



LAS DIFERENCIAS ENTRE EL FIDEICOMISO DE PAGO Y EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

TESIS

SCARLETT LUNA SARACHO

1339

Fecha: 13 de noviembre de 2020

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	2
CAPÍTULO I.- GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO.....	5
A. Antecedentes Históricos del Fideicomiso.....	5
B. Antecedentes Legislativos.....	10
C. Concepto y Clases de Fideicomisos.....	16
i. Concepto.....	16
ii. Las partes del Fideicomiso.....	18
iii. Clases de Fideicomisos.....	21
CAPÍTULO II.- ANÁLISIS DEL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.....	24
A. Forma y Objeto del Fideicomiso.....	25
B. Procedimiento de ejecución.....	30
CAPÍTULO III.- ANÁLISIS DEL FIDEICOMISO DE PAGO.....	38
A. Análisis del Artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.....	38
B. Obligaciones Alternativas.....	46
CAPÍTULO IV.- DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DEL FIDEICOMISO DE PAGO Y EL FIDEICOMISO de GARANTÍA.....	50
CONCLUSIÓN.....	56
BIBLIOGRAFÍA.-.....	61

INTRODUCCIÓN.

A lo largo del presente trabajo de investigación, se indagará acerca de las diferencias del fideicomiso de garantía y el fideicomiso de pago. Para llegar a diferenciar ambas figuras primero debemos conocer los aspectos generales del fideicomiso, tal y como sus antecedentes históricos y antecedentes legislativos para conocer sobre la historia del fideicomiso y por qué está en nuestra legislación en México. Es importante conocer la procedencia del fideicomiso para conocer quiénes fueron los primeros en implementarlo a través de la historia en el mundo, de tal manera que haya tenido tanto impacto en nuestro derecho para que se haya integrado en la legislación mexicana. Es necesario conocer la historia del fideicomiso porque nuestro derecho tiene influencia romana, es decir, el derecho romano es lo que influyó en la estructura de nuestro sistema de gobierno y leyes por lo que es interesante conocer como una figura anglosajona como lo es el trust, o el fideicomiso fue adaptada a un sistema que está constituido a través de las influencias romanas. No obstante, lo anterior, es importante conocer, a través de la historia mexicana la adopción del fideicomiso a nuestras leyes. Es por eso que es de precisa importancia incluir a la presente investigación los antecedentes legislativos para conocer los primeros intentos de legislar la figura del fideicomiso al derecho en México, así como las razones por las cuales se tuvo que adoptar la figura a nuestro derecho cuya evolución se observará a través de la historia legislativa mexicana. Asimismo, se analizará la etimología, concepto, elementos y las partes del fideicomiso hoy en día para conocer la figura actual y tener una idea sobre cómo funciona el fideicomiso antes de entrar al estudio en particular de las figuras del fideicomiso de garantía y el fideicomiso de pago.

Una vez que se analicen los aspectos generales del fideicomiso, se iniciará la investigación sobre el fideicomiso de garantía. Es necesario distinguir los elementos que caracterizan al fideicomiso de garantía y con fundamento en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el capítulo del fideicomiso,

sección segunda del fideicomiso de garantía, conoceremos sobre sus características para no sólo analizar, sino entender porque la ley le especifica una sección especial de todos los distintos tipos de fideicomisos, al fideicomiso de garantía. Para profundizar en el tema, en el capítulo del fideicomiso de garantía se observarán las formalidades y el objeto del fideicomiso de garantía para conocer el fin que hace distintivo al fideicomiso de garantía no solo de los demás fideicomisos, sino del fideicomiso de pago. Es conveniente analizar el procedimiento de ejecución que la ley señala en el fideicomiso de garantía ya que existen dos formas de que se pueda exigir el pago de la obligación que se garantizó en el fideicomiso de garantía de manera que se pueda pactar la ejecución de la garantía vía extrajudicial y vía judicial.

Una vez concluido el capítulo del fideicomiso de garantía, se proseguirá con el análisis del fideicomiso de pago. Es importante analizar la figura del fideicomiso de pago porque la ley solamente la menciona una vez en el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Se iniciará con el capítulo que versará sobre el fideicomiso de pago que se encuentra en el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Es trascendental analizar dicha figura porque tiene una función similar a la del fideicomiso de garantía, y se puede confundir con la figura del fideicomiso de pago, ya que también existe un procedimiento de ejecución, para darle cumplimiento al fin del fideicomiso, que es también el pago, pero en caso de incumplimiento. Seguido del apartado anterior, para entender la complejidad de la figura del fideicomiso de pago, se investigará sobre las obligaciones alternativas, que tienen gran importancia para el funcionamiento del fideicomiso de pago. Esto es importante para poderlo diferenciar del fideicomiso de garantía. Más adelante se explicará porqué es necesario entender las obligaciones alternativas para conocer la forma en la que se debe elaborar y ejecutar el fideicomiso de pago.

Después de haber analizado la figura del fideicomiso de garantía y la figura del fideicomiso de pago, se distinguirá entre ambas figuras las semejanzas y

disimilitudes, porque es importante entender en que se asimilaran, y reconocer las diferencias y no confundirlas en la práctica. Debemos destacar las diferencias, porque pueden llegar a ser diferencias mínimas, pero con gran diferencia al momento de aplicar ambas figuras en la vida real.

Al final, se llegará a una conclusión, que versará sobre las figuras analizadas, así como las diferencias y semejanzas de ambas para no solamente entender las figuras analizadas, sino que también, llegar a una propuesta sobre las figuras. Dicho lo anterior se deberá llegar a una conclusión en la cual se pueda hacer una distinción precisa de las figuras que serán analizadas, para así tener una clara idea entre ambas figuras y de ser así encontrar la problemática que causa la confusión entre las figuras que son objeto de análisis en la presente.

CAPÍTULO I.- GENERALIDADES DEL FIDEICOMISO.

A. Antecedentes Del Fideicomiso.

El fideicomiso ha sido una figura muy importante a través de la historia. Es una figura muy reciente que ha tenido un gran impacto en el país y en el mundo ya que la figura del fideicomiso tiene varios usos dependiendo del fin y objeto que vaya a tener el fideicomiso. Por consecuencia es importante analizar la historia del fideicomiso para comprender su desarrollo y como el mismo ha impactado en la sociedad mexicana a través de los años. Es necesario analizar el origen del fideicomiso para entender la evolución y la aplicación del mismo en México al día de hoy.

Se conoce que en la historia del mundo el fideicomiso se conocía desde la época del derecho romano de hace 2000 años. En la época Romana lo que más se asemeja era la figura conocida como el *fidei commissio*, el cual el uso era contrapartida del usufructo o del fideicomiso romano. Hay registros en los cuales se conoce que el fideicomiso lo utilizaban los romanos para encargarse de las cuestiones crediticias, herencias y de las relaciones que se entablaban entre las personas para poder transmitir un bien cuando no se podía transmitir de alguna otra manera prevista por la ley en su época.

Se conocen dos tipos de fiducia en el derecho romano, la *fiducia cum creditore* y la *fiducia cum amico*. La *fiducia cum creditore* servía para garantizar el cumplimiento de determinadas obligaciones de manera que un deudor garantizaba su deuda y transmitía sus bienes al acreedor que se obligaba a volver a transmitirlos al deudor una vez que la obligación del deudor de pagar el crédito se llevara a cabo. Si el deudor no cumplía con su obligación de pagar el acreedor tenía el derecho de retener los bienes que el deudor había aportado. La *fiducia cum amico* funcionaba de manera que una persona que recibía un bien transmitido pudiera hacer uso y disfrute de él de forma gratuita y una vez que se cumplieran tales fines del pacto fiduciario se le transmitía al *tradens*, algo similar al comodato al día de hoy ya que había un préstamo gratuito.

Tomando en cuenta lo anterior, se conoce que también el fideicomiso testamentario se utilizaba por los romanos en medida que se transmitían los bienes del testador al momento de morir a favor de otra persona conocido como el heredero fiduciario cuando el testador no contaba con un *testamenti factio*.¹

La historia de la figura del fideicomiso mexicano se encuentra en el derecho anglosajón conocido como el “*Trust*” y en el derecho germánico como el “*use germánico*”. En el antecedente germánico se conoce que del fideicomiso deriva el uso conocido como *feoffe to uses* encontrado en la prenda inmobiliaria, en el *manusfidelis* y el *treuhand* o *salman*. Se utilizaba de manera que a una figura similar al albacea se le transmitían los bienes inmuebles aunque el dueño viviera, de manera que al momento de su muerte cumpliera los fines que el fideicomiso preveía.²

La figura conocida como el *manusfidelis* era importante en el área de las sucesiones del derecho germánico, usualmente una persona que formaba parte del Clero ya que requería una garantía en la cual se estipulara en la carta *venditionis* que el mismo podría disponer de los bienes transmitidos, en términos amplios y limitados. Se podían estipular prohibiciones o limitaciones en las disipaciones legales para que se determinara la calidad de los herederos legítimos. Se utilizaban cuando fuera a haber una donación *inter vivos* o *post obitum*, en la cual se transmitía a través de una carta conocida como *venditionis*.

La figura el *salman* o *treuhand*, es otra de las figuras que anteceden al fideicomiso actual. Los *salman* o *treuhand* eran personas quienes tenían el cargo de fiduciarios, eran “*intermediarios que realizaban la transmisión de un bien inmueble, que le pertenecían y se transmitían a través del salman al adquirente*

¹ Villagordoa Lozano, José Manuel. **Doctrina General Del Fideicomiso**. 3ª ed. México, Porrúa. 1976/1998. (pp.24)

² Batiza, Rodolfo y Luján, Marcial. **El Fideicomiso**. 10ª ed. México, Porrúa, 1958/2011. (pp.13)

*definitivo*³, similar a aquella figura del *manusfidelis* en materia testamentaria. Actualmente el *salman* se conoce como el fiduciario que del adquirente y no del quien enajena de manera que adquiere poderes jurídicos, ya que su principal función es reforzar el derecho que tiene el adquirente definitivo.

En el derecho anglosajón, se conocen dos antecedentes más importantes que tuvieron mayor influencia en la figura del fideicomiso mexicano, el *use* y el *trust*. El *use* se conocía como una relación jurídica mediante la cual una persona conocida como el *feoffee to use* era revestida del favor de otra persona conocida como el *cestui que use*, este acto se conoce como un *feffement*. La investidura que se le hacía al *cestui que use* también conocida como *livery of sesin*, de manera que quien se considerara investido o *vested* de manera que pare defender la titularidad de los bienes transmitidos se le otorgaba la facultad para acudir a un tribunal de derecho común. El *cestui que use* tenía el goce del inmueble sin estar obligado a cumplir las obligaciones que se le atribuían al bien transmitido.⁴

La figura emana del derecho Inglés, la cual influenció la figura en el sistema de los Estados Unidos, así como también deriva de la conciencia y las costumbres de los colonizadores de manera que se utilizaba un sistema doble de jurisprudencia para que se administrara la justicia a través del reino. El doble sistema de jurisprudencia que se utilizaban son conocidos como *Equity* (Equidad) y *Common Law* (Derecho Común), el *common law* era el derecho que se conoce que los ingleses utilizaban como su propio régimen jurídico.⁵

El trust o el fideicomiso como ahora se le conoce, tiene cuatro periodos en los que se conoce su desarrollo como tal durante la historia en el derecho anglosajón. El primer periodo que se conoce del trust se conoce que inicia con el

³ Ob. cit. (pp. 21)

⁴ Idem. (pp.24)

⁵ Ob. cit. (pp.35)

empleo de los usos y continúa hasta principios del siglo XV, seguido por el periodo que alcanza al siglo XVI en el cual se promulga la Ley de Usos, el tercer periodo comienza después de la promulgación de la Ley de Usos hasta el siglo XVII en el que se conoce que es la nueva etapa del trust en el derecho anglosajón y, por último, el periodo que se conoce como el desarrollo del trust que se conoce en los tiempos modernos.

En el segundo periodo, el *usos* iba adquiriendo rigidez en el sistema normativo siendo aplicado por los tribunales del *common law* de manera que afectaba al procedimiento porque el sistema de *forms of action* (formas de acción) no era flexible por el hecho de que si una de las causas no encuadraba con la petición (*writ*) original procedente, los tribunales no tenían la posibilidad de otorgar algún recurso. Esto afectaba ya que por no haber un incumplimiento a las obligaciones jurídicas los tribunales del *common law* no conocían de las faltas por parte de los *feoffees*. A mediados del siglo XV el canciller, el alto dignatario eclesiástico intervino para obligar a los *feoffees* al cumplimiento de sus obligaciones morales.

El *usos* era considerado como derecho de equidad (*equity*) en el que la equidad sigue al derecho estricto aunque el *usos* se utilizaba eludía la aplicación del *common law*. Los cancilleres permitieron usos cambiantes y emergentes que se contradecían con los principios de la equidad y se celebraba sin la solemnidad del *livery of seisin*, lo que hacía al *usos* carecer de derechos legales. Durante el periodo presente el *usos* fue utilizado por quienes ocupaban tierra conocidos como los *tenant* para hacer nugatorios los privilegios feudales de los llamados señores incidentes de la tenencia de manera que se evitaban cargas onerosas por medio de la transmisión de tierras a los *feoffee* para el uso del que las ocupara porque no existían la tenencia feudal de derechos de equidad. El *usos* también se

utilizaba para hacer una transmisión testamentaria de bienes inmuebles que la prohibía el régimen feudal.⁶

En el siglo XVII se pensaba que la Ley del *usos* acabaría con las prácticas abusivas del *usos*. La Ley no había logrado eliminar las prácticas en las que se utilizaba el *usos* para abusar del derecho y de las personas. Los jueces del *common law* aplicaban la ley de manera literal para que no hubiera situaciones en las cuales pudieran hacer un antecedente para reconocer otro tipo de situaciones que pudieran desfavorecer a los involucrados.

Durante la misma época el principio de que la equidad sigue al derecho estricto recibió más impulso que fue resultado de la influencia de Lord Nottingham, un canciller del siglo XVII. Lord Nottingham estableció las bases del trust y fue entonces que la figura se desenvolvió bajo un sistema jurídico, noble, racional y uniforme. Para el siglo XIX, el trust alcanzó su madurez y solo quedaba por afinar detalles de la figura.⁷

Todo lo anterior se relaciona con el cambio que tuvo con la naturaleza de los activos del trust, que originalmente eran inmuebles rústicos o dinero, y actualmente son activos financieros, portafolios de inversiones, valores, acciones o grandes inmuebles comerciales. También la figura del fiduciario ha cambiado de manera que de ser una persona física de buena fe que prestaban su nombre y su honor para transmitir bienes a otras personas, al fiduciario moderno que son instituciones autorizadas que tienen como fin actuar como fiduciarios de todo tipo de fideicomisos.

