



**UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO
FACULTAD DE DERECHO, POLÍTICA Y DESARROLLO**

TÍTULO:

**LA VERSATILIDAD DEL TRUST ANGLOSAJÓN FRENTE AL
FIDEICOMISO MERCANTIL**

**TRABAJO DE TITULACIÓN QUE SE PRESENTA COMO REQUISITO
PREVIO A OPTAR EL GRADO DE**

**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

NOMBRE DEL ESTUDIANTE:

HÉCTOR ANDRÉS SANABRIA ANDRETTA

NOMBRE DEL TUTOR:

AB. ÓSCAR ANDRÉS DEL BRUTTO ANDRADE, Msc.

SAMBORONDÓN, ABRIL, 2019

La Versatilidad del Trust Anglosajón frente al Fideicomiso Mercantil

Universidad de Especialidades Espíritu Santo, hsanabria@uees.edu.ec, Facultad de Derecho, Política y Desarrollo, Edificio P, Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Kilómetro 2.5. Vía La Puntilla, Samborondón.

Resumen

Mientras en Inglaterra se desarrolló desde la Edad Media, por la costumbre el *trust*, Europa continental contaba con la figura del fideicomiso, propia del derecho romano, mucho más estricta, y básicamente utilizada para asuntos hereditarios, y por la Iglesia Católica para la protección de sus bienes. En Inglaterra, se desarrolla el *trust* para evadir impuestos a la corona por *mortis causa*, creándose los principios de *common law* y *Equity*, existiendo dos tipos de propiedad, bicéfala, que no es propia y no existente en el caso de los fideicomisos. Mientras en Inglaterra han buscado ser más prácticos para las negociaciones, el *trust* se ha convertido en una herramienta idónea para el tráfico jurídico comercial, mientras la análoga, el fideicomiso mercantil, se encuentra excesivamente regulada, por lo que sería una buena opción traducir el *trust*, cuyo significado al castellano es “confianza”, a las legislaciones de derecho romano, tales como Latinoamérica y Europa Continental.

Palabras clave: *trust*, *equity*, *Cestui*, *settlor*, *trustee*, fideicomiso, mercantil, fiduciaria, beneficiarios.

Abstract

While in England the trust developed since the Middle Ages through custom, in continental Europe they had the figure of *fiducia*, proper of Roman law, which is much stricter, and basically was used for hereditary matters, and by the Catholic Church for

the protection of their assets. In England, the trust was developed to evade taxes to the crown by *mortis causa*, creating the principles of common law and Equity, existing two types of property, which does not exist in civil law fiducia. While in England they have sought to be more practical for negotiations, the trust has become an ideal tool for commercial legal transactions, while the analogous, Commercial *Fiducia*, is excessively regulated, so it would be a good option to translate the trust, whose meaning to castilian is "confidence", to the legislations of Roman law, such as Latin America and Continental Europe.

Keywords: *trust, equity, Cestui, settlor, trustee, fiducia, commercial, fiduciary, benefactors.*

I.- Introducción

El Derecho Anglosajón, esto es, el inglés, es por su naturaleza consuetudinario, es decir, por la costumbre. Y uno de sus más grandes logros es la creación del "Trust", el cual es traducido al castellano como "fideicomiso", a pesar de que no es lo mismo, y,

por ende, su traducción como tal no equivale a ésta última. En efecto, el “Trust” es el exponente más genuino del ordenamiento jurídico inglés.

El “Trust” Anglosajón llama su atención por su versatilidad para con el ámbito privado por su eficacia para la administración de bienes, inversiones de títulos futuros, entre otros, por lo que se tratará la flexibilidad de esta herramienta jurídica tan bien utilizada hoy en día para negocios empresariales en países con el sistema jurídico de “Common Law”.

En cambio, el fideicomiso es una herramienta propia del Derecho Románico-Germánico Continental Europeo, el cual nació en la antigua Roma, y cuya figura para la negociación empresarial no es versátil como el “Trust” Anglosajón, por lo que se compara ambos instrumentos en el presente trabajo. En efecto, el empresario que vive bajo las normas del Derecho Románico-Germánico Continental Europeo, busca jurisdicciones de *Common Law* para resguardar su patrimonio, y, para garantizar transacciones complejas.

La importancia de este trabajo es para demostrar que una figura jurídica que empezó a fraguarse en Inglaterra a partir del siglo XII, se la debe de importar a nuestra legislación, para permitir que los negocios sean más versátiles, creando un ambiente de inversión más atractivo, tal como los países que utilizan el “Trust”.

