

EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA EN LA FINANCIACIÓN SOCIETARIA MEXICANA

GUARANTEE TRUSTS IN MEXICAN CORPORATE FINANCE

AARÓN LEVET V.

Socio de transacciones financieras, Santamarina y Steta
alevet@s-s.mx

RESUMEN: Existen diversas formas para garantizar el cumplimiento de obligaciones contempladas en la legislación mexicana. De entre ellas, destaca el contrato de fideicomiso de garantía que, a diferencia de otras formas tradicionales de garantizar obligaciones como la prenda e hipoteca, otorga distintas ventajas a las partes que celebran este contrato

PALABRAS CLAVE: Fideicomiso; financiación societaria; garantías; México.

ABSTRACT: There are several ways to ensure compliance with obligations under Mexican law. Among them, the guarantee trust contract which, unlike other traditional forms of guarantee obligations, such as pledge and mortgage, gives different advantages to the parties that celebrate this contract stands out.

KEY WORDS: Trust; corporate finance; guarantees; México.

FECHA DE ENTREGA: 13/12/2016 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 07/01/2017.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Definición y características esenciales.- 3. Función económica y estructura interna.- 4. Efectos del contrato.

1. La figura del fideicomiso contempla varias clasificaciones y objetos, dependiendo del fin con el que se constituye. En la legislación mexicana, particularmente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se contempla específicamente el fideicomiso conocido como traslativo de dominio y el fideicomiso de garantía. En la práctica, se utiliza con mucha frecuencia el fideicomiso de administración y el de fuente pago, así como combinaciones entre todos estos.

El fideicomiso es un contrato mediante el cual una parte (fideicomitente) transmite a otra (la fiduciaria), la titularidad o posesión legal de bienes o derechos para llevar a cabo un fin lícito y determinado (a cargo de la institución fiduciaria) y que podrá ser a beneficio de un tercero (fideicomisario).

Es factible constituir un fideicomiso en el que el fideicomitente sea, a su vez, el fideicomisario e, inclusive, sin la designación inicial de fideicomisario, o bien, incluir la designación de varios fideicomisarios para que reciban los productos del fideicomiso ya sea simultánea o sucesivamente.

El patrimonio del fideicomiso puede constar de todo tipo de bienes (muebles e inmuebles) y derechos (ej. derechos de cobro), salvo aquellos derechos que, conforme a la ley, son estrictamente personales.

A diferencia del fideicomiso tradicional, el fideicomiso de garantía se constituye con el fin de transmitir la titularidad o posesión de bienes o derechos a una institución fiduciaria, con el fin primordial de garantizar el cumplimiento de una obligación u obligaciones del fideicomitente a favor de un tercero acreedor como fideicomisario en primer lugar.

2. En esencia, el fideicomiso de garantía es un contrato accesorio toda vez que el mismo no puede existir sin antes existir una obligación real a cargo del fideicomitente, en el entendido que, una vez que se cumpla cabalmente el pago de la obligación garantizada, el fideicomiso de garantía debe extinguirse, revirtiendo la titularidad o posesión de los bienes o derechos que constituyan el patrimonio del fideicomiso al fideicomitente, quien comparece con dicho carácter y como fideicomisario en segundo lugar.

Mediante el fideicomiso de garantía, el fideicomisario en primer lugar no adquiere la titularidad o posesión de los bienes fideicomitados, pues la titularidad o posesión recae en la institución fiduciaria quien, a su vez, se encarga de administrar, guardar y conservar dichos bienes. No obstante, las partes pueden acordar que la posesión de los bienes fideicomitados quede a favor de terceros o bien del propio fideicomitente, en calidad de

depósito; en el entendido que el depositario debe conservar los bienes, obligándose a no utilizarlos en forma distinta a la que se pacte en el contrato del fideicomiso.

En proyectos inmobiliarios (ej. hoteles o desarrollos turísticos), el fideicomitente mantiene la posesión de los bienes y es responsable de su operación, con las limitaciones que en cada caso se convengan, ya sea en el contrato que documente la obligación garantizada o en el propio fideicomiso.