El fideicomiso en México tiene su descendencia del derecho anglosajón como observamos anteriormente, del propio trust, mismo que se utilizaba en

⁶ Ob. cit (pp.35)

⁷ Idem. (pp.48)

materia mercantil para el comercio en los Estados Unidos de América. En México el fideicomiso se adaptó del trust meramente como una figura mercantil usualmente utilizado en el sector bancario.

B. Antecedentes Legislativos.

El financiamiento, la construcción, consolidaciones y fusión de los Ferrocarriles Nacionales en México fue uno de los primeros pasos de la introducción del fideicomiso norteamericano a nuestro derecho mexicano. El 29 de febrero de 1908 Porfirio Díaz celebró con los bancos ingleses, americanos y alemanes un contrato de fideicomiso por Ferrocarriles Nacionales de México cuando lanza emisiones de bonos que fueron colocados en el extranjero de manera que se garantizaron a favor de las instituciones americanas, los bonos emitidos por medio de hipotecas y escrituras. En el documento que se celebró se estipuló que la deuda contraída por Ferrocarriles Nacionales de México, se estipuló conforme a las leyes mexicanas para que la garantía de escrituras e hipotecas fueran válidas en territorio mexicano. Las partes que contenía el fideicomiso era el fideicomitente, el fiduciario, fideicomisarios, así como los inmuebles que fueron objeto de garantía del fideicomiso. A partir de la celebración del fideicomiso con Ferrocarriles Nacionales de México los fideicomisos fueron utilizados con más frecuencia para hacer transacciones con varios países, por lo que se vio la necesidad de incorporar la figura a las leyes mexicanas.

La primera propuesta que considera integrar el fideicomiso al sistema de leyes mexicanas fue en 1905 por el Lic. Jorge Vera Estañil, quién fue el encargado de realizar la iniciativa de ley que facultaba al poder ejecutivo modificar la figura del fideicomiso para que funcionara de manera correcta. Con su propuesta del Proyecto Limantour, misma que adquiere su nombre por el Secretario de Hacienda de la época José Yves Limantour por ser quien envió el proyecto a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, para que se pudiera desempeñar el cargo de fideicomisarios en México. Aquella iniciativa preveía los principios

fundamentales del fideicomiso en su mas amplia aceptación, y definía el cargo de fiduciario como *“por virtud de un contrato entre dos o más personas de ejecutar cualesquiera actos, operaciones o contratos lícitos respecto de bienes determinados en beneficio de algunas o de todas las partes del mismo contrato, o de un tercero.”*⁸ Solamente autorizaba a instituciones especializadas para ser fiduciarias. Aunque fue de las primeras propuestas en conocerse para que fuera integrada la figura del *trust* anglosajón a la de un régimen romano como lo es el sistema mexicano, nunca llegó a ser discutida y por ende no llegó a ser aprobada por el Congreso.

Otro de los proyectos importantes que tuvo gran influencia en que se legislara el *trust* anglosajón en el derecho mexicano fue el Proyecto Creel de 1924 en la Convención Bancaria. Después de la Revolución Mexicana, el sistema financiero en México estaba devastado, por lo que Alberto J. Pani convoca a una Convención Bancaria para que los representantes de gobierno y los delegados de las instituciones de crédito discutieran sobre el estudio y la elaboración de la ley que regulaba los bancos ya que la ley que existía ya no aplicaba para el sistema financiero que se estaba viviendo en México. De la Convención citada anteriormente, nace en diciembre de 1924, la Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimiento Bancarios. La Ley regulaba a las instituciones de crédito, establecimiento *que tenían objeto de practicar operaciones bancarias y, los establecimiento que se asimilan a los Bancos por practicar operaciones que afectan al público en General, recibiendo depósitos o emitiendo títulos pagaderos en abonos y destinados a su colocación entre el público*⁹. En la misma convención se discutió un proyecto que el Sr. Enrique C. Creel, que hablaba sobre el funcionamiento de *Trusts and Saving Banks* de los Estados Unidos de América, que se dedicaban a recibir y administrar hipotecas, toda clase de propiedades, muebles, inmuebles y bonos de compañías. El proyecto anterior conocido como Compañías Bancarias del Fideicomiso y Ahorro no llegó a ser ley, pero es un

⁸ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit. **El Fideicomiso Mexicano**. 4ª ed. México, Porrúa, 1998/2011. (pp.3)

⁹ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit. **Ob. cit** (pp. 3)

importante antecedente en el cual por segunda vez se intenta incorporar al trust al sistema mexicano.

Dos años más tarde el Lic. Jorge Vera Estañil preparó el Proyecto de Ley para Compañías Fideicomisarias y de Ahorro, se conoce que era el mismo proyecto Limantour que había propuesto anteriormente con algunas modificaciones que establecía que en las cláusulas del acto constitutivo se deberían de establecer los derechos y obligaciones entre las partes.¹⁰

La Ley de Bancos de Fideicomiso, promulgada el 30 de junio de 1926 y publicada el 17 de julio de 1926 misma que entró en vigor el 28 de julio de 1926, regula por primera vez la institución que se conoce del fideicomiso actualmente en nuestro país. Otorgaba el fideicomiso con carácter de mandato irrevocable; Art. 6º. *El fideicomiso propiamente dicho es un mandato irrevocable en virtud del cual se entregan al Banco, con el carácter de fiduciario, determinados bienes para que disponga de ellos o de sus frutos, según la voluntad del que los entrega, llamado fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario o beneficiario*, por lo que causó confusiones respecto a la figura.

“La institución del fideicomiso es nueva en México y en consecuencia la ley relativa importa una creación o mejor dicho, la legalización de una Institución Jurídica moderna que en otros países, especialmente en los anglosajones, se práctica hace largo tiempo y que ha producido fecundos resultados, permitiendo que las operaciones financieras y comerciales se hagan sin las trabas del derecho tradicional.”¹¹

La Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimiento Bancarios del 31 de agosto de 1926 autorizaba únicamente a las instituciones de crédito como Bancos de Fideicomiso para actuar como fiduciarias. Se seguía considerando la figura del fideicomiso como mandato irrevocable y establecía la manera de

¹⁰ Idem. (pp.7)

¹¹ Estrada Magallón, Francisco. **El Fideicomiso en México Parte I.** Mundo Fiduciario. Disponible en Línea: <http://www.mundofiduciario.com/especial-el-fideicomiso-en-mexico-i-parte>

constituir el fideicomiso, las acciones y derechos de las partes del fideicomitente, las atribuciones de los bancos fiduciarios y fideicomisario, nombramiento y remoción de las instituciones fiduciarias y los modos de extinguir el fideicomiso.

En 1932 se promulga el 28 de junio de mi 1932 y entra en vigor el 29 de junio de 1932 la nueva Ley General de Instituciones de Crédito. En dicha ley se limita a las instituciones de crédito que podían actuar como fiduciarias. Abrogo la sección del fideicomiso de garantía y se agregaron nuevos artículos. Se cree que es la primera ley que reguló el modelo integral y sustantivo a nivel mundial al fideicomiso, porque el *Uniform Trust Act* es de 1937. La nueva ley corrige los errores de la ley anterior, llenó lagunas y conservó el sistema previamente establecido de admitir solamente el fideicomiso expreso, no establece ni expresa el concepto exacto del fideicomiso ni su naturaleza jurídica. La ley presenta importantes cambios en materias bancarias y fiduciaria que las clasifica en “*instituciones nacionales y de crédito, sociedades mexicanas que tuviesen como objeto exclusivo la práctica de operaciones activas del crédito y la celebración de alguna o algunas de las siguientes: recibir del público depósitos a la vista, o a plazo, o con previo aviso de menos de treinta y un días, recibir depósitos en cuenta de ahorros, expedir abonos de caja, emitir bonos hipotecarios y actuar como fiduciarias.*”¹² Las instituciones de crédito estaban consideradas por la ley como instituciones en las que el estado hubiese suscrito la mayor parte del capital social y se le otorga a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para adoptar las medidas con relación a la creación y funcionamiento de las instituciones de crédito. En el tema de la actividad fiduciaria, la ley requería un capital social mínimo para que se constituyera un banco que tuviera como objeto social practicar operaciones fiduciarias, reduciendo el mínimo anterior de \$500,000 pesos a \$200,000 pesos en el Distrito Federal y en los demás estados de la república de \$250,000 a \$100,000.

¹² Ortiz Soltero, Sergio Monserrit. Ob.cit. (pg.16)

El 27 de agosto de 1932 se publica la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el Diario Oficial de la Federación y entró en vigor el 15 de septiembre de 1932 derogando varios artículos que el Código de Comercio contemplaba la figuras sobre los títulos y operaciones de crédito. Dicha ley aún se encuentra en vigor con mínimas modificaciones a la figura que contempla del fideicomiso en México. La Ley se dividió en tres títulos, el título preliminar trata sobre las cosas y actos mercantiles, el primero regula las diversas clases de títulos de crédito, el segundo, reglamenta sobre las operaciones de crédito y en el mismo apartado se incluye la figura del fideicomiso. Los artículos que trataban sobre el fideicomiso se encontraban desde el artículo 346 hasta el 359 mismos que se mantuvieron como tal hasta el año del 2003 cambiando el articulado que trata sobre el fideicomiso a los artículos 381 a 394 así como también se añadió una sección importante conocida como Del fideicomiso de garantía.

“En 1932 inició su vigencia la L.G.T.O.C, de modo que actualmente podemos dividir la historia y la cronología del fideicomiso en 4 distintas etapas; una primera etapa que comprende los años de 1932 a 1974, con un auge extraordinario de la cultura, caracterizada por una positividad como ninguna otra, época en la que todo estaba bajo fideicomiso y en la que todo era objeto de dicha operación en cualquier sector, fuera éste el de lo familiar con el fideicomiso testamentario o bien, con el fideicomiso para disponer de los bienes que según las condiciones que se pueden llevar en la vida con el fideicomiso para adquirir el inmueble, la casa habitación se llama fideicomiso traslativo de dominio hasta las grandes empresas, el razonamiento, captación de capital, etc., tiene un desarrollo con gran éxito con una utilización constantemente rica, generosa y en consecuencia con una provisión de literatura jurídica equitativa. En esta etapa, hay dos situaciones especiales, una en 1933, pues no existía delimitación reglamentaria en cuanto a la diferencia entre las instituciones fiduciarias que comenzaron a designarse bajo una misma figura, es decir, fideicomisario y fiduciaria. Por ello, en ese mismo año, debido a los abusos ejercidos por las instituciones de crédito, surgió una reforma que comenzó su vigencia al año siguiente, en la que se adicionó en lo que fue entonces el artículo 348 o 349 de la ley, que es un fideicomiso cuando se constituye a favor del fiduciario. Y no son las autoridades fiscales, las autoridades oficiales, sino el gobierno federal el que regula este nuevo reglamento, poniendo de esta forma, un freno al fideicomiso gravándolo de una manera indiscriminada, torpe, errónea y todo, simplemente por política fiscal.

En aquel entonces, existía sobremanera un respeto hacia la figura, considerada bajo un marco puramente mercantil, dicho por Mantilla Molina, porque así era establecido por la ley. El artículo de la ley cambiaria alude a que las operaciones de crédito son actos mercantiles, por ellos, el fideicomiso debía ser quien interviniera en esta naturaleza; así como el llamado impuesto del timbre, que nada más gravaba a las operaciones, o sea, gravaba los actos, contratos y documentos que se le otorgaban de tema no mercantil, por lo que el fideicomiso no estaba gravado sobre dicho impuesto, el cual posteriormente fue sustituido por el impuesto de admisión de inmuebles o impuesto de traslación de dominio.

“13

La Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares se promulga el 3 de mayo de 1941 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo 1931, con su entrada en vigor del 2 junio de 1941. *El panorama sobre el fideicomiso se amplía en esta ley, ya que se autoriza a los bancos de depósito, a las sociedades financieras e hipotecarias y a bancos de capitalización para practicar operaciones fiduciarias mediante departamentos especializados, o sea con áreas especiales de fiduciaria*”¹⁴. Se expande el servicio de las fiduciarias de México en funcionamiento junto con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y de Crédito del promulgada el 30 de diciembre de 1982 con entrada en vigor el 1º de enero del año de 1983 fue una ley que empleaba un nuevo esquema del servicio bancario clasificando a las Sociedades Nacionales de Crédito y a las Instituciones Nacionales de Crédito. Seguido por la entrada en vigor de la reforma de la misma ley el 28 de enero de 1984, misma que entró en vigor el 14 de enero de 1985. La reforma clasificaba a las Instituciones de Crédito como Sociedades Nacionales y las divide a partir de la reforma en instituciones de banca múltiple e instituciones

¹³ Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. **El Fideicomiso en México**. Jurídicas UNAM. Disponible en línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/32/pr/pr32.pdf>

¹⁴ Vargas Díaz Barriga, Luis David. **Aspectos Prácticos del Contrato de Fideicomiso**. México, Porrúa, 2012. (pg. 77)

de banca de desarrollo. Las instituciones fiduciarias se seguían rigiendo por la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

El 16 de julio de 1990 se promulgó la Ley de Instituciones de Crédito misma que es importante por la reprivatización de la banca comercial, dividiendo a las instituciones de crédito en instituciones de banca múltiple y de desarrollo. Las instituciones de banca de desarrollo se clasifican como entidades de la administración pública constituidas con carácter de Sociedades Nacionales de crédito pudiendo ser también instituciones fiduciarias. Se consideraba en dicha ley al fideicomiso como un servicio bancario por lo que la institución fiduciaria no podía ser acreedor ni deudor, sino que mantenía la figura como neutra.¹⁵

C. Concepto y Tipos De Fideicomiso.

i. Concepto.

El fideicomiso etimológicamente proviene de las palabras latinas *Fides-Fidei* que significa fe que se deposita con el pacto o la alianza que deriva de la confianza. Este significado denota la idea de un compromiso o una garantía o un juramento. *Commissus* que significa confiar o reunir. Anteriormente el fideicomiso significaba sucesión testamentaria, que se aplicaba a la herencia o parte de la masa hereditaria del testador al heredero o legatario en el derecho romano.

El fideicomiso se define por la doctrina como una relación fiduciaria con respecto a determinados bienes, por la cual la persona que los posee está obligada en derecho equidad a manejarlos en beneficio de un tercero. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 381 identifica al fideicomiso como

¹⁵ Estrada Magallón, Francisco. **El Fideicomiso en México Parte II.** Mundo Fiduciario. <http://www.mundofiduciario.com/especial-el-fideicomiso-en-mexico-ii-parte>

“En virtud del fideicomiso, 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.” Derivado de lo anterior y del artículo 382 de la misma ley, el fideicomiso se define como *“un contrato en virtud del cual el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad fiduciaria 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, pudiendo recibir el provecho que el fideicomiso implica el propio fideicomitente o un tercero llamado fideicomisario”*.