II. Antecedentes históricos

II.I. El *Trust* anglosajón

Como nos enseña Miguel Duro Moreno, en el año 1066, Guillermo el Conquistador accede a la corona inglesa por derecho de conquista, y, según la estructura feudal de la tenencia de la tierra impuestas por el señalado monarca, y que estuvo en vigencia casi un milenio (en efecto, hasta la entrada en vigor el 1 de enero de 1926 del

Property Acts de 1922-25), éste último era el señor de toda la tierra, es decir, el propietario, y únicamente la entregaba mediante el procedimiento conocido como de la infeudación (*enfeoffment*), a favor de aquellos vasallos que le juraran lealtad y que éstos le prestaran al primero servicios. Estos vasallos eran nobles, clérigos y caballeros que habían apoyado a Guillermo el Conquistador. (Duro Moreno, 2004, págs. 486-487)

Los vasallos, a su vez, procedieron a subinfeudar a favor de sus feudatarios, los predios que habían recibido los primeros por parte del rey a cambio por los mismos servicios que le habían jurado al rey, y así, sucesivamente. Los que recibían en tierra en feudo se llamaban feudatarios o vasallo. El que trabajaba la tierra era el siervo.

Como nos dice el mismo autor, Duro Moreno, el control que hacían cada uno de los nobles sobre sus vasallos era bien estricto porque estas tierras había que transmitir las siempre indivisas, *mortis causa*, es decir, no se podían mortalizar más de lo que estaban, y siempre *mortis causa*, de terrateniente a terrateniente, es decir, de padres a hijos, por lo que era exclusivamente por vía agnaticia. Esto significaba que en el testamento el causante no podía incluir estas tierras a favor de un tercero que no sea su hijo varón, y tampoco para saldar deudas. En caso de muerte sin dejar heredero varón, debían revertir la tierra sobre el tenedor original, y, también, si el causante había cometido un acto de traición.

Toda transmisión de bienes inmuebles se gravaba bajo un canon pecuniario o pecuario (tributo pecuario era tributo en animal, es decir, en este caso, de ganado), que se llamaba *Relief*. Como se puede notar, al comienzo, era estricto el régimen de tenencia de las tierras en Inglaterra. Sin embargo, es aquí cuando nace el “Trust”: A la nobleza menor, barones, miembros del clero y de caballeros, tuvieron la siguiente idea: Si el vasallo o feudatario, antes de fallecer, regalaba la tierra infeudada a un amigo o familiar, o a varios familiares, o en quien o quienes haya tenido bastante confianza, obtendrían

como resultado indirecto el no tener que pagar el tributo denominado “Relief”, toda vez que la regalaban en vida, y no se transmitía *mortis causa*. (Duro Moreno, 2004, pág. 488)

Este regalo en vida que hacía el causante, solo se podía hacer si el destinatario de ese regalo era un amigo o familiar fiel que prestaba su nombre sin condición alguna, pues el único requisito que tenía que prever el causante en vida, era que el vasallo sobre quien depositaba la confianza no le traicionase y que se comprometiera a lo siguiente:

a) administrar la heredad obsequiada como un buen padre de familia (*with due diligence*) y b) a utilizar los frutos percibidos de ésta no en provecho propio, sino en beneficio (use) de un tercero (*cestui que use*), el cual solía ser, como era lógico, la esposa o el hijo mejor de edad del pródigo, aunque precavido, regalador y aun este mismo. (Duro Moreno, 2004, pág. 488)

Las partes, por supuesto, sabían desde un principio que la relación que vinculaba al prestanombre (*feoffee to uses*) para con el beneficiario (*cestui que use*) sería de índole moral, y por ende, indefensible ante un tribunal de justicia regio (*a common law court*). Para el Derecho, el prestanombre era el terrateniente de la tierra (legal tenant), y no el “cestui que use”. Es decir, para el Derecho el “Cestui que use” no era nada.

Sin embargo, sucedió que los prestanombres, esto es, los “trustees”, no cumplieron su palabra, y ejecutaron actos de administración de la heredad que habían recibido como regalo en vida del causante, lo cual era contrario a los vínculos morales que habían unido al prestanombre para con el “*Cestui que use*” de buena fe. Por lo tanto, los perjudicados, reclamaron ante los tribunales de Westminster, los cuales no les dieron la razón, ya que, no eran nadie, ya que legalmente la tenencia de la tierra las tenían los prestanombres.

Pero, sucedió que los perjudicados recurrieron

“(…) en amparo del mismísimo monarca, fuente y medida de toda justicia, quien – esto es importante—, a partir de los últimos años del siglo XIV, había delegado sus pronunciamientos en el todopoderoso canciller de turno, celoso guardián de su conciencia (*pax domini regis*) y amo absoluto de la jurisdicción de *equity*” (Duro Moreno, 2004, pág. 489)

El Canciller dictó con su conciencia justicia, una nueva justicia que no se basaba en los fallos jurisprudenciales rígidos del *Common Law*, así como normas legales o consuetudinarias. Sino en lo que este canciller de turno consideraba justo.

