

Fideicomiso como herramienta para los negocios

El fideicomiso se ha arraigado en la sociedad mexicana y goza de un marco regulatorio que ha evolucionado favorablemente, sin embargo, conviene estudiar y evaluar esta figura actual y su marco regulatorio para identificar nuevas tendencias y mecanismos que contribuyan a su funcionamiento y evolución



Autor: Rolando Christian Escalante Aguilar, Socio de Escalante

INTRODUCCIÓN

El fideicomiso en México constituye una herramienta jurídica segura y flexible, que atiende de manera eficaz y competitiva los diversos objetivos que demandan los negocios en esta era de globalización financiera y comercial en el sector privado, ofreciendo una amplia gama de servicios fiduciarios.

Nuestro fideicomiso se ha arraigado en la sociedad mexicana y goza de un marco regulatorio que ha evolucionado desde su concepción (en 1924), integrado por múltiples disposiciones, amplia doctrina y no tantos criterios judiciales, lo que brinda confianza y seguridad a quienes participan de este vehículo legal.

Sin embargo, conviene estudiar y evaluar la figura del fideicomiso y su marco regulatorio para identificar nuevas tendencias y mecanismos que contribuyan a su funcionamiento y evolución.

Así pues, analizaré la estructura de los tipos de fideicomisos más comunes para los negocios en nuestro sistema financiero, poniendo al alcance del lector las herramientas necesarias que le permitan identificar las bondades y retos de los fideicomisos en la actualidad y, sobre todo, destacar los rasgos esenciales que los hace funcionales.

ANÁLISIS

Preámbulo

Como se expuso en la introducción de este texto, una de las finalidades de este estudio es identificar nuevas tendencias y mecanismos que pueden contribuir al mejor funcionamiento y evolución del fideicomiso y, para cumplir con ese fin, debo traer a colación los antecedes de este contrato, en las conclusiones se verá el por qué.

El contrato de fideicomiso actual, por definición legal, es el contrato escrito en virtud del cual, el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados a fines lícitos y determinados, encomendando la realización de dichos fines a la propia institución fiduciaria.

El antecedente más lejano y directo del fideicomiso actual se encuentra en el *trust* anglosajón, reconocido por primera vez en nuestro sistema jurídico en 1884, no propiamente como un vehículo mexicano, si no como un *trust deed* extranjero que surtió efectos jurídicos en México.

Posteriormente, en 1924 surge la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios y la Ley de Bancos de Fideicomiso en 1926, pero no fue hasta 1932 cuando se publica la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC) y la Ley de Instituciones de Crédito (LIC), con lo que se regula el negocio de las operaciones fiduciarias.

Bajo esas reglas en las operaciones fiduciarias, la participación del fiduciario es clave, siendo que, en un inicio, la función fiduciaria estaba reservada exclusivamente para las instituciones de crédito, siendo el caso, que desde entonces y hasta la fecha, en un sistema semejante, como el de los Estados Unidos de América (EUA) y Canadá, los servicios fiduciarios se presentan por personas físicas o morales bajo una regulación específica, pero sin ser instituciones de crédito.

Actualmente, y con la última reforma a la LGTOC publicada el 13 de junio de 2014, se modificó el texto de esta disposición normativa, permitiendo que instituciones distintas a las de crédito y con serias restricciones, puedan actuar como fiduciarias en diversos fideicomisos, a saber:

Para acceder al Decreto que reforma a la LGTOC (DOF 13-VI-2014) escanee el Código QR

1. Para cualquier tipo de fideicomiso:

a) Instituciones de crédito.[1]

2. Para fideicomisos de garantía[2] y otros, con ciertas restricciones:

a) Instituciones de seguros.[3]

b) Instituciones de fianzas.[4]

c) Casas de bolsa.[5]

d) Sociedades Financieras de Objeto Múltiple (Sofomes), que cuenten con un registro vigente ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef).

e) Almacenes generales de depósito.[6]

f) Sociedades Operadoras de Fondos de Inversión.[7]

Características

Vale la pena entonces anotar algunos rasgos específicos de las partes que intervienen en el fideicomiso, empezando por el *fiduciario*, quien actúa siempre por encargo y designación, asimismo, debe obrar siempre como buen padre de familia, administrar los bienes y derechos para alcanzar los fines que se le encomiendan, siendo responsable de las pérdidas o menoscabos que los bienes sufran por su culpa.

