



# Debida diligencia de los activos fideicomitidos y la razonabilidad del objeto del fideicomiso

Francisco Nugué V.

Ecuador

# Antecedentes y consideraciones

# Propósito y entorno de esta charla

- Para efectos didácticos se ha dividido el tratamiento de los temas en dos partes:
  - La Debida Diligencia de los activos fideicomitidos o bienes que se transferirán o aportarán al fideicomiso
  - La razonabilidad del objeto del fideicomiso
- El análisis parte desde dentro, desde la visión y realidad de la industria; considerando:
  - La realidad de los entornos jurídicos y sociales de cada País
  - Los medios de que dispone el fiduciario para la efectividad de su trabajo
  - Los usos del fideicomiso en cada plaza o país
  - El ambiente y desarrollo de la cultura de prevención de cada país

# El fideicomiso: ¿vehículo de riesgo implícito?

- Es erróneo asimilar al fideicomiso como un instrumento de evasión y un riesgo en sí mismo; porque sería desconocer la esencia, propósitos y beneficios de una institución jurídica milenaria
- Otro tipo de contratos y o estructuras pueden esconder o perseguir un fin ilícito, con mayor impunidad y con mucho menor control y rastreo y no se las sataniza como al fideicomiso (por ejemplo, compañías domiciliadas en jurisdicciones **no** consideradas paraísos fiscales y usadas por extranjeros)
- En América Latina el negocio fiduciario es altamente regulado y las sociedades fiduciarias son supervisadas por agentes de regulación y control y reportan sus actividades a las entidades de prevención de lavado de activos

# Legislaciones y jurisdicciones

- No se debe analizar al fideicomiso exclusivamente:
  - Bajo la perspectiva del mundo anglosajón
  - Como mecanismo sucesorio de protección o preservación y disposición de activos
  - Como vehículo para canalizar inversiones financieras fuera del país de residencia del constituyente o del beneficiario
  - Como esquema jurídico de adquisición y tenencia de acciones de compañías o bienes inmuebles, en países distintos a la residencia del constituyente o del beneficiario
- Esta sería una visión sesgada e incompleta:
  - De tan antigua institución y del contrato mismo
  - Del uso en países de América Latina

# Legislaciones y jurisdicciones (2)

- Es importante diferenciar el domicilio de la fiduciaria y la jurisdicción y legislación aplicable al contrato:
  - Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña
  - Islas del Caribe, Panamá, y otras
  - Países de América Latina (México, Colombia, Argentina y otros)
- Facultad (legal) para actuar como fiduciarios
- Control y regulación de los fiduciarios
  - Cumplimiento de requisitos para operar, solvencia financiera, autorización y supervisión de autoridad
  - Presentación de informes periódicos
  - Reportes periódicos a las Autoridades de Prevención
  - Aplicación de políticas de Debida Diligencia (KYC)

# Elementos adicionales de análisis

- Domicilio fiscal del constituyente y del beneficiario
- Ubicación de los activos aportados o a ser adquiridos con recursos transferidos para la constitución del fideicomiso
- Fines previstos en la legislación aplicable
- Actividades permitidas a las entidades fiduciarias en la respectiva jurisdicción
- Propósitos e instrucciones del contrato
- Usos y objetivos del fideicomiso en los distintos países

# Elementos adicionales de análisis (2)

En países de América Latina, con un sistema de administración de justicia deficiente, donde existe poca seguridad jurídica para la resolución de conflictos, o desconfianza en el manejo de recursos de terceros; el fideicomiso es *el* mecanismo de confiabilidad para:

- Proyectos inmobiliarios
- Control de fuentes de repago de créditos
- Garantía para operaciones comerciales y de crédito y para emisiones de bonos en el mercado de valores
- Pago condicionado de transacciones
- Manejo de recursos para el cumplimiento de fines productivos
- Levantamiento de recursos para proyectos productivos





# La debida diligencia de los activos fideicomitidos

# ¿ Qué debemos entender por *debida diligencia de los activos fideicomitidos*?

- Parto del hecho de que – gran parte de la Audiencia es experta en estos procesos - sin embargo, conviene mencionar lo esencial.
- Cada legislación tiene su propio contexto regulatorio y un conjunto de normas que apoyan o, en otros casos, dificultan, la evaluación de riesgo de la persona o del origen de los bienes:
  - ✓ Acceso a bases de consulta para confirmar antecedentes personales
  - ✓ Fuentes documentarias y la confiabilidad, calidad y amplitud de la información documentaria o registral
  - ✓ Capacidad de proveer data por otros agentes económicos
- Es imprescindible considerar el contexto económico:
  - ✓ Del País
  - ✓ De la actividad y sector en que se desarrolla el potencial cliente
  - ✓ La valoración histórica de los bienes y los efectos exógenos y endógenos que pudieren haber incidido en los activos