A los prestanombres de nada les servía ganar en los tribunales de *Common Law*, porque a su vez perdían en apelación ante los tribunales de *Equity* del Canciller, quien disponía que los actos de administración en beneficio de los *Cestui que use* realizados por los *trustees* eran en desmedros de los primeros, y por ende, indignos de una conciencia limpia, para lo cual los enviaba a la cárcel para que los prestanombres meditaran acerca de la mala conducta que tuvieron. Esto fue efectivo, debido a que no se conoce ningún caso de un prestanombre que haya muerto en prisión. De esta forma, en Inglaterra se dividió el derecho de tenencia de la tierra (*interest*) teniendo, por una parte, a los prestanombres que se sometían al negocio jurídico del *use* (*los feoffees to use*), quienes retuvieron el *legal interest* obtenido por los tribunales de *Common Law*; y, por otra parte, los beneficiarios de los frutos del *use* pudieron adquirir por los tribunales de *Equity*, su *equitable interest*. Esta división existe hasta el día de hoy.

Debido a que los *uses* fueron un tremendo éxito, la corona tuvo que regularla, debido a que no obtenía ganancias por los impuestos, ya que la tenencia de la tierra no se estaba transmitiendo *mortis causa*. Por ello, en 1535, el rey Enrique VIII, abolió

mediante la ley de *Statute of Uses*, y a los pocos que sobrevivieron, se les cambió de nombre, y pasaron a denominarse “*trusts*”, y el *Cestui que use* a denominarse “*Cestui que trust*”.

Durante casi un siglo, los *trusts* estuvieron, como señala Duro Moreno, “(...) disfrazados y casi en la clandestinidad (...)” (Duro Moreno, 2004, pág. 490), hasta que resurgieron con la casa de los Estuardo, “(...) abrigados bajo la clámide protectora de *equity* e incluso bienquistos por una buena parte de los juzgadores de *common law*, una andadura renovada que los ha traído hasta nuestros días (...)” (Duro Moreno, 2004, pág. 490).

Actualmente, con los *Judicature Acts* de 1873-1875, se plasmaron ante un solo Juez los principios del *common law* y *equity*, y continúan siendo un instrumento esencial para el tráfico jurídico patrimonial.

II.II. El Fideicomiso

En la antigua Roma los peregrinos eran los extranjeros, quienes no podían acceder al derecho quiritarario, es decir, al derecho propio de los ciudadanos romanos. Para poder los peregrinos heredar, el causante o fideicomitente tenía que hacer un ruego al fiduciario, para que este luego traspasara la propiedad al incapaz. Al comienzo, no existía una acción legal para poder exigir su cumplimiento, por lo que dependía de la *bona fides* (buena fe) por la cual tenía que obrar el fiduciario para con el fideicomisario. La fórmula por la cual se hacía el ruego, es la razón por la cual se denomina a esta institución fideicomiso: “*fidei tuae committo (encomiendo a tu conciencia)*” (Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga, & Vodanovic Haklicka, 2009, pág. 89)

Con Augusto, en el principado, encarga éste último a los cónsules para que hagan efectivos ciertos fideicomisos. No obstante, no existía todavía una vía procesal

para poder acudir a los tribunales romanos, ya que continuaba la idea de que la relación entre el fideicomitente y del fiduciario era moral, y no jurídica. Por lo tanto, solamente mediante un procedimiento extraordinario ante los cónsules se podían hacer efectivas las disposiciones del fideicomitente.

A partir del Imperator Claudio, se podía solicitar ante un juez especial, el *praetor fideicommissarius*, y en las provincias, ante el gobernador, la efectividad de los fideicomisos, por lo que empieza a reglarse al fin las normas jurídicas del fideicomiso, hasta que se fusionan con Justiniano.

En la misma Roma aparece también el fideicomiso sucesivo, gradual o familiar, cuyas finalidades consistían en salvar de la pobreza a los hijos, para defenderlos de ellos mismos, para lo cual el testador en sus disposiciones testamentarias indicaba los llamamientos para la restitución de los bienes, o a su vez no permitía que se enajenaran, con el fin de que permanezcan en la familia; también, tenía como fin, perpetuar a grandes familias durante el transcurso del tiempo, para evitar que éstas se disuelvan, dándoles seguridad con un patrimonio cuya enajenación estaba prohibida; y, finalmente, para otorgar donaciones a libertos para que éstos cultivaran la memoria del testador.

Con Justiniano, los fideicomisos sucesivos, graduales o familiares, solamente se pudieron conservar hasta el cuarto grado de consanguinidad. A partir del quinto grado de consanguinidad, se extinguían, ya que el predicho emperador consideraba que este tipo de fideicomisos generaban injusticias y abusos, porque quedaban los bienes fuera del comercio.