Entonces, es el fiduciario quien recibe y ejerce la titularidad de los derechos (no hablamos de propiedad) respecto

[1] Artículo 46, fracción XV, de la LIC
[2] Artículo 395 de la LGTOC
[3] Artículo 34, fracción IV, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguro (LGISMS)
[4] Artículo 16, fracción XV, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas (LFIF)
[5] Artículo 183 de la Ley del Mercado de Valores (LMV)
[6] Artículo 11 Bis 2, fracción X, de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito (LGOAAC)
[7] Artículos 39 Bis y 51 Bis 1 de la Ley de Fondos de Inversión (LFI)

de los bienes fideicomitidos, y si bien existe un amplio debate sobre la naturaleza de los "derechos de propiedad" que adquiere la fiduciaria, en función de un fideicomiso, no existe duda en que le corresponde a la fiduciaria la defensa del bien fideicomitido, tal y como se aprobó en la tesis de jurisprudencia 42/90 de la Tercera Sala de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación (SCJN), donde se concluyó que es la fiduciaria quien tiene derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso.

Por regla general, la fiduciaria actuará por instrucciones del fideicomitente, del fideicomisario, de ambos, o de un consejo técnico.

Debe destacarse que una de las cualidades distintivas de un fiduciario es su capacidad técnica para operar los negocios que se le encomiendan.

Por su parte, el *fideicomitente,* es la persona (física o moral) titular de los bienes o derechos fideicomitidos (afectados, aportados, transmitidos, etc.) que integran el patrimonio y se encomiendan al fiduciario para el fin que este designe.

El *fideicomisario,* es la persona (física o moral) beneficiario de los bienes o derechos fideicomitidos por el fideicomitente.

> "...es la fiduciaria quien tiene derechos y acciones que se requieren para el cumplimiento del fideicomiso."

Tipos de fideicomiso

Así pues, atendiendo al marco legal y a las características de las partes descritas, a continuación se explican y materializan los tipos de fideicomisos más utilizados para hacer negocios en México:

1. Traslativos de dominio. Se utilizan cuando el fin *(lícito y determinado)* es la transmisión definitiva y voluntaria a cargo del fideicomitente, sea de manera unilateral o por acuerdo de voluntades, de los bienes o derechos de que se traten.

El ejemplo por excelencia de un fidecomiso traslativo de domino unilateral lo es el testamentario o patrimonial, en virtud del cual el fideicomitente (autor de una sucesión), traslada de manera definitiva al fiduciario la titularidad de un bien inmueble, para que, a su muerte, lo entregue a determinado fideicomisario.

Por su parte, la transmisión de un bien inmueble propiedad del fideicomitente (como vendedor) al fiduciario para que, una vez que, el fideicomisario (comprador) cumpla con la obligación de pago (contraprestación), sea el fiduciario quien constituido para ese fin, le entregue el bien, sería un ejemplo de la traslación de dominio por acuerdo de voluntades, siendo el caso que la propia contraprestación se constituya como patrimonio del fideicomiso y sean esos recursos los que se transmitan al fideicomitente, quien ahora los recibirá como fideicomisario.

Ventajas: La participación fiduciaria implica una transparencia y rendición de cuentas para el fideicomitente y fideicomisario, así como la certeza de que, de cumplirse las condiciones pactadas, la fiduciaria dará cumplimiento del fin encomendado.

2. Fideicomisos de administración. El fin *(lícito y determinado)* que se persigue con este tipo de fideicomisos puede ser o no transmisión definitiva de los bienes o derechos, en todo caso, su nota distintiva es que se instruye al fiduciario para su administración, siendo el fin la guardia y conservación del patrimonio y, en su caso, la transmisión de dominio.

En el ámbito de negocios se puede citar al fideicomiso de administración y fuente de pago, como ejemplo claro de su tipo.

Mediante este instrumento, el deudor de un crédito se constituye como fideicomitente en el que aporta los flujos derivados de derechos de cobro o de cuentas por cobrar en favor del fiduciario, quien dispondrá de ellos, principalmente, para el pago del crédito a su acreedor quien se constituye como fideicomisario.

Ventajas: Con la implementación de estos fidecomisos se les brinda certeza y seguridad jurídica a los acreedores, ya que no quedará a cargo del deudor la disposición de los recursos derivados de los derechos de cobro que correspondan, si no al fiduciario, quien los destinará en un primer término al pago de la deuda.

Este mecanismo le permite también al acreditado acceder a más fuentes de crédito y en mejores condiciones.

3. Fideicomisos inmobiliarios. Representan un claro ejemplo de la flexibilidad de esta figura, ya que, como muchos otros, estos permiten la traslación de dominio y la administración.

De ordinario existen dos fideicomitentes, el que aporta el terreno y el que aporta los recursos o mano de obra para la construcción, tanto el predio como los recursos se transmiten al fiduciario, quien los recibe y administra para los fines encomendados, y sus frutos se distribuyen en favor de los fideicomisarios.

