ORIGEN E HISTORIA DEL FIDEICOMISO

El fideicomiso tuvo su nacimiento en Roma; siendo así que, históricamente, sus orígenes se dieron dentro de los primeros cuatro períodos de la historia de Roma.

Por: Ab. Rafael Sandoval Vela, MBA
ZION Administradora de Fondos
y Fideicomisos S.A.

En lo que respecta a su definición, la Real Academia Española (2001, p. 1503) define al fideicomiso como:

Disposición por la cual el testador deja su hacienda o parte de ella encomendada a la buena fe de alguien, para que, en caso y tiempo determinados, la transmita a otra persona o la invierta del modo que se le señala.

El fideicomiso tuvo su nacimiento en Roma; siendo así que, históricamente, sus orígenes se dieron dentro de los primeros cuatro períodos de la historia de Roma, tal como lo menciona Rodríguez (2005, p. 4) "parecería que las primeras manifestaciones de la fiducia surgieron en el período inicial, llamado también arcaico y, sin duda, fueron reconocidas y empleadas durante la República." Tales manifestaciones en el derecho romano son las que a continuación se enuncian:

Pactum Fiduciae; consistía en un acuerdo el cual implicaba la obligación de devolver la cosa para quien lo recibía en circunstancias determinadas.

Fiducia Cum Creditore; quizás el que más se asemeja a un fideicomiso de garantía, en el cual el deudor, para dar seguridad a su acreedor, transfería por mandato del primero un bien para garantizar tal obligación hasta que ésta sea efectivamente cancelada.

Fiducia Cum Amico; ésta figura se presentaba, generalmente, cuando quien transfería la propiedad del bien se ausentaba por largos periodos de tiempo y le encargaba su bien o bienes a una persona de su confianza para que en su nombre los administre, celebre contratos

y los defienda en contra de terceros que quieran apropiarse de ellos. A diferencia del caso anterior, esta figura era a título no oneroso y representaba un acto de confianza.

Fideicommissum; aquí se transfería la propiedad de uno varios bienes, vía testamento, a un tercero, el cual tenía la obligación de administrarlos en beneficio de una persona distinta, quien en un determinado tiempo y cumpliéndose ciertas obligaciones recibiría finalmente tales bienes. Rodríguez (2005, p. 11) recalca lo fundamental de la confianza, destacando que la naturaleza del fideicommisum comprende se puede entender como el negocio fiduciario puro el cual se sustenta en la total confianza que se deposita en el tercero sin dejar de que exista la posibilidad de una arbitrariedad por quien hace la gestión de fiduciario.

Existe una segunda vertiente con relación al origen del fideicomiso, y ésta se sitúa en el derecho anglosajón, en el cual se conoce a la figura fiduciaria como el trust, que traducido al castellano, significa confianza. En esta vertiente, las primeras manifestaciones del fideicomiso se dieron sobre los bienes inmuebles, en especial luego de la expedición del tan conocido "estatuto de las manos muertas", el cual se refiere a aquellos bienes (muebles e inmuebles) que pertenecían a la iglesia y que no podían ser comprados ni vendidos por tener un destino específico por ser de propiedad eclesiástica. En estos casos los monjes transferían la propiedad de bienes inmuebles a un tercero el cual tenía como objeto u obligación destinar el uso de tal bien en beneficio de la sociedad. Con esta concepción, se puede anotar que se definió a la figura del trust para que funja como medio de beneficio a un tercero distinto a su dueño original.

Por tal motivo, los tratadistas consideran que uno de los mayores aportes del derecho anglosajón ha sido, en efecto, la implantación del trust al campo jurídico universal y sus campos de aplicación, de tal manera lo resumen W.M. Waters, Fortin, Khairallah, & Douvier (2010) al aludir que "esta institución es utilizada conjuntamente con una sociedad de capital – acciones (anónima) y a veces una sociedad colectiva para la administración de bienes de una persona natural a fin de proveer regímenes de retiro corporativo e institucionales".