En el fideicomiso participaban tres personas, el fideicomitente (transmitente); el fideicomisario (adquirente), y el fiduciario (beneficiario). El fideicomiso era una herramienta que permitía proteger el patrimonio de una persona mortis causa, tanto de

bienes muebles como inmuebles, mediante la participación fideicomisario, quien era la persona de confianza del fideicomitente, y quien a su vez también era el primero el heredero fiduciario, quien debía de actuar de conformidad con lo que disponía el fideicomisario a favor del tercero beneficiario.

Los fideicomisos podían ser verbales, escritos, mediante testamentos, codicilos y *ab intestato*, mediante le cual los fideicomitentes podían transferir inclusive la universalidad de su patrimonio, estableciendo condiciones que debía de realizar el fiduciario, actuando este como medio. El fideicomitente podía, y es así hoy en día también, “(...) instituir a personas ciertas, o a personas inciertas, incluso a personas que no viven en el momento de la constitución del fideicomiso.” (Suárez Blázquez, 2017)

Las normas propias del Derecho Romano de propiedad, eran aplicables en Europa continental, y siguen hasta hoy en día aplicándose, solo que, codificadas en códigos civiles, iniciado por el francés de 1804. En efecto, el código civil ecuatoriano en su segundo libro normas jurídicas propiamente romanas que con el pasar de los siglos tuvieron una evolución del derecho germánico (como el condominio germánico, para citar un ejemplo). Por lo tanto, podemos afirmar que la figura del fideicomiso ha llegado hasta nuestros días gracias a la conservación histórica del derecho romano, así como sus principios.

El Fideicomiso Mercantil, en cambio, es introducido en Latinoamérica por México, país que en 1926 crea su primera ley de fideicomiso, la cual, como nos enseña Rodríguez Azuero, fue “(...) claramente influenciada por el derecho anglosajón pero adaptada a nuestros sistemas fundados en el derecho continental europeo (...)” (Rodríguez Azuero, 2007, pág. 22), y a partir de esta norma, los demás países latinoamericanos fueron introduciendo en su normativa el fideicomiso mercantil. En el caso de Ecuador, recién a finales del siglo XX.

III. Desarrollo

III.I. Diferencias entre el Trust Anglosajón y el Fideicomiso

III.I.I. Trust

Miguel Duro Moreno nos indica las tres partes del *trust*, y estas son las siguientes:

“(…) la que transmite los bienes (*settlor*), la que los recibe bajo la condición de gestionarlos o enajenarlos con la libertad que le sea concedida por aquélla de conformidad con la normativa vigente (*trustee*) y la que se beneficia de sus frutos entre tanto llega el instante de apoderarse definitivamente de ellos (*beneficiary, cestui que trust*) (Duro Moreno, 2004, pág. 491)”. El *trustee* “(…) puede ser una persona física (*an individual*) o una persona jurídica (*a corporation*), y ésta, a su vez, puede ser privada (*a trust company*) o pública (*Public Trustee*) (…).” (Duro Moreno, 2004, pág. 491).

Con respecto a los bienes que se transfieren al *trustee*, existe un desdoblamiento de la propiedad, siendo sobre este último a quien recae en su mitad formal los bienes transmitidos, y, “(…) en su mitad sustancial, en la calificada de *beneficiary o cestui que trust* (…)

(Duro Moreno, 2004, págs. 491-492). El *trustee* tiene la calidad de *owner of a legal interest*, es decir, aquel quien tiene un interés legal y rígido del *common law*, mientras que el *beneficiary o cestui que trust*, tiene el lugar de *owner of an equitable interest*, que no significa aquel que tiene un interés equitativo, porque no existe una traducción al castellano que defina bien lo que es, pero podría decirse que es aquel que se beneficia de la propiedad transmitida al *trustee*.

Al momento en que el *Settlor* transfiere la propiedad, pierde la totalidad de la propiedad, y debe de cortar la relación jurídica con el *trustee*, salvo que le haya

impuesto en el contrato que este último le rinde cuentas. El *trustee*, una vez que recibe la propiedad, pasa a ser propietario de esta, y puede realizar las operaciones que crea necesarias a su voluntad para cumplir las directrices del *settlor* para con el *beneficiary* o *cestui que trust*.

El *trust* se lo puede emplear en diversas acepciones en el Derecho Anglosajón,“(...) que se extienden a casos de mandato, albaceazgo, depósito, tutela, etc., figuras todas las cuales escapan al concepto de negocio fiduciario y se encuentran íntegramente reglamentadas entre nosotros correspondiendo más bien a las relaciones “*intuitu personae* (...) (Rodríguez Azuero, 2007, pág. 14) ”

Existen diversos tipos de *trusts* dentro de aquel que es privado, y se enumeran los siguientes: el *spenthrift trust*, que se encuentra diseñado

“(...) para proteger a esos miembros de la familia de los que se sepa o se sospeche que sean unos manirroto (*pródigos* sería el término adecuado), pues impide que, si incurren en situaciones de insolvencia, las rentas que les correspondan como beneficiarios puedan serles embargadas en concepto de cancelación de las deudas contraídas (Duro Moreno, 2004, págs. 498-499).

Existe también el *trust for the financial provision of the wife*, que puede traducirse como el *trust* para proveer financieramente a la mujer casada, toda vez que consiste para casos de divorcio o separación, que aseguran que el marido pague la manutención de ésta ante los tribunales.

Así como existen cuentas de ahorro, también existe la figura del *savings trust*, es decir, un *trust* para el ahorro creado por los profesionales libres. El patrimonio de este *trust* va aumentando mediante pagos anuales que estos profesionales hacen al *trustee*, quien está encargado de gestionar ese patrimonio, e inclusive permite que estos

profesionales puedan recibir en caso de enfermedades, calamidades, desembolsos anticipatorios.

Sin embargo, uno de los más importantes por su característica histórica, es el *discretionary trust*, recordando que la razón de ser de estos fue la elusión de impuestos a la corona, por lo que las familias que no quieren pagar el impuesto a la herencia (*inheritance tax*), crean este instrumento para saltarse generaciones, inclusive hasta los nietos que pueda tener el *settlor*.

Existen una infinidad de *trusts*, como aquellos que sirven para realizar operaciones en mercado de valores, para garantizar utilidades de las acciones que se transfieren al *trust*, entre otros. Cabe recalcar que el *trust* puede ser para todo ello, sea una persona jurídica o natural.

El *Constructive Trust* se basa en los principios de *Equity*, y es creado también judicialmente, como señala Carlos Casillas, no se funda “(...) en la voluntad, ni expresa ni presunta de las partes. Es creado judicialmente en consideración a la conducta de una persona y en razón de satisfacer una demanda justicia, sin referencia a la intención de ello. (Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pág. 11)

Finalmente, puede existir tanto el *Trust* expreso, es decir, contractual, como el tácito, que es “(...) aquel presumido por la ley. (Hernández Domínguez, 2008, pág. 14) Este tipo de *trust*, también denominado “(...) implicado o inferido, pues lo que hace el juez es deducir de ciertos actos la existencia de una voluntad de crear el *trust* de hecho (...) (Rengifo, 2001, pág. 61)

III.I.II. Fideicomiso Mercantil

A diferencia del *trust*, que contiene una separación de la propiedad, propia de la tradición inglesa desde la conquista de Inglaterra por parte de Guillermo El

Conquistador en 1066, el Fideicomiso proviene, como ya se indicó, de Roma, y es una figura donde existe el fideicomitente, es decir, aquella persona que transfiere la propiedad a un patrimonio autónomo que es administrado por la fiducia o fiduciario: el patrimonio autónomo se denomina fideicomiso mercantil, y, el beneficiario, a diferencia del *Trust*, no tiene ningún derecho mientras no se cumplan las condiciones instruidas por el fideicomitente.

Mientras que en el fideicomiso mercantil es únicamente para negocios, como su nombre lo indica, mercantiles, el *trust*, en cambio, puede también servir inclusive para temas *intuitu personae*, como ya se ha indicado. Es una herramienta que convierte los bienes transferidos al patrimonio autónomo, denominado fideicomiso, en inembargables, salvo en Ecuador, donde los derechos fiduciarios son embargables desde la promulgación de la Ley orgánica para el fortalecimiento del sector societario y bursátil.

En el caso ecuatoriano, el artículo 109, primer inciso, del Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II, define al Fideicomiso Mercantil como un contrato, donde

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

Como se puede colegir de la definición, es un contrato donde la propiedad, derechos, acciones, se transfieren a un patrimonio autónomo, el cual tiene personalidad jurídica, y la fiduciaria actúa como su representante legal. Los constituyentes son quienes crean el fideicomiso mediante el contrato constitutivo, pudiendo ser ellos los beneficiarios, o también un tercero. Y, esta definición de Fideicomiso Mercantil se apega a la doctrina, al ser definido por Rodríguez Azuero,

“(…) como el negocio jurídico en virtud del cual se transfieren uno o más bienes a una persona, con el encargo de que los administre o enajene y que, con el producto de su actividad cumpla una finalidad establecida por el constituyente, en su favor o en beneficio de un tercero.” (2005, pág. 182)

Existen varios tipos de fideicomisos mercantiles, como el fideicomiso de garantía, donde el constituyente transfiere la propiedad al patrimonio autónomo, y el beneficiario, en caso de incumplimiento de las condiciones del contrato constitutivo, la fiduciaria transfiere dicho bien o bienes al acreedor del constituyente (el acreedor es el beneficiario).