Esto obliga a quien tiene la posesión de los bienes fideicomitados a, entre otras cosas, asegurar que el valor del bien o bienes no disminuya y a conservarlos en buen estado, siendo responsable de los gastos que implique la conservación y administración de los mismos. Asimismo, en caso de que los bienes fideicomitados sufran daños, o disminuyan su valor, el fideicomisario en primer lugar podrá exigir que sean sustituidos por otros bienes, o hasta exigir el pago de la deuda antes del plazo acordado en el contrato.

En general, corren por cuenta de quien mantiene la posesión de los bienes las pérdidas, daños o deterioros que disminuyan el valor de los mismos, estando el fideicomisario facultado en todo momento para verificar e inspeccionar los bienes durante el plazo del contrato.

La ley determina que únicamente podrán actuar como fiduciarios en fideicomisos de garantía las instituciones de crédito, de seguros, de fianzas, las casas de bolsa, las sociedades financieras de objeto múltiple, los almacenes generales de depósito, las uniones de crédito y las sociedades operadores de fondos de inversión. Es posible que las instituciones y entidades mencionadas anteriormente actúen tanto como fiduciario y como fideicomisario en el mismo fideicomiso, para lo cual las partes deben nombrar a un tercero (persona moral o física) como ejecutor, a fin de determinar imparcialmente el cumplimiento o incumplimiento de la obligación garantizada, sujetándose únicamente a los términos y condiciones del contrato de fideicomiso.

3. El fideicomiso de garantía podrá implementarse para garantizar más de una obligación a favor de distintos acreedores o fideicomisarios, ya sea simultánea o sucesivamente, debiendo los fideicomisarios dar aviso por escrito a la institución fiduciaria cuando las obligaciones hayan sido debidamente cumplidas por el fideicomitente, aviso que deberá ser ratificado ante fedatario público dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en que sea cumplida la obligación garantizada.

El fideicomiso de garantía debe constar por escrito y, en caso de que el monto de la operación exceda el equivalente en moneda nacional a doscientos cincuenta mil Unidades de Inversión (aproximadamente \$1,405,000 pesos mexicanos, equivalentes a \$67,000 dólares aproximadamente), se debe ratificar ante notario público. Si el fideicomiso de garantía versa sobre bienes inmuebles, deberá formalizarse en escritura pública y ser inscrito ante el Registro Público de la Propiedad correspondiente a la ubicación del o los

inmuebles, ya que de ser incluido en el patrimonio del fideicomiso crea un gravamen real sobre el inmueble en cuestión.

Dependiendo de la naturaleza de los bienes afectos al fideicomiso y si las partes lo acuerden en el contrato, el fideicomitente podrá hacer uso de estos y continuar percibiendo los frutos o productos que deriven de estos, siempre y cuando el valor de los mismos no disminuya. Asimismo, en caso de ser necesaria la ejecución de la garantía en virtud de un incumplimiento a la obligación garantizada, el fideicomisario en garantía deberá dirigirse y tratar directamente con el fiduciario respecto a los bienes o derechos sobre los que se constituyó el fideicomiso y el procedimiento de ejecución.

4. A diferencia de otras formas tradicionales para garantizar el cumplimiento de obligaciones, tales como la fianza, la prenda y la hipoteca, existen dos aspectos fundamentales que brindan atractivo al fideicomiso de garantía: (i) la posibilidad de proceder a la ejecución extrajudicial, y (ii) constituye un vehículo que limita el riesgo para el acreedor en caso de quiebra o concurso del deudor.

En el primer caso, la ejecución no requiere de formalidades judiciales, sino más bien, depende del procedimiento convencional que el deudor (el fideicomitente) y el acreedor (el fideicomisario en garantía) acuerden en el contrato de fideicomiso. Este procedimiento convencional de ejecución puede resultar más expedito que, por ejemplo, la ejecución de la garantía creada por una prenda tradicional, misma que debe llevarse a cabo judicialmente, eliminando o reduciendo costos litigiosos y tiempos procesales derivados del desahogo de un litigio ante tribunales.