En el Ecuador la figura del fideicomiso está reconocida en dos tipos, (i) el fideicomiso civil o propiedad fiduciaria, el mismo que está definido expresamente por el artículo 748 del Código Civil (2005) y (ii) el fideicomiso mercantil, del cual su concepción actual fue concebida en el artículo 109 de la Ley de Mercado de Valores (1998). Este último y de conformidad al título XIII, Capítulo I, Sección IV de la CODIFICACION RES JUNTA POLITICA MONETARIA LIBRO SEGUNDO TOMO X, se dividen en fideicomisos mercantiles de inversión, de administración, de garantía e inmobiliario.

El fideicomiso mercantil entró en el marco legal del Ecuador el 28 de mayo del año 1993, con la promulgación del suplemento No. 199 del Registro Oficial (Congreso Nacional del Ecuador , 1993), por medio de la cual incorpora en uno de sus artículados, la figura del fideicomiso mercantil en el entonces Código de Comercio. Sobre está inclusión, no hay mucho que ahondar todo en cuanto en sus artículos innumerados no existió un desarrollo medular de cara a la figura contractual antes mencionada.

No obstante, la reforma a la Ley de Mercado de Valores del 1998 (Congreso Nacional del Ecuador , 1998) es la que sentó los precendentes conceptuales, respecto a los fideicomisos mercantiles y sus clases, precedentes que hasta el día de hoy se mantienen pese a las varias reformas que la norma antes citada ha sufrido. Para la administración y representación legal de los fideicomisos mercantiles en el Ecuador, se requiere de una sociedad anónima con un objeto específico, el cual comprende únicamente la administración de negocios fiduciarios, siendo estos los fideicomisos mercantiles en general y encargos fiduciarios, los fondos administrados de inversión y los procesos de titularización. Tales sociedades son conocidad por imperio de la ley como fiduciarias, las cuales tienen la responsabilidad y deber de velar por aquello que conforma el patrimonio autónomo llamado fideicomiso mercantil y las instrucciones que ésta recibe por parte de quien figura como constituyente en el mismo.

Acerca de éste último, existen, a bteves rasgos tres tipos de sujetos que incorporan a un fideicomiso mercantil, un constituyente, quien es la persona que aporta sus bienes y/o derechos al patrimonio autónomo, el beneficiario, quien es la persona para la cual se constituye el fideicomiso mercantil y la fiduciaria, quien administra y representa legalmente al fideicomiso. En el Ecuador pueden figurar como constituyentes y/o beneficiarios personas naturales, jurídicas, de derecho público o privado, nacionales y extranjeras.

La razón por la cual se crea un fideicomiso mercantil está ligada expresamente al tipo de fideicomiso que se constituye; en un fideicomiso inmobiliario, por su naturaleza la finalidad es la desarrollar, construir, promover y vender un proyecto inmobiliario; es un fideicomiso de garantía, su finalidad consiste en garantizar una obligación adquirida previamente (o no) entre un constituyente y un beneficiario; en el fideicomiso de inversión, el objeto de quien lo constituye comprendería que el fideicomiso realice inversiones puntuales en su nombre y representación; finalmente en un fideicomiso de administración las variables del por qué de su creación estarán acorde a la creatividad de quien lo constituye, respestando un marco legal vigente.

Por otro lado, el fideicomiso civil, también conocido como propiedad fiduciaria, según consta definido en el artículo 748 del Código Civil (2005), nombre que dicho sea de paro se lo otorga también a la cosa constituida en propiedad fiduciaria.

A diferencia del fideicomiso mercantil, en el fideicomiso civil los requisitos fundamentales para la constitución son que éste sea celebrado entre personas vivas y que el contrato sea celebrado por escritura pública o por acto testamentario (H. Congreso Nacional, 2005). En dicho fideicomiso civil existen varias figuras que juegan roles puntuales en su nacimiento, así se tiene a un constituyente o fideicomitente quien es el creador del fideicomiso y quien da las instrucciones a su fiduciario, quien es la persona escogida específicamente para llevar a cabo sus instrucciones o requerimientos los cuales son determinados en favor de un beneficiario o fideicomisario, quien es la persona por la cual se constituyó el fideicomiso civil en primera instancia.

Ambas figuras tienen un origen en común, pero a su vez, ambas tienen distintas finalidades u objetos, teniendo el fideicomiso mercantil el cumplimiento de un objeto, mientras que el fideicomiso civil tiene como finalidad el cumplimiento de una condición.