En los fideicomisos de administración,

“(…) uno o varios Constituyentes, aportan bienes, para que la Fiduciaria como representante legal del Fideicomiso, cumpla las instrucciones que estos impartan. Los bienes aportados no necesariamente regresan al o los Constituyentes, ya que este o estos pueden instruir la transferencia a un tercero que pasa a adoptar la calidad de Beneficiario.

La administración puede perseguir distintos objetos, tales como tenencia, conservación o cobro de los productos de los bienes fideicomitados, entrega de sus rendimientos o

beneficios al Beneficiario.” (LAUDES, Administradora de Fondos y Fideicomisos, 2019)

Existen los fideicomisos de inversión, donde se confía a la fiduciaria, mediante la transferencia de bienes, activos, al patrimonio autónomo, la gestión de inversión, sea de títulos de valores o de cualquiera que sea instruido por el constituyente, con el objeto de maximizar los rendimientos de los activos que fueron aportados. El beneficiario puede ser el mismo constituyente o un tercero.

En los fideicomisos mercantiles inmobiliarios, este sirve como un vehículo para garantizar que los futuros compradores de los inmuebles en proyectos inmobiliarios no se vean afectados en su patrimonio, ni sean víctimas de delitos, toda vez que el dinero que ingresa al fideicomiso por los aportes realizados por éstos, sea por contratos de reserva, sea por las promesas de compraventa, al fideicomiso mercantil, se mantienen dentro del patrimonio de éste, y no de un tercero que pueda fraudulentamente perjudicar a estos promitentes compradores.

Los fideicomisos de titularización, también denominados en otras legislaciones como “titulización”,

“(…) es el proceso mediante el cual se emiten valores susceptibles de ser colocados y negociados libremente en el mercado bursátil emitidos con cargo a un patrimonio autónomo. Los valores que se emiten como consecuencia de los procesos de titulización constituyen títulos valores. Algunos usos que podría tener esta clase de fideicomiso serían: obtención de liquidez a partir de activos de baja rotación, mediante la emisión de títulos con base en dichos activos; titulización de inmuebles; titulización de un proyecto de construcción.” (Mac Lean, 2009, pág. 208)

III.II. Diferencias entre el Trust Anglosajón y el Fideicomiso

Para poder diferenciar estas dos figuras, es necesario señalar que el Fideicomiso Mercantil actual, por más de que haya tratado de tener la versatilidad del *Trust*, mantiene las figuras del derecho romano del *usus, fructus* y *abusus* de la propiedad, que permite gozar de la cosa. En cambio, como se señaló en la evolución histórica del *Trust*, esta proviene efectivamente de las instituciones del *Common Law* y *Equity*.

En primer lugar, en el caso del *Trust*, lo que sucede es que este contempla una doble propiedad: el *settlor* o constituyente dispone de sus bienes y derechos de índole económicos, utilizando la figura del *trust*, al *trustee* o fiduciario, y es este de aquí quien mantiene la propiedad legal sobre los bienes fideicomitidos, pero con una finalidad, y esta es, que lleguen a formar parte del patrimonio de un tercero, el *cestui que trust* o beneficiario, y es esta persona quien posee la propiedad real o, en *Equity*. Es decir, la propiedad legal se rige por los principios de *common law*, mientras que la propiedad real, se rige bajo los principios de *Equity*. Este desdoblamiento de la propiedad se debe a su historia, porque al comienzo los beneficiarios no tenían, bajo los preceptos de *common law*, ningún derecho sobre la propiedad. Como bien señala Raúl Lafuente Sánchez,

“First of all, in the trust there is a clear separation between the legal ownership (the legal title) vested in the trustee and the beneficial ownership of the trust vested in the beneficiaries. Secondly, the trust property constitute a separate fund (...) Consequently, the creditors will be unable to access the assets in the trust, for example, where the trustee become bankrupt. Thirdly, the proprietary interests of the beneficiaries in the trust property lead to the control of the property by the trustees, because the interests of the beneficiaries prevail not only over the interests of the trustee but also over any claiming under the trustee. Finally, the trust property is

considered as a fund and part of the assets of the trust could be sold and reinvested.”

(Lafuente Sánchez, 2016)

En el caso del Fideicomiso Mercantil, solamente existe una propiedad, y no el desdoblamiento de esta como sí aparece en el *Trust* Anglosajón, y esta propiedad está compuesta por tres elementos propios del derecho romano: el *usus*, *fructus* y *abusus* de la propiedad para poder gozar de ella, y es esta propiedad la que se transfiere al fideicomiso mercantil a un patrimonio autónomo con personalidad jurídica representada legalmente por una compañía comercial denominada Fiduciaria. El contrato es expreso, no puede ser tácito, y tiene un fin. Además, que existe en el caso ecuatoriano, así como chileno y colombiano, un sistema de *numerus clausus* de los derechos de propiedad, estipulados en el artículo 595 del Código Civil ecuatoriano. En los países que tienen sistema de *numerus apertus*, es por ley que se crean otros derechos reales. Sin embargo, en el caso anglosajón, no existe esta limitación, como bien anota Luminița Tuleașcă (...) the existence of the principle numerus clausus (specific to the Romanian law, too) has been considered to be an obstacle in accepting the almost infinite varieties of the Trust provided by the English-American legal systems. (2011, pág. 154)

