducir la pérdida de intereses hasta una tasa máxima equivalente a la tasa media anual efectiva correspondiente a operaciones de crédito bancario para el trimestre inmediato anterior al comienzo del ejercicio. La deducibilidad de los intereses de títulos de deuda no emitidos en oferta pública y del resto de intereses financieros a efectos del cálculo de la renta neta gravada por el IRIC se encuentra limitada fiscalmente por la tasa pasiva para depósitos a plazo fijo vigente al comienzo del ejercicio económico. No aplica esta limitación en caso de que el acreedor del préstamo sea: una empresa uruguaya contribuyente de IMABA (bancos, empresas prestamistas habituales), organismo internacional de crédito que integre Uruguay (BID, CII, CFI). Los pagos efectuados por el fideicomiso a los tenedores de certificados de participación (fideicomisos financieros) y a los cuotapartistas (fideicomisos no financieros) se asimilan a una distribución de utilidades y por ende no constituyen gasto del fideicomiso. No son deducibles a efectos de determinación del resultado neto del fideicomiso gravado por IRIC.

El fideicomiso que desarrolle actividades agropecuarias podrá optar por ser contribuyente de IRA o de IMEBA (impuesto a la enajenación de bienes agropecuarios). En caso de que opte serlo del IRA (impuesto a las rentas agropecuarias) también será contribuyente del IVA. Los productores agropecuarios pueden optar por liquidar el IRA en cuyo caso los pagos del IMEBA podrán deducirse del saldo del IRA a pagar. En caso de optar por IMEBA, el productor agropecuario no pagará impuestos sobre sus rentas netas.

Si el fideicomiso es contribuyente del IRIC entonces será contribuyente del Impuesto al patrimonio. La tasa del IP es 1,5% para los patrimonios destinados a las

actividades gravadas por el IRIC y 2% para el resto de patrimonios. No están alcanzados por el IR los créditos mantenidos con personas del exterior tales como créditos de exportación ni las acciones emitidas por sociedades extranjeras, por tratarse de activos localizados fuera del país. El patrimonio del fideicomiso gravado por IP se determina como la diferencia entre los activos gravados y los pasivos admitidos. Entre los pasivos financieros admitidos son: títulos de deuda mediante oferta pública que tendrá el mismo tratamiento de las obligaciones que cotizan en bolsa; pasivos contraídos con sujetos pasivos de IMABA tales como bancos, tarjetas de crédito, personas del exterior, siendo solo deducible el promedio mensual de pasivos mantenidos durante el ejercicio económico; y, las deudas contraídas con organismos internacionales que integre el Uruguay con la Corporación Nacional para el desarrollo. Los títulos emitidos sin oferta pública no se podrán deducir. Si los títulos de deuda constituyen pasivo para el fideicomiso, los certificados de participación se asimilan a aportes de capital y por ende forman parte del patrimonio del fideicomiso. En virtud de esto, los certificados de participación no pueden restarse de los activos gravados a efectos de determinar el patrimonio del fideicomiso gravado por el IP. Lo importante es determinar si los títulos emitidos por el fideicomiso constituyen pasivo o patrimonio para poder definir el tratamiento tributario de la financiación obtenida por el fideicomiso, ya que los que son considerado aporte no serán deducibles a efectos de determinar el patrimonio gravado con IP. Cabe destacar que los fideicomisos contribuyentes del IMABA incluidos en esta categoría deben liquidar el IP en igualdad de condición como los bancos.

Si el fideicomiso no es contribuyente IRIC tampoco es contribuyente de IP. Si aplicáramos el régimen fiscal de las sociedades personales no contribuyentes, el fideicomiso debería determinar el valor de su patrimonio según normas de IP y posteriormente comunicar el valor e la cuota parte del patrimonio fideicomitado que le corresponde a cada uno de los beneficiarios (cuotapartista). Cada uno de los cuotapartistas debería considerar el valor de su participación en su liquidación de IP. Sin embargo, el fideicomiso no contribuyente de IRIC deberá actuar como agente de retención de IP aplicando la tasa del 1,5% a su patrimonio fiscal al 31 de diciembre de cada año. Esta disposición reglamentaria hace que el fideicomiso siempre sea sujeto pasivo del IP, y resulta ilegal en la medida que se otorga al fideicomiso un tratamiento fiscal distinto al de las sociedades personales, contradiciendo el régimen previsto en la ley. En efecto, la ley establece que el fideicomiso tendrá la calidad de responsable en iguales condiciones que las sociedades personales. Las sociedades personales no contribuyentes de IRIC tampoco son contribuyentes de IP y deben informar el valor de la cuotaparte del patrimonio de la sociedad a cada uno de los socios, sin tener que actuar como agente de retención del impuesto, excepto cuando los socios residen en el exterior. Inclusive se discute un proyecto de ley que designa a todos los fideicomisos, contribuyentes o no de IRIC como contribuyentes del IP”.

#### **4.2. ARGENTINA<sup>10</sup>:**

En Argentina el FIDEICOMISO es sujeto pasivo. La ley lo asimila a las sociedades de capital y están alcanzadas al 35% sus ganancias netas imponibles. La excepción está

---

<sup>10</sup> EL BOOM DEL FIDEICOMISO DE CONSTRUCCION. UBA FCE ECONOMICAS. BARLETA GUIDO, GANZA, JUAN CARLOS.

dada cuando el fiduciante es a la vez beneficiario siguiendo el Art. 69 Inc. a)6), en este caso la renta se atribuye al beneficiario y se acumula con sus demás ganancias como renta de 3ra categoría (inciso sin número agregado a continuación del inciso d) del Art. 49 y 4to Art. sin número agregado a continuación del Art. 70 DR). No se aplica para casos en que el fiduciario -beneficiario sea del exterior ni para fideicomisos financieros. Cabe resaltar que esto es para el caso de los beneficios del fideicomiso que es diferente a la adjudicación de los bienes al fideicomisario. Entonces, si el fideicomiso construye y vende, adjudicara la ganancia a los fiduciantes-beneficiarios en función a su participación. Las utilidades que distribuyan los fideicomisos que superan las ganancias impositivas determinadas e ingresadas por él están alcanzadas por el impuesto de igualación, debiendo retener e ingresar, con carácter único y definitivo, el 35% sobre el exceso. En el caso de los fideicomisos en que coexisten fiduciante-beneficiario, fiduciante que no es beneficiario o siéndolo, están radicados en el exterior, corresponde al fiduciario liquidar y pagar el 35% de la ganancia neta sujeta a impuesto por la parte correspondiente a los beneficiarios no fiduciantes y a los beneficiarios del exterior. A su vez, debería atribuirle a los beneficiarios-fiduciantes la proporción de las ganancias correspondientes a ellos. Los beneficiarios que no son fiduciantes reciben las ganancias después de haber tributado el impuesto por lo que la incorporación a su patrimonio como ingresos no computables. Se trata de conceptos no computables para la determinación de la ganancia neta, por lo indicado y por expresa disposición de los Art. 46 y 64 de la ley.

Ejercicio fiscal: Un nota externa de AFIP 5/99 se pronuncia diciendo que el ejercicio fiscal de los fideicomisos podrá ser distinta al año calendario. La doctrina interpretando el 1er Art. agregado a continuación del Art. 70 DR de la Ley de Impuesto a las Ganancias dice que el ejercicio comercial y fiscal de los fideicomisos debe ser el año calendario. En la práctica cuando se lleve un sistema contable que permita confeccionar balance en forma comercial, el ejercicio fiscal puede o no coincidir con el año fiscal. El fideicomiso es agente de retención por los pagos que efectúe y sujeto pasible de retención por los cobros que recibe según RG 830 AFIP. Si el fideicomiso es inmobiliario y construye las construye y vende, pagara al 35% el fideicomiso o distribuirá la ganancia cuando corresponda. Pero es importante, valga la redundancia, que haya ganancia en la venta. Es lógico, que si diferentes personas se reúnen para unir fuerzas, construyen y luego venden lo van a hacer con fines de lucro. Diferente es el caso que el fideicomiso construya pero no venda sino que adjudique las unidades a los beneficiarios. Éste es el llamado "fideicomiso al costo". Como vimos, a través de los diferentes dictámenes, se debe ver el negocio subyacente en cada contrato. Para ver si hay ganancia en la adjudicación debemos analizar la diferencia entre el costo y el valor de plaza (art 28 y 71 de la Ley de Impuestos Ganancias se refieren a la valuación a valor de plaza). La denominación de "fideicomiso al costo" se usa mucho para dar la idea de no onerosidad, ya que, como el nombre lo dice, se estaría adjudicando al costo sin ninguna ganancia. Pero esto no siempre es así y la realidad económica nos muestra que es sólo una forma de esconder el verdadero negocio del contrato. En la actualidad en Argentina se encuentran beneficios impositivos para la utilización de esta figura. Se financia el pago del impuesto en el caso de estar alcanzado el aporte inicial, la adjudicación y la posterior venta.

**En Argentina también se da la figura de la Ganancia Mínima Presunta:** Los fideicomisos constituidos en Argentina conforme a la ley 24441, salvo los financieros, son sujetos pasivos del impuesto según Art. 2)f) ley 25063 y debe tributar el gravamen a la tasa general del 1% sobre activo computable. **Pago a cuenta:** el impuesto a las ganancias es pago a cuenta de GMP. En cambio, si GMP excede, dicho excedente puede ser compensado contra el impuesto a las ganancias generado en el futuro dentro de los 10 años siguientes.