El trust no existiría si en Inglaterra no se hubiera desarrollado el sistema de equidad y derecho estricto. En el derecho angloamericano el trust se aplica en diversas relaciones fiduciarias que aparte de implicar obligaciones de carácter personal, presupone la existencia de obligaciones de equidad impuestas sobre la persona que le es investida con el titular legal para manejar los bienes en beneficio de otra, es un deber y obligación que nace para el deudor desde que se constituye el fideicomiso. La naturaleza entre el fiduciario y el beneficiario es fiduciaria ya que implica la obligación de actuar para beneficiar al otro.

Los elementos esenciales del fideicomiso son la existencia de al menos dos partes que se da por el acuerdo de voluntades entre el fideicomitente y una institución fiduciaria que se debe manifestar y constar por escrito. El segundo elemento es el patrimonio del fideicomiso que son los bienes o derechos que son fideicomitados y que sin ellos no existe el fideicomiso. Hay una transmisión de la propiedad de los bienes o derechos al contrato de fideicomiso. El tercer elemento del fideicomiso es el Fin del fideicomiso el cual es la finalidad u objetivo para el cual se constituyó el fideicomiso y determina su existencia, sus características, límites y la vida del fideicomiso dependiendo del tipo de fideicomiso que se haya creado.

ii. Las Partes del Fideicomiso.

Hay tres partes que intervienen en el fideicomiso siendo el primero el fideicomitente quien es el que crea el fideicomiso, pueden ser fideicomitentes cualquier persona que tenga capacidad de testar, contratar y capacidad de goce y de ejercicio. Este transmite los bienes al fideicomiso del que sea parte. De acuerdo a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito *“sólo pueden ser fideicomitentes las personas con capacidad para transmitir la propiedad o la titularidad de los bienes o derechos objeto del fideicomiso...”*

En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se establece en el artículo 381 que el fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o titularidad de los bienes para ser destinados al fin del fideicomiso, de manera que las instrucciones fiduciarias de acuerdo al artículo 385, sólo pueden serlo quienes estén expresamente autorizadas por la Ley de Instituciones de Crédito y La Ley del Mercado de Valores que señala que las instituciones de crédito, casas de bolsa y sociedades operadoras de sociedades de inversión podrán actuar en fideicomisos que tengan como finalidad emitir certificados bursátiles. Asimismo, el fideicomitente es quien establece los fines del fideicomiso, quien va a ser el dueño de los bienes o titular de los derechos que se van a transmitir. El fideicomitente puede ser una persona física o moral, y puede celebrar el contrato de fideicomiso personalmente o a través de un representante legal con carta poder para actos de dominio. El fideicomitente tiene tres derechos, es quien establece la finalidad o el objetivo del contrato de fideicomiso, designar libremente a los fideicomisarios y vigilar que se cumplan los fines que se hayan pactado en el contrato.¹⁶ La obligación principal del fideicomitente es el pago de los honorarios y comisiones fiduciarias.

El segundo sujeto que es parte en el contrato de fideicomiso es el fiduciario quien debe tener la capacidad de adquirir y poseer los bienes con el título legal,

¹⁶ Batiza, Rodolfo y Luján, Marcial. **El Fideicomiso**. 10ª ed. México, Porrúa, 1958/2011. (pp.72)

que son fideicomitidos al patrimonio del fideicomiso para manejarlos ya que el fiduciario es el encargado de ejecutar el fideicomiso. Actualmente las Instituciones que pueden actuar como fiduciarias en el fideicomiso son las Instituciones de Crédito, Instituciones de Seguros, Instituciones de Fianzas, Casas de Bolsa, SOFOMes, Almacenes Generales de Depósito y Uniones de Crédito. Generalmente en la actualidad quienes actúan como instituciones fiduciarias son los bancos. La obligación primordial para las instituciones fiduciaria es cumplir con los fines del fideicomiso, así como también rendir cuentas por lo tanto debe llevar la contabilidad de cada contrato de fideicomiso. Su principal derecho es cobrar las comisiones y los honorarios fiduciarios por su servicio de manera que es el dueño legal de los bienes y el titular de todos los derechos que les transmite el fideicomitente.

El tercer sujeto en el contrato de fideicomiso es el fideicomisario mismo que es un elemento accidental por ser un beneficiario diverso a las partes contratantes, el fideicomitente puede ser a su vez fideicomisario y por excepción fiduciario. El cargo de fideicomisario lo puede desempeñar cualquier persona ya sea física o moral ya que solamente se requiere la capacidad de goce. El fideicomisario es quien se beneficia del fideicomiso, como por ejemplo es el beneficiario de lo que genere el fideicomiso como los productos e intereses que nazcan de él. El fideicomitente puede designar a uno o más fideicomisarios que se beneficien simultánea o sucesivamente de los frutos del fideicomiso. El o los fideicomisarios tienen derecho de solicitarle a la institución fiduciaria la rendición de cuentas, así como también exigirle el cuidado y defensa de los bienes fideicomitidos, tienen derecho a vigilar y demandar el cumplimiento de los fines que se hayan estipulado en el fideicomiso. La obligación principal del fideicomisario es que cumpla con los términos y condiciones que se hayan establecido en el contrato del fideicomiso

Otra de las partes que forma parte del fideicomiso es el delegado fiduciario quienes son los intermediarios financieros bancarios y no bancarios que tienen los derechos y acciones para el cumplimiento de los fines del fideicomiso mediante

un poder que las mismas les otorgan a ciertos delegados fiduciarios, es decir, los delegados fiduciarios son los apoderados que actúan en nombre de las instituciones financieras en su carácter de fiduciarias. Hay dos tipos de delegados fiduciarios, los generales y los especiales, los primeros refiriéndose a aquellos apoderados que desempeñan la actividad fiduciaria y el delegado especial es quien es designado para trabajar y administrar los fideicomisos públicos.

El comité técnico es una figura importante cuando se constituye un contrato de fideicomiso. Es un grupo que representa los intereses del fideicomitente o fideicomisario y ayuda a la fiduciaria en la toma de decisiones para cumplir con los fines que se hayan establecido en el contrato de fideicomiso. El comité técnico no es parte en el contrato ni tampoco tiene personalidad, es un órgano del fideicomiso que vela por los intereses del mismo al tener la facultad de deliberación y decisión en las situaciones administrativas o forma y términos para la distribución del patrimonio del fideicomiso colaborando junto con la institución fiduciaria. Usualmente en el contrato de fideicomiso se establece cómo se integra el comité técnico, así como la forma y la periodicidad con la que se van a convocar, el quórum de reunión y el quórum de votación, suplencia de los miembros, facultades de los miembros similar al de una sociedad mercantil. El comité técnico es un órgano potestativo en el caso de los fideicomisos privados, los fideicomisos públicos deben tener un órgano que tome decisiones para el correcto funcionamiento del fideicomiso.¹⁷

iii. Clases de Fideicomisos.

La Ley señala distintos tipos de fideicomisos, tal y como el fideicomiso de administración en donde se transmiten los bienes para que la fiduciaria los administre y pueden ser sobre valores, inmuebles o efectivo. Otro fideicomiso es el fideicomiso para desincorporar empresas paraestatales, en el cual se puede

¹⁷ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit. **El Fideicomiso Mexicano**. 4ª ed. México, Porrúa, 1998/2011.

celebrar un contrato de fideicomiso en donde las partes pactan que los fideicomitentes aportan o se obligan a aportar en ciertas fechas diferentes cantidades de dinero a la institución fiduciaria. La institución fiduciaria en este caso debe de recibir los recursos monetarios y construir el patrimonio del fideicomiso con ellos de manera que celebra contratos de compraventa en donde adquiere acciones en empresas paraestatales. También existe el fideicomiso de inmuebles en zona prohibida a favor de los extranjeros que deseen adquirir inmuebles en la zona prohibida establecida por la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos tal y como señala el artículo 27¹⁸, siendo esta sobre una franja de 100 kilómetros a lo largo de la frontera y 50 kilómetros en zonas de playas. Se utiliza el fideicomiso anteriormente mencionado para que los extranjeros puedan invertir y adquirir propiedades en dichas zonas ya sea para fines turísticos, industriales o para utilización personal de los extranjeros sobre los inmuebles ubicados en las zonas prohibidas. Otro fideicomiso es el de inversión extranjera temporal mismo que se utiliza para que los extranjeros puedan invertir en sociedades en donde no permita que los extranjeros inviertan de tal modo que la fiduciaria utiliza el dinero del patrimonio del fideicomiso para adquirir acciones de dichas sociedades y mantenerlas en su propiedad, así como también ejercita el derecho de voto y derechos patrimoniales a través de representantes, pudiendo transmitir las acciones a los fideicomisarios o a quienes se le instruya o enajenar las acciones.¹⁹ También existe el fideicomiso con fines testamentarios el cual puede sustituir al testamento en el cual una persona puede manifestar su voluntad sucesoria que será cumplida por el fiduciario sin que sea necesario abrir un juicio sucesorio. De

¹⁸ **Artículo 27.** La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada...

La capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la Nación, se regirá por las siguientes prescripciones:

- I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas...

¹⁹ Ortiz Soltero, Sergio Monserrit. Ob. cit. (pp.58)

tal manera los bienes que el fideicomitente haya aportado al fideicomiso testamentarios se transmiten automáticamente a la fiduciaria para que realice el fin determinado que es la transmisión de los mismos a favor de terceros en carácter de fideicomisarios, al momento de la muerte del fideicomitente. Otro fideicomiso que se utiliza en la práctica es el fideicomiso de inversión en el cual el fideicomitente destina una cantidad en efectivo para que se constituya el fideicomiso y que la fiduciaria invierta dicha cantidad en el mercado de valores para obtener un máximo rendimiento del dinero que el fideicomitente aportó en el contrato de fideicomiso.

El fideicomiso de pensiones o jubilaciones también, se utiliza por empresas que aportan el dinero de manera específica y periódica para que el fiduciario lo administre, lo invierta y lo reinvierta señalando a beneficiarios usualmente señalando a los empleados de la empresa como los fideicomisarios. También existe el fideicomiso de pensión alimenticia por medio del cual el fideicomitente es el deudor alimentario y hace aportaciones de bienes o en dinero que es administrador por el fiduciario para beneficiar al acreedor alimenticio que es el fideicomisario. El fideicomiso que es más importante de señalar con motivos de la presente investigación es el fideicomiso de garantía que tiene el objeto de garantizar el cumplimiento de una obligación usualmente siendo el pago de una deuda. Se pueden dar distintos bienes en garantía, pueden ser inmuebles, muebles o derechos del propio fideicomitente para que se cumpla la obligación principal.²⁰ Por último, el fideicomiso como instrumento de pago es un tipo de fideicomiso que se utiliza en la práctica y es necesario hacer mención del mismo ya que es motivo de la presente investigación. En este tipo de fideicomisos, el fideicomitente por medio del contrato del fideicomiso se obliga al pago de una deuda, y para el cumplimiento del mismo se puede dar el pago de la deuda con un bien diferente al que se hubiera señalado en el contrato de fideicomiso de pago

²⁰ Castillo Lara, Eduardo. **El Fideicomiso, El Fideicomiso de Garantía y su Ejecución**. México, Editorial Limusa, 2011. (pp. 112)

siempre y cuando las partes estuvieren de acuerdo y se hubiere señalado en el contrato los bienes con los que el deudor responderá frente a los acreedores.

Es necesario conocer el significado y la etimología del fideicomiso para entender su definición y la proveniencia del mismo para entender porque el fideicomiso es utilizado hoy en día. También es de importancia distinguir los elementos y las partes que conforma el fideicomiso para entender el funcionamiento del mismo, aunque haya distintos tipos de fideicomisos, la esencia del fideicomiso es el mismo por lo que se debe de conocer las partes para entender cómo funciona el fideicomiso en general y cada tipo de fideicomiso. Es necesario distinguir los distintos tipos de fideicomisos que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contempla, así como otras leyes mexicanas los contempla. Es importante hacer mención sobre los distintos tipos de fideicomiso para tener una breve idea para lo que se utilizan los diferentes fideicomisos y sus distintas formas de operar. El fideicomiso de garantía y el fideicomiso de pago serán los que se analizarán en el presente ya que usualmente se presenta una confusión entre ambas figuras al momento de que se da el incumplimiento por parte del deudor, o sea, el fideicomitente.

CAPÍTULO II. - EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA

El fideicomiso de garantía se encuentra legislado en el capítulo... de la Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito, que como se analizó en el apartado anterior, se añadió formalmente a partir de la reforma del 27 de agosto de 1932, a la ley que actualmente conocemos. El fideicomiso de garantía es un contrato por medio del cual se asegura que una obligación en dinero se lleve a cabo, de manera que en caso de incumplimiento se señalan bienes con los que se responderá al incumplimiento de la obligación principal, siguiendo el debido procedimiento de ejecución que se haya estipulado en el contrato de fideicomiso

de garantía. Es un fideicomiso que tiene más antigüedad, ya que su utilización data del año de 1926.

El fideicomiso de garantía se caracteriza por ser un contrato accesorio porque siempre van a estar relacionados con el contrato principal que hace que estos existan, por lo que siempre va a seguir la suerte de lo principal. En el proyecto Limantour de 1905 se mencionaba que se debía de poner un mediador que asegure el cumplimiento de la buena fe en el fideicomiso en condiciones eficaces y en términos que les resulte convenientes de las obligaciones que resulten del contrato de fideicomiso.²¹ El fideicomiso de garantía tiene varias ventajas, por las cuales ha tenido una buena aceptación y se utiliza comúnmente, por lo que en la Ley se incluyó un apartado dedicado al fideicomiso de garantía y su funcionamiento. Una de las ventajas es que le da seguridad al acreedor de garantizar que en caso de que haya incumplimiento por parte del deudor, recupere la deuda. El fideicomiso hoy en día sustituye a la prenda y la hipoteca porque es una manera más fácil y más segura de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato.

El artículo 395 en el año de 2003 definía al fideicomiso como *“aquel en virtud del cual el fideicomitente transmite la fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.”* Actualmente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no define al fideicomiso de garantía como tal. El contrato de fideicomiso de garantía contiene un clausulado con disposiciones que contienen el traslado de dominio y la irrevocabilidad mientras exista una obligación por parte del deudor, las cláusulas asimismo fijan un plazo para el pago de la obligación principal y los intereses con la tasa que hayan pactado.