Algo interesante del *Trust*, es que, para su creación, vale que la voluntad para su creación sea necesaria, por lo cual puede constituirse verbalmente, expresamente, e incluso, de forma tácita, por los jueces. El *settlor*, en el caso de los *trusts* que se constituyen verbalmente, solamente tiene que indicar quienes serán los beneficiarios, y en el caso del *trust* tácito, que los jueces interpreten que el *settlor* tuvo en vida la intención de crearlo.

El fideicomiso mercantil, en el caso ecuatoriano, requiere publicidad, es decir, se debe de crear por escritura pública, por lo que cualquiera puede leer el contrato. En cambio, en el *trust*, no existe la publicidad, y no existe tampoco ningún registro público donde estos deban de inscribirse, solamente hasta que el fin para el cual fue creado se cumpla. Esto permite, en el caso anglosajón, que se puedan diversificar las negociaciones, manteniendo discrecionalidad de los partícipes. Mientras en Ecuador necesitan la aprobación del Catastro Público de Mercado de Valores, que deben de ser aprobados por funcionarios públicos, quedando a la discrecionalidad de estos, con el *trust*, en cambio, versátil en su totalidad para transacciones comerciales, no.

La libertad existente en el *trust* permite que este pueda ser revocable por el *settlor*, salvo disposición en contrario. En los países romanistas, como Ecuador, el fideicomiso mercantil es por mandato legal irrevocable, para que sea una especie de camisa de fuerza a lo estipulado en el contrato. Mientras en el *trust* se pueden cambiar las instrucciones al *trustee* una vez que ya se haya creado la figura del *trust*, en el caso del fideicomiso mercantil no se lo permite, porque lo que importa es darle seguridad a terceros con respecto a las instrucciones que debe de llevar a cabo la fiduciaria. Como se puede notar, en el sistema anglosajón lo que prima es la libertad y la versatilidad de los negocios.

Con respecto a las partes que intervienen en el *Trust* y en el fideicomiso mercantil, existen diferencias:

1. Con respecto al *settlor* y al constituyente y/o fideicomitente en el *trust* y fideicomiso mercantil, respectivamente: en el primero, se desprende de la propiedad y de todo derecho que haya aportado al *trust*; en cambio, en el fideicomiso mercantil, el constituyente y/o fideicomitente al transferir los bienes, derechos, al patrimonio autónomo, tiene derechos del patrimonio,

denominados “derechos fiduciarios”, que se encuentra representado en dinero de acuerdo al valor de lo que se aportó.

2. Con respecto al *trustee* y la fiduciaria, en Ecuador tiene que ser una compañía anónima que debe de ser aprobada por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, y únicamente puede dedicarse a la administración de negocios fiduciarios. La fiduciaria está reglada no solo por el Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II, sino, además, por las innumerables regulaciones que al respecto emite la Junta de Política de Regulación Monetaria y Financiera. . En cambio, el *trustee* puede ser una persona o varias, sean estas naturales o jurídicas, y lo único que se necesita para poder serlo, es tener capacidad legal. El *settlor* es quien instruye al *trustee*, debiendo éste último cumplir a cabalidad lo que le haya señalado el primero. El *trustee*, también, puede ser designado por un juez, por lo que este queda obligado a serlo sin que sea su voluntad. En cambio, en el caso del fideicomiso mercantil, es distinto, toda vez que jamás por un decreto judicial el fiduciario obtiene la ostentación legal del fideicomiso.
3. El beneficiario en el caso del *Trust*, es decir, el *Cestui que trust*, tiene derechos de propiedad con respecto a los bienes aportados al primero. Puede, por lo tanto, exigir al *trustee* que cumpla con sus obligaciones e instrucciones, y el mantenimiento y preservación de tales bienes. La importancia del *Cestui que trust* radica en lo siguiente, como lo manifiesta el jurista británico, Alastair Hudson:

“It is possible for the court to maintain certainty and to ensure that trustees are observing the terms of the trust only if there is a beneficiary capable of suing the trustees. Given that the settlor disappears out of the picture once the trust has been

properly created, there is no one else capable of policing the activities of the trustees other than the beneficiaries.” (2003, pág. 111)

En cambio, en el caso del fideicomiso mercantil, el beneficiario no tiene derechos, sino meras expectativas, y sólo en caso de que se cumplan las condiciones, tiene derecho para con el fideicomiso mercantil. Podrá, si el constituyente así lo indicó en el contrato constitutivo, tener las atribuciones que éste le haya otorgado.