**Caso:** pago a cuenta cuando el impuesto a las ganancias recae sobre ellos y GMP sobre el fideicomiso, es decir, cuando el fiduciario es beneficiario a la vez. En este punto, el Art. 13 dice que los sujetos pasivos de GMP y no de Impuesto a las ganancias para el cómputo del pago a cuenta deben aplicar la alícuota del Art. 69 sobre la utilidad impositiva a atribuir a los participantes (35%). Sin embargo, en consulta no vinculante, no considera esto por no considerarlo incluido en el Art. 82 DR que incluye a los dueños de empresas unipersonales, titulares de inmuebles rurales y al socio. Para evitar confusiones se debería incluir en este artículo este caso. **Art. 12 computabilidad de nuevas inversiones:** hay que ver la condición de no computable de las inversiones en la construcción de nuevos edificios o mejoras en inmuebles excluidos los que revistan el carácter de bienes de cambio, en el ejercicio en que se efectúen las inversiones y siguientes. En este punto es importante distinguir si estos edificios o mejoras en inmuebles revisten la calidad de bienes de cambio para el fideicomiso. **Dictamen 18/06 AFIP:** la exclusión de la base de la imposición del Art. 12 b) solo es procedente en aquellos casos en que los activos en cuestión no revistan para el titular el carácter de bienes de cambio. Dado que en el caso bajo análisis los inmuebles revierten esta característica no corresponde la aplicación a las inversiones efectuadas por el fideicomiso para la construcción del edificio.

**¿A qué valor ingresan los bienes fideicomitados para el computo de la base del impuesto?** La transmisión del dominio fiduciario de los bienes transferidos al fideicomiso no revisten carácter de oneroso, ni gratuito sino que es a título de confianza. **Alternativas:** Aplicar el valor fijado para el pago del impuesto inmobiliario. Ténganse en cuenta que en el contrato de fideicomiso y en la consecuente escritura o documentación de transmisión de dominio, cuando se trate de bienes registrables, no es necesario fijar valor económico. El valor que tenían tales bienes para el gravamen en la DDJJ de los fiduciantes. Algo similar a lo que ocurre con los bienes en herencia o donación. Las partes establezcan un valor para evitar discusiones. Una vez transferidos los bienes el fiduciante no mantiene con ellos ninguna relación, dejan de pertenecerles jurídica y económicamente, sin posibilidad de reintegro, salvo revocatoria o extinción anticipada del fideicomiso. Los bienes fideicomitados dejan de pertenecer al fiduciante, por lo que ya no integran su patrimonio, no existen en su activo al momento de determinar la base imponible para la liquidación del gravamen. La ley del impuesto establece dentro de las exenciones del Art. 3 inciso f) a los bienes entregados por fiduciantes, sujetos pasivos del impuesto, a los fiduciarios de fideicomisos que revistan igual calidad ante el gravamen, es decir, alcanzados. El **Impuesto a los ingresos brutos.** El impuesto sobre los ingresos brutos es de carácter jurisdiccional, por lo que cada una de las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires establecen sus propias normas que establecen

los requisitos y condiciones para el cobro de este tributo. Sin embargo, en sus aspectos generales, todas ellas en lo que se refiere a la actividad de la construcción gravan el ejercicio habitual a título oneroso, y la base imponible son los ingresos brutos devengados por la realización de la actividad en el período fiscal respectivo. Para la configuración del hecho imponible son necesarios tres aspectos: la habitualidad, la onerosidad, y la territorialidad del acto. Sobre la habitualidad, el Código Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la presume en el fraccionamiento y venta de inmuebles (loteos), compra-venta y locación de inmuebles. Las actividades deben ser efectuadas dentro de los límites de la jurisdicción, y el impuesto se aplica igualmente sobre el ingreso bruto devengado aunque el contribuyente sufra pérdida. El fideicomiso será contribuyente siempre y cuando su actividad cumpla con las tres condiciones esenciales. Para la actividad de la construcción el perfeccionamiento del hecho imponible sucede: en el caso de venta de bienes inmuebles, desde el momento de la firma del boleto, de la posesión o escrituración, el anterior; y para los casos de trabajos sobre inmuebles de terceros, desde el momento de la aceptación del certificado de obra, parcial o total, o de la percepción total o parcial del precio o de la facturación, el anterior. Las exenciones establecidas para este tipo de actividad son las provenientes de las ventas de inmuebles en los casos: Sean ventas efectuadas después de los dos años de su escrituración en los ingresos correspondientes al vendedor, excepto aquellas realizadas por una empresa o sociedad y por quienes hacen profesión de la venta de inmuebles; Ventas efectuadas por sucesiones; Ventas de única vivienda efectuadas por el propietario; Ventas de inmuebles afectadas a la actividad como bienes de uso; Venta de lotes pertenecientes a subdivisiones de no más de cinco unidades excepto que se trate de loteos efectuados por una sociedad o empresa; Transferencia de boletos de compraventa en general, excepto aquellas realizadas con habitualidad o por una sociedad empresa. La alícuota general a aplicar es actualmente del 1.5%. Sin embargo, se establece la tasa 0% para los ingresos provenientes exclusivamente de la construcción en jurisdicción C.A.B.A. de inmuebles destinados a viviendas unifamiliares y/o multifamiliares no superiores a la categoría "C", determinada conforme a las especificaciones y descripciones de la ley tarifaria (el estudio de las características de las construcciones encuadradas en cada una de las categorías excede el objetivo de este trabajo). La aplicación de la alícuota no es de aplicación automática, sino que como requisitos son necesarios: la registración de los planos de obras nuevas ante el organismo técnico competente del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la inscripción pertinente en la Dirección General de Rentas. Esta última deberá realizarse por cada obra, y los beneficios se extienden por el término de 3 años. Por último, queremos remarcar que para el cálculo de la base imponible no deben incluirse los importes correspondientes a impuestos internos e IVA. Y a diferencia del impuesto sobre el valor agregado, en el impuesto sobre los ingresos brutos debe considerarse la porción del terreno de la construcción.

#### 4.3. **ESTADOS UNIDOS DE AMERICA**<sup>11</sup>:

En Estados Unidos la figura del fideicomiso se conoce con el nombre de trust, que tiene orígenes en el derecho germánico. No existe en este país un código al cual recurrir

---

<sup>11</sup> EL BOOM DEL FIDEICOMISO DE CONSTRUCCIÓN. UBA FCE ECONÓMICAS. BARLETA GUIDO, GANZA, JUAN CARLOS.

sino que el derecho se basa en las decisiones judiciales de las diferentes cortes. El Second Restatement **define al Trust** como “la relación fiduciaria con relación a una propiedad, que sujeta a la persona que tiene el título de la propiedad a los deberes de equidad de utilizar la propiedad para el beneficio de otra persona, y que emerge como un resultado de la manifestación de la intención de crearlo.” De esta definición obtenemos que **los elementos de este contrato** son: el trustee, beneficiary y trust property. Es imprescindible que este la propiedad fiduciaria, ya que de no existir, no se estaría dentro de la figura de Trust. **Los métodos para crear un trust** son, entre otros: Una declaración del propietario de un bien de que él lo tiene en propiedad fiduciaria a favor de un tercero. En este caso crearía un trust de pacto unilateral. La promesa de una persona a otra persona de que sus derechos serán tenidos en propiedad fiduciaria por una tercera persona. Una transferencia por testamento. Una transferencia inter vivos por el propietario de un bien a otra persona como fiduciario en beneficio del fiduciante o de una tercera persona. La designación por una persona que tiene derecho a determinar quién será el propietario de ciertos bienes de un tercero, en beneficio de ese tercero o de otro.

Para esto existen ciertas limitaciones: Uno de varios fiduciarios puede ser uno de varios beneficiarios, Uno de varios fiduciarios puede ser el único beneficiario, El único fiduciario, puede ser uno de varios beneficiarios, Si hay varios fiduciarios, pueden ser beneficiarios, El único fiduciario, no puede ser el único beneficiario.

**Hay tres tipos de Trust:** *Trust discrecional:* en el cual trustee tiene amplias facultades y poder suficiente para la administración de los bienes con la única limitación de las instrucciones contenidas en el documento que los creo y en la finalidad de la constitución del trust; *Trust de participación:* en los que los beneficiarios disfrutan de tener una parte determinada de los frutos del trust; Y, *Trust de gestión:* es una combinación de los dos anteriores.

Impositivamente, en Estados Unidos, un trust es una única persona legal. Los impuestos de los trust se encuentran en el subcapítulo J del Código de Ingreso Interno, en el que a continuación se demuestra como el código trata al fideicomiso como una persona.

Aplicación de impuestos. El impuesto exigido se aplicará a la renta imponible de cualquier tipo de propiedad en fideicomiso, incluyendo. Los ingresos acumulados en fideicomiso para el beneficio de las personas no determinadas, no nacidos o personas con intereses contingentes, y los ingresos acumulados o lugar para su futura distribución en los términos del testamento o fideicomiso; Los ingresos que ha de ser distribuido corrientemente por el fiduciario a los beneficiarios, e ingresos percibidos por un tutor de un niño que se va a celebrar o distribuido como el tribunal puede ordenar; Los ingresos recibidos por los bienes de personas fallecidas durante el período de administración o liquidación de los bienes, y Los ingresos que, a discreción del fiduciario, puede ser distribuido a los beneficiarios o acumulado.