²¹ Castillo Lara, Eduardo. Ob.cit. (pp.155)

El fideicomiso de Garantía tiene una relación causahabiente entre el fideicomitente y el fideicomisario ya que el fideicomitente transmite el dominio de los bienes al patrimonio del fideicomiso y al extinguirse el fideicomiso se opera retransmisión del dominio al fideicomitente cuando ya se haya cumplido la obligación que hayan pactado las partes. Pueden ser objeto del fideicomiso de garantía todos los derechos y bienes muebles e inmuebles salvo que la ley estrictamente lo prohíba.

En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito el capítulo que regula el fideicomiso está dividida en dos secciones, el fideicomiso que aplica en forma general a todos los tipos de fideicomiso y la segunda es el fideicomiso de garantía la cual solamente rige a esta clase de fideicomiso, el de garantía.

A. La Forma y Objeto Del Fideicomiso.

La ley que rige al fideicomiso como mencionamos anteriormente establece que el fideicomiso de garantía se debe otorgar forzosamente por escrito. Cuando el fideicomiso de garantía sea sobre bienes muebles y el monto sea equivalente a 250,000 UDIS en moneda nacional o superior las partes deben de ratificar ante notario público sus firmas. De acuerdo al artículo 404 del apartado del capítulo del fideicomiso de garantía, “El fideicomiso de garantía debe de contar por escrito. Tratándose se fideicomisos cuyo objeto recaiga sobre bienes inmuebles deberá constar en escritura pública e inscribirse en el registro público de la propiedad que le corresponda.

Según lo que desprende de la ley en el artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,²² el fideicomiso de garantía tiene como objeto

²² Artículo 395.- Sólo podrán actuar como fiduciarias de los fideicomisos que tengan como fin garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, previstos en esta Sección Segunda, las instituciones y sociedades siguientes: I. Instituciones de crédito; II. Instituciones de seguros; III. Instituciones de fianzas; IV. Casas de bolsa; V. Sociedades Financieras de Objeto Múltiple que cuenten con un registro vigente ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros; VI. Almacenes generales de depósito; VII. Uniones de crédito, y VIII. Sociedades operadoras de fondos de inversión que cumplan con los requisitos previstos por la Ley de

o fin, el garantizar por medio del fideicomiso el cumplimiento de una obligación y la preferencia del pago del mismo.

El artículo 395 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito faculta a ciertas instituciones para actuar como fiduciarias en el fideicomiso de garantía. Las instituciones que pueden actuar como fiduciarias son las instituciones de seguros, Instituciones de fianzas, Casas de Bolsa, Sociedades Financieras de Objeto Múltiple(SOFOMEs), almacenes generales de depósito y Uniones de Crédito. Para actuar como fiduciarias la Ley de Instituciones de Crédito establece una serie de requisitos en los artículos siguientes.

“Artículo 79.- En las operaciones de fideicomiso, mandato, comisión, administración o custodia, las instituciones abrirán contabilidades especiales por cada contrato, debiendo registrar en las mismas y en su propia contabilidad el dinero y demás bienes, valores o derechos que se les confíen, así como los incrementos o disminuciones, por los productos o gastos respectivos. Invariablemente deberán coincidir los saldos de las cuentas controladas de la contabilidad de la institución de crédito, con los de las contabilidades especiales.

En ningún caso estos bienes estarán afectos a otras responsabilidades que las derivadas del fideicomiso mismo, mandato, comisión o custodia, o las que contra ellos correspondan a terceros de acuerdo con la Ley.

Artículo 80.- En las operaciones a que se refiere la fracción XV del artículo 46 de esta Ley, las instituciones desempeñarán su cometido y ejercerán sus facultades por medio de sus delegados fiduciarios. La institución responderá civilmente por los daños y perjuicios que se causen por la falta de cumplimiento en las condiciones o términos señalados en el fideicomiso, mandato o comisión, o la ley. En el acto constitutivo del fideicomiso o en sus reformas, se podrá prever la formación de un comité técnico, las reglas para su funcionamiento y facultades del fiduciario. Cuando las instituciones de crédito obren ajustándose a los dictámenes o acuerdos de este comité, estarán libres de toda responsabilidad, siempre que en la ejecución o cumplimiento de tales dictámenes o

Fondos de Inversión. Las instituciones fiduciarias a que se refieren las fracciones II a IV y VI de este artículo, se sujetarán a lo que dispone el artículo 85 Bis de la Ley de Instituciones de Crédito.

acuerdos se cumpla con los fines establecidos en el contrato de fideicomiso y se ajusten a las disposiciones jurídicas aplicables.”

Usualmente las instituciones autorizadas para actuar como fiduciarias en el fideicomiso de garantía también pueden ser fideicomisarias cuando haya obligaciones garantizadas a su favor siempre y cuando convengan y acuerden en los términos y condiciones en los casos de conflictos de intereses.

En los contratos de fideicomiso de garantía se pueden garantizar simultáneamente o sucesivamente las diferentes obligaciones que contraigan los fideicomitentes con el o los acreedores. Cuando las obligaciones del fideicomisario ya se hayan extinguido o haya llegado a su fin, deberá de informar mediante fedatario público a la fiduciaria dentro de los cinco días siguientes para que se reciba el pago. Si la institución fiduciaria no hace el pago deberá resarcir por los daños y perjuicios causados al fideicomitente.

Los bienes que pueden ser objeto del fideicomiso de garantía es igual que en los fideicomisos en general, solamente que tienen algunas modalidades sobre los bienes ya sean muebles o inmuebles. Para los bienes muebles se puede pactar que el fideicomitente tenga derecho a:

*“Art.398.- Hacer uso de los bienes,
Combinarlos o emplearlos en la fabricación de otros bienes, siempre que no bajen de valor y los bienes producidos formen parte de la garantía en cuestión,
Percibir y utilizar los frutos de los bienes fideicomitados e Instruir al fiduciario para que enajene los bienes fideicomitados, si esa enajenación es acorde al curso normal de las actividades del fideicomitente. En estos casos quedan afectos al fideicomiso los bienes o derechos que el fiduciario reciba o tenga derecho a recibir en pago por las enajenaciones...”*

De acuerdo al artículo 399 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito cuando se constituya el fideicomiso de garantía, las partes deben de señalar en donde se encuentran los bienes fideicomitidos al patrimonio del fideicomiso, contraprestaciones mínimas que recibirá el fiduciario por la venta e los bienes, las personas a las que el fiduciario le podrá vender los bienes etc... ya que muy comúnmente el fideicomitente hacía uso de los bienes fideicomitidos.

Artículo 399. Para efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, las partes podrán convenir desde la constitución del fideicomiso: I. En su caso, los lugares en que deberán encontrarse los bienes fideicomitidos; II. Las contraprestaciones mínimas que deberá recibir el fiduciario por la venta o transferencia de los bienes muebles fideicomitidos; III. La persona o personas a las que el fiduciario, por instrucciones del fideicomitente, podrá vender o transferir dichos bienes, pudiendo, en su caso, señalar las características o categorías que permitan identificarlas, así como el destino que el fiduciario deberá dar al dinero, bienes o derechos que reciba en pago; IV. La información que el fideicomitente deberá entregar al fideicomisario sobre la transformación, venta o transferencia de los mencionados bienes; V. La forma de valorar los bienes fideicomitidos, y VI. Los términos en los que se acordará la revisión del aforo pactado, en el caso de que el bien o bienes dados en garantía incrementen su valor. En caso de incumplimiento a los convenios celebrados con base en este artículo, el crédito garantizado por el fideicomiso se podrá declarar vencido anticipadamente por el acreedor garantizado.

Por lo anterior, respecto a la posesión de los bienes que sean objeto en el fideicomiso, en los fideicomisos generales se transmite al fiduciario ciertos bienes para que sean destinados para cumplir el fin del fideicomiso que se haya constituido. De acuerdo al artículo 400 de la Ley General de Títulos y Obligaciones de Crédito, respecto a los fideicomisos de garantía, las partes tienen la facultad de convenir que los bienes que sean parte del patrimonio del fideicomiso puedan tener la posesión del fideicomitente o de terceros. Los gastos incurridos por la

conservación, reparación administración y recolección de los bienes que se hayan fideicomitido serán por cuenta del fideicomitente.

La ley señala las reglas que aplican en el fideicomiso de garantía en el caso de que exista riesgo sobre los bienes que sean fideicomitados. El artículo 401 menciona que los riesgos por pérdida, daño o deterioro de los bienes que sean parte del patrimonio del fideicomiso de garantía correrán por cuenta de quien se encuentre en posesión de los mismos. Así mismo, el último párrafo del artículo 400 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que, si los bienes se pierden o deterioran, el fideicomisario puede exigir al fideicomitente, si este es el deudor de la obligación que se garantiza por medio del fideicomiso, la transmisión de otros bienes, o bien, puede exigirle al fideicomisario que pague la deuda antes del plazo que se haya pactado. Para prevenir lo anterior, la ley prevé que las partes puedan inspeccionar los bienes que sean fideicomitados para evaluar el peso, cantidad y estado en el que se conserve el bien sin que quien se encuentre en posesión del bien se oponga.

En caso de que el bien o bienes que se hayan fideicomitado disminuyan en su valor de mercado, se puede pactar por las partes que en el caso previsto anteriormente suceda y el bien o bienes ya no sean suficientes para cubrir la deuda que estos garantizaban, el deudor en este caso el fideicomitente, puede incluir bienes adicionales a los anteriores en la proporción necesaria para solventar el restante de la deuda.²³ Si las partes no optan por lo anterior, entonces, el crédito o el fideicomiso se puede vencer anticipadamente mediante la notificación al deudor por vía judicial o por fedatario público por parte del acreedor.

Es importante destacar la prescripción que tienen las acciones de las partes en el fideicomiso de garantía ya que estas se dan por el hecho de que las obligaciones son garantizadas mediante el fideicomiso de garantía, cuando hay

²³ Castillo Lara, Eduardo. (pp.129)

incumplimiento de pago, los acreedores garantizados tienen tres años a partir de que se genera el incumplimiento del contrato del fideicomiso, es decir, cuando se vence la obligación garantizada en el plazo convenido en el contrato del fideicomiso. Si no se ejerce la acción dentro de los tres años como lo establece el artículo 405 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se extingue el derecho para que se pueda exigir el cumplimiento, los bienes que se hayan fideicomitado para cumplir con el fin del fideicomiso de garantía se revertirán de manera que regresarán al patrimonio del deudor, el fideicomitente.

B. Procedimiento de ejecución.

El procedimiento de ejecución es una de las características más importantes que distingue al fideicomiso de garantía de los demás tipos de fideicomisos generales que se prevé por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Lo anterior, con motivo de señalar que el procedimiento de ejecución es la forma en la que se puede exigir el cumplimiento de las obligaciones que se garantizaron mediante el fideicomiso de garantía. Existen dos maneras de establecer el procedimiento de ejecución, estas pudiendo ser vía judicial o extrajudicial.

Las partes pueden pactar en el contrato de fideicomiso de garantía en el caso de que haya incumplimiento por parte del deudor del pago u obligación que el bien fideicomitado garantiza como tal. De lo anterior se garantiza la ejecución del contrato en caso de que no haya un cumplimiento el bien hace las veces del pago o cumplimiento de la obligación que a la que se obligó el deudor por medio del contrato de fideicomiso. De tal manera se evita que las partes tengan que acudir ante la autoridad para exigir que las partes cumplan con sus obligaciones, sobretodo la del deudor por aspectos prácticos porque un procedimiento judicial puede ser tedioso y largo. Cuando las partes pactan una vía extrajudicial como lo es el de la ejecución del fideicomiso de garantía por medio de la garantía del bien

que se da en el fideicomiso se evitan dolores de cabeza porque ya con el bien o bienes que forman parte del patrimonio del fideicomiso, mismos que deben de cumplir y cubrir la cantidad a la que el deudor se obligó a pagar.

El procedimiento extrajudicial que pactan las partes, como al que nos referimos anteriormente debe seguir una serie de requisitos para que sea válido. Estos requisitos son los que señala el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que estableciendo que; el texto sobre el procedimiento de ejecución sea incluido en una sección especial del fideicomiso de garantía la cual debe tener la firma del fideicomitente que será adicional a la misma con la que haya firmado el fideicomiso, cuando se inicie el procedimiento por parte de una fiduciaria debe recibir comunicación por escrito del fideicomisario que el deudor incumplió con las obligaciones del contrato de fideicomiso garantizadas en el mismo, cuando la fiduciaria inicie el procedimiento de ejecución lo debe de notificar al fideicomitente en su domicilio acompañado con copia de la solicitud que hizo el fiduciario, si el fideicomitente acredita el cumplimiento de la obligación y exhibe el importe de adeudo pagado o se le da una prórroga y éste lo comprueba con el documento que le otorgan la prórroga o novación de la obligación. Entonces se puede oponer a la enajenación y si no se prueba lo anterior, la enajenación procede en los términos y condiciones que se hayan pactado en el fideicomiso de garantía.

Si el deudor incumple con la obligación garantizada, y el depositario se niega a devolver al fiduciario los bienes depositados, la restitución de los bienes se procederá de acuerdo al Libro Quinto Título Tercero del Código de Comercio según el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Si no se entrega la posesión material de los bienes o quien esté en posesión de los bienes fideicomitados y los grave o los transmita en alguna forma no prevista en el fideicomiso de garantía se sancionará con prisión que puede ser de hasta 12 años, dependiendo del valor de los bienes.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS OTORGADAS MEDIANTE FIDEICOMISO DE GARANTÍA. ES POSIBLE ACUDIR A ÉL ÚNICAMENTE PARA QUE POR RESOLUCIÓN JUDICIAL SE PONGAN A DISPOSICIÓN DE LA FIDUCIARIA LOS BIENES, PARA QUE PROCEDA A SU ENAJENACIÓN EN LA FORMA PACTADA.

