

Fideicomisos y servicios profesionales: el punto ciego de la LFPIORPI bajo la lupa



○ **C.P. y M.I. Rubén Orejel Castro**

Especialista en prevención de lavado de dinero

“El fideicomiso también es sujeto de la prevención del lavado de dinero ante Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (LFPIORPI) como servicios profesionales”

Resumen ejecutivo

En este artículo se plantea que los fideicomisos y quienes participan en su creación, operación y administración son sujetos del cumplimiento de la LFPIORPI, específicamente respecto a los “servicios profesionales-manejo de recursos” contemplados en el artículo 17, fracción XI, inciso e.

Mediante un análisis normativo, precisamos quiénes son los sujetos obligados, cuál es el tratamiento jurídico vigente, y se evidencian posibles lagunas normativas.

También se explora de manera general, cómo son reportados los fideicomisos tanto en las actividades vulnerables por los distintos sujetos como en el sector financiero.

Introducción

En el contexto de la prevención del lavado de dinero, las autoridades financieras y las administrativas han puesto especial atención a la constitución, operación y administración de fideicomisos, en tanto que estos pueden funcionar como vehículos corporativos con beneficiarios finales opacos y difícil trazabilidad. Al respecto, se hace referencia a los administradores, auxiliares, delegados fiduciarios y miembros del comité, su tratamiento normativo desde una perspectiva dual: como instrumento dentro del sistema financiero y como actividad vulnerable regulada por la LFPIORPI.

El sector financiero ha estado acostumbrado a cumplir adecuadamente las medidas de prevención, al igual que los notarios y corredores públicos, a diferencia de quien realiza las actividades vulnerables contenidas en la fracción XI del inciso e, “Servicios profesionales en manejo de recursos”, ya que aparentemente hay un vacío y lagunas jurídicas, y aquí determinaremos los sujetos obligados.

Además, precisaremos quiénes son los sujetos en actividades vulnerables conforme al artículo 17, fracción XI, inciso e, de la ley.

Entonces, ¿sabías que si eres fideicomitente, administrador designado en el comité, o persona que interviene en la constitución o manejo de un fideicomiso, estarás obligado a cumplir con la Ley de Prevención de Lavado de Dinero, y su fracción XI, manejo de recursos como servicios profesionales?

Marco legal

Definición

Un fideicomiso es un contrato en el que una persona (fideicomitente) transfiere la propiedad de bienes o derechos a una institución fiduciaria (fiduciario) para que los administre y los destine a un fin determinado, en beneficio del fideicomitente o de un tercero (fideicomisario).

Marco legal financiero

Los fideicomisos, por tratarse de un **contrato**, se encuentran regulados conforme a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en específico, el capítulo que incluye dos secciones, “Capítulo V, sección primera y segunda del artículo 381 al 487”.

Mientras que la Ley de Instituciones de Crédito, en el caso del **fiduciario**, es una norma específica para los bancos; los fideicomisos se regulan principalmente de acuerdo con el título tercero, capítulo IV, referente a las operaciones que pueden realizar las instituciones de crédito, entre las que se encuentra el fideicomiso.

Así como:

1. Ley de Inversión Extranjera.
2. Ley de la Administración Pública.
3. Circulares de BANXICO y la CNBV.

Partes que intervienen en la formalización de un fideicomiso

Dado que en las reglas y reglamento asimilan al fideicomiso como clientes y usuarios y las partes que intervienen es necesario conocer quienes participan:

• Fideicomitente

Es la persona que crea el fideicomiso y transfiere bienes o derechos a un fiduciario para que los administre en beneficio de un fideicomisario o para un fin determinado. En un fideicomiso público el fideicomitente es la SHCP.

• Fiduciario

Es la entidad que recibe los bienes o derechos del fideicomitente y se encarga de administrarlos de acuerdo con las instrucciones del fideicomiso. Sólo las instituciones financieras autorizadas pueden ser fiduciarias.

• Fideicomisario (o beneficiario)

Es la persona que se beneficia de la gestión de los bienes o derechos del fideicomiso, ya sea directamente o a través de la consecución de un fin determinado. El fideicomisario puede ser la misma persona que el fideicomitente, o puede ser una entidad jurídica o persona física diferente.

• Comité técnico

Es un órgano auxiliar del fideicomiso, formado por representantes del fideicomitente, fideicomisarios o terceros, con la facultad de aprobar, supervisar o sugerir decisiones al fiduciario, sin asumir su responsabilidad legal.

• Notario público

Formaliza el contrato en escritura pública.

• Corredor público

Puede intervenir en fideicomisos mercantiles de garantía.

• Delegado del fiduciario

Es una figura auxiliar y operativa, designada por el fiduciario (es decir, quien administra legalmente el fideicomiso) para ejecutar ciertas funciones específicas del fideicomiso, sin transferir la responsabilidad fiduciaria que por ley sólo le corresponde al fiduciario.