**(B)** De la Computación y el pago. La base imponible de una sucesión o fideicomiso se calculará de la misma manera como en el caso de un individuo, salvo

disposición en contrario en esta parte. El impuesto se calculará sobre la base imponible y deberán ser pagados por el fiduciario. Para fines de este inciso, un fideicomiso extranjero o extranjera de bienes se considerará un extranjero no residente que no está presente en los Estados Unidos en cualquier momento. Los trust están exentos de impuestos de sucesión y cesión. La mejor manera de crear el trust para evitar los impuestos anteriormente dicho es creando el trust antes de comprar la propiedad en los estados unidos. El trust debe recibir dinero para comprar la propiedad, ya sea a préstamo o dándolo literalmente. Y dado desde el punto de vista que el trust es una persona individual, la muerte del firmante o beneficiario no afectara al trust.

#### 4.4. **BRASIL**<sup>12</sup>:

Chalhub entiende por negocio fiduciario “el negocio jurídico innominado por el cual una persona (fiduciante) transmite la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho a otro (fiduciario), que se obliga a darle determinado destino y, cumplido ese encargo, retransmitir la cosa o el derecho al fiduciante o a un beneficiario indicado en el contrato fiduciario”. A diferencia de la legislación Argentina, la Brasileña fragmento al fideicomiso en varios regímenes específicos, esto dio la ventaja de saber responder a las exigencias de garantías ágiles que permiten el acceso al crédito. Los principales son: El régimen de fideicomiso en garantía previsto en el código civil. Reglamenta la propiedad fiduciaria en la que un deudor transfiere una cosa mueble, con el objetivo de garantía. Esto debe ser celebrado por elemento público o privado en el Registro de Títulos y Documentos. Esto implica un desdoblamiento de la posesión del bien, aunque el deudor siga siendo el poseedor. En el caso de incumplimiento del deudor, el acreedor vende la cosa, y si el valor de esta no alcanza a cubrir la deuda el deudor sigue obligado por la diferencia. La garantía se va a extinguir no solo por la cancelación de la deuda y la forma antes enunciada, sino también por perecer la cosa, por renuncia del acreedor y por confusión en la misma persona de las cualidades de deudor y acreedor. La transferencia fiduciaria en garantía de bienes muebles. Este régimen es muy similar al regulado en el código civil, en lo único que difiere es que la insolvencia del fiduciario no afecta en nada al fiduciante pues el bien constituye un patrimonio de afectación al cual los acreedores del primero no pueden acceder. Se prueba solo por escrito en el Registro anteriormente citado y el instrumento debe contener total de la deuda, lugar y fecha de pago, tasa de interés, comisiones, cláusulas penales e índices de corrección monetaria y la descripción del bien objeto de la transmisión fiduciaria. La transferencia fiduciaria en garantía de bienes inmuebles. Se constituye la propiedad fiduciaria mediante el registro del contrato en el Registro de Inmuebles competente. Con esta constitución se da el desdoblamiento de la propiedad del inmueble, de la que sigue en manos del deudor, por lo que es el responsable de impuestos, etc. Si el fiduciante-deudor incumpliera, el acreedor puede hacer uso del proceso que le otorga la ley para intimar al deudor, y si continua incumpliendo, subastar el inmueble. En el caso de insolvencia del deudor queda asegurada al fiduciario la restitución del inmueble transferido fiduciariamente. De este modo la garantía fiduciaria se convertirá en una propiedad plena para el acreedor. En cambio para que el deudor tenga propiedad plena, pasara de tener una propiedad

---

<sup>12</sup> EL BOOM DEL FIDEICOMISO DE CONSTRUCCIÓN. UBA FCE ECONÓMICAS. BARLETA GUIDO, GANZA, JUAN CARLOS.

suspendida a una plena con el pago de la deuda. Cesión fiduciaria de derechos crediticios derivados de la transferencia de inmuebles. Establece que las operaciones de financiamiento inmobiliario pueden estar garantizadas por esta cesión. El contrato deberá contener, entre otros, monto de la deuda, lugar, fecha y forma de pago, tasa de interés y la identificación de los derechos creditorios objeto de la cesión fiduciaria. La legislación garantiza un procedimiento, al igual que en los casos anteriores, si el deudor no cumple. Transferencia fiduciaria de acciones. Propiedad fiduciaria de inmuebles con el fin de constituir fondos comunes de inversión inmobiliaria. Un régimen de securitización. El artículo 8 la define como la operación por la cual estos créditos son expresamente vinculados a la emisión de una serie de títulos de crédito, mediante un documento que contendrá la identificación del deudor y el valor nominal de los créditos, la identificación de los títulos emitidos y si corresponde la emisión de otras garantías. Los créditos ajo este régimen constituyen un patrimonio distinto al de la compañía securitizadora y se lo debe tener y mantener por separado hasta que se complete el rescate de los títulos. Al agente fiduciario le son conferidos poderes generales de representación de la totalidad de los beneficiarios. Una vez satisfechos los títulos de los beneficiarios se debe inscribir la extinción del régimen fiduciario y reintegrar los créditos remanentes.

La ventaja que tiene el sistema de legislación adoptada por Brasil es que las garantías fiduciarias en materia de muebles e inmuebles permiten que quien es un buen pagador no pague intereses más altos por los que no lo son; y la desventaja es que no existe un código unificado, sino múltiples regímenes.

#### 4.5. MEXICO<sup>13</sup>:

En comparativa con Argentina es muy parecido. Es una operación mercantil, que existe hace más de 60 años, y como varios países toma esta forma igualando al TRUST de EEUU. En 1932 se establece la Ley de regulación de los fideicomisos en este país, LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO (LGTOC). El fideicomitente dueño de los bienes destinados al fideicomiso, destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando este fin a una institución fiduciaria. El negocio fiduciario por medio del cual el fideicomitente transmite titularidad y derechos de ciertos bienes al fiduciario, quien está obligado a disponer de los bienes y ejercer derechos para la realización de los fines establecidos en beneficio del fideicomisario. La relación jurídica entre dos o más personas, debe haber fideicomitente y una institución fiduciaria, un contrato, donde se establezca por escrito derechos y obligaciones. Es un contrato en que los bienes se encuentran destinados a la finalidad de un negocio y la re-presentación en defensa de los intereses corresponde a la fiduciaria. Puede ser actos entre vivos o por testamento, siempre por escrito y debe ajustarse a los términos de legislación común sobre transmisión de propiedades o derechos de las cosas que se den en fideicomiso. Como en nuestro país, en México los bienes deben salir del patrimonio del fideicomitente para entrar al patrimonio de afectación creado. Los bienes que se den en fideicomiso se considerarán afectos al fin que se destinan y solo podrá ejercitarse respecto a ellos los

---

<sup>13</sup> EL BOOM DEL FIDEICOMISO DE CONSTRUCCIÓN. UBA FCE ECONÓMICAS. BARLETA GUIDO, GANZA, JUAN CARLOS.

derechos y acciones que al mencionado fin se refieran, salvo los que se reserven para el fideicomitente, los que para él deriven del fideicomiso mismo, o los adquiridos legalmente respecto a esos bienes con anterioridad a la constitución del fideicomiso por el fideicomisario o por terceros. El fideicomiso es un negocio jurídico por medio del cual el fideicomitente constituye un patrimonio autónomo, cuya titularidad se concede a la institución fiduciaria para la realización de un fin determinado, y es distinto al patrimonio del fideicomitente, al fiduciario y al del fideicomisario. Este patrimonio autónomo está destinado a un cierto fin, bajo la titularidad y ejecución del fiduciario quien se halla provisto de todos los derechos y acciones conducentes al cumplimiento del fideicomiso de acuerdo a reglas constitutivas y normativas. El fideicomiso inmobiliario, deberá ser inscripto en la sección de Propiedad de Registro Público. Como si aquí fuera la IGJ. Por otro lado, la Ley LGTOC, contempla el caso de que el fideicomiso constituido en fraude por terceros podrá ser atacado de nulidad por los interesados.

**UTILIZACIÓN DE FIDEICOMISO EN MÉXICO:** Fideicomiso e inversión extranjera, fideicomiso en zona prohibida. Este Fideicomiso se establece con el objetivo de que personas, de nacionalidad extranjera puedan usar y disfrutar de un inmueble en México, en aquellas zonas consideradas como restringidas, sin adquirir dominio directo sobre el mismo, sin que sean propiamente dueños, por un plazo máximo de 50 años, que puede ser renovado por otros periodos, siempre que el fin del bien, sea para las actividades turístico habitacional. En México, está prohibido adquirir el dominio directo de bienes ubicados en esa zona restringida, 100 Km. a lo largo de la frontera y de 50 Km. de las costas del país, solo por medio del fideicomiso. La fiduciaria adquiere el dominio directo del inmueble, el cual queda a disposición de los extranjeros, en su calidad de fideicomitente y fideicomisaria, quienes podrán utilizarlos y disputarlos en el término que dure el fideicomiso o las ampliaciones del mismo. Al finalizar este la fiduciaria lo transmitará a quien el fideicomisario extranjero le indique, recibiendo dicho fideicomisario el precio que haya acordado con el adquirente. El inversionista extranjero puede rentarlo, y recibir pagos periódicos, pero no puede adquirirlo de forma directa.