De los artículos 402 y 403, situados en el capítulo V, sección segunda del "Fideicomiso de garantía" de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se obtiene que en el fideicomiso de garantía, las partes pueden convenir la forma en que la institución fiduciaria puede proceder a enajenar, a título oneroso, extrajudicialmente los bienes o derechos en fideicomiso y que para el caso de incumplimiento de la obligación garantizada en el contrato de fideicomiso, si el depositario se niega a devolver los bienes depositados, su restitución se tramitará de conformidad con lo establecido en el libro quinto, título tercero bis del Código de Comercio. Por su parte, el artículo 1414 Bis 7, ubicado en el libro y título referidos, establece que se tramitará de acuerdo a ese procedimiento todo juicio que tenga por objeto el pago de un crédito cierto, líquido y exigible, y la obtención de la posesión material de los bienes que lo garanticen, siempre que la garantía se haya otorgado mediante fideicomiso de garantía en que no se hubiere convenido el procedimiento previsto en el citado artículo 403. Sin embargo, no existe antagonismo entre dichas normas, sino que al interpretarse armónicamente, válidamente se puede colegir que cuando las partes han pactado la forma de enajenar los bienes, pero acuden al procedimiento establecido en el mencionado artículo 1414 Bis 7 y siguientes del Código de Comercio, su único objetivo es que por resolución judicial se haga entrega material de los bienes que garanticen el adeudo. Lo anterior es así, pues de otra forma no se explicaría por qué el legislador en un ordenamiento (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito) previó que las partes pueden convenir la forma de enajenar los bienes que garanticen el adeudo a la suscripción de un fideicomiso de garantía e incluso que en caso de oposición a la entrega de esos bienes se acudiera a un procedimiento judicial establecido en diversa legislación (Código de Comercio) y en éste,

*señalara que ese procedimiento judicial sólo tendría lugar cuando no se hubiere convenido el procedimiento previsto en el primer ordenamiento.*²⁴

Ahora bien, la otra forma que existe para que pueda llevarse a cabo la ejecución del procedimiento de ejecución en el fideicomiso de garantía es la vía judicial como se comenta en la tesis citada anteriormente. Este procedimiento judicial es la vía por la que las partes del fideicomiso pueden optar en caso de que haya incumplimiento y no se haya pactado un procedimiento extrajudicial en el contrato de fideicomiso. El procedimiento vía judicial se sigue por lo dispuesto en el Título tercero Bis del Código de Comercio con el objetivo de obtener el pago de un crédito cierto, líquido y exigible y la posesión material de los bienes que garantizan el fideicomiso de garantía. El procedimiento judicial del fideicomiso de garantía consiste de una demanda, cuando sea admitida la demanda se dicta un auto de mandamiento en forma con el objeto que se le requiera al deudor el pago de la deuda que se reclama, si el deudor no hace el pago entonces que proceda con la entrega material de los bienes fideicomitados con motivo de garantizar las obligaciones del fideicomiso de garantía y se emplaza a juicio.²⁵ El demandado, en este caso el fideicomitente, tiene cinco días para que conteste la demanda, así como oponer sus excepciones, seguido por una audiencia de pruebas, alegatos y una sentencia que le pone fin al juicio de ejecución judicial. La Ley no establece quién es el juez competente para conocer de los juicios de procedimiento ejecución judicial, por lo que se aplican las reglas del Código de Comercio sobre competencia.

²⁴ **Procedimiento Judicial De Ejecución De Garantías Otorgadas Mediante Fideicomiso De Garantía. Es Posible Acudir A Él Únicamente Para Que Por Resolución Judicial Se Pongan A Disposición De La Fiduciaria Los Bienes, Para Que Proceda A Su Enajenación En La Forma Pactada.**

Tesis Aislada. Tribunales Colegiados de Circuito. Clave I.110.C.22 C (SJF: 10ª época, Abril, 2013, p. 2256). Disponible en línea:

[²⁵ Castillo Lara, Eduardo. **El Fideicomiso, El Fideicomiso de Garantía y su Ejecución.** \(pp.133\)](http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=fideicomiso%2520de%2520garant%25C3%25A4a&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=36&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2003355&Hit=5&IDs=2008858,2007887,2005235,2004555,2003355,2003356,2001921,2001162,2000941,161435,162139,162423,162590,163141,163251,164415,168472,169158,169269,169856&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=>Registro 2003355 (Consulta: 28 de octubre de 2016).<</p></div><div data-bbox=)

De acuerdo al artículo 1414 Bis-7 del Código de Comercio el procedimiento al que se remite del artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito a falta de convenio previsto para que se lleve a cabo el procedimiento extrajudicial para la ejecución del procedimiento de garantía. El artículo del Código de Comercio establece que el procedimiento de ejecución por vía judicial procede cuando el objetivo es conseguir el pago de un crédito cierto, líquido y exigible y la obtención de la posesión material de los bienes que se hayan garantizado en el fideicomiso de garantía en caso de incumplimiento y no se hubiere establecido por escrito un procedimiento extrajudicial.

Para que proceda el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía por vía judicial se deben reunir ciertos requisitos. Debe de haber un fideicomiso de garantía para que nazca la obligación del fideicomitente de obligarse a cumplir al pago para el cual se da en garantía los bienes, no puede existir un procedimiento extrajudicial de ejecución en el contrato de fideicomiso que se haya pactado por las partes, el crédito debe constar en escritura pública, o escrito privado, según lo prevea la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que lo que se reclame sea el pago de un crédito cierto, líquido y exigible y la posesión material de los bienes que lo garanticen, salvo que se trate del demandado porque puede oponerse a la ejecución. De acuerdo al Código Civil Federal, un crédito es cierto cuando no está basado en una expectativa o en cosa futura líquido cuando se haya determinado o sea determinable en un plazo de nueve días, es exigible cuando no se pueda rehusar al pago como lo dicta el art. 2189, 2190 de Código Civil Federal. Si se trata de una institución de crédito la misma debe de tener la certificación del saldo deudor.

El procedimiento de ejecución comienza con el escrito de demanda que debe cumplir con los siguientes requisitos: Debe de ir acompañado por el contrato de fideicomiso de garantía, ya sea por escrito o en escritura pública. Si es institución de crédito debe acompañar con la certificación del saldo deudor, debe

de ofrecer todas las pruebas que se relacionen con los hechos que se pretenden probar y así mismo presentar los documentos que sean necesarios de acuerdo al artículo 1414 Bis-12 del Código de Comercio. Si se ofrecen pruebas periciales o testimoniales, se debe indicar los nombres y apellidos de los peritos y testigos. La demanda así mismo debe agregar el cuestionario para los peritos y copia para la contra parte e incluir el interrogatorio con el que se examinará a los testigos con copia a las partes. Si un tercero se encuentra en posesión de los bienes, también se debe de incluirlo en la demanda.

Una vez que la demanda cumpla con los requisitos y sea admitida se dicta el auto de mandamiento en forma, en el cual se le requiere al deudor el pago, y si este no paga, que entregue la posesión material de los bienes objeto del contrato de fideicomiso de garantía al demandante. El juez puede utilizar diferentes medios de apremio como la multa y la utilización de la fuerza pública para que se entreguen los bienes. Una vez que se dicta el auto de mandamiento en forma, se emplaza al demandado para que conteste la demanda y oponga las excepciones que considere oportunas dentro de un plazo de cinco días, debe de ofrecer pruebas y relacionarlas con los hechos controvertidos así como también debe presentar los documentos que estime necesarios, señalando asimismo nombre y apellidos de sus testigos y peritos, acompañar copia del cuestionario para el perito y el interrogatorio con el que se examinará a los testigos.

El demandado después de ser emplazado debe contestar de manera clara y precisa la demanda, contener ofrecimiento de pruebas, relacionarlas con los hechos que se pretendan probar durante el juicio, presentar los documentos respectivos y contener las excepciones que estime pertinentes. Si el demandado no contesta la demanda, tiene derecho a ofrecer pruebas una sola vez hasta antes de que se dicte sentencia. Seguido al emplazamiento una vez que se hace la demanda y se dicte el auto en el que se tenga por contestada la demanda o no, se resuelve al dar vista por tres días al actor con las excepciones opuestas por el demandado y si se admite o se desechan las pruebas por ir en contra de la moral

o el derecho, no se ajusten a lo dispuesto en los artículos 1414 Bis 11 y 12 y cuando hagan referencias a hechos imposibles, notoriamente inverosímiles y no controvertidos por las partes. *“Se señala el día y hora para la audiencia de pruebas, alegatos y sentencia que debe celebrarse dentro de los 10 días siguientes en que haya concluido el plazo fijado para que el actor desahogue la vista con las excepciones.”*

Una vez que se concluye la etapa de pruebas y alegatos se debe de dictar una sentencia ya sea condenando al demandado al pago del monto reclamado o el pago parcial si el demandado acredita lo necesario para demostrar que ya había pagado parte de la deuda. Para condenar al deudor por el pago de la deuda se debe considerar que cuando el valor de los bienes es igual al monto de lo adeudado, entonces la deuda quedará totalmente liquidada del crédito respectivo. Si el valor de los bienes es menor al adeudo, el acreedor del pago podrá disponer libremente de los bienes que sean objeto del contrato de fideicomiso de garantía y conservará las acciones que en derecho le correspondan por la diferencia que no se le hubiere cubierto.

En conclusión, el procedimiento de ejecución tiene dos vías por las cuales se pueden ir las partes en caso de que exista algún incumplimiento, sobre todo cuando el incumplimiento es por parte del deudor. La vía extrajudicial, la cual la ley señala con ciertos requisitos para que se pacte en el contrato de fideicomiso de garantía, evitando todo un procedimiento cuando no lo pactas y las partes se tienen que sujetar a un procedimiento de ejecución judicial que tiende a ser más tardado. Es importante que en un contrato de fideicomiso de garantía se establezca un procedimiento extrajudicial por practicidad ya que, al momento de ejecutar el contrato, se facilite el procedimiento que se debe llevar a cabo entre las partes. Lo anterior porque solamente basta un escrito a la fiduciaria, notificación al fideicomitente y la fiduciaria ejecuta los bienes que fueron fideicomitados con motivo de garantía para el fideicomisario en este caso, que es el acreedor de la deuda u obligación.

CAPÍTULO III.- EL FIDEICOMISO DE PAGO.

En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 382, hace mención al fideicomiso de pago. Es el único artículo de la ley que hace mención a este tipo de fideicomiso. *“Las instituciones mencionadas en el artículo 385 de esta Ley podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias únicamente tratándose de fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago a su favor.”* En la extracción anterior del artículo 382 se señala como la ley hace mención a un fideicomiso que tengan por fin servir como

instrumento de pago a su favor, entendiéndose que existe un fideicomiso que tiene como fin el pago de una obligación. Como anteriormente analizamos el fideicomiso de garantía es un fideicomiso que tiene como fin el pago de una obligación, en cuanto se da en garantía un bien que es fideicomitado al patrimonio del fideicomiso, en caso de incumplimiento de la obligación que tenga como fin el fideicomiso de garantía pactado por las partes. El fideicomiso de pago es una figura que no ha sido explorada profundamente, pero es una figura que en la práctica se confunde con el fideicomiso de garantía por lo que es importante distinguir la diferencia entre ambas figuras para tener una idea más clara sobre éstas. Antes de entrar más a fondo para analizar la figura del fideicomiso de pago tenemos que entender lo que es una obligación alternativa para con el fin de tener un entendimiento más profundo sobre la figura que se analiza en el presente capítulo.

A. Análisis del artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En el 2003 se hizo una reforma a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Anteriormente la ley no contemplaba la figura del fideicomiso de pago puesto que el artículo no contenía la figura del fideicomiso como instrumento de pago. El artículo analizado, que ahora se conoce como el 382 mismo que se menciona anteriormente era el artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. El artículo 348 estaba redactado de la siguiente manera; *“La Institución Fiduciaria podrá ser fideicomisaria en los fideicomisos en que, al constituirse, se transmita la propiedad de los bienes fideicomitados y que tenga por fin servir como instrumento de pago de obligaciones incumplidas.”* Se puede deducir de la redacción anterior a la reforma del 2003, fue reformada con el fin de establecer que tenga como fin servir como un instrumento de pago para el pago de las obligaciones incumplidas, la redacción anterior daba pie a que se confundiera aún más con el fideicomiso de garantía por el hecho de que el bien

fideicomitido también se da como un instrumento de pago para cumplir con las obligaciones que no han sido satisfechas por el fideicomitente, siendo el caso del deudor en el contrato de fideicomiso de garantía.²⁶

No está claro cuáles pudieron ser las razones que llevaron a los legisladores a promover la reforma. La iniciativa se generó en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial. Se pretendía fundamentar la reforma, sosteniendo que con ella se procura una relación equitativa entre las partes y a darles mayor seguridad jurídica por la implicación de los costos. A pesar de los fundamentos anteriores, es inconcebible que un procedimiento en el que el deudor queda a merced de su acreedor pueda considerarse una relación equitativa o que conduzca a darle seguridad; como tampoco puede dársele a la institución acreedora, aunque aparentemente parezca favorecerla si dicho procedimiento es jurídicamente vulnerable por la falta de equidad.

Se comenta que la intención del legislador al reformar el artículo 342 era evitar el pago del Impuesto de Adquisición de Inmuebles pero equivocadamente el legislador reformó lo que no se debió de haber reformado, de manera que el legislador debió reformar el Código Fiscal de la Federación y no la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en la cual cambió totalmente la definición del fideicomiso del artículo y dejando la interpretación el fideicomiso de Pago como una figura confusa por ser uno de los tipos de fideicomisos que la Ley reconoce por la mención que la misma hace al respecto.

“Artículo 382.- Pueden ser fideicomisarios las personas que tengan la capacidad necesaria para recibir el provecho que el fideicomiso implica. El fideicomisario podrá ser designado por el fideicomitente en el acto constitutivo del fideicomiso o en un acto posterior.

²⁶ Suayfeta O. Juan, **La Reforma al artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**. Disponible en Línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/22/leg/leg11.pdf>

El fideicomiso será válido aunque se constituya sin señalar fideicomisario, siempre que su fin sea lícito y determinado, y conste la aceptación del encargo por parte del fiduciario.

Las instituciones mencionadas en el artículo 385 de esta Ley podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias únicamente tratándose de fideicomisos que tengan por fin servir como instrumentos de pago a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses, para lo cual podrán nombrar a un ejecutor o instructor, que podrá ser una institución fiduciaria o cualquier tercero, a fin de que determine el cumplimiento o incumplimiento del contrato para el solo efecto de iniciar el procedimiento de ejecución y para que cumpla los fines del fideicomiso en lo que respecta a la aplicación de los bienes afectos al fideicomiso como fuente de pago de obligaciones derivadas de créditos otorgados por la propia institución.

En todo caso, el ejecutor o instructor ejercitará sus funciones en nombre y representación del fiduciario, pero sin sujetarse a sus instrucciones, obrando en todo momento de conformidad con lo pactado en el contrato y la legislación aplicable y actuando con independencia e imparcialidad respecto de los intereses del fideicomitente y fideicomisario.

Para efectos del párrafo anterior, se presume independencia e imparcialidad en el cumplimiento del contrato, cuando los títulos representativos del capital social, así como las compras e ingresos del último ejercicio fiscal o del que esté en curso del ejecutor o instructor, no estén vinculados con alguna de las partes del fideicomiso en más de un diez por ciento.”