Ventajas: Se constituye un patrimonio autónomo independiente de los fideicomitentes, y se permite la administración y control de recursos que provienen del desarrollo inmobiliario.

4. Fideicomiso de garantía. Es por su naturaleza un contrato accesorio a una obligación a cargo del fideicomitente, en virtud del cual este último transmite la propiedad al fiduciario para garantizar el cumplimiento de determinada



obligación en favor del fideicomisario, quien no adquiere un derecho inmediato y directo sobre los bienes afectados, si no que la titularidad de los derechos afectados le corresponden al fiduciario, y ante el incumplimiento de pago de la obligación principal, el fideicomisario sujeto a las reglas de ejecución previstas, podrá hacer efectiva esa garantía.

En este tipo de fideicomisos la fiduciaria dispondrá del bien, en ejecución de las facultades traslativas de dominio cuando el fideicomitente incumpla con sus obligaciones del principal y la fiduciaria, y en ejecución del proceso extrajudicial de enajenación, lo venda para pagar al fideicomisario el crédito.

Será únicamente de administración cuando del fideicomitente cumpla con las obligaciones de pago, y el fiduciario tan solo lo administre y le revierta la propiedad al fideicomitente al fin del plazo convenido.

Ventajas: Permite obtener un crédito con condiciones más favorables para el acreditado y el acreedor minimiza el riesgo ante un impago, pues tendrá expedito un proceso de ejecución extrajudicial e inmediato con el fiduciario.

5. Fideicomisos de inversión. Son aquellos que tiene como fin que el fiduciario invierta el patrimonio para generar intereses, rentas, o rendimientos en favor de los fideicomisarios.

Mediante estos contratos el fideicomitente aporta los recursos, bienes o derechos y el fiduciario los administra, con la finalidad de generar y distribuir los intereses, rentas, o rendimientos en favor de los fideicomisarios.

Algunos tipos, como los Fideicomisos de Infraestructura y Bienes Raíces (Fibras), captan recursos del público, los cuales son respaldados por el patrimonio del fideicomiso y por los ingresos que se generan, crean Certificados Bursátiles Fiduciarios Inmobiliarios (CBFI), que se negocian en la Bolsa Mexicana de Valores (BMV). Los fideicomisarios, obtienen todos los beneficios que derivan de toda la operación de los bienes y derechos aportados.

Ventajas: La participación fiduciaria implica una transparencia y rendición de cuentas para el fideicomitente y fideicomisario, así como la certeza del cumplimiento de los fines, de igual manera blinda el patrimonio fideicomitido en contra de terceros, ya que se constituye como un patrimonio autónomo, y cualquier acreedor diverso, no podrá acceder a este, pero sí a los derechos que le correspondan a su deudor, es decir, podrá ir en contra de los derechos del fideicomisario y/o fideicomitente.

CONCLUSIÓN

Se han analizado de manera breve en este artículo algunos rasgos distintivos del fideicomiso y los tipos más comunes para los negocios. Como se aprecia, se puede crear prácticamente un fideicomiso para cualquiera de las necesidades del negocio, siempre y cuando se persiga un fin lícito y determinado.

La voluntad de las partes como el fideicomitente y el fideicomisario (sea unilateral o por acuerdo de voluntades) es necesaria, pero la participación del fiduciario es trascendental, ya que es esta institución fiduciaria en quien recae la ejecución misma de los fines encomendados.

En tenor de todo lo anterior y para concluir, ¿habrá nuevas tendencias y mecanismos que puedan contribuir al mejor funcionamiento y evolución del fideicomiso?

Para dar respuesta, no creo que necesariamente se deban buscar nuevas tendencias, quizá si nos remontamos a los orígenes que dieron inspiración a nuestro fideicomiso actual como lo fue el (y es) el *trust* en los EUA, se puede valorar la conveniencia/necesidad de permitir a otras instituciones (no financieras) y/o personas con la capacidad técnica suficiente y bajo una regulación específica, actuar como fiduciarios en los fideicomisos en México.[8]

Quizá viendo el origen y aprendiendo la experiencia internacional actual podamos contribuir al mejor funcionamiento y evolución del fideicomiso.

[8] Para más detalles sobre las condiciones de acceso a la actividad fiduciaria por nuevos agentes, el pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) realizó un trabajo de investigación y recomendaciones sobre las condiciones de competencia en el sector financiero y sus mercados. Véase en: https://www.cofece.mx/cofece/images/Estudios/COFECE_trabajo_investigacion_prot.pdf#pdf