**Aspectos Fiscales** en México, las personas físicas y las morales residentes en el país están obligadas al pago del impuesto sobre la renta, respecto de todos sus ingresos cualquiera sea la ubicación de la fuente de riqueza donde procedan. En el caso del fideicomiso, quienes están sujetos al impuesto serían las personas integrantes del contrato y no el propio FIDEICOMISO. Pero en México, se desprenden dos marcos de referencia Fideicomiso regulado por las leyes físicas como medio realizador de actividades empresarias. Fideicomiso que no realizan actividades empresarias. Se desprende que el resultado del fideicomiso es parte de las actividades e los fideicomisarios, siendo estos quienes paguen de forma individual el impuesto a la renta, para lo cual se acreditarán los pagos efectuados por el fiduciario.

Los Fideicomisos de actividad empresarial que se encuentra regulado por la Ley del ISR Ley de Impuesto sobre la Renta se destaca que es la fiduciaria la obligada a determinar la utilidad o perdida fiscal de dichas actividades empresariales, y deberá cumplir junto con los fideicomisarios con las obligaciones que se desprenden de esta ley,

hasta hace pagos provisionales. Vemos que esta actividad empresarial de fideicomiso, está hecha por los fideicomisarios, siendo estos quienes acumulen al final del ejercicio a sus ingresos la parte de la utilidad fiscal que le corresponda en la operación del fideicomiso., o se deducirá la parte que le corresponde. El resultado del fideicomiso es parte de las actividades que realizan los fideicomisarios, siendo estos quienes paguen individualmente el ISR. Pero cuando no se hayan asignados fideicomisarios, se entiende que la actividad la realiza el fideicomitente. El fideicomisario, o el fideicomitente responderán por el incumplimiento de las obligaciones fis-cales que por cuenta deba cumplir la fiduciaria.

**Impuesto Activo en México,** Es el similar al Impuesto de Ganancia Mínima Presunta de Argentina: Es decir al final del ejercicio solo se cubre el mayor impuesto que resulte entre ambos, con la posibilidad de que el IA pueda ser recuperado cuando se genere ISR mayor al IA en cualquiera de los 10 ejercicios posteriores. Base de cálculo del impuesto son los activos del contribuyente, determinándolo con una tasa del 1.8% El fideicomiso no es el sujeto final del impuesto.

Una vez agotado brevemente el FIDEICOMISO en términos generales vamos a analizar la especialidad llamada FIDEICOMISO EN GARANTÍA.

## 5. FIDEICOMISO EN GARANTÍA

FIDEICOMISOS EN GARANTÍA: Son aquellos que se conforman o que se constituyen con el objeto de asegurar o caucionar las obligaciones, tanto de pagar sumas de dinero, como obligaciones de hacer, propias del fideicomitente, o de un tercero, a favor del beneficiario acreedor con los bienes aportados al patrimonio autónomo.

“Todo fideicomiso tiene una finalidad de garantía, la función de garantía está implícita en la necesidad de que los bienes objeto del fideicomiso salgan del patrimonio del fideicomitente o constituyente para ingresar al patrimonio especial del fiduciario. Sin embargo existen determinados fideicomisos en los cuales la función de garantía es la causa primordial del mismo y sin la cual no existirían”. El FIDEICOMISO DE GARANTÍA busca asegurar el cumplimiento de una obligación del fiduciante o fideicomitente frente al beneficiario. El fideicomitente afecta bienes de su propiedad, transfiriéndolos en fideicomiso, con instrucciones a éste de que en caso de incumplimiento proceda a su venta y pague con el producto al beneficiario”<sup>14</sup>.

La principal obligación del FIDUCIARIO es vigilar que se cumplan las instrucciones o condiciones definidas en el contrato fiduciario o en las instrucciones del beneficiario, relativas al pago o al cumplimiento de la obligación garantizada.

---

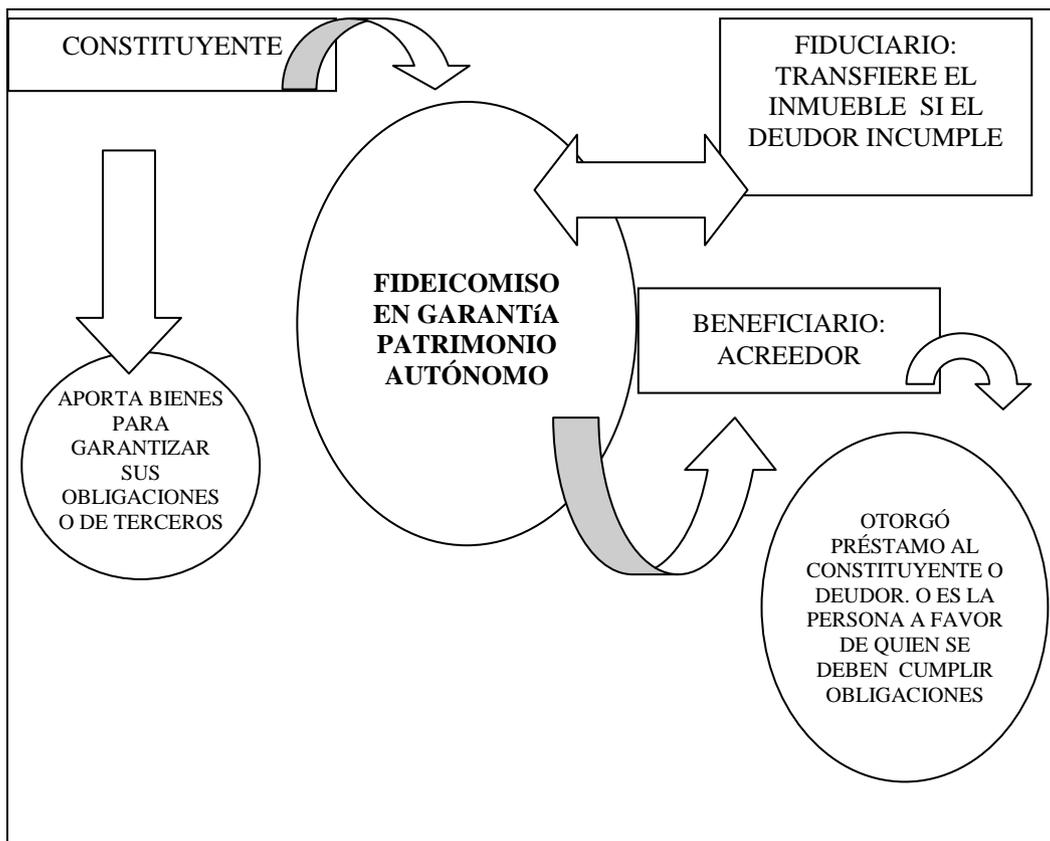
<sup>14</sup> Carregal, Mario A. “fideicomiso de Garantía. Lícito y necesario” La ley 2000 E pag. 948. Citado en el libro FIDEICOMISO ASPECTOS LEGALES, TRIBUTARIOS Y CONTABLES, de Alejandro Hernandez Maestroni, Gianni Gutierrez Prieto, Fernando Foti Faroppa, pag. 67

El FIDEICOMISO EN GARANTÍA trae enormes ventajas, principalmente, en comparación con la prenda o la hipoteca, donde el acreedor tiene que someterse a procesos judiciales engorrosos para ejecutar las garantías, en el FIDEICOMISO el FIDUCIARIO asume la responsabilidad de ejecutar el fideicomiso frente al incumplimiento del deudor de la obligación, cumpliendo la fiduciaria con las instrucciones estrictas del contrato fiduciario, volviendo ágil la recuperación de valores o la obtención del cumplimiento de la obligación garantizada, y evitando costos judiciales y legales. Otra ventaja es que el fideicomiso mantiene los bienes en un patrimonio autónomo separado del patrimonio del constituyente o fideicomitente y del fideicomisario, y separado de la misma fiduciaria, por lo tanto no forman parte de la garantía general de prenda de acreedoras, ni terceros ajenos a la obligación garantizada pudiera embargar o interponer una medida sobre dicho bien o sobre dichos recursos; de este modo el beneficiario acreedor queda totalmente garantizado que el bien aportado o los dineros aportados serán para el pago o cumplimiento de la obligación caucionada. Otra ventaja es que el FIDEICOMISO inclusive puede garantizar las obligaciones del fideicomitente a favor del fideicomisario con flujos futuros que se aporten al fideicomiso, ya que el mismo se forma con bienes que existen o que se espera que existan en el futuro, lo cual en la prenda e hipoteca sería imposible.

Un ejemplo de un fideicomiso de flujo de fondos futuros para garantía, podría ser: En que se utiliza en los proyectos de construcción de caminos o vías con financiamiento bancario a través de un crédito, el acreedor recibe muchas veces como garantía el fideicomiso de flujo del peaje.

También el FIDEICOMISO EN GARANTÍA según es útil cuando el deudor tuviere una situación económica calamitosa que le impida seguir operando por la cantidad de deudas pendientes, ese deudor pudiera convocar a sus acreedores y en lugar de optar por engorrosos trámites judiciales como el concurso de acreedores o el concordato preventivo o una quiebra, resuelve entregar el bien en un FIDEICOMISO EN GARANTIA con la instrucción que la FIDUCIARIA lo administre, restablezca el equilibrio de la empresa, y proceda a pagar o abonar o a cumplir con las obligaciones a favor de los acreedores, en la medida de la recuperación. Esto, siempre y cuando ese bien sea el objeto de la actividad económica del deudor o produzca rentas necesarias para el pago a esos acreedores, o que sea suficiente para pagar, abonar o cumplir con las obligaciones a favor de los acreedores.