Una de las condiciones que establece la nueva disposición citada anteriormente, para que la fiduciaria pueda a su vez ser fideicomisaria, es que el fideicomiso “tenga por fin servir como instrumento de pago”, pero el uso de ese calificativo suscita incertidumbre, por lo impreciso, pues referido al fideicomiso, tiene cuando menos dos interpretaciones a saber: una se refiere que a través de la operación se lleve a cabo una dación en pago con los bienes fideicomitados a favor de la institución acreedora, en cuyo caso, en el momento mismo del acto

constitutivo, el adeudo quedará extinguido parcial o totalmente, según el monto por el que se haya hecho la dación.

La otra interpretación que se podría dar a la reforma que el legislador hizo, sería que los bienes fideicomitidos sirvieran como fuente de pago, es decir, que el fiduciario mediante la forma convencionalmente establecida, procediera la venta de dichos bienes y una vez lograda esta, entregará al fideicomisario acreedor el producto obtenido de la venta, en pago del crédito, el cual sólo hasta ese momento quedaría pagado, ya sea en parte o en su totalidad. En cualquiera de los dos casos, estaríamos en presencia de una operación distinta al fideicomiso de garantía, y como respecto de este no sería aplicable la nueva disposición, no se encuentra la razón lógica que justifique el hecho de que se dé un distinto tratamiento para ambos tipos de fideicomiso, a los de dación o fuente de pago, por un lado y a los de garantía, por otro; como también carece de justificación que, la reforma se aplique solo a aquellos casos en que el incumplimiento se refiera a créditos otorgados para la realización de actividades empresariales y no, por ejemplo, a aquellos en los que el otorgamiento haya sido para la adquisición de vivienda.

En el artículo 382 además de hacer mención al fideicomiso como un instrumento de pago, el legislador menciona que las partes podrán nombrar a un ejecutor o instructor que podrá ser una institución fiduciaria o cualquier tercero para que determine si hay o no hay cumplimiento del contrato para iniciar el procedimiento de ejecución de los bienes afectos al fideicomiso como fuente de pago de obligaciones derivadas de créditos otorgados por la propia institución.²⁷ Se establece un procedimiento de ejecución, el cual no es claro y es confuso establecer cuál es el procedimiento que se debe de seguir. Lo anterior resulta en confusión y se puede interpretar que se puede utilizar el procedimiento que se establece en el capítulo del fideicomiso de garantía establece ya sea vía

²⁷ Idem.

extrajudicial o vía judicial de acuerdo al Código de Comercio. Establece que las partes pueden nombrar a un tercero o el mismo fiduciario puede determinar si hay un incumplimiento o no. De tal manera que deja desprotegido al fideicomisario y al fideicomitente por ser cualquier persona la que pueda determinar si hay incumplimiento del contrato del fideicomiso como fuente de pago. No señala el procedimiento que deben de seguir las partes más que el procedimiento de ejecución de acuerdo a lo que hayan establecido las partes. Se pudiera aplicar análogamente el procedimiento de ejecución que se establece en el artículo 403 de la sección del fideicomiso de garantía en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Se confunde con el procedimiento de ejecución extrajudicial ya que las partes pueden pactar el procedimiento que se debe de llevar a cabo para que haya un procedimiento de ejecución siempre y cuando se cumplan los requisitos que establece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su capítulo de Fideicomiso en la Sección Segunda a la que se refiere al fideicomiso de garantía. Uno de los requisitos que el procedimiento de ejecución señala es que exista un fideicomiso de garantía para que se pueda establecer un procedimiento de ejecución extra judicial, misma que se debe prever cuando se constituye el contrato de fideicomiso de garantía. Sin duda el fideicomiso como fuente de pago es un fideicomiso que protege a las fiduciarias y fideicomisarias que el artículo 385 de la Ley General de Títulos y Operaciones contempla, mismo que establece que solo pueden ser instituciones fiduciarias las que sean expresamente autorizadas para ello conforme a la ley. Se deduce lo anterior porque el fideicomiso tiene que tener como fin servir como instrumentos de pago a su favor, es decir, a favor de las fiduciarias que a la vez pueden ser fideicomisarias.

El procedimiento de ejecución para el fideicomiso de pago se puede analizar desde la manera análoga con el procedimiento de ejecución extrajudicial en un fideicomiso de garantía, pero no se puede confundir porque en el fideicomiso como fuente de pago no se da un bien determinado en garantía sino,

se da un bien que puede ser objeto de pago como una obligación alternativa al cumplimiento del pago. Si no se responde con dinero entonces se responde con un bien, como se analizó anteriormente la figura de las obligaciones alternativas. Siendo una obligación alternativa la que se da para cumplir con el pago del fideicomiso, entonces quiere decir que aún no hay un bien determinado, hay varios bienes determinados para que se pueda cumplir con el pago en caso de que el deudor, en caso que el fideicomitente incumpla con la obligación principal que es el pago. Puesto que se tiene que pactar dentro del fideicomiso los bienes que se podrán escoger ya sea el deudor o el acreedor para cumplir con el pago de la deuda de lo principal por lo que el procedimiento de ejecución al que se refiere el artículo 382 es que las partes en el contrato pacten los bienes ya sean muebles o inmuebles que correspondan a la cantidad adeudada para que sean parte del fideicomiso como fuente de pago, y una vez que se cumplan con los fines del fideicomiso y llegue el momento del pago del mismo, responda en dinero de la suma que se haya pactado por las partes, siendo el fideicomitente y el fiduciario. Si existe incumplimiento, entonces el fiduciario o el fideicomitente, siempre y cuando lo estipulan en el contrato de fideicomiso, elegirán el bien con el que se va a responder la deuda. El artículo 382 hace referencia a un ejecutor o instructor que sea quien determine si hay o no hay incumplimiento para que proceda lo anteriormente explicado.²⁸

Por lo anterior se desprende que es necesario resaltar, que para que la figura del fideicomiso de pago se cumpla, debe de haber de por medio un pago, pago que se elige por el dinero que se puede dar con el cumplimiento de la obligación o con el bien a elegir por las partes para que se cumpla el objetivo del fideicomiso de pago, que es el pago de la obligación, para que no haya incumplimiento, como lo es en el caso del fideicomiso de garantía. Se está previendo la posibilidad de pagar con algo distinto por las partes sin que se llegue al procedimiento de ejecución, como en el fideicomiso de garantía que pretende ejecutar el bien o bienes y derechos a cargo del patrimonio del fideicomiso para

²⁸ Loc. cit.

cumplir con el fin del fideicomiso, en caso de no pagar y así proteger al fiduciario y fideicomisarios para la obtención del fin en una suma equivalente a dinero, es decir, en caso de incumplimiento. De tal forma, es preciso diferenciar que el cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones del fideicomiso es lo que difiere una figura de la otra sin causar confusión entre las mismas. Cabe resaltar que en caso de incumplimiento en el fideicomiso de pago, es decir, que no se pague lo adeudado con una cantidad en dinero, o con un bien a elegir por el acreedor, entonces hay un incumplimiento en el pago por parte del deudor, de tal manera el procedimiento de ejecución equiparable a aquel previsto en el capítulo del Fideicomiso de Garantía en la Ley, sería procedente para cumplir con el pago, pero en ningún momento resultaría o se convertiría el fideicomiso de pago en un fideicomiso de garantía, porque el fin es distinto entre una figura y otra, y es preciso remarcar que lo que la figura del fideicomiso de pago quiere evitar es el incumplimiento y ejecutar un procedimiento en contra del deudor y así se responda con el pago alternativo, que en este caso será el bien o bienes a elegir que se hayan señalado en el fideicomiso de pago para el pago que es el fin principal del fideicomiso de pago sin la necesidad de entablar un procedimiento en contra del deudor que además de costoso, puede llegar a ser largo y exhaustivo como lo es en el caso del fideicomiso de garantía cuando se requiere de manera extrajudicial el pago con un bien en garantía, para las partes y así cumplir con el pago inmediato, previendo el legislador una manera más rápida y eficaz en el cumplimiento de las obligaciones. Podría resultar confuso si se equipara el fideicomiso de pago con la figura del fideicomiso de garantía y este último se ejecute de manera extrajudicial, ya que se puede pactar dentro del mismo fideicomiso el bien o bienes con los que se va a pagar en caso de incumplimiento de las obligaciones de establecidas en el contrato de fideicomiso, ya que se está garantizando el pago de lo adeudado con un bien dado en garantía que equivalga a la suma que se adeude por concepto de pago en el fideicomiso de garantía. Resulta primordial destacar el incumplimiento y el cumplimiento, ya que para evitar la confusión, aunque se asemeje el procedimiento por medio del cual se va a cumplir con una obligación por cumplir con un bien distinto al pactado,

en el fideicomiso de garantía hay incumplimiento y en el fideicomiso de pago hay cumplimiento de las obligaciones por lo que el objetivo es pagar con lo que se haya señalado dentro del fideicomiso sin caer en incumplimiento, ya que se da a elegir el pago de lo adeudado con una cosa u otra, como se explica en las obligaciones alternativas y, en la figura del fideicomiso de garantía se está resarcido el incumplimiento por medio del bien que fue dado en garantía por las partes y así cumplir con el pago de la suma que se vaya a adeudar en caso de incumplir con el pago estipulado en el contrato de fideicomiso de garantía.

En conclusión, se debe tener una idea clara para la distinción de un fideicomiso como fuente de pago, y el fideicomiso de garantía por el hecho de que son figuras que se confunden en la práctica por tener un procedimiento de ejecución similar en caso de incumplimiento, puede resultar en una equivocación al momento de pactar en el fideicomiso de pago un procedimiento extrajudicial como el que prevé la sección del fideicomiso de garantía de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Lo anterior por el simple hecho de que podría resultar que equívocamente se esté constituyendo un fideicomiso de garantía en vez de un fideicomiso como fuente de pago. Como se menciona anteriormente, resulta importante señalar que en la figura del fideicomiso de pago no hay incumplimiento por pagar con un bien que se optaría como una obligación alternativa, siendo esto una manera de cumplir con la obligación de pago, valga la redundancia ya que el objetivo del fideicomiso de pago es poder cumplir y pagar lo adeudado y así evitar el incumplimiento de manera que se pudiera iniciar el procedimiento de ejecución como el del fideicomiso de garantía. Por lo anterior, es necesario establecer que el fideicomiso como fuente de pago, tiene como fin el cumplimiento y el pago del mismo por eso es de precisa importancia entender la figura de las obligaciones alternativas, de tal manera que, a elección del fiduciario y fideicomisarios, se cumpla con el bien o los bienes que se elegirán para subsanar el pago de las obligaciones derivadas del contrato de fideicomiso. Es de gran importancia saber lo que implica el fideicomiso de pago y tener claro lo que las obligaciones alternativas representan para distinguirlo del fideicomiso de

garantía. Las figuras analizadas en el presente capítulo son de gran importancia para el desarrollo de la investigación, ya que se deben de destacar las diferencias entre ambas figuras y se distinga una figura de otra para esclarecer el fin y entender la razón por la cual el legislador agregó las figuras del fideicomiso de pago y el fideicomiso de garantía en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y así evitar la confusión entre ambas figuras ya que sería ilógico nombrar dos figuras distintas pero con el mismo fin dentro de la misma ley.

B. Obligaciones Alternativas:

Para entender más a fondo el contrato de fideicomiso de pago, se debe de entender las obligaciones alternativas que nacen del contrato del mismo. Existen varios tipos de obligaciones como las conjuntivas y las facultativas además de las alternativas. Para distinguir una de otra, las obligaciones conjuntivas son aquellas en la que el deudor se obliga a varias prestaciones y se puede liberar de la obligación si cumple con todas las obligaciones a las que el deudor se obligó. Las obligaciones facultativas son aquellas en las que el deudor estará obligado al cumplimiento de una sola prestación de las que el deudor se obligó en un principio además que la ley también autoriza que se puede liberar con una obligación distinta a las que se obligó.²⁹ Las obligaciones facultativas no están reguladas por el código civil pero la doctrina las ha incluido y se pueden pactar por la voluntad de las partes y derivan de la ley.

Las obligaciones alternativas son aquellas a las que cuando el deudor se ha obligado a varias prestaciones, pero se puede liberar con el pago de alguna de las cosas señaladas por el deudor. Sigue el principio de *plures res sunt in obligatione, una autem in solutione*,³⁰ es decir varias cosas en la obligación, una sola en cumplimiento. En las obligaciones alternativas existen varias prestaciones que forman el objeto de la obligación pactada. “La palabra alternativa

²⁹ Azúa Reyes, Sergio T. **Teoría General del as Obligaciones**. 5ª ed. México, Porrúa, 1993/2012. (pp.372)

³⁰ Azúa Reyes, Sergio T. **Teoría General del as Obligaciones**. 5ª ed. México, Porrúa, 1993/2012.(pg. 377)

precisamente significa la facultad de optar por una de dos cosas."³¹. El deudor en teoría debe todas las obligaciones hasta que se actualiza el derecho de elección y es entonces cuando solamente una será la que cumpla con el cumplimiento del contrato.

OBLIGACIÓN ALTERNATIVA. SU CONNOTACIÓN.

*La obligación alternativa es aquella que tiene lugar cuando en un acuerdo de voluntades se pacta el deber del deudor a entregar, de varias cosas, una a elección de él o del acreedor, de tal forma que satisface su obligación y se libera mediante la entrega sólo de la cosa elegida, pero de ningún modo puede obtener ese resultado entregando parte de una cosa y parte de otra; de ahí que en esta clase de convenciones, la cosa sobre la que versa permanece incierta, mientras que el contratante, a quien corresponde el derecho de elegir, no haga elección y, por lo mismo, hasta en tanto ello ocurre, el acreedor no podrá obtenerla.*³²

Las características de las obligaciones alternativas son que el objeto de la obligación siempre es plural porque el objeto comprende de varias prestaciones que el deudor al final estará obligado a cumplir una sola de ellas para quedar liberado de la obligación del de contrato. Cada prestación es independiente y diferente por lo que si una de las obligaciones pactadas es imposible de realizar entonces se cumplirá la obligación por las que queden, o sea, por solo una de las que quede, de manera que no puede responder parcialmente con una obligación y parcialmente con otra, debe ser íntegra, es decir, con una sola obligación. Así mismo la prestación es indeterminada desde el momento en el que se hace el

³¹ Loc. cit

³² **Obligación alternativa. Su Connotación:** Tesis Aislada. Tribunales Colegiados de Circuito. Clave XIX.2.o.A.C.47 C (SJF: 9ª época, Mayo, 2007, p. 2256). Disponible en línea: <http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=obligacion%2520alternativa&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=37&pp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=172466&Hit=11&IDs=2009120,2007176,2005289,2004377,2001846,164167,168509,168881,169645,172492,172466,172996,172973,173818,173986,174833,175698,176560,178084,178515&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=>> Registro: 172466 (Consulta: 28 de octubre de 2016).

contrato, se encuentra subordinada a la elección del deudor, acreedor o algún tercero. Una vez determinada la cosa con la que se va a cumplir la obligación por el derecho de elección se debe de considerar como única desde el principio, es decir, desde la constitución del contrato del fideicomiso en este caso. La elección no tiene efecto hasta que se notifique. La elección es importante ya que para que una cosa pueda ser objeto de una obligación en el contrato esta debe ser determinada o determinable en el comercio sino, no existiría la cosa y por ende el contrato no se podría llevar a cabo sino es un bien determinable para que se pueda exigir el cumplimiento.