# ¿ Qué debemos entender por *debida diligencia de los activos fideicomitidos*? (2)

- Elementos determinantes :
  - ✓ Herencias o donaciones, la relación y los orígenes y tiempo de la propiedad del donante
  - ✓ Ingresos de la actividad productiva de sectores económicos en expansión, en países exportadores o áreas productivas con crecimiento estadísticamente demostrable
  - ✓ Producto de la plusvalía o apreciación patrimonial, en particular bienes ubicados en sectores donde existe un boom urbanístico
  - ✓ La correspondencia entre la valoración de los activos y las actividades productivas que pudieron dar origen a su adquisición

# Contextos y razonabilidad

- El análisis debería centrarse, entre otros aspectos, en valorar la globalidad de los soportes y el contexto económico social del potencial cliente, que certifiquen los antecedentes y origen de la propiedad de sus activos, según su tipo:
  - ✓ Activos Financieros
  - ✓ Bienes inmuebles
  - ✓ Acciones de compañías
  - ✓ Cuentas por cobrar
  - ✓ Derechos económicos

# Contextos y razonabilidad (2)

Elementos informativos, documentales y fácticos clave:

- El origen y composición del patrimonio
  - ✓ Herencias, legados o donaciones
  - ✓ Negocios o bienes en manos de familia por muchos años
  - ✓ Bienes con ubicación estratégica que han generado una alta plusvalía
  - ✓ Participación en empresas exportadoras o pertenecientes a un sector con crecimiento demostrado estadísticamente
- Fuentes de ingresos
  - ✓ Sueldos
  - ✓ Honorarios o comisiones
  - ✓ Dividendos
  - ✓ Rendimientos financieros
  - ✓ Cuentas por cobrar por venta de activos o negocios
- Declaraciones de impuesto a la renta
  - ✓ Del cliente
  - ✓ De la Empresa de la que forma parte

# Contextos y razonabilidad (3)

- Activos Financieros:
  - la información patrimonial es gravitante para determinar la trazabilidad y antecedentes; así como la interconsulta con el sistema bancario, en función del análisis previo realizado por éste
- Acciones de compañías
  - Performance histórica que justifique su valor patrimonial o de mercado
  - Sector en que desarrolla actividades
  - Participación en el capital de la sociedad
  - Antecedentes de propiedad de las acciones
  - La política aplicada por el emisor, si de generación de utilidad o de crecimiento del patrimonio

# Contextos y razonabilidad (4)

- Con respecto a bienes inmuebles, a más del soporte financiero del cliente, es importante evaluar:
  - Antecedentes de dominio o propiedad del bien
    - Certificado del Registro Público de Bienes Inmuebles
      - ✓ Cuantos años han pasado desde la adquisición de la propiedad
      - ✓ Quien la vendió al cliente
  - Avalúo pericial que refleje:
    - ✓ Incidencia producto de la obra pública, plusvalía, urbanización, etc.
    - ✓ Ubicación del bien y sus perspectivas históricas de mercado, que justifican su precio o la revalorización en tratándose de proyectos inmobiliarios
    - ✓ Depreciación por desmejoras del sector, deterioro del bien o tiempo de uso
- Uso y actividades del cliente con relación a la promoción o inversión inmobiliaria (salvo si son de uso personal)

# Alcance y limitaciones

- Para la correcta valorización de la gestión de prevención de una entidad fiduciaria privada, es importante tener presente el desarrollo jurídico de cada país y las facilidades provistas por cada estado, según la dotación de posibilidades de consulta de información y consecución de información y documentación fiable
- Las fiduciarias **no están** en capacidad ni jurídica ni técnica de reemplazar la función preventiva del Estado y las obligaciones de éste: de garantizar los medios tecnológicos de fuentes de consulta y la fiabilidad de la emisión de documentos probatorios
- El valor, objetividad y certeza de los resultados de las debidas diligencias están proporcionalmente ligados a la infraestructura y a la calidad de las fuentes documentarias y de información a las que se tiene acceso en cada país
- No se puede juzgar y valorar el trabajo de prevención de una fiduciaria (regulada) sin la existencia de medios (como los ya citados) y de políticas uniformes de obligado cumplimiento por parte de todos los actores, para no generar competencia desleal



# La razonabilidad del objeto del fideicomiso

# Que se entiende y que engloba el *objeto*

- Es el propósito que anima al cliente (al constituyente o fideicomiso) a buscar los servicios de una Fiduciaria y a constituir un fideicomiso; que se articulan y se materializan en la finalidad u objeto del contrato y se desarrolla a través de las instrucciones.
- El objeto del contrato no puede analizarse ni ser materia de juicios de valor, si no lo es en conjunto y en complemento con:
  - ✓ La finalidad de un contrato no es un mero enunciado, se desarrolla a través de las **instrucciones**
  - ✓ Instrucciones:
    - Con aplicación en el corto plazo, así como otras que persiguen el mediano y largo plazo
    - Principales y accesorias o secundarias
    - Respecto del tipo de bien o activo del que se trata
  - ✓ Las **obligaciones** y **funciones** conferidas a la **fiduciaria** también dan el contexto de que es lo que se persigue a través del contrato