Otro ejemplo del uso del FIDEICOMISO EN GARANTÍA es el de una empresa comercial que solicita un préstamo en una entidad financiera y resuelven (tanto acreedor como deudor) garantizar dicha operación crediticia y garantizar su pago transfiriéndolo al acreedor beneficiario en caso de incumplimiento.



## 6. LEGISLACIÓN COMPARADA:

ARGENTINA: En este apartado analizaremos someramente los distintos tributos que deben considerarse a la hora de constituir un fideicomiso de garantía en Argentina:

- 1. Impuesto a las Ganancias.** Para producirse el hecho imponible necesariamente debe existir una renta y entendiéndose que la transmisión se realiza a los efectos de garantizar una deuda del fiduciante, la misma se realiza normalmente a título gratuito, toda vez que el citado bien retornará al patrimonio del fiduciante si el mismo cancela la deuda con su acreedor. Por ende el hecho imponible no se configura;
- 2. Impuesto al Valor Agregado.** Nos encontramos frente a un escenario similar al anteriormente descrito, la transferencia en sí misma no genera hecho imponible para este tributo. No obstante, cabe considerar si existe obligación por parte del fiduciante de reintegrar el crédito fiscal oportunamente computado, si el bien fideicomitado lo hubiese permitido. En este caso se plantean dos escenarios, que la deuda garantiza se encuentre vinculada a una actividad gravada o por el contrario que ésta no se vincule a una actividad alcanzada por el gravamen. En el primer supuesto no corresponderá el reintegro del crédito mientras que el segundo caso la restitución resulta imperativa.
- 3. Ingresos Brutos.** Si bien la regulación varía según cada jurisdicción, en la Ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, el tratamiento tributario debe corresponder a la naturaleza de la actividad económica realizada. Por tanto, no realizando actividad gravada no aplicará el tributo en cuestión.
- 4. Impuesto a las Transferencias.** Dado que el impuesto alcanza a las transferencias

realizadas a título oneroso toda vez que como venimos afirmando en este caso la transferencia resulta a título gratuito no se configura tampoco el hecho imponible. **5. Impuesto de sellos.** En tanto y en cuanto el bien retorne al fiduciante original no se generaría hecho imponible toda vez que el gravamen recae también sobre las transmisiones onerosas. Distinto sería el caso en el cual el bien deba ser vendido como consecuencia del incumplimiento del deudor, en cuyo caso en esta última transferencia resultado onerosa correspondería el pago del tributo. En resumen, no revistiendo la transferencia carácter oneroso y no realizando el fiduciante actividad gravada, según cada tributo en particular, el mismo no se encontraría alcanzado por los impuestos mencionados. Ahora bien, en relación al fiduciario si este percibiera honorarios por su administración, los mismos se encontrarían alcanzados por el Impuesto al Valor Agregado, Ganancias e Ingresos Brutos.<sup>15</sup>

URUGUAY<sup>16</sup>: El régimen aplicable al FIDEICOMISO EN GARANTÍA es aquel en los cuales la transferencia fiduciaria no implica la transferencia económica de los activos fideicomitidos. Los fideicomisos de garantía y algunos fideicomisos de administración son también de este régimen. La transmisión del bien opera exclusivamente desde el punto de vista jurídico formal pero no desde el punto de vista económico. La realidad económica de esta operación es idéntica a la de una hipoteca o prenda, ya que el bien otorgado en garantía continúa siendo controlado y explotado por el fiduciante para el desarrollo de sus operaciones. El artículo 6 del Código Tributario Uruguayo establece: “las formas jurídicas adoptadas por los particulares no obligan al intérprete; este deberá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, siempre que del análisis de la norma surja que el hecho generador fue definido atendiendo a la realidad no a la forma jurídica. Por aplicación del principio de realidad consagrado en este artículo, la transferencia de bienes al fideicomiso como garantía de obligaciones no tiene consecuencias fiscales ni para el fiduciante ni para el fideicomiso, excepto en el caso del ITP. El hecho generador de este impuesto está definido en base a actos jurídicos que pueden reflejar o no la realidad económica de las operaciones que los generan. Como consecuencia de esta posición si el fiduciante o constituyente es contribuyente de IRIC e IP continúa computando el bien fideicomitado en su activo y la pérdida por amortización en su estado de resultados. En caso de incumplimiento, las consecuencias tributarias de la transferencia de bienes al beneficiario deberán ser computadas por parte del fiduciante y no por parte del fideicomiso. El Poder Ejecutivo Argentino ha considerado que este tipo de transferencias deberán tener el mismo tratamiento de venta de bienes. A través del Decreto 58/04 exoneró de IVA, COFIS, e IMESI la transferencia de bienes efectuada por los fiduciantes a un fideicomiso en garantía. Si se establece una exoneración es porque esta operación es considerada como una transferencia real de bienes al fideicomiso y por lo tanto estaría alcanzada por los impuestos aplicables a la venta de bienes. Esta interpretación hace que la viabilidad de los fideicomisos en garantía dependa, en última instancia, de la obtención de una

---

<sup>15</sup> 24 Coto, Alberto P. (2007), Aspectos Tributarios del Fideicomiso, Avellaneda, mencionado en la obra **El Fideicomiso de Garantía. La Superposición de los roles Fiduciario – Beneficiario.** German Ciro Campi. Universidad del CEMA **Maestría en Finanzas Law and Finance**

<sup>16</sup> FIDEICOMISO, ASPECTOS LEGALES, TRIBUTARIOS Y CONTABLES, Alejandro Hernandez Maestroni, Gianni Gutierrez Prieto, Fernando Foti Faroppa, Editorial y Librería Jurídica AMALIO M. FERNANDEZ

exoneración por parte del Poder Ejecutivo. En el caso de los bienes muebles resultará más rápido constituir una prenda que no pagar IVA, COFIS o IMESI, que iniciar el procedimiento administrativo para obtener la exoneración. Desde el punto de vista del IP, esta posición implicaría que los activos que están exonerados del impuesto en virtud de las actividades desempeñadas por el fiduciante pasen a estar gravados por IP como consecuencia de su transferencia al fideicomiso de garantía. Esto ocurriría por ejemplo en caso que una empresa industrial transfiera una máquina, exonerada de IP a un fideicomiso de garantía. Desde el punto de vista del IRIC la empresa industrial debería dejar de considerar la amortización de la máquina como pérdida del ejercicio. La Ley Exonera de ITP las transmisiones de inmuebles o las cesiones de compromisos de compraventa de inmuebles realizadas en cumplimiento de fideicomisos en garantía. Esta exoneración se aplica tanto a la transferencia de bienes al fideicomiso como a la devolución al fiduciante. No se deberá pagar el ITP cuando se constituye el fideicomiso o cuando se devuelve el inmueble al fiduciante porque éste pagó su deuda. Los fideicomisos no contribuyentes del IRIC tales como los de garantía deben actuar como agentes de retención del IP a la tasa del 1.5% sobre el valor discal del patrimonio fideicomitado al 31 de diciembre de cada año.

## **7. ANÁLISIS DE LA NORMATIVA ECUATORIANA.**

### **7.1. IMPUESTO A LA RENTA: INGRESOS, DEDUCCIONES, EXONERACIONES, REBAJAS, QUE SE PUDIEREN DAR EN UN FIDEICOMISO DE GARANTÍA”.**

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

El artículo 42.1 de la Ley orgánica de Régimen Tributario Interno establece: “Conforme a lo establecido en esta ley, los fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, deberá declarar y pagar el correspondiente impuesto a la renta por las utilidades obtenidas, de la misma manera que lo realiza el resto de sociedades. Los fideicomisos mercantiles que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios e marcha, los fondos de inversión y los fondos complementarios, siempre y cuando cumpla con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 9 de la ley están exentos del pago del impuesto a la renta. Sin perjuicio de ello, deberán presentar únicamente una declaración informativa de impuesto a la renta en la que deberá constar el estado de situación del fondo o fideicomiso mercantil. Para efectos tributarios se entenderá que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera negocios e marcha, cuando su objeto y/o actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra

que tengan ánimo de lucro, y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades. Así mismo para efectos de aplicación del anticipo, en caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, para determinar el momento de inicio de la operación efectiva, se tendrá en cuenta el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario o de cualquiera de sus etapas.

El artículo 68 del Reglamento para la aplicación a la Ley de Régimen Tributario Interno establecía: “los fideicomisos mercantiles y los fondos de inversión legalmente constituidos en cualquier caso, deberán liquidar y pagar el impuesto a la Renta que corresponda a las sociedades de acuerdo con las normas generales.

El artículo 76 del mismo Reglamento establecía: “los fideicomisos cuyo objeto sea la administración de flujos o sean constituidos como garantía de obligaciones, fideicomisos de titularización y de tenencia de bienes y otros en general que no generen actividad comercial, no pagarán anticipos, salvo que cualquiera de estos cambien el objeto inicial para el cual fueron creados y se conviertan en fideicomisos inmobiliarios o comerciales, sujetándose a las disposiciones contenidas para el efecto en el presente reglamento. Los derechos fiduciarios registrados por sus beneficiarios sean estas personas naturales obligadas a llevar contabilidad o sociedades serán considerados como activos y a su vez se someterán a los cálculos pertinentes de anticipo de impuesto a la renta por este rubro”.