Si no se elige una prestación para cumplir con la obligación por el deudor o se niega a hacerlo, el acreedor lo puede requerir y después de constituirlo en mora podrá demandar judicialmente el cumplimiento, pero no la prestación que él elija. Debe de demandar el pago de una u otras obligaciones para que el deudor elija con la que quiere cumplir su obligación. Si el acreedor es el que debe elegir la prestación y se niega a hacerlo, *el deudor puede demandarlo judicialmente para que el juez le confiera tal derecho*.³³ Si hay varios deudores o acreedores y todos se niegan a elegir o no se ponen de acuerdo entonces el juez elegirá persiguiendo la equidad y la justicia. Si la obligación de elegir recae en un tercero designado por las partes y se niega a elegir la prestación por dolo, necesidad, negligencia, enfermedad, etc... entonces la autoridad judicial será quien elija la obligación con la que responderá el deudor para cumplir con el contrato.

Si una de las cosas se llegase a perder por culpa del deudor, el acreedor tiene el derecho de elegir la otra cosa que quede de igual valor de la que se perdió más aparte el pago de daños y perjuicios. Si una cosa se pierde por culpa del acreedor y la elección la tenía el acreedor entonces el deudor puede solicitar que se le libere de la obligación o puede rescindir el contrato indemnizando al acreedor de daños y perjuicios. Si se pierden por culpa del deudor entonces el acreedor

³³ Robles Farías, Diego. **Teoría General de las Obligaciones**. México, Oxford University Press México, S.A. de C.V, 2011. (pp.238)

debe elegir la que quede. Si ambas cosas se pierden sin que sea culpa del deudor y el acreedor ya hubiese elegido la cosa, entonces la pérdida perece para su dueño en este caso el acreedor ya que la cosa ya era de su propiedad desde que se hizo valer el derecho de elección.³⁴

Cuando se pierde por culpa del deudor una sola cosa y elige el acreedor el acreedor puede elegir sobre la cosa que queda o el valor de la pérdida, si se pierde sin culpa del deudor el acreedor debe de recibir la que queda y si una de las cosas se pierde por culpa del acreedor, la obligación se dará por cumplida. Si se pierden ambas cosas, por culpa del deudor, el acreedor podrá exigir el valor de cualquiera de las cosas más daños y perjuicios o puede pedir la rescisión del contrato, si se pierden sin culpa del deudor, la pérdida es para el acreedor si ya eligió la cosa, y si no hubiera elegido entonces el contrato queda sin efecto y el deudor se libera de la obligación.

CAPÍTULO IV.- DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS DEL FIDEICOMISO DE PAGO Y EL FIDEICOMISO DE GARANTÍA.

Las diferencias entre el fideicomiso de pago y el fideicomiso de garantía son fundamentales para saber cómo funciona cada uno y el procedimiento de pago o de incumplimiento que se debe llevar a cabo para cada tipo de fideicomiso. Como se analizó en los capítulos anteriores, el fideicomiso de garantía y el fideicomiso como fuente de pago son figuras parecidas, pero a la vez muy distintas. Es difícil distinguir una de otra porque ambas tienen un fin que es el pago que deriva de una obligación pactada en el contrato de fideicomiso. El fideicomiso de garantía a diferencia del fideicomiso de pago, es un fideicomiso que tiene dedicada una sección especial dentro de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito ya que requiere de varias formalidades para que se constituya y se lleve a cabo el mismo, a diferencia del fideicomiso de pago el cual solamente se menciona una vez dentro de la Ley creando una laguna que genera la confusión,

³⁴ Tapia Ramírez, Javier. **Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2005/2012.(pp.239)

y deja la interpretación al arbitrio de las partes y así llegamos a la problemática que surge en la presente que es la confusión entre ambas figuras dentro del sistema legal en la práctica.

En relación a las formalidades que deben de cumplir cada fideicomiso, el fideicomiso de garantía tiene más requisitos en cuanto a su forma, es decir, en la sección segunda del fideicomiso de garantía se establece una serie de requisitos que se deben de incluir en el contrato del fideicomiso de garantía. Establece los derechos que las partes pueden pactar sobre los bienes que sean parte del fideicomiso de garantía, la ubicación de los bienes, las contraprestaciones para el fiduciario por la administración, venta o transferencia de los bienes fideicomitados, las personas que tienen el poder de transferir los bienes y el destino del dinero que sea percibido por el fiduciario, información que debe entregar el fideicomitente sobre los bienes al fiduciario, la evaluación de los bienes, términos y condiciones así como también pactar quien o quienes tendrán la posesión de los bienes, entre otros. Pero lo más importante que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece es la forma en la que se debe de llevar a cabo la ejecución del contrato de fideicomiso de garantía en caso de incumplimiento.

El fideicomiso de garantía según lo define la ley tiene como fin garantizar obligaciones a favor de las instituciones y sociedades que son autorizadas por la Ley General de Títulos y Obligaciones de Crédito para actuar como fiduciarias en los fideicomisos de garantía. La obligación que es garantizada, se garantiza por medio de un bien ya sea mueble o inmueble determinado, que es o son fideicomitados al patrimonio del fideicomiso de garantía para que en caso de que haya un incumplimiento de la parte deudora, siendo en este caso el fideicomitente el encargado de cumplir con las obligaciones pactadas dentro del contrato de fideicomiso. De tal manera los acreedores tendrán como garantía el o los bienes que se garantizaron por medio del fideicomiso para cumplir con la deuda principal. Los bienes fideicomitados al patrimonio del fideicomiso de garantía tienen que ser igual al valor de la deuda principal, para que estos resulten en el pago de la deuda

exacta. Para que se cumpla con el pago por medio de los bienes garantizados, las partes deben convenir expresamente el procedimiento que deben de seguir, tal y como lo señala el artículo 403 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ya sea que se opte por un procedimiento judicial o extrajudicial según se especifique en el mismo contrato de fideicomiso de garantía. En el procedimiento extrajudicial, las partes pactan como debe llevarse a cabo la ejecución de los bienes dados en garantía dentro del contrato para que, en caso de incumplimiento de la deuda principal, pasen de ser del patrimonio del fideicomiso al patrimonio del o de los acreedores, para que no se le regresen al deudor fideicomitente por incumplir con sus obligaciones de pago. De tal manera deben de seguir los requisitos del artículo anteriormente mencionado para que las partes puedan pactar debidamente el procedimiento en el contrato del fideicomiso de garantía, obligando a las partes a incluirlo en una sección especial del contrato del fideicomiso de garantía, dado el caso que no se cumpliera o no se llegare a un acuerdo, un juez será quien dé ejecución de manera judicial sobre los bienes o derechos con los cuales se va a resarcir o pagar en forma de garantía del pago de lo principal.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito también señala que las partes en caso de no pactar extrajudicialmente el procedimiento que deben seguir para que se ejecute el fideicomiso de garantía por incumplimiento del pago o incumplimiento de la obligación del deudor, entonces da la opción a las partes de seguir un proceso judicial tal y como se menciona anteriormente de manera que se suple la voluntad de las partes del fideicomiso de garantía, y el legislador establece que se debe de seguir el proceso judicial, refiriéndose al Libro Quinto Título Tercero Bis del Código de Comercio para la realización de la ejecución de los bienes y del juicio con el fin de dar cumplimiento a lo que se haya estipulado en el contrato del fideicomiso de garantía. El procedimiento al que se hace mención anteriormente, es un proceso largo, razón por la cual el legislador le da la opción a las partes de utilizar una manera más sencilla de tramitar la ejecución de los bienes para garantizar la deuda que el deudor no ha cubierto.

En cambio, en el fideicomiso como fuente de pago se deben de seguir las formalidades del capítulo del fideicomiso en general. Se debe de transmitir a una institución la propiedad o titularidad de los bienes o derechos que sean objeto para ser destinados a los fines lícitos del fideicomiso para que se realicen los fines por una institución fiduciaria. En el único artículo que el legislador hace mención al fideicomiso como fuente de pago, como se menciona anteriormente, es el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. El artículo anterior, así mismo menciona que el fideicomiso utilizado como instrumento de pago se deben de convenir los términos y condiciones en caso de que existan conflictos de intereses entre las partes. Tal y como en el capítulo del fideicomiso de garantía también en el presente artículo se señala que las partes involucradas deben de designar a un ejecutor o instructor pudiendo ser una institución fiduciaria o un tercero con el objetivo de determinar si hay cumplimiento o incumplimiento del contrato del fideicomiso. Es indispensable destacar que para la figura del fideicomiso de pago no hay incumplimiento por elegir una cosa distinta para el pago de lo principal como anteriormente se mencionaba, ya que es el resultado de una obligación alternativa el elegir el medio por el cual se va a pagar y por ende cumplir con el fin del contrato. El hecho de elegir una cosa en lugar de otra para el pago de lo principal no trae consigo el incumplimiento de la obligación de pago, ya que el fin que se busca dentro del contrato de fideicomiso de pago, es pagar lo adeudado con un bien distinto a elección del acreedor. Por lo tanto, no hay incumplimiento de manera que no debe de haber un procedimiento de ejecución, y se cumple con el pago solamente con el bien elegido por el acreedor. Se puede generar el incumplimiento en caso de que este bien sea perdido, o no sea entregado por el deudor al acreedor, de tal manera que se debe de cumplir con el pago de la cosa eligiendo una distinta, o por medio de un procedimiento elegir un ejecutor o instructor quién deberá determinar el incumplimiento y en todo caso se le da a elegir a la parte acreedora el bien con el se le va a dar cumplimiento a la obligación de pago.

En caso de determinar el incumplimiento, señala que se procederá en iniciar el procedimiento de ejecución para que se cumplan con los fines estipulados en el fideicomiso como fuente de pago, pero es aquí en donde se da el incumplimiento, siendo que no pagó ni en dinero ni con bienes el deudor quien es el obligado principal para cumplir con el pago de lo adeudado dentro del contrato de fideicomiso de pago. En lo que respecta del procedimiento de ejecución, como se analiza en el capítulo del fideicomiso de pago existe una confusión, razón por la cual se le atribuye a la sección del fideicomiso de garantía que establece el procedimiento de ejecución extrajudicial que las partes hayan pactado de acuerdo a los requisitos que establece, para que se le de cumplimiento al contrato y los bienes fideicomitados en el fideicomiso de garantía se transfieran a las propiedad del o de los acreedores, y no regresen al patrimonio del deudor. El legislador no es claro, ni precisa cual es el procedimiento de ejecución que debe de seguir el fideicomiso de pago una vez se determine el incumplimiento del deudor. Pero no se debe confundir el procedimiento de ejecución del fideicomiso de garantía con las obligaciones alternativas que por su naturaleza, el fideicomiso de pago tiene por dar la opción a elegir el o los bienes con los que se va a responder se dará cumplimiento con el pago de la obligación principal en el contrato de fideicomiso de pago a diferencia del fideicomiso de garantía que trae consigo el incumplimiento del pago de la obligación de lo principal y por ende para dar cumplimiento se da responde con el bien que se dio en garantía por no poder pagar con la suma adeudada en dinero y de aquí procede a ejecutar un procedimiento para que los bienes que eran de propiedad del deudor pasen a ser a propiedad del o de los acreedores en el fideicomiso de garantía. De lo anterior se infiere, que las partes pueden pactar un procedimiento a seguir, como el extrajudicial en el caso del fideicomiso de garantía, pero es necesario precisar, que no se debe confundir con el procedimiento de ejecución mencionado anteriormente ya que solo aplica a la sección dedicada al fideicomiso de garantía y, en el caso del fideicomiso como instrumento de pago, no se está dando un bien en garantía sino una opción para cumplir con el pago de lo principal.

Es importante señalar la diferencia del fin de cada tipo de fideicomiso analizado anteriormente. Para entender la diferencia entre uno y otro, como se señala en el párrafo anterior sobre el bien que se da en garantía en el fideicomiso de garantía con la finalidad de que ese bien sea con lo que se pague la deuda en el caso que el deudor incumpla. En el caso del fideicomiso de pago, no hay un bien que se da en garantía, por lo que anteriormente se analiza en el capítulo del fideicomiso de pago las obligaciones alternativas. En el fideicomiso de pagos, las partes se sujetan a lo que dispongan, por lo que se debe pactar el cumplimiento del pago, y en caso de que el deudor no pague la deuda tal con dinero como se pactó en el contrato del fideicomiso también se podrá estipular el pago con un bien o bienes, que las partes hayan señalado en el contrato. La diferencia fundamental es, que no se ha precisado el bien con el que se va a pagar en el fideicomiso de pago, pero con ese bien que se va a elegir se va a dar cumplimiento al contrato que como fin trae consigo el pago. En una obligación alternativa, las partes pueden señalar varios bienes con el que se va a pagar la deuda no solamente uno ya que el fin es el pago de la deuda. En el fideicomiso de garantía el fin del fideicomiso está subordinado al bien que se dio en garantía, ya que se deben de cumplir con ciertas especificaciones que las partes pacten sobre la utilización y la administración de los bienes que sean fideicomitados en el patrimonio del fideicomiso.