• Administrador externo

El administrador o administrador externo de un fideicomiso es una persona física o moral designada para ejecutar funciones operativas, técnicas o de gestión, por instrucción del fiduciario o del comité técnico, dependiendo del tipo de fideicomiso. Aunque puede tener un rol relevante en la ejecución de actividades, no sustituye al fiduciario ni asume responsabilidad legal fiduciaria.

Generalidades fiscales

En materia fiscal es importante hacer las siguientes consideraciones, dado que pueden ser sujetos de las disposiciones fiscales; algunos fideicomisos deben inscribirse en el RFC ante el SAT, y que generan obligaciones fiscales, como la presentación de declaraciones, la expedición de comprobantes fiscales o la percepción de ingresos. Incluye fideicomisos privados, públicos, financieros, de inversión, inmobiliarios y los autorizados para recibir donativos deducibles de manera muy general.

Estándares internacionales

El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) establece la normativa internacional para que los países miembros adopten medidas de prevención contenidas a través de sus 40 recomendaciones; respecto a los fideicomisos, hay dos grandes recomendaciones:

- Recomendación 24 – Transparencia de las personas morales; aunque se refiere a personas morales, el GAFI precisa que sus principios también aplican a fideicomisos.
- Recomendación 25 – Transparencia y beneficiario final de estructuras jurídicas (como fideicomisos); es el principal lineamiento del GAFI sobre fideicomisos.

Normativa de prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo

Actividades vulnerables

- El reglamento reconoce como cliente y usuario cliente

a cualquier persona física o moral, así como a **fideicomisos**, que celebren actos u operaciones con quienes realicen actividades vulnerables; mientras que las reglas consignan como cliente o usuario a cualquier persona física o moral, así como a fideicomisos que celebren actos u operaciones con quienes lleven a cabo actividades vulnerables y refiere a las actividades vulnerables señaladas en la fracción XII del artículo 17 de la ley, a las personas físicas, morales o **fideicomisos** que intervengan en la formalización del acto u operación de que se trate.

- El artículo 18 de la ley reafirma que hay que identificar tanto a clientes como usuarios, dentro de los que se encuentran los fideicomisos.
- Según la fracción V del artículo 3, también son considerados clientes y usuarios las personas físicas y morales que intervengan en la formalización del acto de las actividades vulnerables que indica la fracción XII del artículo 17.
- El anexo 8 de las reglas consigna los datos y documentos de identificación de los clientes o usuarios de quienes efectúen actividades vulnerables, respecto de aquellos que sean fideicomisos.
- Y finalmente, aplica la resolución conforme a la que se expiden los formatos oficiales de los avisos e informes que deben presentar quienes realicen actividades vulnerables y en especial los fideicomisos.

Fideicomisos en actividades vulnerables comúnmente reportadas

El fideicomiso tiene varios sujetos que reportan, como sigue:

1. En la prestación de servicios de fe pública:

- a) **Notarios públicos. Siempre identificarán** cuando se haga, la constitución o modificación de fideicomisos **traslativos de dominio o de garantía sobre inmuebles**, salvo los que se constituyan para garantizar algún crédito a favor de instituciones del sistema financiero u organismos públicos de vivienda y serán objeto de **aviso** cuando las operaciones se efectúen por un monto igual o superior al equivalente a ocho mil veinticinco veces la UMA (\$871,274.25).

- b) Corredores públicos. Siempre deberán identificar y presentar aviso cuando intervengan en la constitución, modificación, fusión, escisión o cesión de derechos de fideicomisos mercantiles en los que puedan participar conforme a la legislación aplicable, sin importar el monto de la operación, ya que no hay un umbral mínimo para la presentación del aviso.
- c) Las operaciones por efectuar de acuerdo con el contrato de fideicomiso. Cualquier actividad consignada en el artículo 17 de la ley será sujeta de la misma, independientemente de que se realice mediante el fideicomiso.

Este tipo de reportes se realizan básicamente desde septiembre de 2013.

Sector financiero

Las instituciones fiduciarias, por lo menos desde 1997, como parte del sistema financiero mexicano, son sujetos obligados y deben aplicar medidas de debida diligencia y conocimiento del cliente en relación con los fideicomitentes, fideicomisarios y beneficiarios, cuando actúen como fiduciarios en fideicomisos; tienen obligación de identificar, clasificar y reportar las operaciones relacionadas con dichos fideicomisos, de acuerdo con las Disposiciones de Carácter General emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) en materia de Prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento al Terrorismo (PLD/FT) conforme a las disposiciones generales aplicables a las instituciones de crédito y al artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Los reportes se realizarán a:

1. Fideicomitente (quien aporta los bienes).
2. Fideicomisario (beneficiario).
3. Fiduciario (la propia institución).
4. Beneficiario final.

Y son básicamente:

1. Operaciones inusuales.

2. Operaciones relevantes.
3. Operaciones internas preocupantes.

Resolución de la hipótesis

Fideicomisos en actividades vulnerables servicios profesionales-manejo de recursos

La ley que aplica a las actividades vulnerables establece lo siguiente:

Artículo 17. Para efectos de esta Ley se entenderán Actividades Vulnerables y, por tanto, objeto de identificación en términos del artículo siguiente, las que a continuación se enlistan:

I

.