En la reforma al Reglamento para la aplicación del Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial 434 del 26 de abril del 2011 en el artículo 12 que sustituye el artículo 68 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, establece para los fideicomisos lo siguiente:

“Art. 68.- Liquidación del Impuesto a la Renta de los fideicomisos mercantiles, fondos de inversión y de fondos complementarios: los fideicomisos mercantiles legalmente constituidos que efectúen actividades empresariales u operen en negocios en marcha, conforme lo señalado en la Ley de Régimen Tributario Interno, deberán liquidar y pagar el Impuesto a la Renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo con las normas generales. Los fideicomisos mercantiles que no efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha, los fondos de inversión y fondos complementarios, que no cumplan con lo señalado en la Ley de Régimen Tributario Interno, respecto de las condiciones para ser beneficiarios de la exoneración señalada en dicho cuerpo legal, deberán liquidar y pagar el impuesto a la renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo a 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 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”.

En la misma reforma al Reglamento para la aplicación del Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial 434 del 26 de abril del 2011 en el artículo 14 que

sustituye el literal b el artículo 76 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, establece lo siguiente:

“Las sociedades recién constituidas, las inversiones reconocidas de acuerdo al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, las personas naturales obligadas a llevar contabilidad y las sucesiones indivisas obligadas a llevar contabilidad, que iniciaren actividades, estarán sujetas al pago de este anticipo después del quinto año de operación efectiva, entendiéndose por tal la iniciación de su proceso productivo y comercial. En caso de que el proceso productivo así lo requiera, este plazo podrá ser ampliado, previa autorización del Servicio de Rentas Internas para lo cual necesariamente deberá contar con el informe favorable de la Secretaria Técnica del Consejo sectorial de la producción. Dicha solicitud deberá contener una explicación detallada tanto del proceso productivo y comercial así como el motivo por el cual se requiere dicha ampliación del plazo para el pago del anticipo. Conjuntamente con esta solicitud deberá incluir un informe emitido por técnicos especializados en el sector, que no tengan relación laboral directa o indirecta con el contribuyente. Luego del análisis correspondiente se emitirá una resolución conjunta entre ambas entidades”:

En la reforma al Reglamento para la aplicación del Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial 434 del 26 de abril del 2011 en el artículo 16 que elimina un inciso del artículo 76 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, que establecía para los fideicomisos lo siguiente:

“los fideicomisos cuyo objeto sea la administración de flujos o sean constituidos como garantía de obligaciones, fideicomisos de titularización y de tenencia de bienes y otros en general que no generen actividad comercial, no pagarán anticipos, salvo que cualquiera de estos cambien el objeto inicial para el cual fueron creados y se conviertan en fideicomisos inmobiliarios o comerciales, sujetándose a las disposiciones contenidas para el efecto en el presente reglamento”.

En la reforma al Reglamento para la aplicación del Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial 434 del 26 de abril del 2011 en el artículo 15 que agrega varios incisos al artículo 76 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, establece para los fideicomisos lo siguiente:

“Los derechos fiduciarios registrados por sus beneficiarios sean estas personas naturales obligadas a llevar contabilidad o sociedades, serán considerados como activos y a su vez se someterán a los cálculos pertinentes de anticipo de impuesto a la renta por este rubro lo siguiente: De conformidad con lo señalado en la Ley de Régimen Tributario Interno para el cálculo del anticipo del impuesto a la renta de comercializadoras y distribuidoras de combustible en el sector automotor, el coeficiente correspondiente al total de ingresos gravables a efecto de impuesto a la renta será reemplazado por el cero punto cuatro por ciento del total del margen de comercialización correspondiente. Esta disposición aplica también para aquellos casos en los que el respectivo sujeto pasivo realice actividades de comercialización y distribución de combustibles en el sector automotor. Los contribuyentes cuya actividad económica sea exclusivamente la relacionada con proyectos productivos agrícolas de agroforestación y de silvicultura de

especies forestales, con etapa de crecimiento superior a un año, estarán exonerados del anticipo del impuesto a la renta durante los periodos fiscales en los que no reciban ingresos gravados que sean fruto de una etapa principal de cosecha...". "Para efecto del cálculo del anticipo del impuesto a la renta, se excluirá los montos que correspondan a gastos incrementales por generación de nuevo empleo o mejora de la masa salarial, así como la adquisición de nuevos activos destinados a la mejora de la productividad e innovación tecnológica con los términos establecidos en este reglamento y en general aquellas inversiones y gastos efectivamente realizados, relacionados con los beneficios tributarios para el pago del impuesto a la renta que reconoce el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones para las nuevas inversiones, exclusivamente. Tales gastos deberán estar sustentados en comprobantes de venta válidos, cuando corresponda, de conformidad con la Ley, o justificada la existencia de la transacción que provocó el gasto, sin perjuicio de las facultades legalmente conferidas a la administración tributaria, para efectos de control de una cabal aplicación de lo señalado en este inciso".

El artículo 36 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno señala: "...e) los dividendos y las utilidades de sociedades así como los beneficios obtenidos por fideicomisos mercantiles, distribuidos a favor de personas naturales residentes en el país, formarán parte de su renta global, teniendo derecho a utilizar, en su declaración de impuesto a la renta global, como crédito, el impuesto pagado por la sociedad correspondiente a ese dividendo, utilidad o beneficio, que en ningún caso será mayor al 25% de su valor. El crédito tributario aplicable no será mayor al impuesto que le correspondería pagar a la persona natural por ese ingreso dentro de su renta global".

## **7.2. INGRESOS, DEDUCCIONES, EXONERACIONES, REBAJAS PARA SOCIEDADES.**

El artículo 3 del Código Tributario señala "sólo por acto legislativo de órgano competente se podrán establecer, modificar o extinguir tributos...".

El artículo 4 del mismo cuerpo de ley señala que las leyes tributarias determinarán el objeto imponible, los sujetos activo y pasivo, la cuantía del tributo o la forma de establecerla, las exenciones y deducciones; los reclamos, recursos y demás materias reservadas a la ley que deban concederse conforme a este código.

Los principios rectores del régimen tributario son: la LEGALIDAD, GENERALIDAD, IGUALDAD, PROPORCIONALIDAD E IRRETROACTIVIDAD. El hecho generador, es el presupuesto establecido por la Ley para configurar cada tributo.

El artículo 24 del mismo cuerpo de ley señala que 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 patrimonio independiente de los de sus miembros, susceptible de imposición, siempre que así se establezca en la ley tributaria respectiva.

### **7.3. INGRESOS**

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno establece: “establécese el Impuesto a la Renta Global que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras de acuerdo con las disposiciones de la presente ley.

El artículo 2 del mismo cuerpo legal señala que son renta: 1. Los ingresos de fuente ecuatoriana obtenidos a título gratuito o a título oneroso provenientes del trabajo, del capital o de ambas fuentes, consistentes en dinero, especies o servicios; y, 2. Los ingresos obtenidos en el exterior por personas naturales domiciliadas en el país, o por sociedades nacionales de conformidad con el artículo 98.

El artículo 4 de la misma ley establece que son “sujetos pasivos del IRG: las personas naturales, sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras domiciliadas o no en el país que obtengan ingresos gravados de conformidad con las disposiciones de esta ley. Los sujetos pasivos obligados a llevar contabilidad pagarán el impuesto a la Renta en base a los resultados que arroje la misma.

El artículo 8 señala cuáles son los ingresos de fuente ecuatoriana: 5. Las utilidades y dividendos distribuidos por sociedades constituidas o establecidas en el país 10. Cualquier otro ingreso que perciban las sociedades y las personas naturales nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador.

Es decir, si los ingresos de la actividad empresarial o comercial de un fideicomiso en garantía se encuadran en la normativa expuesta, será sujeto del impuesto a la renta.

### **7.4. EXONERACIONES que pudieren aplicarse en un fideicomiso:**

El artículo 9 establece las exoneraciones del IR: 1) los dividendos y utilidades, calculados después del pago del impuesto a la renta, distribuido por sociedades nacionales o extranjeras residentes en el Ecuador, a favor de otras sociedades nacionales o extranjeras no domiciliadas en paraísos fiscales o jurisdicciones de menor imposición o de personas naturales no residentes en el Ecuador. También estarán exentos de impuestos a la renta, los dividendos en acciones que se distribuyan a consecuencia de la aplicación de la reinversión de utilidades en los términos del artículo 37 de esta ley y en la misma relación proporcional. 14. Los generados por la enajenación ocasional de inmuebles, acciones o participaciones. Para los efectos de esta ley se considerará como enajenación ocasional aquella que no corresponda al giro ordinario del negocio o de las actividades habituales del contribuyente; 14. Las ganancias de capital, utilidades, beneficios o rendimientos distribuidos a fondos de inversión, fondos de cesantía y fideicomisos mercantiles a sus beneficiarios, siempre y cuando estos fondos de inversión y fideicomisos mercantiles hubieren cumplido con sus obligaciones como sujetos pasivos satisfaciendo el impuesto a la renta que corresponda.

Es importante tener presente que mientras el fideicomiso en garantía esté exonerado de la declaración, pago del impuesto a la renta por no tener actividad

empresarial o comercial, tampoco procederán en su favor las exoneraciones o deducciones que establece la ley.