En conclusión, son figuras que son semejantes desde el punto de vista abstracto, pero una vez que se analizan con más precisión, ambas figuras son totalmente diferentes. Por lo que, el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se refiere al procedimiento de ejecución, dándole a las partes la posibilidad de que se sujeten a lo que las partes pacten, para que el fin del fideicomiso de pago se lleve a cabo y se pague la deuda. El procedimiento de ejecución no es el extrajudicial al que se refiere el apartado del fideicomiso de garantía sino, a las obligaciones alternativas que las partes pueden pactar en el fideicomiso pago, para pagar con un bien distinto a una suma que cubra la totalidad de la deuda en dinero. En caso de que no se pacte el procedimiento de

ejecución por las partes, la ley no suple ni hace referencia al procedimiento judicial tal y como en el apartado del fideicomiso de garantía menciona y remite al Código de Comercio para que el procedimiento de ejecución proceda para que se cumpla el pago con el bien dado en garantía. El procedimiento al que estarían sujetas las partes en el fideicomiso sería un procedimiento civil, por incumplimiento y el pago de daños y perjuicios a quien sea que no haya elegido o se niegue a elegir el bien con el que se deba cumplir el pago de la obligación, lo mismo que aplica en caso de daño o pérdida al bien o bienes que se habían señalado para elegir para el pago de la deuda, tal y como se analiza en el apartado de las obligaciones alternativas.

CONCLUSIÓN.

En conclusión, el fideicomiso de garantía y el fideicomiso de pago son figuras muy similares, ya que están reguladas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Son figuras que por su significado contienen los elementos esenciales para que funcione el contrato de fideicomiso, pero a la vez son figuras muy distintas. El objeto de ambas figuras es lo que distingue al fideicomiso de garantía del fideicomiso de pago. Es importante destacar la procedencia de la figura del fideicomiso y la influencia del fideicomiso en la legislación mexicana. Como se analizó anteriormente, la figura del fideicomiso es una figura que proviene del derecho anglosajón, misma que influenció a nuestra legislación que está basada en la influencia romana. La figura del trust, fue la que vino a modificar al fideicomiso, por ser una figura muy utilizada en el derecho anglosajón, y por razones políticas y gubernamentales, se tuvo que regular en nuestro país la figura por practicidad para el gobierno mexicano y los extranjeros para que se llevaran a cabo operaciones utilizando la figura del fideicomiso.

El fideicomiso comenzó como una propuesta, como se analiza en el capítulo I en la sección de antecedentes históricos, que regulaban y definían al

fideicomiso pero no llegó a ser legislada. Poco a poco los legisladores fueron incluyendo la figura, a través de las legislaciones, y le daban definiciones distintas que venían a ser derogadas por nuevas acepciones de la utilización de la figura del fideicomiso en México de acuerdo a las necesidades de las transacciones llevadas a cabo por los mexicanos, y empresas mexicanas. No obstante, el fideicomiso hoy en día está regulado en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el Capítulo Cuarto de la Ley que se divide en dos secciones, una siendo los aspectos generales del fideicomiso y la otra sección exclusivamente enfocada al fideicomiso de garantía.

Se analizó la sección segunda de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito para tener un profundo conocimiento sobre la figura y la importancia de la misma. Es importante conocer porque se le dedica solamente una sección en específico al fideicomiso de garantía habiendo distintos tipos de fideicomisos reconocidos por las leyes mexicanas. El fideicomiso de garantía es un contrato por el cual el fideicomitente se obliga al pago de una deuda garantizando la obligación por medio de un bien ya sea mueble o inmueble que sea equivalente al monto al que el fideicomitente se obliga a cumplir. Si el fideicomitente cumple con la obligación, el bien que se encuentre fideicomitado al patrimonio del fideicomiso entonces se le regresará al patrimonio del fideicomitente quien es el deudor. Si no cumple con la obligación a la que se obligó el fideicomitente con el fiduciario o fideicomisarios, entonces procede lo que se conoce como el procedimiento de ejecución. Hay dos formas de hacer valer el procedimiento de ejecución, una de estas es el procedimiento extrajudicial y la otra es el procedimiento judicial. La primera se refiere a la facultad que el legislador le otorga a las partes que se obligan en el contrato de fideicomiso, para que puedan pactar la manera en la que deben de proceder en cuanto al bien que fue dado en garantía para el cumplimiento de la obligación en caso de que el fideicomitente incumpla. De tal manera que deben de respetar los requisitos que la ley señala en la sección del fideicomiso de garantía para que pacten en una sección especial en el contrato de fideicomiso de garantía, el procedimiento de ejecución extrajudicial. El

procedimiento de ejecución extrajudicial tiene como fin evitar a las partes que tengan que seguir todo un procedimiento judicial mismo que es tardado y tedioso. Es por eso, que la ley faculta a las partes que pacten como es que se debe de proceder por incumplimiento del contrato de fideicomiso, y en vez de regresarle el bien que fue fideicomitado por el fideicomitente, al patrimonio del fideicomitente, trasladarlo al patrimonio del o de los fiduciarios, o a quienes hayan sido señalados por el fideicomitente como los beneficiarios del fideicomiso de garantía. A falta de convenio extrajudicial la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito remite a un procedimiento judicial, basado en el Código de Comercio, por lo que suple la voluntad de las partes al someterlas al proceso judicial. En cambio, el fideicomiso de pago, no tiene dedicada una sección solamente que refiera al fideicomiso de pago y la forma de operar de este. El fideicomiso de pago solamente es mencionado una vez en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en el artículo 382 de la ley. Es una figura confusa ya que la ley no precisa su manera de operar o las razones por la cual existe el fideicomiso de pago siendo una figura incompleta, e incierta para las partes que contratan bajo dicha figura ya que deja una laguna en la ley y deja al arbitrio de las partes interpretar la manera de operar de dicha figura. El fideicomiso como instrumento de pago, es una figura por medio de la cual el fideicomitente por medio del contrato de fideicomiso, se obliga al pago de una obligación. El fin de la figura mencionada, es cumplir con el pago de las obligaciones contraídas en el contrato de fideicomiso que resulta en el pago del mismo. Por consiguiente, la palabra cumplimiento en la figura del fideicomiso de pago es lo que difiere a la figura del fideicomiso de garantía con el fideicomiso de pago ya que el fin es cumplir con el pago y en el fideicomiso de garantía tiene como fin, prever el incumplimiento del pago de la parte deudora y así determinar un bien con el que se va a responder por incumplir con el pago original.

El artículo 382 menciona como las partes deben de operar en caso de que exista incumplimiento por parte del deudor fideicomitente. Menciona que debe de haber una un procedimiento de ejecución para que se cumpla el fin del fideicomiso que es el pago de la obligación a la que se obligó principalmente el fideicomitente

en el contrato de fideicomiso de pago, esto siendo en caso de incumplimiento, es decir que no se haya pagado con alguna otra cosa y se requiera exigir el pago del mismo. La legislación no es clara sobre cómo es que debe de operar por lo que en el capítulo del fideicomiso de pago fue necesario analizar las obligaciones alternativas. Las obligaciones alternativas son aquellas a las que un deudor se obliga, es decir, son varios bienes con los que el deudor se obliga a responder para cumplir con el pago el mismo. De tal manera que cuando se actualice el pago, el deudor, por mutuo acuerdo del deudor y acreedor, responde eligiendo uno de los bienes que equivalga a la cantidad adeudada, no con todos los bienes, si es que no elige el dinero como forma de pago. Por lo que la figura del fideicomiso de garantía opera de manera similar, si el fideicomitente incumple, entonces el fiduciario o los fideicomisarios llevarán a cabo el procedimiento judicial o extrajudicial, de acuerdo a lo que se haya estipulado en el contrato de fideicomiso para proceder a ejecutar el bien otorgado en garantía para que pase de ser de propiedad del deudor a favor del o de los acreedores y así solventar la deuda de la parte deudora causada por el incumplimiento del pago de lo principal.

No obstante lo anterior, también causa confusión el procedimiento de ejecución al que hace referencia el artículo 382, podría confundirse con el procedimiento de ejecución que se establece en la sección del fideicomiso de garantía en cuanto el procedimiento extrajudicial y el procedimiento judicial de la figura. Pero se debe de tener en cuenta que si la ley establece una sección exclusiva al fideicomiso de garantía entonces los artículos a los que se refiere dicha sección solamente aplican al fideicomiso de garantía. Si en un contrato de fideicomiso de pago, se llegare a pactar un procedimiento extrajudicial o judicial tal y como se estipula en la sección del fideicomiso de garantía entonces se estaría constituyendo un contrato de fideicomiso de garantía no un contrato de fideicomiso como fuente de pago. Lo anterior por el simple hecho de que en un fideicomiso de garantía hay un bien determinado que se dio a cambio en caso de incumplimiento, y dicho bien garantiza el cumplimiento del contrato de fideicomiso de garantía porque el fin del contrato de fideicomiso de garantía es garantizar las

obligaciones del fideicomitente. En cambio, en el contrato de fideicomiso de pago, el fideicomitente se obliga al pago de una obligación en efectivo o conforme a lo que hayan elegido las partes, al pago por medio de un bien o bienes que equivalgan al valor total para cumplir con el pago, siendo estas las obligaciones alternativas a las que nos referimos anteriormente, mismas que se rigen por el Código Civil a diferencia del procedimiento judicial en el fideicomiso de garantía que se rige por el Código de Comercio. La similitud que se puede encontrar es la oportunidad que se le otorga a las partes de pactar en el fideicomiso un procedimiento extrajudicial, para que elijan el o los bienes con los que se responderán a manera de elección una vez se actualice el incumplimiento en el contrato de fideicomiso de garantía y/o se actualice el cumplimiento en el contrato de fideicomiso de pago. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito debería de reformarse, y actualizar el capítulo que se refiere al fideicomiso. Se debería de elaborar y ser más preciso la manera en la que debe de operar cada fideicomiso, ya que el fideicomiso de garantía no es el único que existe en la ley. Tal y como anteriormente se analizó, existen varios tipos de fideicomisos que se utilizan en la vida diaria de los mexicanos, y dichos fideicomisos deben de contener disposiciones más elaboradas y específicas en cuanto a su funcionamiento para que no existan confusiones en cuanto a su operación. El fideicomiso de pago, debe de contener una sección dedicada al mismo, tal y como la del fideicomiso de garantía por el hecho de que ambas figuras se confunden en la práctica. No hay distinción precisa hecha por el legislador, ni tampoco especifica en cuanto al procedimiento de ejecución y es por eso que es confuso y se llega a confundir la figura con el fideicomiso de garantía al momento de querer ejecutar el incumplimiento del pago o el cumplimiento de pago. El legislador debería de ser más preciso en cuanto a las figuras del fideicomiso y no solo mencionarla una vez en el artículo 382 de la Ley General de Títulos y Obligaciones de Crédito.

Listado de Material Bibliográfico:

Doctrina:

Azúa Reyes, Sergio T. **Teoría General del as Obligaciones**. 5ª ed. México, Porrúa, 1993/2012.

Batiza, Rodolfo. **El Fideicomiso Teoría y Práctica**. 8ª ed. México, Editorial Jus, S.A. de C.V., 1958/2001.

Batiza, Rodolfo y Luján, Marcial. **El Fideicomiso**. 10ª ed. México, Porrúa, 1958/2011.

Castillo Lara, Eduardo. **El Fideicomiso, El Fideicomiso de Garantía y su Ejecución**. México, Editorial Limusa, 2011.

Domínguez Martínez, Jorge A. **El Fideicomiso Ante la Teoría General del Negocio Jurídico**. 3ª ed. México, Porrúa, 1972/1982.

Martínez Alfaro, Joaquín. **Teoría De Las Obligaciones**. 12ª ed. México, Porrúa, 2012.

Ortiz Soltero, Sergio Monserrit. **El Fideicomiso Mexicano**. 4ª ed. México, Porrúa, 1998/2011.

Robles Farías, Diego. **Teoría General de las Obligaciones**. México, Oxford University Press México, S.A. de C.V, 2011.

Tapia Ramírez, Javier. **Derecho de Obligaciones**. 2ª ed. México, Porrúa, 2005/2012.

Vargas Díaz Barriga, Luis David. **Aspectos Prácticos del Contrato de Fideicomiso**. México, Porrúa, 2012.

Villagordoa Lozano, José Manuel. **Doctrina General Del Fideicomiso**. 3ª ed. México, Porrúa. 1976/1998.

Doctrina en línea:

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. **El Fideicomiso en México**. Jurídicas UNAM. Disponible en línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/podium/cont/32/pr/pr32.pdf>

Estrada Magallón, Francisco. **El Fideicomiso en México Parte I**. Mundo Fiduciario. Disponible en Línea: <http://www.mundofiduciario.com/especial-el-fideicomiso-en-mexico-i-parte>

Estrada Magallón, Francisco. **El Fideicomiso en México Parte II**. Mundo Fiduciario. <http://www.mundofiduciario.com/especial-el-fideicomiso-en-mexico-ii-parte>

Estrada Magallón, Francisco. **El Fideicomiso en México Parte III**. Mundo Fiduciario. <http://www.mundofiduciario.com/especial-el-fideicomiso-en-mexico-iii-parte>

Suayfeta O. Juan, **La Reforma al artículo 348 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito**. Disponible en Línea: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/22/leg/leg11.pdf>

Jurisprudencia:

Procedimiento Judicial De Ejecución De Garantías Otorgadas Mediante Fideicomiso De Garantía. Es Posible Acudir A Él Únicamente Para Que Por Resolución Judicial Se Pongan A Disposición De La Fiduciaria Los Bienes, Para Que Proceda A Su Enajenación En La Forma Pactada.

Tesis Aislada. Tribunales Colegiados de Circuito. Clave I.11o.C.22 C (SJF: 10ª época, Abril, 2013, p. 2256). Disponible en línea: [61](http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=fideicomiso%2520de%2520garant%25C3%25ADa&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=36&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2003355&Hit=5&IDs=2008858,2007887,2005235,2004555,2003355,2003356,2001921,2001162,2000941,161435,162139,162423,162590,163141,163251,164415,168472,169158,169269,169856&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=>Registro 2003355 (Consulta: 28 de octubre de 2016).</p></div><div data-bbox=)

Obligación alternativa. Su Connotación: Tesis Aislada. Tribunales Colegiados de Circuito. Clave XIX.2.o.A.C.47 C (SJF: 9ª época, Mayo, 2007, p. 2256). Disponible en línea: [### **Legislación:**](http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=10000000000000&Expresion=obligacion%2520alternativa&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=37&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=172466&Hit=11&IDs=2009120,2007176,2005289,2004377,2001846,164167,168509,168881,169645,172492,172466,172996,172973,173818,173986,174833,175698,176560,178084,178515&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=> Registro: 172466 (Consulta: 28 de octubre de 2016).</p></div><div data-bbox=)

Código de Comercio. (P.O. diciembre 7, 1889/junio 13,2014).

Ley de Instituciones de Crédito. (P.O. julio 18, 1990/junio 17, 2016).

Ley del Mercado de Valores. (P.O. diciembre 30, 2005/enero 10,2014).

Ley General de Sociedades Mercantiles. (P.O. agosto 4, 1934/junio 13,2014).

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. (P.O. Agosto 27, 1932/junio 13,2014).