XI. La prestación de servicios profesionales, de manera independiente, sin que medie relación laboral con el cliente respectivo, en aquellos casos en los que se prepare para un cliente o se lleven a cabo en nombre y representación del cliente cualquiera de las siguientes operaciones:

a

.

e) La constitución, escisión, fusión, operación y administración de personas morales o vehículos corporativos, incluido el fideicomiso y la compra o venta de entidades mercantiles.

Es decir:

“Se considera como actividad vulnerable la prestación de servicios independientes en representación del cliente en el manejo de recursos referente a la constitución, escisión, fusión, operación y administración de fideicomisos.”

En este caso, determinemos primero quién es el sujeto conforme a la fracción XI, inciso e, del artículo 17 de la ley:

1. **El sujeto obligado** es quien presta el servicio independiente y recibe una contraprestación por parte del cliente para representarlo, manejar los recursos del fi-

deicomiso, ya sea en la constitución, escisión, operación y administración, como sigue:

- a) Miembro del comité técnico.
- b) Delegado fiduciario.
- c) Administrador externo.
- d) O el propio fideicomiso, en caso de tener RFC.
- e) Incluso asesor legal, financiero o auditor.

En el caso del cliente:

2. El **cliente** es quien paga por la prestación de los servicios:

- a) Fideicomiso.
- b) Fiduciario, en su caso.
- c) Fideicomitente.

En el caso del **usuario**:

Conforme al artículo 18 de la ley, también hay que identificar al usuario, que es la persona física o moral con quien se realiza una operación relacionada con una actividad vulnerable, distinta del cliente, quien contrata, encarga o interviene directamente en la operación profesional del asesor:

3. El usuario es:

- a) Fideicomitente, mientras no sea cliente.
- b) Gestor.
- c) Fideicomitente.

En el supuesto del **dueño o beneficiario**:

4. El **dueño beneficiario o contralor** es:

- a) Fideicomitente, si mantiene el control o instrucciones sobre el uso de los bienes.

- b) Comité técnico, si **ejerce control colectivo** sobre la operación del fideicomiso.

- c) Terceros aportantes con injerencia, si **definen o influyen sustancialmente** en las decisiones fiduciarias.

Respecto al **objeto**:

Entiéndase como objeto aquello sobre lo cual recae la prevención, control y detección del lavado de dinero, es decir, las operaciones, actividades y recursos que pueden representar un riesgo de lavado de dinero o financiamiento al terrorismo.

Por último, las obligaciones generales que se tienen son las siguientes:

1. Inscripción.
2. **Expedientes.** Los sujetos de la ley deberán tener un expediente único de identificación de los clientes, usuarios y fideicomisos, que deberá contener la siguiente información y documentación conforme al anexo 8 de las reglas:

- Denominación o razón social del fiduciario.
- Número, referencia o identificador del fideicomiso.
- Clave del RFC del fideicomiso, cuando se cuente con ella.
- Datos del apoderado legal o delegado fiduciario.
- Testimonio o copia certificada del instrumento que contenga la constitución del fideicomiso.
- Cédula de identificación fiscal del fideicomiso, expedida por el SAT, en caso de contar con ella.
- Testimonio o copia certificada del instrumento que contenga los poderes del apoderado legal o delegado fiduciario e identificación oficial de los mismos.

3. **Reportes.** Se deberá reportar a los clientes y usuarios, por conducto del portal, lo siguiente:

- La fecha de constitución del fideicomiso.
- Número de identificación.

- RFC del fideicomiso, en caso de que lo haya.
- Monto del patrimonio.
- Si hay comité técnico.
- Datos del fideicomitente.
- Datos de los fideicomisarios.
- Datos de la operación financiera.

a) Fecha de pago.

b) Monte de la operación.

c) Instrumento monetario.

d) Tipo de divisa.

Conclusión

Cualquier persona física o moral distinta del fideicomitente, fiduciario, notario o corredor público que intervenga en la constitución, escisión, fusión, operación y administración de fideicomisos, como son los miembros del comité técnico, delegados fiduciarios, administradores o asesores legales, serán sujetos de la ley conforme al artículo 17, fracción XI, inciso e, "Servicios profesionales en manejo de recursos" y por tanto deberán inscribirse en el padrón de actividades vulnerables, identificar a los clientes, usuario y beneficiarios, así como integrar expedientes únicos de identificación y presentar avisos en todos los casos, por no haber umbrales, en los que se reporten las operaciones del fideicomiso.

Adicionalmente, el fideicomitente, fideicomisarios, administradores y asesores podrán ser sujetos de la ley de acuerdo con las diversas fracciones del artículo 17, según las actividades que realicen en términos del mismo contrato de fideicomiso.

Este análisis pretende cerrar la brecha normativa y hacer visible una hipótesis que se sustenta tanto en la interpretación extensiva de la LFPIORPI como en la obligación constitucional de colaboración con las autoridades para combatir el lavado de dinero y financiamiento al terrorismo. 