#### **7.5. DEDUCCIONES que pudieren aplicarse en un fideicomiso.**

El artículo 10 señala las deducciones: “con el objeto de determinar la base imponible sujeta al impuesto a la renta se deducirán los gastos que se efectúen para obtener, mantener y mejorar los ingresos de fuente ecuatoriana que no estén exentos. En particular los siguientes: 1) costos y gastos imputables al ingreso que se encuentre debidamente sustentado en comprobantes de venta que cumplan los requisitos establecidos en el Reglamento; 2). Los intereses de deudas contraídas con motivo del giro del negocio, no serán deducibles los intereses en la parte que exceda de las tasas autorizadas por el Directorio del BCE así como los intereses y costos financieros de los créditos externos no registrados en el BCE. Para que sean deducibles los intereses pagados por créditos externos otorgados por partes relacionadas el monto total de estos no podrá ser mayor al 300% con respecto al patrimonio tratándose de sociedades. 3) impuestos, tasas, contribuciones, aportes al sistema del IESS que soportare la actividad generadora del ingreso con exclusión de los intereses y multas; 4) primas de seguros devengados en el ejercicio impositivo que cubran los riesgos de los bienes que integran la actividad generadora del ingreso gravable; 5) Pérdidas comprobadas por caso fortuito o fuerza mayor o por delitos que afecten económicamente a los bienes de la respectiva actividad generadora del ingreso, en la parte que no fuera cubierta por indemnización o seguro y que no se haya registrado en los inventarios; 6) gastos de viaje necesarios para la generación del ingreso, que no podrán exceder del 3% del ingreso gravado del ejercicio; y , en el caso de sociedades nuevas la deducción será aplicada por la totalidad de los gastos durante los dos primeros años de operación; 5.1. Los gastos indirectos asignado desde el exterior a sociedades domiciliadas en el Ecuador por sus partes relacionadas, hasta un máximo de 5% de la base imponible del impuesto a la renta más el valor de dichos gastos. Para el caso de sociedades que se encuentran en el cículo preoperativo del negocio éste porcentaje corresponderá al 5% del total de los activos, sin perjuicio de la retención en la fuente correspondiente; 7) la depreciación y amortización, conforme a la naturaleza de los bienes, a la duración de su vida útil, a la corrección monetaria, y la técnica contable, así como las que se conceden por obsolescencia y otros casos; 8) amortización de las pérdidas que se efectúen de conformidad con el artículo 11; 9) sueldos, salarios, remuneraciones, beneficios sociales, participación de trabajadores, indemnizaciones, aporte al IESS, y bonificaciones dispuestas por CT, contratos colectivo u otras leyes, actas transaccionales, sentencias. Las remuneraciones en general y los beneficios solo se deducirán sobre la parte respecto de la cual el contribuyente haya cumplido con sus obligaciones legales para con el seguro social a la fecha de presentación del IR. 12) provisiones por créditos incobrables originados en operaciones del giro ordinario del negocios a razón del 1% anual sobre los créditos comerciales concedidos sin que la provisión acumulada exceda el 10% de la cartera total; 13) El impuesto a la renta y los aportes personales al seguro social obligatorio o privado que asuma el empleador por el sujeto pasivo que labore con él bajo relación de dependencia cuando su contratación se haya efectuado por el sistema de ingreso o salario neto; 14) los gastos devengados y pendientes de pago al cierre del ejercicio con

el giro normal del negocio debidamente respaldado; 15) erogaciones en especie o servicios a favor de directivos, funcionarios, empleados o trabajadores siempre que se hubiera realizada la respectiva retención.

El artículo 11 establece que las sociedades, pueden compensar las pérdidas sufridas en el ejercicio impositivo con las utilidades gravables que obtuvieren dentro de los cinco periodos impositivos siguientes, sin que se exceda en cada periodo del 25% de las utilidades obtenidas. Se entenderá como utilidades o pérdidas las diferencias resultantes entre ingresos gravados que no se encuentren exentos menos los costos y gastos deducibles. No se aceptará la deducción de pérdidas por venta de activos fijos o corrientes cuando la transacción tenga lugar entre partes relacionadas o entre la sociedad y el socio o su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Será deducible también la amortización de inversiones necesarias realizadas para fines del negocio, o actividades susceptibles de desgaste o demérito y que, de acuerdo con la técnica contable, se deban registrar como activos para su amortización en más de un ejercicio impositivo o tratarse como diferidos, y afueren gastos preoperacionales, de instalación, organización, investigación, o desarrollo o costos de obtención o explotación de minas. También es amortizable el costo de los intangibles que sean susceptibles de desgastes. La amortización de inversiones en general se hará en un plazo de cinco años en razón del 20% anal. En el caso de intangibles la amortización se efectuará dentro de los plazos previstos en el contrato o en un plazo de 20 años. Cuando se termine el negocio o actividad se harán los ajustes pertinentes con el fin de amortizar la totalidad de la inversión.

El artículo 30 de la misma ley establece que las sociedades que se dediquen al arrendamiento de inmuebles declararán y pagarán el impuesto de acuerdo con los resultados que arroje la contabilidad.

El artículo 37 de la misma ley establece, las sociedades constituidas en el Ecuador que obtengan ingresos gravables estarán sujetas a la tarifa impositiva del 25% sobre su base imponible. Sobre los dividendos y utilidades de las sociedades y sobre los beneficios obtenidos de fideicomisos mercantiles, fondos de cesantía y fondos de inversión gravados que constituyan renta gravada, se realizará la retención en la fuente conforme se establezca en el Reglamento a la Ley. Cuando una sociedad otorgue a sus socios, accionistas, partícipes, beneficiarios préstamos de dinero se considerará dividendos o beneficios anticipados por la sociedad y por consiguiente, ésta deberá efectuar la retención del 25% sobre su monto. Tal retención será declarada y pagada al mes siguiente de efectuada y dentro de los plazos previstos en el Reglamento y constituirá crédito tributario para la empresa en su declaración de impuesto a la renta. Los beneficiarios de ingresos en concepto de utilidades o dividendos que se envíen al exterior pagarán el 25% sobre el ingreso gravable previa la deducción de los créditos tributarios a que tenga derecho.

El pago del impuesto deberá efectuarse por el sujeto pasivo de acuerdo a: 1) el saldo adeudado por impuesto a la renta que resulte de la declaración correspondiente al

ejercicio económico anterior deberá cancelarse en los plazos que establezca el Reglamento; b) las personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades: un valor equivalente a la suma matemática de los siguientes rubros: cero punto dos por ciento del patrimonio total; cero punto dos por ciento del total del costo y gasto deducible a efecto del impuesto a la renta; cero punto cuatro del activo total; cero punto cuatro del total de ingresos gravables a efecto del IR. Las sociedades que desarrollen actividad agropecuaria no considerarán en el cálculo del anticipo el valor del terreno sobre el que desarrollen dicha actividades. Las sociedades obligadas a llevar contabilidad no considerarán en el cálculo del anticipo las cuentas por cobrar, salvo aquellas que mantengan con relacionadas. Las sociedades recién constituidas, que iniciaren actividades después del segundo año de operación efectiva entendiéndose por tal la iniciación de su proceso productivo y comercial. En caso de que el proceso productivo así lo requiera este plazo podrá ser ampliado con autorización del Director General del SRI. El anticipo que constituye crédito tributario para el pago del IR del ejercicio fiscal en curso, se pagará en la forma y plazo que establezca el Reglamento, sin que sea necesaria la emisión del título de crédito. Si en el ejercicio fiscal, el contribuyente reporta un IR causado superior a los valores cancelados por concepto de retenciones deberá cancelar la diferencia.

Las sociedades en disolución que no hayan generado ingresos gravables en el ejercicio fiscal anterior no estarán sujetas a la obligación de pagar anticipos en el año fiscal en que con sujeción se inicie el proceso de disolución. Tampoco están sometidas al pago de anticipo aquellas sociedades cuya actividad es la tenencia de acciones, participaciones o derechos en sociedades, así como aquella en que la totalidad de sus ingresos sean exentos.

Las sociedades de conformidad con el artículo 44 y 45 de la Ley que paguen o acrediten en cuenta intereses o cualquier tipo de rendimiento, o que paguen o acrediten en cuenta otro tipo de ingresos que constituya renta gravada para quien los reciba, actuará como agente de retención del IR. La excepción de retención en la fuente no procederá para pagos realizados ni al patrimonio de propósito exclusivo para fines de titularización.

El artículo 18 del Reglamento de Aplicación a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno señala que la enajenación ocasional de inmuebles no estarán sujetas al impuesto a la renta, las ganancias generadas en la enajenación ocasional de inmuebles. Los costos, gastos e impuestos incurridos por este concepto no serán deducibles por estar relacionados con la generación de renta exenta. Se entenderá por enajenación ocasional cuando no se pueda relacionar directamente con las actividades económicas del contribuyente, o cuando la enajenación del inmueble no supere dos transferencias en el año; se exceptúan de este criterio los fideicomisos en garantía, siempre y cuando los bienes en garantía y objetos de enajenación efectivamente hayan estado relacionados con la existencia de créditos financieros. Se entenderá que no son ocasionales, sino habituales, las enajenaciones de bienes inmuebles efectuadas en sociedades y personas naturales que realicen dentro de su giro empresarial actividades de lotización, urbanización, construcción, y compraventa de inmuebles.

El artículo 27 Deducciones generales: en general son deducibles todos los costos y gastos necesarios, causados en el ejercicio económico, directamente vinculados con la realización de cualquier actividad económica y que fueren efectuados con el propósito de obtener, mantener y mejorar rentas gravadas con impuesto a la renta y no exenta; y que de acuerdo con la normativa vigente se encuentre debidamente sustentado en comprobantes de venta. La renta neta de las actividades habituales u ocasionales gravadas será determinada considerando el total de los ingresos no sujetos a impuesto único, ni exento.