Ante la existencia de un incumplimiento de la obligación garantizada, el fiduciario, al recibir un aviso de incumplimiento por escrito del fideicomisario, procederá a valorar y, posteriormente, a vender o enajenar los bienes, inclusive en subasta privada, o bien, a llevar a cabo la adjudicación de los bienes o derechos a favor del fideicomisario para cubrir el pago de la obligación u obligaciones garantizadas.

En caso de pago y cumplimiento de la obligación garantizada, el fiduciario deberá revertir los bienes que constituyen el patrimonio del fideicomiso a aquél. En caso de no especificarse y acordarse un procedimiento de ejecución extrajudicial específico, aplicará lo dispuesto en el Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio respecto a “Los Procedimientos de Ejecución de Garantías Otorgadas mediante...Fideicomiso de Garantía.”

Por otra parte, por la propia naturaleza del fideicomiso en garantía, los bienes que se afectan al fideicomiso se transmiten en propiedad a favor de la institución fiduciaria, de tal forma que ésta aparece como propietaria de registro para todos los efectos legales. Esta propiedad es “sui generis” pues constituye una propiedad fiduciaria, es decir, temporal y únicamente con el propósito de dar consecución a los fines específicos pactados. Al transmitirse la propiedad de los bienes a la institución fiduciaria, los mismos no pueden

embargarse por adeudos o incumplimientos contractuales del fideicomitente ni formarán parte de la masa de la quiebra en caso de concurso o quiebra del fideicomitente. Al quedar segregados, el acreedor o fideicomisario en garantía tiene plenos derechos para requerir a la fiduciaria la ejecución del fideicomiso en caso de incumplimiento y aplicar los productos de la venta al pago de la obligación garantizada.

En todo caso, los costos en que se incurra por la conservación y mantenimiento de los bienes, aquellos que deriven del procedimiento de ejecución, los impuestos por la venta de los bienes y aquellos otros aplicables a los bienes (ej. el impuesto predial en caso de inmuebles) y los honorarios de la fiduciaria tendrán preferencia en el pago.

Cabe señalar que la transmisión de propiedad que opera en virtud de un fideicomiso de garantía al momento de su constitución, no se considera una “transmisión” para efectos fiscales, toda vez que la propiedad de dichos bienes revertirá al fideicomitente al momento en que la obligación garantizada quede satisfecha. Para efectos fiscales, se considera que existe una transmisión de propiedad al momento en que se designe un fideicomisario distinto al fideicomitente.

Otro beneficio es la seguridad jurídica de la garantía creada mediante el fideicomiso, toda vez que las partes pueden acordar: (i) la ubicación específica donde deben permanecer los bienes afectos al fideicomiso; (ii) la contraprestación que recibirá el fiduciario por administrar y, en su caso, llevar a cabo la enajenación o transferencia de los bienes en caso de incumplimiento; (iii) determinar el tercero o terceros que puedan llevar a cabo dicha enajenación o transferencia de los bienes en caso de existir algún conflicto de interés por ser fiduciario y fideicomitente la misma persona moral o física; (iv) la manera en que los bienes serán valuados. Asimismo, toda vez que cualquier persona física o moral puede ser fideicomitente o fideicomisario, independientemente de la actividad preponderante u objeto social que tengan, el fideicomiso de garantía se puede constituir y adaptar a cualquier operación de negocio sin importar la complejidad del mismo.

Finalmente, es importante mencionar que la constitución de un fideicomiso implica gastos que en otras formas de garantía no resultan aplicables, tales como honorarios y comisiones pagaderos a la institución fiduciaria por actuar con tal carácter, honorarios y gastos de notario público (en los casos que aplique) y derechos de inscripción en el caso de fideicomisos inmobiliarios, todos ellos calculados en función del valor de los bienes. En algunos casos, los derechos de inscripción pueden ser sustanciales.