I.V.- Conclusiones

En el sistema de *common law* y *Equity*, fusionados por *Judicature Acts* de 1873-1875, se desarrolló, previo a ello, un sistema jurídico que haga prevalecer la justicia, sin importar la rigidez del sistema, de conformidad con la paz de la mente del monarca, quien debía de impartir justicia, a través de su canciller. Y debido a esta flexibilidad, no existe en Inglaterra un sistema de *numerus clausus*, y los derechos de propiedad no tienen que ser creados por la ley (*Acts*). En efecto, es el derecho privado de Inglaterra que ha desarrollado la propiedad, su transferencia, regulado a través de fallos jurisprudenciales desde el año 1066 hasta nuestros días.

La versatilidad del trust, por lo tanto, se encuentra en que no existe restricción sobre su creación, a excepción de la capacidad legal, sin tener que pasar por numerosos trámites burocráticos para ser aprobados como existe en países de derecho germánico-romano, como Ecuador. Tanto es así que los mismos participantes del trust no se revelan, toda vez que no existe la publicidad que sí requiere el fideicomiso mercantil.

En cambio, en países de derecho germánico-romano, se ha tratado de asimilar la figura del fideicomiso romano al trust anglosajón, de tal forma que en Ecuador, por ejemplo, el fideicomiso no es una persona jurídica, pero tiene personalidad jurídica, y para poder ser representado, necesita de su fiduciaria. Y, solamente se pueden transferir

los derechos existentes en la ley, no podemos crear otro tipo de propiedad salvo que la ley estipule lo contrario, modificándose el Código Civil (El Reino de España, por ejemplo, cuenta con un sistema de *numerus apertus*, pero los nuevos derechos reales nacen de la ley).

Por lo tanto, se hace menester traer a nuestro sistema normas que agilicen el tráfico jurídico, y que no se encuentren excesivamente reguladas como en efecto lo es contra el fideicomiso mercantil, para volver más versátil las transacciones comerciales.

Bibliografía

Akkouh, T., & Webb, C. (2013). *Trusts Law*. Hampshire: Palgrave MacMillan.

Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M., & Vodanovic Haklicka, A. (2009). *Tratado de los Derechos Reales Bienes*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Andrew, C., & Wagstaff, C. (2011). *The trustee guide to investment*. Hampshire: Palgrave MacMillan.

Duro Moreno, M. (2004). *Introducción al Derecho Inglés*. Madrid: EDISOFER S.L.

Graham, V. (2018). *The principles of Equity and Trusts*. Oxford: Oxford University Press.

- Hernández Domínguez, J. (2008). Comparación entre el Fideicomiso y el Trust Angloamericano. *Epikeia, Revista del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades*, págs. 1-16.
- Hudson, A. (2003). *Equity & Trusts*. Cornwall: Cavendish Publishing Limited.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. (1996). El Fideicomiso y los Proyectos de Infraestructura. En C. Casillas. México D.F.: UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Lafuente Sánchez, R. (2016). Cross Border Testamentary Trusts and the Conflicts of Laws. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 184-207.
- LAUDESA, Administradora de Fondos y Fideicomisos. (16 de 04 de 2019). *Laudesa*. Obtenido de PRODUCTOS LAUDESA: <https://www.laudesa.com.ec/administracion.html>
- Mac Lean, A. C. (2009). Desenredando el fideicomiso. *Foro Jurídico*(9), 205-2010.
- Pettit, P. (2009). *Equity and the Law of trusts*. Oxford: Oxford University Press.
- Rengifo, R. (2001). *La Fiducia: Legislación Nacional y Derecho Comparado*. Medellín: Fondo Editorial Universidad Eafit.
- Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarios: Su significación en América Latina*. Bogotá: LEGIS.
- Rodríguez Azuero, S. (2007). El fideicomiso mercantil contemporáneo. *Facultad de Derecho y Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, 7-55.
- Smith, L. (2012). *Re-imagining the Trust: Trusts in Civil Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Suárez Blázquez, G. (2017). TRIÁNGULO HISTÓRICO JURÍDICO MÁGICO: FIDEICOMISO & EQUITY & TRUST. *Quaestio Iuris*, 972-1012.
- Terrazas Ponce, J. D. (1998). ORÍGENES Y CUADRO HISTÓRICO DEL FIDEICOMISO. *Revista Chilena de Derecho*, 939-952.
- Tuleaşcă, L. (2011). THE CONCEPT OF THE TRUST IN ROMANIAN LAW. *ACADEMIA*, 150-160.
- Watt, G. (2010). *Trusts and equity*. Oxford: Oxford University Press.

Leyes consultadas

Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II

Código Civil ecuatoriano.