El artículo 51 del indicado reglamento señala que las sociedades calcularán el impuesto a la renta causado aplicando la tarifa del 15% sobre el valor de utilidades que reinvierta en el país y la tarifa del 25% sobre el resto de utilidades. Los establecimientos permanentes aplicarán el 25%.

Mientras el fideicomiso en garantía no genere ingresos procedentes de actividades empresariales o comerciales, no deberá pagar impuesto a la renta y por lo tanto tampoco procederán las deducciones. En el momento que se active la posibilidad del pago por los ingresos generados de la actividad empresarial procederá cualquiera de las posibles deducciones que se otorgan para una sociedad.

En una consulta realizada al SRI (oficio 9170120100CON001307 del 23 de julio del 2010) respecto a si un FIDEICOMISO EN GARANTÍA y de ADMINISTRACIÓN DE FLUJOS que tenía bienes inmuebles y además alquilaba un área, no siendo de su objeto dicho alquiler sino que es para el pago de las obligaciones del DEUDOR-CONSTUYENTE, el SRI expresó que mientras su objeto sea la administración de flujos, la garantía de obligaciones no tendrá que pagar el anticipo del IR, o que no genere actividad comercial. Si es el caso que el fideicomiso no obtiene ingreso alguno deberá reflejarlo así en su declaración. Por su parte, deberá registrar como ingreso los flujos que genere para el pago de acreedores quienes a su vez harán lo propio cuando dichos flujos les sean transferidos en concepto de pago de sus créditos pero en ningún caso serán reputados **RENTA DEL FIDEICOMISO. (anexo 2)**

## **8. CONCLUSIONES**

- 1) El fideicomiso mercantil en garantía para que sea sujeto pasivo del impuesto a la renta debe realizar actividades empresariales o comerciales que le permitan tener ingresos gravados con el Impuesto a la Renta, mientras ello no ocurra, y se mantenga como simple tenedor de bienes sujetos a una condición o al cumplimiento de instrucciones no será objeto dicho fideicomiso al IMPUESTO A LA RENTA., conforme lo prevé el artículo 42.1 de la Ley orgánica de Régimen Tributario Interno establece: “Conforme a lo establecido en esta ley, los fideicomisos mercantiles que desarrollen actividades empresariales u operen negocios en marcha, deberá declarar y pagar el correspondiente impuesto a la renta por las utilidades obtenidas, de la misma manera que lo realiza el resto de sociedades. Los fideicomisos mercantiles que no desarrollen actividades empresariales u operen negocios e marcha, los fondos de inversión y los fondos

complementarios, siempre y cuando cumpla con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 9 de la ley están exentos del pago del impuesto a la renta. Sin perjuicio de ello, deberán presentar únicamente una declaración informativa de impuesto a la renta en la que deberá constar el estado de situación del fondo o fideicomiso mercantil. Para efectos tributarios se entenderá que un fideicomiso mercantil realiza actividades empresariales u opera negocios e marcha, cuando su objeto y/o actividad que realiza es de tipo industrial, comercial, agrícola, de prestación de servicios, así como cualquier otra que tengan ánimo de lucro, y que regularmente sea realizada a través de otro tipo de sociedades. Así mismo para efectos de aplicación del anticipo, en caso de los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, para determinar el momento de inicio de la operación efectiva, se tendrá en cuenta el cumplimiento del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario o de cualquiera de sus etapas.

- 2) En la reforma al Reglamento para la aplicación del Régimen Tributario Interno, publicada en el Registro Oficial 434 del 26 de abril del 2011 en el artículo 12 que sustituye el artículo 68 del Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno, establece para los fideicomisos lo siguiente: “Art. 68.- Liquidación del Impuesto a la Renta de los fideicomisos mercantiles, fondos de inversión y de fondos complementarios: los fideicomisos mercantiles legalmente constituidos **que efectúen actividades empresariales u operen en negocios en marcha**, conforme lo señalado en la Ley de Régimen Tributario Interno, **deberán liquidar y pagar el Impuesto a la Renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo con las normas generales. Los fideicomisos mercantiles que no efectúen actividades empresariales u operen negocios en marcha**, los fondos de inversión y fondos complementarios, que no cumplan con lo señalado en la Ley de Régimen Tributario Interno, respecto de las condiciones para **ser beneficiarios de la exoneración** señalada en dicho cuerpo legal, deberán liquidar y pagar el impuesto a la renta que corresponda a las sociedades, de acuerdo a 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 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**”.
- 3) En caso de que los fideicomiso en garantía tuvieren además actividad empresarial o comercial o industrial de aquellas cuyos ingresos están gravados, deberá considerar también que “Las sociedades recién constituidas, las inversiones reconocidas de acuerdo al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, las personas naturales obligadas a llevar contabilidad y las sucesiones indivisas obligadas a llevar contabilidad, que iniciaren actividades, estarán sujetas al pago de este anticipo después del quinto año de operación efectiva, entendiéndose por tal la iniciación de su proceso productivo y comercial”.
- 4) La reforma al reglamento también contempla que: “Los derechos fiduciarios registrados por sus beneficiarios sean estos personas naturales obligadas a llevar

contabilidad o sociedades, serán considerados como activos y a su vez se someterán a los cálculos pertinentes de anticipo de impuesto a la renta. Los contribuyentes cuya actividad económica sea exclusivamente la relacionada con proyectos productivos agrícolas de agroforestación y de silvicultura de especies forestales, con etapa de crecimiento superior a un año, estarán exonerados del anticipo del impuesto a la renta durante los periodos fiscales en los que no reciban ingresos gravados que sean fruto de una etapa principal de cosecha...”.

- 5) En caso de que el FIDEICOMISO EN GARANTÍA desarrolle actividades que generen ingresos gravables, según el artículo 36 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno señala: “...e) los dividendos y las utilidades de sociedades así como los beneficios obtenidos por fideicomisos mercantiles, distribuidos a favor de personas naturales residentes en el país, formarán parte de su renta global, teniendo derecho a utilizar, en su declaración de impuesto a la renta global, como crédito, el impuesto pagado por la sociedad correspondiente a ese dividendo, utilidad o beneficio, que en ningún caso será mayor al 25% de su valor. El crédito tributario aplicable no será mayor al impuesto que le correspondería pagar a la persona natural por ese ingreso dentro de su renta global”
- 6) Por regla general el **FIDEICOMISO EN GARANTÍA** no deberá declarar ni pagar el IR, siempre que no realice actividades empresariales o comerciales de las que generen ingresos gravables con el IR, puesto que en caso de cumplir esta condición deberán cumplir con su obligación de declarar el impuesto a la renta y de pagar el mismo.
- 7) En caso de que el FIDEICOMISO EN GARANTÍA realice actividades empresariales, comerciales, o industriales de las que generan ingresos gravables, al ser considerada sociedad tendrá como INGRESOS los mismos determinados para la sociedad, y como exoneraciones las mismas que se otorgan para las sociedades, así como las mismas deducciones y rebajas.
- 8) Al no estar considerado el FIDEICOMISO EN GARANTÍA como sujeto pasivo del impuesto a la renta, no le aplican exoneraciones, deducciones, o rebajas, siempre que no genere actividades económicas o empresariales que produzcan un ingreso gravable.
- 9) **Es de notar que todas estas normas relativas al FIDEICOMISO están ahora precisadas en la Ley, pero se remiten al tipo de actividad económica, es decir, no es que excluyen al fideicomiso en garantía en general, sino que excluyen a los FIDEICOMISOS EN GARANTIA que no tengan actividad económica o comercial. Solo a nivel de REGLAMENTO se hace la exclusión expresa a los FIDEICOMISOS EN GARANTÍA Y DE ADMINISTRACION DE FLUJOS, cuando en el artículo 76 del mismo Reglamento establecía: “los fideicomisos cuyo objeto sea la administración de flujos o sean constituidos como garantía de obligaciones, fideicomisos de titularización y de tenencia de bienes y otros en general que no generen actividad comercial, no pagarán anticipos, salvo que cualquiera de estos cambien el objeto inicial para el cual fueron creados y se conviertan en fideicomisos inmobiliarios o**

comerciales, sujetándose a las disposiciones contenidas para el efecto en el presente reglamento. Los derechos fiduciarios registrados por sus beneficiarios sean estas personas naturales obligadas a llevar contabilidad o sociedades serán considerados como activos y a su vez se someterán a los cálculos pertinentes de anticipo de impuesto a la renta por este rubro”.

- 10) **En la práctica si se respeta la exclusión del FIDEICOMISO EN GARANTÍA para la determinación, cálculo y pago del IR, no lo aplican en este tipo de fideicomisos por el SERVICIO DE RENTAS INTERNAS, tal como lo hemos precisado en la absolución a la consulta que hemos anexado.**
- 11) **Si nos vamos al tenor exacto de la ley, y siguiendo el PRINCIPIO RECTOR TRIBUTARIO, el de LEGALIDAD, al ser asimilado el FIDEICOMISO a la SOCIEDAD, sin hacer distinción de los tipos de fideicomiso (porque la ley no hace la distinción) deberían LOS FIDEICOMISOS EN GARANTÍA que tengan actividad económica, comercial, o negocios en marcha, declarar, calcular y pagar.**