# Concepto y alcance de la “razonabilidad”

- *Razonabilidad* tiene su origen etimológico en el vocablo latino *rationabilitas*
- Se refiere a la condición de aquello que resulta razonable y que, por lo tanto, es acorde a la razón
- A su vez, la razón es la capacidad del ser humano de reflexionar y analizar para obtener una conclusión. A este proceso mental y su resultado se lo conoce como razonamiento
- Lo que es razonable, en definitiva, pone a la vista la *razonabilidad*
- En el ámbito del derecho, se habla del principio de razonabilidad para nombrar al criterio que regula el ejercicio de los derechos de las partes
- La *razonabilidad* como principio busca el imperio del *sentido común* y de la *lógica*

# Concepto y alcance de la “razonabilidad”(2)

- Lo razonable es aquello que pueda justificarse, que no resulta absurdo o arbitrario
- Es muy importante recordar que la razonabilidad es relativa:
  - En el ámbito personal e informal
  - Ante la Ley
- El sistema judicial no puede dar una respuesta sólida a la pregunta «¿qué es lo razonable?», ya que esto siempre depende de cada caso en particular
- Por ello, el principio de razonabilidad continúa adaptándose a los tiempos, a las circunstancias económicas y sociales cambiantes, a la realidad de cada país y a los nuevos puntos de vista del derecho

# Como diagnosticar la “razonabilidad” del objeto

- Para cualquier análisis, más aún el que se hace desde una óptica de prevención de riesgos de lavado de activos, es **imprescindible** aplicar:
  - El sentido común
  - La lógica de entrelazar antecedentes, actos y fines presentes y futuros
  - Realizar el ejercicio de encontrar justificaciones y que éstas no resulten absurdas, forzadas
  - Conocer los antecedentes:
    - Al cliente y su entorno
    - El antecedente y origen de los bienes
    - Las razones por las cuales se buscó configurar el fideicomiso

# Como diagnosticar la “razonabilidad” del objeto (2)

- Para cualquier análisis, más aún el que se hace desde una óptica de prevención de riesgos de lavado de activos, es **imprescindible** aplicar:
  - Entornos:
    - ✓ Personal (por ejemplo, necesidad de reserva por riesgo de extorsiones o secuestros y no por mero ocultamiento de identidad del propietario de bienes)
    - ✓ Socio económico (convulsión, inseguridad jurídica y personal, impacto de las mafias, etc.)
  - Recurrir a fuentes alternas (data económica, etc.)
  - Buscar apoyos técnicos (financieros, legales, tributarios, etc.) y contrastar el análisis o criterios preliminares con la visión de terceros expertos en la materia que genera duda; o, cuando, por especializada, es desconocida por el Oficial

# Ante un Objeto no “razonable”

- Aplicando los parámetros referidos en este segundo apartado, estaríamos ante un contrato carente de finalidad o cuyo objeto no guarde coincidencia con realidades fácticas y jurídicas:
  - ✓ No hay una lógica y una razón objetiva (aun cuando esté construida con elementos aparentemente subjetivos)
  - ✓ No existe coincidencia entre el fin perseguido y las actividades del cliente
  - ✓ No encontramos un entorno que justifique la necesidad de constituir el fideicomiso
  - ✓ El Oficial Comercial – quien presenta al cliente – no puede sustentar las causas o motivos del cliente para constituir el fideicomiso
- Importantísimo:
  - ✓ La razonabilidad del objeto **no se encontrará** revisando el contrato o proyecto de contrato; es imprescindible el análisis global del cliente, de su entorno y de las reales motivaciones para constituir el fideicomiso
  - ✓ Solo se logrará detectar *si conocemos al cliente*

- Junio 2003 inicia operaciones como Morgan & Morgan, “Fiduciaria del Ecuador”, en Guayaquil
- Agosto 2005, obtiene licencia de Agente de Manejo de Procesos de Titularización
- Junio 2008 abre Sucursal en Quito
- Septiembre 2008 pionera en titularización de cartera comercial y 1ra en el ranking de manejo de procesos
- Enero 2013 cambia su denominación a MMG Trust Ecuador S.A.
- 2013 a 2016 ranking revista Gestión, designada como la “Mejor” de su industria por indicadores de desempeño
- Noviembre 2018, se convierte en Generatr trust Administradora de Fondos y Fideicomisos
- 2019 acuerdos estratégicos para transferencia de know how e inversión con Acción Fiduciaria (Colombia) y Click Seguridad Jurídica (México)
- 31.12.2021 Generatr trust tercera en el ranking de fiduciarias privadas, por manejo de patrimonios \*

[www.generatrtrust.com](http://www.generatrtrust.com)



(\*) Información obtenida de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador