

308
26j



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

**"LA NULIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR
INTERESES, COMO CONSECUENCIA DE LA
CAPITALIZACIÓN DE LOS INTERESES
MORATORIOS, EN LOS CONTRATOS DE
APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA
HIPOTECARIA"**

FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
PABLO ORTIZ GONZÁLEZ

ASESOR: LIC. ROBERTO HECTOR GORDILLO MONTESINOS

México.

1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

DEDICO ESTA TESIS :

A Dios, porque gracias a la fe que le profeso, me ha permitido cumplir con mis objetivos.

A mis padres, señores Leonardo Ortiz Peralta y Elvia González Castro, pilares de fortaleza y dedicación, de amor y comprensión; incondicionales en todo momento, con el afán de ver a sus hijos realizados. Gracias con todo mi amor y respeto.

A mis hermanos Jorge, Laura y Elizabeth, invaluable personas en mi vida, ejemplos de responsabilidad, humildad y verdaderos amigos.

A mis padrinos Doctor Aurelio Salinas Ortiz y admirable esposa Licenciada Noemí Escamilla Qué, vivos ejemplos de triunfadores; pero sobre todo, por ser unos excelentes seres humanos.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, Campus Aragón semillero de grandes profesionistas.

De una manera muy especial a mi asesor Licenciada Roberto Héctor Gordillo Montesinos, por su dedicación y sabio consejo, gran precursor del Derecho y excelente catedrático. Gracias por su loable enseñanza.

A mi entrañable amigo René Martínez Aguilar por su confianza, confidencialidad y sobre todo porque me ha reafirmado que la superación no es un don con el que se nace, sino que es una virtud por la que hay que luchar día con día.

A mi amigo de toda la vida Juan Carlos Solís Fuentes, por su gran dedicación y esfuerzo para lograr lo que se propone. Sembrador de éxitos y triunfos.

A mi gran amigo Mauro Zarate Monjaraz, por su humildad y sencillas características propias de las personas de éxito.

Con gran admiración y respeto a la familia Martínez Aguilar, por su incosteable apoyo y confianza para mi realización como persona de provecho en esta sociedad.

A mis amigos Sandra Leticia Díaz Sánchez y Gustavo Pérez Carcamo, por su dedicación y entusiasmo como litigantes, así como por el apoyo brindado en mi formación como persona y profesionista.

Al Licenciado Diego Hernández Cruz, por su gran apoyo en mi formación como litigante.

A los Doctores Pedro Gregorio Solano y Martha Escamilla Keé, por el apoyo y la confianza brindadas durante toda mi vida.

A los señores Rafael Jiménez e Hilda Sánchez, como un testimonio de agradecimiento y refrendo de amistad. Gracias por su valioso respaldo en todo momento.

A mis invaluable amigos Martín López y Silvia Navarro en virtud de que su confianza implica un gran tesoro para seguir adelante.

INDICE

LA NULIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR INTERESES, COMO
CONSECUENCIA DE LA CAPITALIZACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS,
EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA
HIPOTECARIA.

Página

INTRODUCCION.....I-III.

CAPITULO I

ANTECEDENTES DE LA EMISIÓN DE LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS, POR
INSTITUCIONES BANCARIAS.

A.-En Roma.....	1.
B.-En Italia.....	2.
C.-En Francia.....	5.
D.-En España.....	7.
E.-En México.....	8.

CAPITULO II.

EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

A.-El Contrato de Apertura de Crédito	16.
B.-El Contrato de Nipoteca	25.
C.-Elementos de existencia.....	34.
D.-Requisitos de validez.....	46.
E.-Sujetos que intervienen en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.....	56.
F.-Obligaciones de los contratantes.....	57.
G.-Derechos de los contratantes.....	58.
H.-Causas de terminación del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.....	59.

CAPITULO III.

LA POSIBILIDAD DE CAPITALIZAR LOS INTERESES MORATORIOS, EN LOS
CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

A.-Análisis del artículo 363 del Código de Comercio....	62.
B.-Definición de interés moratorio.....	68.

	Pág.
C.-La voluntad de los contratantes, como elementos de existencia en la capitalización de los intereses moratorios.....	75.

CAPITULO IV

LA NULIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO POR LA CAPITALIZACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS, EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

A.-Origen de la teoría de las nulidades.....	79.
B.-La nulidad dentro de nuestro actual sistema jurídico.....	84.
C.-La posibilidad de la nulidad absoluta en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria.....	89.
D.-La posibilidad de la nulidad relativa en la capitalización de intereses moratorios en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria	96.
CONCLUSIONES.....	101.
APENDICE	
ANEXO N°1.....	108.
ANEXO N°2.....	120.
ANEXO N°3.....	131.
ANEXO N°4.....	137.
BIBLIOGRAFIA.....	139.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día vivimos acontecimientos que vienen aparejados con un sinnúmero de conflictos, principalmente en la esfera económica de los individuos, en razón de que se ha visto disminuido de manera considerable el poder adquisitivo de todos los que integramos esta sociedad.

Uno de los más graves problemas que aquejan a nuestro país, lo es el evidente abuso que las instituciones de crédito, en lo particular los Bancos, cometen al lesionar la economía y la libertad contractual de las personas físicas y morales que con ellos contratan.

La capitalización de los intereses moratorios, que de manera ilegal y arbitraria realizan las instituciones de crédito mencionadas, la hacen exigible a sus deudores, sin el mínimo lineamiento jurídico aplicable y, no obstante ello, la hacen cobrable.

El contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, es uno de los instrumentos más usados por las instituciones bancarias, a efecto de otorgar la disponibilidad de un crédito determinado, estableciéndose en el mismo cláusulas que atentan contra el orden público y la buena fe y, en tanto que en ellas se encuentran expresiones y términos que sólo son entendibles al personal que labora en las empresas mencionadas, y no así, para la mayoría de los que con ellas contratan.

Ante los múltiples abusos que se cometen en contra de los acreditados en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, se han suscitado múltiples movimientos en pro de la posibilidad de encontrar los medios idóneos para solucionar la conflictiva surgida en razón de los créditos ya vencidos.

Consideramos que en la Ley está la respuesta a las miles de interrogantes que hacen los deudores de la Banca en nuestro sistema económico.

En esta tesis sostenemos que los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, están afectados de nulidad, en virtud de que en los mismos, se encuentra a su vez afectado de manera irremediable el consentimiento de los acreditados, al obligarse al pago que por la capitalización de intereses les es impuesto.

Al encontrarse viciada la voluntad de alguno de los obligados, no puede tener cabida la exigibilidad de pago de las

obligaciones que se pretende sean cumplidas, es por ello que el acto jurídico que aquí mencionamos, debe ser sancionado con la nulidad.

Quizás pensemos que, ante la falta de ese vital elemento para la existencia del contrato que es la voluntad, deba de declararse inexistente dicho acto, sin embargo, nuestros órganos encargados de aplicar las normas jurídicas, han considerado a la inexistencia como una mera teoría, por lo cual, por propio sentido común, debemos usar como acción o como excepción a la citada nulidad absoluta.

La nulidad relativa en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, es posible, en virtud de que ésta tiene lugar ante la falta de alguno de los requisitos de validez del propio contrato; al viciarse el consentimiento para contratar con respecto a la capitalización de los intereses moratorios, que del mismo se generan, no en todos esos actos es aplicable la nulidad absoluta, en razón de que muchos de los deudores pagan el crédito dispuesto, no obstante las alzas y cambios que hayan sufrido.

Sin embargo, esto no significa que se deba aplicar la multicitada capitalización de intereses a los deudores que por alguna razón no cumplen con su obligación de pago, en virtud de que ello implica una contravención a lo dispuesto por el artículo 363 del Código de Comercio en vigor, en razón de que, si bien es permite la capitalización de los réditos mencionados, el hacerlo puede encuadrar lo que muchos tratadistas llaman: pacto de anatocismo. Más aún, los aumentos en los créditos que se constituyeron con la banca a partir de diciembre de 1994, no fueron ocasionados por los propios deudores, por tanto, se viola el precepto jurídico según el cual nadie está obligado a lo imposible, a la fuerza mayor o al caso fortuito, principio consagrado en el artículo 2111 del Código Civil para el Distrito Federal.

En razón de lo expuesto, es que nace la decisión de adentrarme en el estudio del tema que nos ocupa, con la firme

intención de formular propuestas y soluciones ante los múltiples problemas que padecen los deudores.

Dentro de la secuela de este trabajo recepcional, se abordarán temas cuyo desarrollo será el probar la procedencia de la nulidad absoluta y relativa, con respecto a los actos jurídicos aquí expresados; de igual forma sintetizaremos el desarrollo histórico que han tenido los créditos hipotecarios, en los principales países en que se han implementado.

La propuesta que planteamos a efecto de que la nulidad absoluta sea aplicada a todos aquellos contratos que son celebrados con las instituciones bancarias en los que no se respeta la autonomía de la voluntad de los deudores, lo es la modificación del citado artículo 363 del Código de Comercio, estableciendo en el mismo bases específicas en la formulación de una segunda deuda que constituiría la capitalización de intereses.

De igual forma, pretendemos que los alcances que esta investigación tenga, sean entendibles por los estudiosos del derecho, a efecto de que la misma sea sometida a la discusión confiable y a la crítica constructiva.

Por último, cabe señalar que los métodos utilizados para la elaboración de la presente tesis, lo son los usados en la investigación documental.

Capitulo I

C A P I T U L O I

ANTECEDENTES DE LA EMISIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS POR INSTITUCIONES BANCARIAS.

El tema de los créditos hipotecarios ha tenido un auge trascendente a través de la historia, convirtiéndolos en una figura jurídica de gran importancia en nuestros días, y sobre todo en nuestro sistema jurídico. Es por ello que consideramos de suma importancia estudiar a los créditos hipotecarios, en aquellas legislaciones en que han tenido amplio desarrollo.

Es preciso entrar al estudio de la historia de los créditos hipotecarios, en virtud de que debemos conocer las bases en que se han apoyado, para poder formular conceptos, planteamientos y comentarios propios, que nos permitan reflexionar sobre los puntos centrales de este trabajo recepcional y nos dejen conocer los cimientos que sostienen los criterios que sobre esta figura jurídica se han sustentado a través de la historia.

A. - ROMA.

Es en Roma donde encontramos ya a los primeros banqueros que en la época eran llamados "argentarii" y ejercían fundamentalmente su actividad en la calle de Jano. Recibían depósitos regulares sin percepción de intereses, al igual que depósitos irregulares, otorgaban préstamos y créditos, realizaban cobros por cuenta de terceros, mediaban en las cuentas públicas, operaban seguros marítimos e intervenían en el cambio de moneda, su función era considerada pública y estaba sometida a la vigilancia del "Praefectus Urbi".¹

Como antecedentes de la apertura de crédito, tenemos a las figuras jurídicas que en el derecho romano se denominaron *Constitutum y receptum argentarii*, con respecto a ellas, el maestro Alvaro D'ors, señala: "*Constitutum*.. *Constituere debitum* es el acto por el que una persona fija y el acreedor acepta un plazo, o un nuevo plazo (si la deuda ya tenía uno), para el pago de una deuda actual de cantidad; el incumplimiento de este plazo constituido da lugar a la *actio de pecunia constituta*. La deuda <<constituida>> puede ser propia o ajena; en este último caso de *constitutum debiti alieni*, viene a darse una forma de garantía personal.

Aun siendo una acción *in factum concepta*, su fórmula se refiere expresamente a una *pecunia* <<debita>>, y por ello el demandante

¹ Cfr. Acosta, M. Derecho Bancario, p. 73. Porrúa S.A. México, 1978.

debe probar, no sólo el hecho del *Constitutum*, sino también la existencia del *debitum*.

Este carácter causal del negocio se contrapone al abstracto del *receptum argentarii*: cuando un banquero asume (sin estipulación, y, por tanto, sin novación) una deuda ajena, el acreedor que reclama por la *actio recepticia* no tiene que probar más que el hecho del *receptum*, y no la existencia de la deuda asumida. Justiniano asimiló al *receptum* del banquero al *constitutum debiti alieni*, con lo que aquél perdió su carácter abstracto."² (Vid. Inst. 4,6,8. ; CI. 4,8,2.)³

El *receptum argentarii* es un convenio informal por el cual un *argentarius* (banquero) se compromete a pagar una suma de dinero o a entregar una cosa que adeuda uno de sus clientes. Del convenio celebrado se deriva una acción pretoria, la *actio recepticia*, que tiene el acreedor contra el banquero que se ha obligado.

B.- ITALIA.

Es en Italia en donde encontramos los primeros antecedentes de los bancos modernos.

Ya para la Edad media - señala el Maestro Miguel Acosta Romero - los únicos traficantes en dinero y crédito fueron los israelitas y los italianos originarios de los estados lombardos, quienes dieron lugar a una serie de operaciones que fueron conocidas como "*el préstamo lombardo*". Este sistema constituía parte del comercio monetario, e imperó en Italia, Inglaterra y Francia. Por el se establecían mesas de préstamos en perjuicio de los prestamistas judíos. Una característica muy importante sobre los préstamos que realizaron los lombardos, lo fue que estos entregaron a los reyes y príncipes franceses, adelantos sobre sus garantías, en importes considerables para la época.

En el siglo XII se constituyó en Venecia, Italia, el *Monte Vecchio*, el cuál fue creado por los judíos, fijando las condiciones de préstamos, inspirados en las doctrinas que se infunden en el Talmud (obra sagrada entre las religiones

² D'ors, Alvaro. Elementos de Derecho Privado Romano. p. 214, 215. Ediciones Universidad de Navarra. S.A., Pamplona, 1975.

³ Para la consulta de las notas de la legislación romana, ver anexo N.º. 1. del apéndice.

judías), por las que los préstamos estaban sometidos a condiciones pignoraticias, sobre los bienes del deudor, tal y como sucede actualmente con el llamado monte de piedad. En opinión de algunos tratadistas, el *Monte Vecchio* es antecedente de los bancos modernos.⁴

En el periodo que abarcó del siglo XII al XIV, los italianos laicos, desarrollaron en gran escala el uso de los depósitos a la vista y a plazo, traslaticios de propiedad, y por consiguiente, susceptibles de reintegro.⁵

De lo manifestado, nos percatamos que en las distintas épocas que se han mencionado, encontramos ya una forma de la emisión de créditos en la que se usa el señalamiento de un bien en garantía de pago del crédito otorgado, lo que también sucede actualmente con los bienes de los individuos, que se gravan en los créditos con garantía hipotecaria.

En Italia actualmente los créditos hipotecarios vienen a constituir una de las formas principales de allegarse capital. Estas formas están concentradas en los préstamos ordinarios concedidos por el Banco de Italia a las instituciones de crédito, los que se hacen sobre la base de líneas de crédito sobre depósitos de valores. Igualmente las llamadas cajas de ahorro, tienen gran trascendencia en la emisión de los créditos hipotecarios en virtud de que estas instituciones son las que principalmente los otorgan. Jurídicamente las cajas de ahorro son organismos públicos regidos por regulaciones especiales que se establecieron por primera vez en 1888.

En el activo de las cajas de ahorro ocupan un lugar muy importante los préstamos a mediano y largo plazo concedidos a clases especiales de prestarios y con garantías especiales, tales como la garantía en hipoteca.⁶ Las cajas de ahorro están autorizadas por la legislación y por sus estatutos particulares para dedicar gran parte de sus depósitos a préstamos hipotecarios y préstamos a autoridades gubernamentales locales u otros organismos públicos (en plazos normalmente extensivos a los 25 años), las estadísticas conocidas para el año de 1960 rebelaron que para marzo de ese año las cajas de ahorro ascendieron a 2468.⁷

⁴ Cfr. Acosta, M. Ob. Cit. p. 73.

Bauche Garcíadiego, M. Operaciones Bancarias, p. 4 Porrúa S.A. México, 1981.

⁵ Ibidem, p. 5.

⁶ Cfr. Sayers, R.S. La Banca en Europa Occidental, p. 129. Editorial Labor España, 1973.

⁷ Sayers, Ob. Cit. Pág. 120, 124.

De igual forma, los antecedentes de los créditos hipotecarios en Italia, los encontramos en el sistema de financiación Italiana. El Maestro R.S. Sayers manifiesta que el presente sistema de financiación inmobiliaria se remonta a muchos decenios. Este fue regulado por la ley codificada de 1905 con subsecuentes revisiones, así como por la ley complementaria del año de 1949 que amplía las funciones de todos los establecimientos de crédito inmobiliario, de tal forma que se incluyeran préstamos a la construcción (Por disposición de la Ley Italiana, un préstamo inmobiliario o *crédito fondario*, -como es llamado- es el que se concede en un sólo plazo contra la garantía de propiedad de la que se hace ya uso efectivo y que deja una renta, y un préstamo de construcción o *crédito edificio*, es el que se concede para financiar la construcción *ex novo* o la transformación de un inmueble, que se garantiza con la totalidad del inmueble y con el trabajo de construcción inicial realizado por el prestatario y se asigna en una serie de plazos a medida que avanza la construcción). El tipo tradicional de préstamo sobre la propiedad inmobiliaria en la legislación italiana ha perdido en la actualidad mucha importancia, ya que los establecimientos de crédito inmobiliario se ocupan principalmente de financiar la construcción de edificios de carácter no industrial. Los préstamos se hacen sobre emisiones de bonos que tienen el mismo tipo de interés que los préstamos y se benefician de un trato especial en los impuestos. No pueden exceder del cincuenta por ciento del valor de los inmuebles. Deberán estar asegurados con una primera hipoteca y serán reembolsados en forma de plazos semestrales regulares (que incluyen amortizaciones, intereses, comisiones y demás costos extraordinarios). Tienen normalmente una vida de diez a veinticinco años -según la legislación italiana-, sin embargo, la doctrina ha manifestado que el máximo lo es de cincuenta años. La mayoría de los establecimientos de crédito inmobiliario fueron creados en el siglo XIX. Algunos son contemporáneos de la ley de 1868. Una posición de tradicional relieve entre ellas la ostenta la sección de la *Cassa di Risparmio delle Provincie Lombarde* (con préstamos pendientes por 134 000 millones de liras a fines de 1959). La siguen en importancia la sección de la *Banca Nazionale del Lavoro* (con 83,000 millones de liras).⁸

Estos son a grandes rasgos los antecedentes que encontramos en la Italia antigua y moderna sobre la emisión de los créditos con garantía hipotecaria.

⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 135.

C. - FRANCIA.

El régimen hipotecario en la Francia moderna, arranca de las reformas revolucionarias: El Código hipotecario 9 Messidor del año III y la Ley 11 Brumario del año VII. El Código hipotecario, estableció las normas para las declaraciones inmobiliarias y la organización hipotecaria y tendió a la movilización de los valores hipotecarios mediante la creación de cédulas territoriales, que son un antecedente de nuestros Bonos hipotecarios. La ley 11 Brumario significa una rectificación al Código hipotecario 9 Messidor.⁹

Nos refiere el Maestro Rafael de la Garza, en su obra titulada Cédulas Hipotecarias, que "Las Cédulas Hipotecarias de ésta Legislación son documentos representativos de créditos garantizados hipotecariamente".

"Para la emisión de la cédula, el propietario de la finca se dirigía al conservador de hipotecas, el que inscribía sobre la cédula ciertos datos encaminados a hacer conocer la situación hipotecaria del inmueble y a fijar en esta forma al acreedor, el valor de su garantía".¹⁰

Por otra parte, las cédulas hipotecarias que se emitían en la Francia moderna, no constituyeron auténticas obligaciones hipotecarias, pues la obligación supone una pluralidad de títulos que fracciona un crédito único, y si bien el legislador francés había previsto que las cédulas se pudiesen dividir y subdividir en cupones, que podrían ser negociados por vía de endoso,¹¹ y que serían como papel moneda con garantía de los bienes que se hubiesen hipotecado, más bien se trataba de pagarés con garantía hipotecaria, cuya importancia estribaba en que se estableció el principio de la movilización de la hipoteca incorporada a un título de crédito.¹²

Siguiendo la evolución legislativa en Francia; ésta se caracteriza por la aparición de las llamadas *lettres de gage*, muy semejantes a los actuales bonos hipotecarios del Derecho mexicano. Las *lettres de gage* son consecuencias de la influencia de la legislación alemana en Francia, pues la difusión de las sociedades de crédito hipotecario (*crédit foncier*) inicia con los

⁹ Rodríguez Rodríguez, J. Derecho Bancario, p., 384. Porrúa S.A. México 1980.

¹⁰ De la Garza. R. Cédulas Hipotecarias. Tesis Profesional.

¹¹ Endoso.- Traslación de un Título de Crédito de un poseedor a otro, el cuál puede ser en propiedad, en procuración, en garantía o en blanco.

¹² Rodríguez. Rodríguez, J. Derecho Bancario, p. 384. Porrúa S.A. México, 1980.

resultados obtenidos por el sistema de crédito inmobiliario ideado por Büring.¹³

Las *lettres de gage* son emitidas en relación a un préstamo, por sociedades de crédito inmobiliario. Estas son negociables por endoso o por tradición, en razón de que pueden suscribirse como nominativas o al portador. Necesariamente deben hacerse en primeras hipotecas y tienen no sólo la garantía general sobre todos los bienes de la sociedad emisora, sino la específica de los créditos hipotecarios de la que aquélla es titular.

La ley de 28 de febrero de 1852, reglamentó las condiciones para la emisión de las *lettres de gage*, cuyas disposiciones fundamentales son las siguientes :

1. El valor de las *lettres de gage* no puede rebasar el monto de los préstamos.
2. *receptum* A todo reembolso anticipado debe responder un retiro de *lettres de gage* proporcional .
3. La emisión debe hacerse mediante la intervención de notario.
4. La emisión sólo puede hacerse después de la inscripción de la hipoteca.
5. El capital de la sociedad no puede ser inferior a la vigésima parte de las *lettres de gage* en circulación.
6. Las *lettres de gage* no pueden ser de valor nominal inferior a cien francos.¹⁴

En torno al panorama del crédito otorgado a las sociedades del *crédit foncier* francés con base en la emisión de las *lettres de gage*, el Maestro Rodríguez Rodríguez, menciona que podemos concluir con las siguientes notas :

- A.- El reembolso debe de garantizarse con una primera hipoteca.
- B.- El límite del préstamo es la mitad del valor del inmueble que se hipoteca.
- C.- El crédito ha de emplearse en un inmueble permanente y de carácter productivo.¹⁵

Como es sabido por los estudiosos del derecho, nuestra legislación se basa en su mayoría en ideas de la doctrina y legislación francesa, y los créditos hipotecarios no son la

¹³ Rodríguez. Rodríguez. *Ob. Cit.* p. 385.

¹⁴ *Idem.* p. 385.

¹⁵ *Ibidem.* p. 386.

excepción, ya que la exposición anterior nos pone de manifiesto las condiciones de los actuales bonos bancarios mexicanos, reglamentados en el artículo 63 de la Ley de Instituciones de Crédito vigente. Así como de las hipotecas constituidas en favor de instituciones de crédito, que son reglamentadas actualmente por nuestra Ley de Instituciones de crédito en su artículo 67, al referirse a las operaciones activas.

D. - ESPAÑA.

En España la reglamentación jurídica sobre cédulas hipotecarias se encuentra contenida fundamentalmente en el Código de Comercio de 1885. Lamentablemente, las prevenciones de este ordenamiento legal no se han concretado, en lo que se refiere a la libertad para la emisión de esos documentos, hasta en tanto no desaparezca el monopolio concedido al Banco Hipotecario de España.

El Banco Hipotecario de España fue creado por la Ley del 2 de diciembre de 1872, su privilegio de negociar las cédulas hipotecarias tiene su punto de partida en el real decreto de 2 de julio de 1875. Por decreto ley del 4 de agosto de 1928 fue aprobado el estatuto de dicha Institución y de la Caja para el Fomento de la Pequeña Propiedad, que vino a modificar brevemente y a completar los estatutos aprobados por el real decreto de 12 de octubre de 1875.

La legislación actual española marca una amplia intervención del Estado en la administración del Banco y en la utilización de éste, en ciertos aspectos, como instrumento de política social, en compensación al privilegio de emisión al que hemos hecho referencia.

Las normas fundamentales del Código de Comercio español sobre este punto, son: el principio de la emisión de las cédulas hipotecarias sólo por una suma igual al importe total de los préstamos sobre inmuebles; los documentos pueden ser nominativos o al portador, con amortización o sin ella, a corto o a largo plazo, con prima o sin prima, y ellos mismos, sus cupones y las primas producen acción ejecutiva. Las cédulas hipotecarias, lo mismo que sus intereses, o cupones y las primas "tendrán por garantía, con preferencia sobre todo otro acreedor u obligación, los créditos y préstamos a favor del banco o compañía que las haya emitido y en cuya representación estarán creados quedando, en consecuencia, afectos especial y singularmente a su pago esos mismos créditos" (artículos 207 y 208 del Código citado).¹⁶

¹⁶ ibidem, p. 388

"En España en la actualidad rigen esta materia, además del Código de Comercio, la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, y el Reglamento del Registro Mercantil, que en su artículo 92, apartado 2o. confirma el monopolio concedido por 99 años al Banco Hipotecario de España, con mayor razón, desde el Decreto - Ley 34 de 20 de julio de 1962, por el cuál dicha institución fue nacionalizada y reorganizada como institución de derecho público."¹⁷

E.- MÉXICO.

"Los primeros rastros de obligaciones hipotecarias que se encuentran en nuestro país se hallan en los contratos de concesión hechos por el Estado con las compañías ferroviarias en el último tercio del siglo XIX."¹⁸

En los estatutos del Contrato del Banco Hipotecario Mexicano del 24 de Abril de 1882 y que fueron aprobados el día 22 de mayo de 1882, en el periodo presidencial del General Porfirio Díaz, se autorizó a dicha institución a hacer préstamos sobre propiedades situadas en el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, con un capital de \$800,000 pesos, divididos en acciones de \$100 pesos cada una.¹⁹

El artículo 3o. de los Estatutos del Contrato establece las operaciones designadas al Banco Hipotecario Mexicano, las cuáles son :

- I.- Emitir bonos nominativos o al portador.
- II.- Emitir bonos de Caja reembolsables a plazo.
- III.- Hacer préstamos a particulares o a corporaciones sobre fincas rústicas o urbanas y sobre derechos reales.
- IV.- Poseer y administrar por determinado tiempo las propiedades que adquiriera.
- V.- Hacer compras y ventas a comisión, directamente ó por medio de sus agentes, de productos agrícolas, máquinas y útiles destinados a la agricultura.

¹⁷ Ibidem. p. 387, 388.

¹⁸ Ibidem. p. 388.

¹⁹ Cfr. Labastida, Luis G. Estudio Histórico y Filosófico sobre los Bancos, p.80 Porrúa S.A. México, 1989. 2a. Edición Facsimilar.

VII.- Recibir depósitos de numerario con objeto de encargarse de colocarlos por cuenta y en nombre del deponente, en obligaciones hipotecarias del mismo Banco.

Para las operaciones hipotecarias del Banco se establecieron las siguientes bases:²⁰

I.- Los préstamos se harán por regla sobre hipotecas de primer lugar.

II.-- El Banco Hipotecario no podrá prestar en lo general una cantidad mayor de la mitad del valor en que se estime la propiedad que deba constituir la garantía.

III.- No se admitirán en garantía las propiedades que estuvieren pro indiviso, a menos que firmen la obligación todos los condueños. Tampoco se admitirán aquellas en que la nuda propiedad o el usufructo estén en diversas personas, a menos que todas se obliguen.

IV.- Por regla general no se admitirán en hipoteca las propiedades que no produzcan por su naturaleza rendimiento continuo.

V.- El valor de la propiedad que se ofrezca en garantía se fijará convenientemente para servir de base a los préstamos, así como el de los lotes en que pueda dividirse para ser puesta en venta por el Banco, si llegare este caso; pudiendo el mismo Banco Hipotecario hacer que la propiedad sea reconocida por un perito a costa del que solicite la hipoteca.

VI.- Si los bienes hipotecarios sufrieren demérito o experimentaren daños de tal naturaleza que dejen de ofrecer la garantía suficiente, el Banco Hipotecario tendrá derecho a exigir el pago de su acrecencia conforme a las prescripciones que a este respecto se fijarán en los Estatutos. Pero en caso de que las pérdidas o deterioros de la propiedad no se puedan imputar a culpa

²⁰ Para Mayor información al respecto, ver anexo N^o. 2 del apéndice.

del deudor el Banco Hipotecario estará en la obligación de recibir otra garantía siempre que el interesado quisiese otorgarla bajo hipoteca equivalente.

En fecha 1 de Junio de 1888, se aprobó el contrato en el cual el Banco Hipotecario Mexicano cambió su denominación a la de Banco Internacional e Hipotecario de México. En dicho contrato se suprime la fracción C del artículo Tercero, de la concesión, se reforma la fracción I del mismo numeral, así como la fracción II y se le adicionan a dicho artículo las fracciones VII a XII, de igual forma se reforman y adicionan otros artículos de dicho contrato.²¹

De entre los artículos de mayor importancia de los Estatutos del Banco Internacional e Hipotecario de México, tenemos los siguientes :

El artículo 95 dispone las operaciones que podrá realizar dicho Banco.

" ARTICULO 95.- Las operaciones que el Banco podrá hacer con particulares, ayuntamientos, Estados o corporaciones, son las siguientes:

I.- Podrá hacer préstamos hasta por cincuenta años por medio de pagos o abonos parciales e iguales, y garantizados con la hipoteca de inmuebles o derechos reales susceptibles de ser hipotecados.

II.- Podrá hacer préstamos hasta por diez años, amortizables en una sola emisión y garantizados con la hipoteca de inmuebles o derechos reales susceptibles de ser hipotecados. Los préstamos a que se refiere esta fracción y la anterior, podrán hacerse sobre bienes inmuebles situados dentro del territorio de la República de México.

III.- Podrá poseer y administrar las propiedades de que esté en posesión interina, mientras no sean enajenadas.

IV.- Podrá adquirir por vía de cesión o cualquiera otro título, créditos hipotecarios constituidos sobre

²¹ Para Mayor información al respecto, ver anexo N° 3 del apéndice.

inmuebles.

V.- Podrá vender, permutar, o por cualquiera otro título enajenar los inmuebles que hubieren entrado a sudominio por adjudicación.

VI.- Podrá hacer ventas y compras a comisión, directamente y por medio de sus agentes, de productos agrícolas, maquinaria y útiles destinados a la agricultura.

VII.- Recibirá depósitos en numerario con objeto de colocarlos por cuenta y en nombre del deponente, en bonos hipotecarios del Banco.

A fin de procurar los fondos para la realización de las operaciones hipotecarias se dispuso lo siguiente en los artículos 96 y 97 de los Estatutos multicitados.

"ARTÍCULO 96. A fin de procurarse los fondos necesarios para hacer las operaciones que expresa el artículo anterior, el Banco queda autorizado para emitir:

I. Bonos hipotecarios nominativos o al portador, cuyo capital se amortice por medio de sorteos en los términos que previenen estos Estatutos.

II. " Bonos de Caja ," nominativos o al portador, reembolsables en plazos fijos que podrán variar entre un mes y cinco años."

"ARTICULO 97.-

La emisión de los Bonos Hipotecarios no podrá exceder de la suma de las hipotecas vigentes que el Banco poseyere ni de diez veces el importe del capital efectivo pagado. Los bonos hipotecarios causarán un interés que señalará el Consejo Pleno y que no excederá del 7 % (siete por ciento) al año, y que será pagado por semestres vencidos y en moneda corriente de plata u oro del cuño mexicano. Dichos Bonos que serán de \$ 20, \$ 50, \$ 100, \$ 500 y \$ 1000 cada uno respectivamente, serán firmados por el Interventor de Gobierno,

por el Presidente o uno de los Vicepresidentes, y por el Cajero del Banco; llevarán estampado el sello de la corporación y expresarán las obligaciones que por ellos contrae con el Banco, con arreglo a los presentes Estatutos.

El importe del capital e intereses que deba pagarse en virtud de los Bonos Hipotecarios emitidos al portador, siempre los pagará el Banco en Bonos o Cupones, respectivamente, a quien los tenga en su poder y los presente.

En cuanto al vencimiento de los Bonos Hipotecarios, los numerales 98, 99 y 100 de los Estatutos del Banco Internacional e Hipotecario de México, disponen lo siguiente:

"ARTICULO 98.-

Se harán emisiones de los Bonos hipotecarios de manera que cada una comprenda todos los bonos emitidos en un plazo de cinco años. Los Bonos se vencerán y serán pagaderos dentro de periodos que podrán variar de veinte a cincuenta años de sus respectivas fechas de emisión, y en relación con las fechas de los vencimientos de las hipotecas que hubieren dado lugar a su emisión. Los bonos de la misma emisión no ganarán siempre el mismo tipo de interés, pues éste podrá variarse por el Consejo local a medida que se vayan colocando los Bonos de la emisión ya decretada. Cada Bono de una emisión, queda garantizado por todas las hipotecas que le corresponde en cuanto a la fecha de su vencimiento, y que se hayan hecho durante el período de la emisión y además por el capital exhibido y las escrituras hipotecarias que el Banco poseyere de conformidad con lo dispuesto en la letra D del art.(sic) 3o. de la concesión de 22 del Mayo de 1882."

"ARTÍCULO 99.- El capital de los Bonos nominativos solamente pagará al dueño personalmente, a su apoderado, nombrando

al efecto, o a su causahabiente, pero el rédito que causaren esos Bonos, siempre se pagará a la persona que tenga en su poder el cupón o libramiento de interés respectivo. Los Bonos nominativos que se emitan, se traspasarán por endoso, o por los medios legales de transmitir esta clase de valores Cualesquiera de esos Bonos, si así lo deseara el dueño, se registrarán en su nombre en la oficina del Banco en la Ciudad de México, de la manera y bajo las condiciones que señale el Consejo local. Esos Bonos, si están en poder de personas en el extranjero, se registrarán en la agencia de traspaso del Banco, por los funcionarios que al respecto designe el Consejo pleno".

"ARTÍCULO 100.- Si se destruyere o perdiere algún Bono hipotecario, el Banco no tendrá la obligación de emitir un nuevo Bono en su lugar, a menos que consienta el Banco, y quede garantizado a su entera satisfacción. Si fuere garantizado, el Banco deberá además exigir, si así lo juzga oportuno, que la persona que desea que se le sustituya un Bono hipotecario, obtenga primero declaración judicial en que se dé por nulo el Bono hipotecario perdido. Los gastos que ocasionare la emisión del nuevo Bono hipotecario, serán sufragados por el solicitante. Cada Bono hipotecario duplicado, deberá expresar el hecho de que fue emitido en lugar de un Bono hipotecario extraviado o destruido, y que éste queda nulificado."

En cuanto a los préstamos que emite el Banco en comento, nos señala el artículo 109 de los Estatutos mencionados, lo siguiente:

"ARTICULO 109.

El Banco hará préstamos sobre hipoteca solamente sobre bienes inmuebles que produzcan rentas, situados en la

República de México, y solamente por el cincuenta por ciento -50 por 100- del valor estimativo de dichos bienes. El Banco, por regla general, solamente hará préstamos sobre hipotecas en primer lugar. El banco no hará préstamos hipotecarios por cantidades menores de un mil pesos (\$ 1,000). Para hacer todo préstamo hipotecario, el Consejo local exigirá cuando lo crea necesario, que se practique el avalúo de la propiedad, por un perito. Solamente el Consejo pleno podrá autorizar préstamos por más de cien mil pesos (100,000). Los intereses de los préstamos sobre hipoteca se pagarán cada tres meses."

Los estatutos del multicitado banco también señalan que no se podrán hacer préstamos, sino mediante acuerdo del Consejo pleno, sobre los tipos de propiedad, tales como: teatros, plazas de toros, o cualquier clase de edificios que se empleen para espectáculos o representaciones de carácter público, así como de minas, canteras, bosques y terrenos sin cultivo.

Una nota muy particular sobre el otorgamiento de los créditos hipotecarios, es lo referente a que el banco no podrá aceptar como garantía en hipoteca las propiedades que estuvieren pro indiviso, a menos de que firmen la escritura en que se constituye el crédito hipotecario, todos los condueños de la finca y/o predio que se otorga como garantía del crédito otorgado, asimismo, tampoco aceptó como garantía en hipoteca, aquellos predios en los que el usufructo y la nuda propiedad estuviesen con personas diferentes, a menos de que todas ellas se obligasen solidariamente y otorgaran la escritura hipotecaria. (artículo 111).

Por último el artículo 125 de los estatutos de referencia, nos menciona los elementos que constituyen a la escritura de hipoteca. (ver anexo 4 del apéndice).

En el Código de Comercio de 1889 en el artículo 1028 se reglamento, la situación de las obligaciones hipotecarias, en el caso de que la institución que emitió dicho crédito, cayera en estado de quiebra. La ley de Instituciones de crédito de 1897, reguló en sus numerales 55 a 72 a los bancos y a los Bonos hipotecarios, ajustándose regularmente al sistema

previsto en los estatutos del Banco Internacional e Hipotecario de México.²²

En la Ley de Instituciones de Crédito de 1932 se plantean ya normas que regulan tanto a las obligaciones hipotecarias, en general, así como también a los Bonos Hipotecarios y a las Cédulas Hipotecarias, las cuáles aparecen por primera vez en el marco jurídico de la legislación de nuestro país.²³

En la Ley de Crédito Agrícola del año 1932, se regula también a los bonos y las cédulas hipotecarias, cuya distinción permanece íntegramente establecida en la Ley de Instituciones de Crédito, de 1941, y la cuál sigue vigente en nuestro sistema jurídico.

En el sistema jurídico hipotecario que ha prevalecido en nuestro país, a lo largo de su evolución, se han desarrollado normas en las cuáles se trata de fijar plenamente los lineamientos, sobre los cuales se deben de regir las instituciones crediticias, así como a todas aquéllas personas físicas o morales que se sitúan dentro de los marcos legales en cuanto a los créditos que sobre hipoteca se refieren, apoyándose considerablemente en el régimen jurídico que imperó en Francia. Nuestro país ha absorbido muchas de las figuras jurídicas que en la actualidad nos rigen, y el derecho sobre hipotecas, no es la excepción, sin embargo, hay que destacar que en nuestra legislación se han separado a los bonos hipotecarios y a las obligaciones hipotecarias, tal y como lo hemos manifestado, al referirnos a la Ley de Instituciones de Crédito de 1932. Hacemos la observación que en la actual Ley de Instituciones de Crédito se rige a los Bonos Bancarios, y a las hipotecas constituidas en favor de instituciones de crédito, en forma separada (Artículos 63 y 67 de la ley en cita).

²² Cfr., Rodríguez, J. Ob. Cit. p. 389

²³ Cfr., Idem

Capitulo II

CAPITULO II

EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

Es de suma importancia el estudio de los contratos de apertura de crédito e hipoteca, ya que en los mismos sostiene sus bases la presente investigación. Nos es imprescindible conocer a fondo lo que trae aparejado cada uno de estos contratos, en tanto que conociendo la esencia de los mismos, podremos dar nuestros propios puntos de vista, y entrar de lleno al estudio de lo que nos interesa y que es precisamente; la nulidad de algunas de las obligaciones que se derivan de dichos contratos.

Es por ello que es preciso hablar de manera particular, de cada uno de estos contratos, para tener así una noción general de ellos, por tanto, en el presente capítulo hablaremos de los elementos que constituyen a los instrumentos en mención, así como de los vicios que se pueden generar en los mismos, sea pues, este capítulo una guía para entender la base de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

A.- EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO.

Definición.

El maestro Mario Bauche Garciadiego, en su obra intitulada "Operaciones Bancarias", hace referencia al concepto del Doctor en derecho Joaquín Garrigues, quien respecto al contrato de apertura de crédito nos manifiesta : "Es aquel contrato por el cuál, el banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe el cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente."²⁴

Para Giacomo Molle, la apertura de crédito es: "Un contrato cuyo contenido lo constituye una acreditación, o sea una facultad otorgada al acreditado de percibir hasta una suma determinada en el banco."²⁵

En concepto de Carlos Gilberto Villegas, " La apertura de crédito es una simple promesa del banquero de que en tal época o durante tanto tiempo el empresario podrá contar con las

²⁴ Bauche Garciadiego, M. Operaciones Bancarias, p. 258. Porrúa S.A. México, 1981.

²⁵ Molle, G. Manual de Derecho Bancario, p. 137 Abeledo Perrot Buenos Aires, Argentina, 1987.

disponibilidades suficientes para efectuar los pagos que prevé.”²⁶

Nuestra Legislación ha definido a la apertura de crédito en el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (L.G.T.O.C.), de la siguiente manera :

Artículo 291.- “En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y en las condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen”.

De los conceptos planteados, extraemos los siguientes elementos:

Necesariamente la existencia de la persona moral que hará entrega del crédito que se plantea en la operación crediticia, las que tradicionalmente lo han sido las instituciones bancarias, obviamente la persona física o moral que tendrá la disponibilidad del crédito concedido. De igual forma tenemos un tercer elemento en el concepto de que tratamos, el tiempo de vigencia del contrato, por lo que percibimos que el contrato que se analiza es de los llamados de tracto sucesivo, en razón de que la restitución del crédito otorgado, se hará periódicamente. Asimismo referimos que para la existencia de este contrato, el crédito siempre ha de otorgarse en sumas de dinero. De igual forma, para que este contrato exista, en contraprestación al otorgamiento del crédito, deberá ser restituida la cantidad por la que se constituyó el crédito, con las prestaciones accesorias en su caso, si se pactaron en el contrato de mérito; y por último, que el crédito concedido, será utilizado necesariamente para el objeto que fue requerido.

Con los elementos que nos aportan los conceptos mencionados, a criterio del que esto escribe, el contrato de apertura de crédito se puede definir de la siguiente manera:

²⁶ Gilberto Villegas, C. El Crédito Bancario, p. 36. De Palma Buenos Aires, Argentina, 1988.

El contrato de apertura de crédito, es aquel por virtud del cuál, una institución de crédito, a la que se le denominará "el acreditante", se obliga a entregar, a nombre de una persona física o moral, a la que se le denominará "el acreditado", una determinada suma de dinero, para que éste la disponga en los términos pactados, quedando obligado el acreditado, a restituir al acreditante una suma igual a la solicitada, con los accesorios que se hubieren pactado, y en el término convenido, en el mismo instrumento.

Se ha hablado en reiteradas ocasiones sobre la similitud entre el contrato en estudio y el contrato de mutuo simple y con interés, demos pues nuestro particular punto de vista:

Distinción entre el contrato de apertura de crédito y el contrato de Mutuo.

Quizás se podría llegar a confundir al contrato de apertura de crédito con el contrato de mutuo, por las razones que aquí se expresan. Iniciemos por conceptuar al contrato de mutuo. El Mutuo es aquel contrato por medio del cuál una persona a la que se denomina mutuante, entrega a otra llamada mutuuario, una determinada suma de dinero u otros bienes fungibles, quedando obligado el mutuuario a restituir en cierto plazo, otro tanto de la misma especie y calidad, produciéndose el efecto translativo de dominio, de las cosas que constituyen el objeto del contrato²⁷

Existen diferencias muy marcadas en ambos contratos, que los hacen inconfundibles.

a) En primer lugar, aún cuando sería un tanto irrelevante, señalamos como primer diferencia, el nombre de ambos negocios.

b) En el contrato de mutuo, si bien es cierto que se puede establecer la entrega de una cantidad de dinero y la restitución de su equivalente, también lo es que se habla de bienes fungibles. Sin duda el dinero también puede ser considerado como bien fungible; sin embargo en el contrato de apertura de crédito, se determina únicamente que la prestación será consistente en dinero y no en otra clase de bienes fungibles.

c) En el contrato de mutuo se produce un efecto translativo de dominio del bien que constituye la materia del contrato en favor del mutuuario, situación que no se presenta en el contrato de apertura de crédito, en razón de que como se

²⁷ Cfr. Zamora y Valencia, M. Contratos Civiles, p. 145. Porrúa S.A. México, 1992.

ha establecido, el acreditante otorga la suma de dinero a los acreedores del acreditado pero nunca a éste, al cubrir la cantidad adeudada por el acreditado, situación por la cuál el acreditante se convierte en el acreedor único del acreditado. Se puede decir que en las operaciones que nacen del contrato de apertura de crédito, si existe una translación de dominio de bienes pero esta translación es en relación únicamente a los bienes con los que se cubrió la deuda primaria, pero no así sobre el bien que constituye el contrato de apertura de crédito mismo, es decir, el deudor tiene la disposición del bien sobre el que se constituye el crédito, pero no el crédito en sí.

d) Asimismo, si bien es cierto que en ambos contratos cuando se trata de dinero, la restitución se hará en la misma especie y género, en el contrato de mutuo, excepcionalmente se pactan obligaciones accesorias, como lo es el pago de intereses (si se pactaron, estaríamos frente a un mutuo con interés); si en el contrato de mutuo es una excepción que se pacten intereses; en el contrato de apertura de crédito no lo es, ya que siempre en todas las operaciones bancarias se ha estilado pactar intereses, al grado de llegar a encuadrarse el llamado **Pacto de Anatocismo** (pago de interés sobre interés), del cuál se hablará en capítulos posteriores.

Como podemos percatarnos, existen elementos bastantes y suficientes para no caer en la confusión respecto de las obligaciones de ambos contratos; tienen muchas similitudes, es cierto, pero también poseen grandes diferencias, como ya ha quedado expresado.

Para el efecto de tener un mayor entendimiento sobre el contrato de apertura de crédito, hablemos ahora sobre la clasificación del contrato.

Clasificación del contrato de apertura de crédito.

1- Es un contrato consensual.- Se entiende por contrato consensual, aquel en el que la entrega o tradición, no es un elemento constitutivo del mismo, toda vez que el contrato se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades.²⁸ El contrato de apertura de crédito es consensual en virtud de que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, sin que haya necesidad de entregar o transferir dinero del acreditante al acreditado.

Menciona Giacomo Molle, que " es un contrato consensual con efectos obligatorios, porque el banco aún cuando está

²⁸ Cfr. Zamora y Valencia, M. Ob. Cit. p. 58.

obligado a mantener a disposición del acreditado una suma determinada, sigue siendo propietario de ella hasta el momento de su utilización".²⁹

2.- Es Oneroso.- Porque normalmente se pactan gravámenes sobre el crédito asumido. Cabe destacar que algunos autores mencionan que es un contrato oneroso en virtud de que implica obligaciones para ambas partes.

El artículo 1837 del Código Civil para el Distrito Federal nos define a los contratos onerosos, de la manera siguiente:

"Artículo 1837.- Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho solamente es solamente de una de las partes".

Es importante señalar, que no debemos confundir al contrato bilateral, con el oneroso, pues son concepciones diferentes las que se presentan entre un contrato y otro, en tanto que una cosa son los derechos y las obligaciones y otra muy diferente los provechos y los gravámenes.

3.- Es de tracto sucesivo.- En virtud de que la restitución del crédito objeto del contrato se hace periódicamente.

4.- Es un contrato principal.- En razón de que no requiere de la presencia de otro contrato para su validez, es decir, es un contrato que existe por sí mismo.

5.- Es nominado.- En tanto que la ley lo reglamenta, señalando sus elementos y determinando sus consecuencias.

6.- Es Bilateral.- Debido a que concede derechos e impone obligaciones a ambas partes.

El artículo 1836 del C.C., expresa que son contratos bilaterales aquéllos en que las partes se obligan recíprocamente, situación que si se presenta en el contrato de apertura de crédito.

7.- Es conmutativo.- En razón de que las partes conocen los provechos y gravámenes que genera dicho contrato.

²⁹ Molle, G. Manual de Derecho Bancario, p.138 Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1987.

En atención a la conmutatividad del contrato de apertura de crédito, el maestro Carlos Gilberto Villegas manifiesta; "Es conmutativo, no aleatorio, ya que ambas partes conocen *ab initio* sus obligaciones"³⁰.

El maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, manifiesta en torno a los contratos conmutativos y aleatorios lo siguiente:

"LOS CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS.- Esta es una subclasificación de los contratos onerosos. Los contratos, desde el punto de vista de la certeza de los provechos y gravámenes que generan se clasifican en conmutativos y aleatorios. Si los provechos y los gravámenes que genera para las partes son ciertos y conocidos desde la celebración misma del contrato, será conmutativo; si esos provechos y gravámenes no son ciertos y conocidos al momento de celebrarse el contrato, sino que dependen de circunstancias y condiciones posteriores a su celebración, será aleatorio"³¹.

Justifiquemos la conmutatividad del contrato de apertura de crédito, analizando una de las cláusulas que se estilan en los contratos de mérito, en la cual se fijan las condiciones de pago que se regulan en dichos contratos, en la inteligencia de que no todos los contratos en estudio deban establecer las mismas circunstancias; veamos pues dicha cláusula:

"PAGOS Y COMISIONES.

SÉPTIMA.- "EL CLIENTE" se obliga a pagar a "EL BANCO" en sus sucursales, o en cualquiera de las sucursales de los bancos afiliados al sistema carnet o bien, utilizando el sistema de cargo automático en cuenta, misma que se detalla en el anverso de este contrato, las cantidades que a continuación se citan.

a) La suerte principal del crédito dispuesto mediante amortizaciones mensuales y consecutivas en el plazo determinado con "EL BANCO" y sin exceder de 36 meses para CREDI-PERSONAL y de 48 meses para CREDI-ABCD, salvo que se amplíe el plazo en los términos de las cláusulas Décima y Décima Primera de este contrato.

b) Una comisión por concepto de apertura de crédito calculada sobre el total del mismo a razón de lo estipulado por "EL BANCO".

c) Intereses anuales sobre saldos insolutos a la tasa que resulte de sumar al costo porcentual promedio de captación (C.P.P.) o a la tasa promedio de los certificados de la Tesorería de la Federación a plazo de 28 días (CETES), la que

³⁰ Gilberto Villegas, C. El Crédito Bancario, p. 36. De Palma. Buenos Aires, Argentina 1988.

³¹ Zamora y Valencia, M. Ob. Cit., p. 55.

"LO QUE LA MENTE DEL HOMBRE PUEDE CONCEBIR Y CREER SE PUEDE LOGRAR"

Earl Nightingale

"LA ESENCIA DE LA GRANDEZA RADICA EN LA CAPACIDAD DE OPTAR POR LA PROPIA REALIZACIÓN PERSONAL EN CIRCUNSTANCIAS EN QUE OTRAS PERSONAS OPTAN POR LA LOCURA"

Waine W. Dyer

"LAS PERSONAS DE ÉXITO, NO SON LAS QUE NO TIENEN PROBLEMAS, SI NO LAS QUE SABEN RESOLVER SUS PROBLEMAS"

"HACER CON FACILIDAD LO QUE ES DIFÍCIL A LOS DEMÁS: ESTO ES EL TALENTO; HACER LO QUE ES IMPOSIBLE A LAS PERSONAS DE TALENTO: ESTO ES EL GENIO"

Henri Frédéric Amiel.

"EL ÉXITO NO SE LOGRA CON LA SUERTE, ES EL RESULTADO DE UN ESFUERZO CONSTANTE"

Anónimo

resulte más alta, más el número de puntos porcentuales que determine "EL BANCO".

El costo porcentual promedio (C.P.P.) lo da a conocer mensualmente el Banco de México, el cual se determina tomando en cuenta la tasa y en su caso la sobretasa de interés de los pasivos en moneda nacional, correspondiente a préstamos de empresas y particulares y depósitos a plazo, excepto del ahorro del conjunto de la banca nacional que determine el Banco de México. La tasa de interés aplicable a este crédito es variable y será ajustada en la misma medida en que aumente o disminuya el C.P.P., o Cetes, o el costo financiero que lo sustituya.

d) Los intereses moratorios se conformarán adicionando 24 puntos porcentuales sobre la tasa ordinaria señalada.

e) Gastos de Cobranza que "EL BANCO" determine.

f) Gastos de Investigación e Informes de Crédito.

g) I.V.A sobre los intereses señalados en los incisos "c" y "d" que antecede.

"EL CLIENTE" se obliga desde ahora a pagar estos intereses, gastos y comisiones, aún cuando sufran modificaciones por ajuste a las condiciones del mercado."

De la transcripción de la cláusula anterior, tenemos que la determinación del monto de los pagos estipulados en dicho contrato, está sujeta a ciertas variables respecto de las cuales no se puede tener plena certeza, es decir, el importe de los pagos a cubrir por el acreditado depende de la ocurrencia de fenómenos económicos posteriores a la celebración del contrato de apertura de crédito. Circunstancias tales como el alza o baja del llamado C.P.P. o de los Cetes.

No obstante, consideramos que el contrato de apertura de crédito es un contrato conmutativo.

Al respecto, nos adherimos al comentario que en torno a los contratos conmutativos hace el maestro Ricardo Treviño García, en los siguientes términos:

"Conmutativo.- El contrato es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas y determinadas desde la celebración del contrato. El legislador agrega en el artículo 1838 "...de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio con la pérdida que les cause éste". Esto último no es correcto, ya que las partes pueden conocer cuales son sus prestaciones, pero ignorar si obtuvieron un beneficio o una pérdida, pues esto depende de otros factores: económicos, políticos, circunstanciales, etc."³².

Un ejemplo confirmara lo dicho:

³² Treviño García, R. Epítome de los Contratos, p. 68 Mc. Graw Hill. México 1994.

Una persona física solicita un crédito mediante la celebración de un contrato de apertura de crédito a una Institución Bancaria cualquiera, otorgándose dicho crédito al primero de los mencionados. El préstamo solicitado, lo obtuvo, para la adquisición de un bien inmueble que constituirá su casa, y sobre el cual queda gravada una hipoteca; estableciéndose en el mismo las condiciones de pago que se precisaron en la cláusula que se transcribió en párrafos anteriores. Pues bien, es innegable que el acreditado tiene derechos que le fueron concedidos por la propia celebración del contrato, conoce la cuantía del crédito otorgado; y a su vez, el acreditante sabe en términos precisos los derechos y obligaciones que le confiere la propia celebración de contrato; hacemos notar que dada la naturaleza del contrato no se transmite el dominio de la cosa materia del mismo por parte de acreditante hacia el acreditado. De lo anterior, no podemos deducir que por esas circunstancias se puedan también apreciar los beneficios o pérdidas que el contrato reporta a las partes; para el acreditado; más aún, supongamos que en el primer mes el costo porcentual promedio, o la fluctuación de los certificados de la Tesorería de la Federación, arrojaron un costo porcentual bajo, es obvio que se obtuvo un supuesto beneficio; pero si a los pocos días se suscita una crisis hiperinflacionaria, y por consiguiente un considerable aumento en los precios, y por esa condición un exagerado aumento en los costos de los créditos otorgados, se provocaría una pérdida para el acreditado. En consecuencia, la precisión o la certeza de los gravámenes y provechos que pudiese conceder el contrato en cita, es desconocida al tiempo de su otorgamiento.

Por lo anterior, no podemos conceder el carácter de aleatorio al contrato en estudio, en virtud de que desde el momento de su otorgamiento las partes conocen sus derechos y obligaciones y solo el monto de los gravámenes o provechos está supeditado a los cambios que sobrevengan en el mercado bursátil. El considerar al contrato de apertura de crédito como aleatorio, traería como consecuencia una carga más al acreditado, ya que se restringiría en toda su extensión el derecho de interponer u oponer la acción o excepción de lesión consagrada en el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal.

Con lo dicho se evidencia la falta de perspectiva del legislador al referirse a las circunstancias de beneficios y pérdidas, pues estas dependen de otros factores.

Concluimos que, no obstante la conmutatividad que posee el contrato en estudio, la mayoría de las veces éste tiende a depender de factores tales como lo son los económicos, los

políticos, etc., en la fijación de los gravámenes y/o provechos que por virtud del mismo se pudiesen generar.

Asimismo, en las figuras de la conmutatividad y la aleatoriedad, desprendemos dos principios fundamentales en la celebración de los contratos en mención, así como de cualquier otro acto jurídico, en efecto, nos referimos a los principios denominados como *Pacta Sunt Servanda* y *Rebus Sic Stantibus*. El principio *Pacta Sunt Servanda*, estatuye que los contratos legalmente celebrados deben ser cumplidos, sustentado en la hipótesis de que la obligatoriedad dependerá de la legal celebración del contrato, que supone la observancia de todas las condiciones de validez. En conclusión, si el contrato no es celebrado legalmente, dada su ilicitud, no debe ser puntualmente cumplido, en razón de que se atenta contra la norma *Pacta Sunt Servanda*, es decir, que dada la voluntad exteriorizada, deberá estarse a lo estrictamente estipulado por las partes contratantes.

Por su parte el principio *Rebus Sic Stantibus* establece que en los contratos, y en especial en los llamados de tracto sucesivo, la subsistencia de éstos está sujeta a la permanencia de los motivos o circunstancias que originaron esa relación contractual. "La expresión latina podría traducirse por **continuando así las cosas**"³³, es decir, el contrato permanecerá de la forma en que se encontraba al celebrarse si las circunstancias no se modifican. En ese sentido y al igual que en la teoría de la imprevisión, no cabe compeler al cumplimiento de la obligación concertada en la época en que se constituyó esa obligación contractual, por tanto, si a la fecha de ejecución de las obligaciones y derechos contraídas, circunstancias extraordinarias imprevisibles hacen que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente ruinosa para el obligado, o quizás aun para el acreedor.

8.- Es un contrato formal.- Toda vez que la Ley establece que el consentimiento debe de manifestarse por determinados medios, en nuestra legislación, lo es por escrito

9.- Es intuitu personae.- En razón de que se toman en cuenta las cualidades del acreditado, (solventía, honestidad, aptitud, confianza, etc.).

³³ Ossorio, M. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales p. 640. Heliasta. Buenos Aires, 1990.

Características del contrato de apertura de crédito.

- 1.- El contrato de apertura de crédito, es un contrato, en el que no se transmite el dominio de la cosa materia que lo constituye, al acreditado.
- 2.- El objeto de este contrato siempre será el otorgamiento de un crédito, y la disponibilidad del mismo.
- 3.- El acreditado debe de restituir el crédito otorgado, en la misma especie y género en que le fue otorgado, con sus accesorios correspondientes, en su caso, ello comprende, intereses, comisiones y demás cargos que se deriven.
- 4.- El acreditante normalmente lo es una institución Bancaria.
- 5.- El pago de intereses convencionales, moratorios, comisiones y demás gravámenes que se estipulan en el contrato, regularmente se encuentran sujetos a los cambios que operen en el mercado bursátil.

B.- EL CONTRATO DE HIPOTECA.

Antes de analizar a la garantía real de hipoteca en nuestra legislación actual, consideramos conveniente conocer los antecedentes de las garantías reales, abordaremos únicamente al derecho romano ya que es dentro de este sistema jurídico, donde encontramos las bases de nuestras actuales disposiciones legales.

El *pignus* (prenda)³⁴, garantiza el cumplimiento de una determinada obligación, a través de la entrega de una cosa.

Los presupuestos para que operara la prenda de una determinada cosa son:

- a) Que la *res* se halle por lo menos en propiedad pretoria del pignorante.
- b) Que las partes concerten un negocio no formal de prenda.
- c) Que exista una obligación principal cuyo cumplimiento venga a ser garantizado por la prenda.

³⁴ Cfr. D'Ors, A. Derecho Privado Romano. p. 468 a 475. EUNSA. Pamplona, 1991.

Gordillo Montesinos, R.H. Apuntes de Derecho Romano II. p. 84 a 94, UNAM 'Campus Aragón', México 1995. Transcripción íntegra de los parágrafos 223 y 224.

La cosa que se entrega en prenda se entrega siempre en garantía y no en propiedad, en razón de que la cosa deberá ser restituida cuando se cumpla con la obligación garantizada (D.13, 7, 35, 1). Solamente pueden ser dados en prenda los bienes específicos ya sean muebles o inmuebles (D. 20,1,9,1; 13,7,13,1; Inst. 3,14,4; CI. 8,13,19).

El pignorante que sustrae la prenda al acreedor pignoraticio comete el llamado *furtum possessionis*. El acreedor pignoraticio que usa la cosa pignorada sin consentimiento del pignorante, comete *furtum usus* (D.47,2,15; h.t. 55(54)pr.).

Pignus conventum, pignus obligatum o Hypotheca (prenda sin desplazamiento posesorio). - Esta es una modalidad del *pignus* en la cual a diferencia de *datio pignoris* no hay desplazamiento de la cosa dada en prenda a favor del acreedor, hasta en tanto no se haya incumplido con la obligación que ha sido garantizada (D.13, 7, 9, 2). El pignorante conserva la cosa pero el acreedor hipotecario queda facultado para reclamar su posesión (*ius possidendi*), para venderla (*ius vendendi*) y para cobrarse con su precio (*ius distrahendi*).

La hipoteca se generaliza desde el siglo I d.C., sin embargo, no existe la distinción entre la hipoteca y la prenda, "para la jurisprudencia romana, la hipoteca es un tipo único de garantía real, en el que la entrega posesoria puede ser inmediata o quedar diferida."³⁵ En este mismo sentido, Marciano afirma en D.20,1,5,1: "*inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*" (Entre la prenda y la hipoteca la diferencia es sólo nominal).

La hipoteca al ser una prenda sin desplazamiento posesorio, es posible, en los siguientes casos:

a) Que la hipoteca se constituya sobre bienes corporales e incorporales, p.e. derechos reales de crédito: el derecho de superficie (D.20,1,11,2; h.t. 11,3; h.t. 12,13,7,16,2; 20,1,13; 20,4,15); un crédito (*pignus nominis*, D.13,7,18pr.), el mismo derecho de prenda (*subpignus* D. 20,1,13,2); una universalidad como un rebaño o todo un patrimonio (D.20,1,6; h.t. 13pr.); o sobre bienes futuros (D. 20,1,15pr.).

³⁵ D'Ors, A. *Op.Cit.* p. 469.

b) Que se constituya por disposición testamentaria (D. 13, 7, 26pr); por presunción jurídica de la voluntad de constituiria (hipoteca tácita, p.e. Vide. D. 20,2,24); por disposición de una ley (hipoteca legal Vide. D. 49,14,46,3; CI. 8, 14(15), 1).

C) Que haya concurrencia de varias hipotecas sobre un mismo bien, en tanto el valor de la cosa sea superior al de las obligaciones que ya garantiza (D. 20,1,15,2; 44,2,19). En virtud de la regla: *prior tempore, potior iure* (primero en el tiempo, mejor en derecho CI. 8,17(18), 3), el acreedor que constituyó la hipoteca más antigua, tendrá preferencia para ejercitar el *ius vendendi* y satisfacer su crédito. Es posible que el acreedor de rango anterior ejercite el *ius offerendi et succedendi* y ofrezca al acreedor de rango anterior al suyo, el pago de su crédito viniendo a ocupar su posición. Independientemente de que el acreedor acepte o no, el oferente se coloca en su grado (D. 20,4,11,4; 20,5 pr; *ñ.t* 6; *ñ.t* 12 pr.)

No obstante la afirmación plasmada en D. 50,17,25, y atribuida a Pomponio, en la cuál manifiesta que la garantía real es más segura que la personal), la falta de publicidad de las hipotecas determinó la preferencia de las garantías personales por sobre las reales.

Hecho un análisis sobre las garantías reales dentro del sistema jurídico romano antiguo, estudiemos ahora al derecho real de hipoteca en nuestro actual sistema jurídico.

Definición del contrato de hipoteca.

"La hipoteca es un contrato por el cuál se da nacimiento a un derecho real de garantía, que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles; pero siempre registrables y enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al constituyente de la posesión del bien, y que otorga a su titular los derechos de persecución de venta y preferencia en el pago, para el caso del incumplimiento de la obligación".³⁶

"La hipoteca es un contrato por virtud del cuál una persona llamada deudor hipotecario, constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, en favor de la otra parte llamada

³⁶ Aguilar Carbajal, L. Contratos Civiles, p. 270. Porrúa S.A. México, 1977.

acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de una obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley"³⁷

Nuestra legislación, en el Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero Común y para Toda la República en Materia del fuero Federal, ha definido al contrato de hipoteca de la siguiente manera:

" Artículo 2893.- La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley."

Para entender la definición sobre la hipoteca, conceptuemos primeramente a los elementos que la constituyen:

Derecho real.- Se define como la relación que guarda su titular frente a todas las personas que tienen el deber (no obligación) de no perturbar ese derecho, es decir, dicho deber se traduce en una simple abstención.

Se ha definido también como "aquel derecho, que concede a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa y que puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos".³⁸

CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES.

I.- De Dominio :	Propiedad	Temporales	Usufructo. Uso. Habitación
		a) De goce.	Servidumbres. Censo. Superficie.
II.- Limitativos de Dominio.	b) De garantía	1.- Sobre Muebles.	Prenda.

³⁷ Zamora y Valencia, *Ob. Cit.*, p. 319

³⁸ Arce y Cervantes, J. *De los Bienes*, p. 30. Porrúa S.A. México, 1990.

	Hipoteca.
2.- Sobre inmuebles.	Anticresis.
c) De adquisición	De retención. De tanteo. De retracto.

En cuanto a los términos que emplea el artículo transcrito, debemos decir que la hipoteca debe definirse como un derecho real y no como una garantía real, ya que si bien es cierto que se constituye para garantizar y asegurar una obligación principal, también lo es que el derecho que adquiere el acreedor hipotecario, con respecto al bien que fue gravado con la hipoteca, le concede un carácter limitativo sobre los bienes hipotecados, hasta en tanto no se ejercite la acción correspondiente, para hacer valer lo pactado al constituir la hipoteca, además de que este derecho puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos, luego entonces, lo que se ejercita es un derecho real para hacer cumplir la garantía derivada de la hipoteca.

Prelación o derecho de preferencia .- Consiste en que la hipoteca debe ser registrable, para que el derecho que de ella emana, sea oponible a terceros; ya que como lo ha señalado el artículo 2919 del C.C., la hipoteca nunca será tácita, ni general, para producir sus efectos contra terceros.

La figura de la prelación, se encuentra reglamentada en los artículos 3013 a 3017 del C.C.

El derecho de preferencia a que se refiere el artículo 2893 del C.C., al definir a la hipoteca, lo establece el artículo 2981, al señalar :

"Artículo 2981.- Los acreedores hipotecarios y los pignoratícios no necesitan entrar en concurso para hacer el cobro de sus créditos. Pueden deducir las acciones que les competan en virtud de la hipoteca o de la prenda, en los juicios respectivos, a fin de ser pagados con el valor de los bienes que garanticen sus créditos."

Del análisis de las anteriores definiciones, podemos expresar nuestra definición propia del contrato de hipoteca:

Es el contrato por medio del cuál se constituye un derecho real, en favor de una persona a la que se le denomina acreedor hipotecario, a efecto de garantizar una determinada obligación, sin desposeer al deudor de los bienes que fueron gravados. Otorgándosele al acreedor hipotecario, el derecho de persecución, de enajenación y de preferencia, en caso de que el deudor incumpla con la obligación que le corresponde, en el grado de prelación que la ley establece.

Clasificación del contrato de hipoteca.

Es un contrato accesorio.- En razón de que este contrato no tiene existencia propia, es decir, depende de la presencia de un, contrato principal para su existencia. Por esta característica, el contrato de hipoteca sigue la misma suerte del contrato principal.

Es un contrato unilateral.- En razón de que los derechos que emergen de este contrato, lo son para el acreedor hipotecario, y las obligaciones lo serán para el deudor hipotecario. Ello de conformidad a lo dispuesto por el artículo 1835 del C.C., al establecer que " El contrato es unilateral, cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada".

Es un contrato gratuito.- En virtud de que los provechos son generados para el acreedor y los gravámenes para el deudor.

Es un contrato oneroso, por excepción.- Se presentará esta cualidad en el contrato de hipoteca, cuando el acreedor hipotecario pague una contraprestación al deudor de la hipoteca, por la celebración del contrato y como consecuencia, la constitución del derecho real respectivo.

Es un contrato bilateral, por excepción.- Ya que el contrato puede estar excepcionalmente investido con la onerosidad, consecuentemente será bilateral, ya que se constituyen derechos y obligaciones para ambas partes.

Es un contrato consensual en oposición a real.- En razón de que este contrato se perfecciona por el simple consentimiento de los contratantes, sin necesidad de entregar la cosa.

Es un contrato formal.- Porque la ley civil ordena que este contrato se manifieste por determinados medios, es decir, siempre se requiere de una manifestación determinada impuesta por la ley, para la validez del mismo.

Es un contrato nominado.- Ya que se encuentra reglamentado en la ley.

Características del contrato de hipoteca.

- 1.- Como ya lo hemos mencionado, el contrato de hipoteca es un contrato accesorio de garantía, por lo que su existencia y validez dependen de la existencia y validez de la obligación que es garantizada.
- 2.- La extinción del contrato principal, extingue la hipoteca.
- 3.- La hipoteca es un derecho real de garantía del cumplimiento de la obligación principal del cual depende, lo que significa que el valor del bien sobre el que se gravó la hipoteca, garantiza preferentemente el cumplimiento de dicha obligación.
- 4.- La hipoteca debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra tercero.
- 5.- La hipoteca inscrita produce efectos frente a terceros, es oponible "*erga omnes*", es decir, se da frente a todos y contra todos. Solamente recae sobre bienes determinados que puedan ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad.
- 6.- La hipoteca debe constituirse sobre bienes enajenables, los que pueden ser dispuestos por el acreedor hipotecario, para cubrir la garantía que de la hipoteca se desprende.
- 7.- Es un contrato en el cuál no se desposee al deudor hipotecario de los bienes gravados, mismos que no está obligado a entregar, hasta en tanto no se haga efectiva la garantía que implica la hipoteca.

Consideraciones especiales en el contrato de hipoteca.

BIENES SUSCEPTIBLES DE SER HIPOTECADOS.

Interpretando a *contrario sensu* el artículo 2898 del C.C., deduciremos los bienes que son susceptibles de gravarse con el derecho real de hipoteca.

"Artículo 2898.- No se podrán hipotecar:

I.- Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los

produzca;

II.- Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios;

III.- Las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante;

IV.- El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por éste código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes;

V.- El uso y la habitación;

VI.- Los bienes litigiosos, a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado preventivamente, o si se hace constar en el título constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito".

Ahora bien, interpretando correctamente el contrato de hipoteca, no son en sí mismos los bienes los que son materia de la hipoteca, en virtud de que al acreedor hipotecario no se le permite actuar material y tangiblemente sobre dichos bienes, como sucede en el derecho real de propiedad o de usufructo. Lo que verdaderamente es hipotecado, es el derecho que el deudor ejerce sobre la cosa.³⁹

En cuanto a los bienes que pueden ser hipotecados, los podemos clasificar de la siguiente manera:

1º. Todos los bienes inmuebles;

2º. Los bienes muebles a que se refiere el Art. 754 del Código Civil, siempre que tenga la cualidad de ser obligaciones a la orden o al portador, a cuyo efecto se tendrá en cuenta lo dispuesto por el Art. 2915 si devengan intereses.⁴⁰

³⁹ Cfr. Planiol, M. Tratado Elemental de Derecho Civil. T. VI., p.154, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991.

⁴⁰ "Art. 754.- Son bienes muebles por determinación de la ley, las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal."

*Art. 2915.- La hipoteca constituida en favor de un crédito que devengue intereses, no garantiza en perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de tres años, a menos de que se haya pactado expresamente que garantizará los intereses por más tiempo, con tal de que no exceda el

Por último, la hipoteca se extiende, aunque no se exprese:

A.- A las accesiones naturales del bien hipotecado;

B.- A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados;

C.- A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;

D.- A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre edificios hipotecados.

CLASES DE HIPOTECA.

HIPOTECAS VOLUNTARIAS. Son aquellas hipotecas, convenidas entre las partes o impuestas por disposición del propietario de los bienes sobre los cuáles se constituye el derecho real de garantía hipotecario. (Artículo 2920 C.C.).

HIPOTECAS NECESARIAS. Son aquéllas que por disposición de la Ley, están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores. (Artículo 2931 C.C.).

Es de gran importancia el estudio de la hipoteca necesaria, en razón de que este tipo de hipotecas, son las que se implementan en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, es decir, el acreditante en este tipo de contratos, debe de obtener garantía de los créditos que otorga al acreditado, constituyéndose dicha garantía, mediante la hipoteca de determinados bienes del acreditado. La hipoteca necesaria podrá ser exigida en cualquier momento, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que debiera haber sido asegurada (Artículo 2932). En los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, normalmente se constituye la hipoteca desde el momento en que se otorga el crédito al acreditado.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 2934 de la ley en consulta, la hipoteca necesaria durará el mismo tiempo que dure la obligación que con ella se garantiza.

tiempo para la prescripción de los intereses y de que se haya tomado razón de esta estipulación en el Registro Público".

En el contrato de apertura de crédito, la hipoteca durará el tiempo que duré la liquidación del crédito concedido, es decir, durante el tiempo en que se cumpla la obligación de pago, ello en razón de la regla según la cuál, lo accesorio sigue la suerte del principal.

HIPOTECA NAVAL. Regida por los artículos 121, 122, 125 y 126 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, en forma especial.⁴¹

HIPOTECA DE PROPIETARIO. Con ella se grava un bien en favor del mismo dueño para tener preferencia en el cobro de un crédito con su valor, frente a otros acreedores hipotecarios. Nuestro derecho la admite, cuando por ministerio de Ley se aplica la subrogación.

C.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO Y DE HIPOTECA.

Antes de plantear los elementos de existencia de los contratos de apertura de crédito e hipoteca, debemos conocer primeramente que son esos elementos; los doctrinarios y la ley han establecido que dichos elementos lo son: El consentimiento o voluntad para realizar un determinado acto jurídico o contrato, el objeto de dicho acto, y excepcionalmente la solemnidad.

CONSENTIMIENTO.

Hablemos primeramente del consentimiento en el acto jurídico. El acto jurídico es la exteriorización de la voluntad del hombre que produce consecuencias de derecho. Nos percatamos que de dicha definición, se desprende el cimiento del acto jurídico: la exteriorización de la voluntad.

⁴¹ Art. 121.- Toda embarcación puede ser objeto de garantía real constituida mediante hipoteca que comprende sus pertenencias y accesorios.

Art. 122.- La hipoteca se extiende aunque no se exprese:

I.- A las mejoras de la embarcación.

II.- A los objetos muebles incorporados permanentemente a la embarcación.

III.- A la última anualidad de intereses.

IV.- En caso de avería o naufragio de la embarcación, a la Indemnización por daños o averías y a los créditos derivados de gastos de salvamento e indemnizaciones de seguros.

Art. 125.- la hipoteca podrá dividirse en cédulas hipotecarias que la representen. Las cédulas se emitirán con intervención de una institución de crédito autorizada y con la aprobación de las autoridades competentes.

Art. 126.- La acción hipotecaria prescribirá en tres años a partir del vencimiento del crédito que garantiza.

En este orden de ideas, veamos primeramente el siguiente cuadro sinóptico, en el que se mencionan los elementos que conforman al consentimiento, para posteriormente, realizar el estudio de cada uno de ellos y formular una conclusión respecto del consentimiento que se necesita para la realización de los contratos de apertura de crédito e hipoteca, respectivamente.

Consentimiento	Oferta o policitud.
	Aceptación.

Para el maestro Julien Bonnecase, el consentimiento es: "El acuerdo de voluntades constitutivos del contrato",⁴² para el Maestro Rafael Rojina Villegas es: "El acuerdo o concurso de voluntades, que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones"⁴³.

Los diversos tratadistas que han definido al consentimiento, refieren que en él, necesariamente, se presenta el acuerdo de dos o más voluntades y que además, dichas voluntades, deben encaminarse a la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

Por lo anterior, consideramos que el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades para la realización de un determinado contrato, en este caso contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

En términos del artículo 1803 del C.C., el consentimiento puede ser expreso o tácito.

*** Artículo 1803.-** El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente.

Los elementos que constituyen al consentimiento son la oferta y la aceptación.

⁴² Bonnecase, J. Tratado Elemental de Derecho Civil, p. 794. Harla, México, 1993.

⁴³ Rojina Villegas, R. Teoría General de las Obligaciones, p. 52 Porrúa S.A. México, 1993.

Oferta o Policitación.

Se entiende por oferta o policitación, la proposición que realiza uno de los futuros contratantes al otro, proponiendo las condiciones sobre las que versará el contrato a celebrar.⁴⁴

Nuestro Código Civil establece las formas en que se puede formular la oferta:

Clases de Oferta (Entre presentes)

- 1.- Oferta con plazo (Art. 1804).
- 2.- Oferta sin fijación de plazo (Art. 1805)
- 3.- Oferta por teléfono (Art. 1805. in fine).

Oferta con plazo entre presentes.- El artículo 1804 del C.C. dispone:

"Artículo 1804.- Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo".

De este artículo se desprende que el ofertante estará obligado a recibir la aceptación por parte de su futuro contratante, hasta que concluya el plazo fijado por el mismo ofertante; si durante ese tiempo la persona a quien se dirige la oferta, no da una respuesta aceptándola, el ofertante quedará desligado de la obligación que contrajo al emitir la policitación.

Oferta sin fijación de plazo entre presentes.- Al igual que la oferta con plazo, la oferta sin fijación de plazo se encuentra reglamentada por el Código Civil en su artículo 1805, el cuál prevé:

" Artículo 1805.- Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la hecha por teléfono.

⁴⁴ Cfr. Borja Soriano, M. Teoría General de las Obligaciones, p. 121. Porrúa. México, 1991.

Es claro y preciso el artículo que regula a la oferta sin fijación de plazo. Nos refiere dicho numeral, que el ofertante al momento de pronunciar la policitud, deberá tener una aceptación inmediata, si no la obtiene, quedará desligado de la obligación contraída con la mención de la oferta.

Oferta por teléfono.- Este tipo de oferta sigue la suerte que tiene la oferta sin fijación de plazo, por lo que los comentarios hechos a la segunda de las ofertas mencionadas, se reproducen en este apartado, en obvio de repeticiones.

Oferta entre no presentes.

1.- Oferta con plazo. (Artículo 1804. C.C.).

2.- Oferta sin plazo. (Artículo 1806 C.C.).

Oferta con plazo, entre no presentes.- Este tipo de oferta, sigue la regla de la oferta con plazo entre presentes, ya que nuestro C.C. se refiere en su artículo 1804 parte inicial, a "Toda persona...", por lo que no delimita si se está o no presente; en consecuencia, el ofertante está obligado a sostener su oferta al destinatario de la misma, hasta la expiración del plazo que se concedió a dicha oferta.

Oferta sin plazo, entre no presentes.- Esta clase de oferta es regulada por el artículo 1806 del C.C., al preceptuar:

" Artículo 1806.- Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta, quedará ligado durante tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público, o del que se juzgue bastante, no habiendo correo público, según las distancias y la facilidad de las comunicaciones".

En nuestros días, resulta un tanto ambiguo este numeral, bastaría con que concediera al destinatario de la oferta, el término de tres días, toda vez que las comunicaciones de hoy en día son rápidas.

Aceptación.

Gramaticalmente entendemos por aceptación, el recibir lo que se nos da u ofrece. En el ámbito jurídico y para la

integración del consentimiento, significa aprobar la oferta que hace el policitante u ofertante, para la celebración de un contrato determinado.

Así por ejemplo. En el contrato de apertura de crédito, el acreditante puede hacer una oferta, consistente en el no cobro de los intereses moratorios, si se reestructura la deuda contraída y vencida. La oferta irá encaminada a todas aquellas personas que se hallen en el supuesto que se plantea, y si aceptan reestructurar su deuda, se estará integrando el consentimiento.

Lo mencionado en éste apartado sobre el consentimiento, se puede resumir en la siguiente fórmula:

OFERTA + ACEPTACIÓN = CONSENTIMIENTO.

Hecho el análisis sobre la figura del consentimiento en los contratos, veamos ahora, el consentimiento que se manifiesta en los contratos de apertura de crédito, hipoteca y de apertura de crédito con garantía hipotecaria

El consentimiento en el contrato de apertura de crédito.

Dada la bilateralidad del contrato de apertura de crédito, el consentimiento lo constituye el acuerdo de voluntades del acreditante y del acreditado para conceder a favor del último la disponibilidad del crédito, a cambio de la contraprestación consistente en la restitución del crédito otorgado, con los accesorios correspondientes, sin que opere la transmisión de dominio sobre el objeto materia del contrato, en favor del acreditado.

Este contrato se perfecciona sin que sea necesario entregar la cosa.

El consentimiento en el Contrato de hipoteca.

El consentimiento en este contrato se da por el acuerdo de voluntades entre el deudor hipotecario y el acreedor hipotecario.

En este contrato deberá precisarse en forma concreta la obligación que se garantiza y el monto de la misma. Asimismo, deberá de determinarse de manera indubitable el bien o el derecho sobre el que se constituye la hipoteca.

El contrato de hipoteca se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades de las partes. Sin embargo, el derecho

real que se constituye por la hipoteca deberá ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, para que surta efectos contra terceros.

El consentimiento en el Contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

Tanto el acreditante y acreedor hipotecario como el acreditado y deudor hipotecario, deben exteriorizar su voluntad para el perfeccionamiento de este contrato, por el simple hecho de querer realizar el acto dentro de los lineamientos establecidos por la ley. Deben formalizar el derecho real que emerge de la garantía hipotecaria, debiendo inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad para que produzca los efectos legales respectivos. La hipoteca que en este contrato se manifiesta, es la llamada hipoteca necesaria, misma que es un requisito para garantizar la restitución del crédito dispuesto por parte del acreditante hacia su deudor.

EL OBJETO.

Se han tomado diversas acepciones en cuanto al objeto del contrato se refiere. Son las siguientes:

A.- El objeto directo.- Consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

B.- El Objeto indirecto.- Es la conducta que debe observar el deudor, la que puede consistir en dar, hacer o no hacer.

C.- La cosa misma que debe darse o el hecho o la abstención que debe prestarse.

D.- El objeto del contrato es el objeto de la obligación creada por el mismo; por lo que el contrato tendrá tantos objetos, como obligaciones haya creado.⁴⁵

Al Objeto indirecto de los contratos se refiere el artículo 1824 del C.C., al disponer:

" Artículo 1824.- Son objeto de los contratos :

I.- La cosa que el obligado debe dar;

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer."

⁴⁵ Cfr. Bejarano Sánchez, M. Obligaciones Civiles, p. 68. Harla, México, 1984.

De la disposición jurídica que se ha transcrito, derivamos tres tipos de obligaciones en cuanto a su objeto: Obligaciones de dar, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer.

Los requisitos que determinan a la obligación de dar, son por disposición de la ley en el artículo 1825 del C.C., los siguientes:

- 1º Existir en la naturaleza.
- 2º Ser determinada o determinable.
- 3º Estar en el comercio.

Posibilidad física.- La cosa es físicamente posible cuando existe en la naturaleza y es susceptible de llegar a existir, hay imposibilidad física cuando la cosa no existe y no puede llegar a existir.

Posibilidad Jurídica.- Este es el segundo requisito esencial para que jurídicamente la cosa objeto del contrato sea posible.

Se dice que una cosa es jurídicamente posible, cuando se encuentra en el comercio y es determinada o determinable en cuanto a su especie.

Requisito *Sine quae non* para la posibilidad jurídica del objeto, lo es que éste se encuentre dentro del comercio. Si el objeto no se encuentra dentro del comercio, estaremos ante un caso de imposibilidad jurídica. Los artículos del 747 al 749 del C.C. determinan las cosas que se encuentran fuera del comercio:

" Artículo 747.- Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio".

"Artículo 748.- Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley"

"Artículo 749.- Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

En cuanto a las cosas que se encuentran fuera del comercio por su naturaleza, tenemos al aire, al sol, a la luna, a las estrellas, al mar, etc.

En cuanto a las cosas que lo están por disposición de la ley, tenemos a los bienes de uso común y a aquellos bienes que son destinados a un servicio público.

Determinación del Objeto.⁴⁶

En nuestro derecho existen tres grados en la determinación de las cosas, las cuáles son: Determinación individual, determinación en especie y determinación en género.

Determinación individual.- Esta se presenta cuando la cosa tiene en sí rasgos, que la hacen distinta a cualquier otra.

Determinación en especie.- En este tipo de determinación, la cosa posee ciertas características iguales a otras, sin que por esas características se pueda distinguir a entre ambas cosas.

Por ejemplo, 50 kg. de azúcar blanca, no se pueden distinguir de otros 50 kg. de azúcar de la misma clase.

Determinación en género.- Este tipo de determinación sólo tiene interés para otro tipo de ciencias, como lo pueden ser las ciencias naturales, por lo que carece de trascendencia jurídica, en tanto que esas cosas conforme a derecho, no son determinables.

Por ejemplo, si una persona se obliga a entregar piedras sin especificar de que clase de piedras, y en atención a que existen piedras preciosas de gran valor y piedras que carecen de valor alguno, el deudor quedará liberado de su obligación, haciendo entrega de cualquier tipo de piedras que le fueren menos gravosas.

Los tipos de obligaciones de dar los enumera el artículo 2011 de nuestro Código Civil.

*** Artículo 2011.**- La prestación de cosa puede consistir :

I.- En la traslación de dominio de cosa cierta;

⁴⁶ Cfr. Rojina Villegas, R. Ob. Cit. p. 62.
Cfr. Treviño García Ob. Cit. p. 21, 22

II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;

III.- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."

Obligaciones de hacer o no hacer.

Este tipo de obligaciones se encuentran reguladas por la ley en cita, en sus numerales 2027 y 2028, los que disponen lo siguiente:

"Artículo.- 2027.- Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho."

"Artículo.- 2028.- El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado".

Posibilidad física de las obligaciones de hacer o no hacer.- El hecho o la abstención debida serán posibles físicamente, cuando sean conforme a las leyes de la naturaleza que necesariamente deberá regirlos. Serán físicamente imposibles cuando sean contrarios a una ley natural que constituya un obstáculo insuperable para su realización.

Por ejemplo.- El que un individuo se comprometa a vender objetos, a los que no les afecte la ley de la gravedad.

Posibilidad Jurídica de las obligaciones de hacer o no hacer.- Este tipo de obligaciones son jurídicamente posibles, cuando se realizan con apego a los presupuestos lógico jurídicos de una norma jurídica que necesariamente debe regirlos; toda vez que de no ser así, se estaría ante un obstáculo insuperable para su ejecución.

Por ejemplo.- Un hecho jurídicamente imposible, sería el que un particular transmitiera por donación, las ruinas arqueológicas del Estado de Yucatán.

LICITUD DEL OBJETO.

Además de ser posibles física y jurídicamente, las prestaciones de hecho o la abstención debida, deben ser lícitos en términos del artículo 1827 del C.C. Sin embargo, la licitud no es un elemento de existencia del objeto, sino sólo un requisito de validez.

Se presumen lícitas las obligaciones de hacer o de abstenerse, cuando estas no son contrarias a la ley y a las buenas costumbres.

La sanción que establece el C.C. en su artículo 2224 para el caso de que no se integre debidamente el consentimiento y el objeto, es decir, los elementos esenciales del acto jurídico, lo es la inexistencia del acto, misma que evitará que el acto pueda producir efecto legal alguno, sin que dicho acto sea susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción, pudiendo invocarse dicha inexistencia por cualquier interesado. No obstante, nuestros más altos Tribunales, en virtud de que el artículo 2226 del C.C. atribuye a la nulidad absoluta rasgos semejantes a la inexistencia, han llegado a considerar que la diferencia entre nulidad e inexistencia, es meramente teórica.

"NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEÓRICAS.- Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cuál se les agrupa en inexistentes nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de nulidades, según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con los 2950, fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades."

Sexta Época, Cuarta Parte.

Vol. XI Pág. 130 A.D. 2596/57 Federico Baños Unanimidad de 4 Votos.
Vol. XIX Pág. 172 A.D. 2633/58 Donato Antonio Pérez 5 Votos.
Vol. LXVI Pág. 44 A.D. 1924/60 Pilar Mancilla Pérez Unanimidad de 4 Votos.
Vol. LXXXVII Pág. 16 A.D. 8668/62 Pedro Flores López Unanimidad de 4 Votos.
Vol. XC Pág. 46 A.D. 1205/52 Manuel Ahued Unanimidad de 4 Votos.

Habiendo discernido la temática en que se desarrolla la definición jurídica del objeto, veamos en este apartado el objeto que constituye a todos y cada uno de los contratos en análisis.

Objeto del Contrato de apertura de crédito.

El objeto de este contrato lo es el otorgamiento del crédito y la disponibilidad del mismo.

Los artículos 292 y 293 de la L.G.T.O.C. determinan el alcance del objeto de los contratos de apertura de crédito.

"Artículo 292.- Si las partes fijaron el límite al importe del crédito se entenderá, salvo pacto en contrario, que en él quedan comprendidos los intereses, comisiones y gastos que deba cubrir el acreditado".

"Artículo 293.- Si en el contrato no se señala un límite a disposiciones del acreditado, y tampoco es posible determinar el importe del crédito por el objeto a que se destina, o de algún otro modo, convenido por las partes, se entenderá que el acreditante está facultado para fijar ese límite en cualquier tiempo".

El crédito deberá ser en cantidades líquidas. Entendemos por cantidades líquidas, aquéllas que son cobrables de manera inmediata a su presentación.

El objeto en el Contrato de hipoteca.

La hipoteca deberá recaer sobre bienes que tengan las características de ser: Determinados, enajenables e inscribibles.

Determinados.⁴⁷

Enajenables. - La razón de que los bienes deban ser enajenables, se refiere a que el valor de los mismos constituye la garantía del cumplimiento de la obligación principal; en consecuencia, si no son susceptibles de enajenación dichos bienes, no se podría obtener el valor para pagar el crédito garantizado.⁴⁸

Inscribibles. - Los bienes sobre los que recae la hipoteca, deberán ser susceptibles de ser registrables, en razón de que ello perfecciona el contrato, además de ser tal inscripción oponible a terceros.⁴⁹

Los bienes a que se extiende el derecho hipotecario, bienes que no comprende la hipoteca y los bienes no susceptibles de hipotecarse, los hemos tratado en notas anteriores.⁵⁰

Objeto en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

En análisis del objeto que constituye a los contratos de apertura de crédito e hipoteca, determinaremos el objeto que constituye al contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

Como lo establecimos en notas anteriores, el objeto que constituye el contrato de apertura de crédito, lo es el crédito y la disponibilidad que se tiene del mismo; y en el contrato de hipoteca, lo son aquellos bienes cuyas características han quedado precisadas; en consecuencia, el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, tendrá por objeto la disponibilidad del crédito que otorga el acreditante al acreditado, la contraprestación que se origina por parte del deudor hacia su acreedor, así como el derecho real de hipoteca constituido con motivo de la celebración del contrato. Esquematicemos.

Un sujeto "A" solicita un crédito de 1000 pesos a una institución bancaria "B", para la adquisición de un

⁴⁷ Idem. Passim, p. 45, 46.

⁴⁸ Crf. Zamora y Valencia. Ob. Cit., p. 323.

⁴⁹ Vid. Artículo 2906. C.C.

⁵⁰ Vid. Aguilar Carbajal, L. Ob. Cit., p. 271, 272.

Planiol y Ripert Ob. Cit., p 154 y ss.

Zamora y Valencia. Ob. Cit., p. 323, 324

Artículos.- 2896, 2897 y 2898 del C.C.

Passim. p. 34, 35

departamento por parte de "A". Dicho crédito es otorgado entre las partes, para que se disponga en los términos convenidos, obligándose "A", a restituir el crédito con los accesorios correspondientes.

Para garantizar el pago del crédito dispuesto a favor del sujeto "B", constituye una hipoteca sobre el bien que adquirió "A".

En consecuencia, tenemos que el objeto en esta operación será el crédito y la disponibilidad del mismo, así como la restitución del crédito y sus accesorios, de igual forma lo es el derecho que el acreedor ejerce sobre la cosa materia de la hipoteca.

LA SOLEMNIDAD

La solemnidad en los actos jurídicos la entendemos, como aquellos ritos que deben realizarse al celebrar el acto jurídico, mismos que condicionan su existencia.

Sin la presencia de esas formas solemnes, el acto jurídico no existe, por lo que constituye un requisito imprescindible para su creación.

Son actos jurídicos solemnes:

* El matrimonio.

* La adopción

*El divorcio administrativo

*La suscripción de un Título de Crédito, en razón de que debe de cumplirse con la serie de menciones y declaraciones precisadas por la ley.

Dentro del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, la solemnidad no es necesaria para el perfeccionamiento de éste.

D.- REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.

Los requisitos de validez del acto jurídico son: La forma, la ausencia de vicios en la voluntad o consentimiento, la licitud en el objeto, en el motivo o fin (Vide pág. 43) y la capacidad.

A CAPACIDAD.

Es sabido por los estudiosos del Derecho, que los individuos al realizar determinados actos jurídicos, deben de contar con la capacidad que la ley exige para la celebración de los mismos; en este caso el otorgamiento de un contrato, estudiemos, entonces, la capacidad de las partes para contratar.

Esta es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; para ejercer los primeros y asumir las segundas. Es un requisito para que el acto jurídico tenga validez, es decir, las partes al intervenir en la realización del acto, deben ser capaces para ejecutarlo.

En este orden de ideas, deducimos que hay dos tipos de capacidad, que son:

Capacidad de goce.- Es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, misma que se reconoce al individuo por la ley mediante el simple efecto del nacimiento. Por tanto se considera un atributo de la personalidad. Cabe destacar que a los concebidos y no nacidos, la ley les reconoce ciertos derechos, tal como el derecho a heredar.

Capacidad de ejercicio.- Es la aptitud para ejercer derechos y cumplir obligaciones, misma que se adquiere a través de la mayoría de edad. Aunque los menores de edad pueden hacerse representar para tales efectos, por medio de quien ejerce la Patria Potestad sobre ellos.

Es importante distinguir la capacidad general de aquella que se requiere para la ejecución de una obligación del tipo contractual. A tal efecto, el artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal, señala : " **Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley** ".

Las excepciones a que se refiere el artículo 1798 mencionado, los define el artículo 450 del mismo ordenamiento, al disponer:

- "Artículo. 450.-** Tienen incapacidad natural y legal :
- I.- Los menores de edad;
 - II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su

inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos, y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."

Este artículo menciona a aquéllos que tienen incapacidad general de ejercicio.

En cuanto a la incapacidad de goce, la ley no establece de manera general, quienes adolecen de dicha capacidad, sino que particulariza y señala quienes carecen de la aptitud para ser titulares de ciertos derechos, los que a continuación se mencionan:

a) El artículo 27 Constitucional dispone que los extranjeros no tienen aptitud de ser titulares de derechos sobre bienes inmuebles cuando éstos están ubicados dentro del territorio nacional en la llamada "zona prohibida".

b) Los tutores, mandatarios, albaceas, representantes del ausente y empleados públicos, no pueden adquirir bienes respecto de cuya venta o administración se hallen encargados. (Artículo, 2280 del C. C.).

c) Los ministros de los cultos no tienen aptitud para ser titulares de derechos hereditarios por testamento de los ministros del mismo culto o de un particular con el que no tengan parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad la tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes éstos hayan prestado cualquier clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quienes hayan sido directores espirituales de los mismos ministros. (Art. 1325, C.C.); sin embargo, ello no es óbice para que puedan ser titulares de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles -por ejemplo, ya que tales derechos pueden adquirirse por otros medios diferentes a los señalados.

Cabe destacar, que no debemos confundir a la incapacidad de goce, con el desconocimiento de la personalidad jurídica. En

virtud de que la ley, al imponer una incapacidad de goce, presupone la existencia de la persona jurídica a quien establece esa limitación. La personalidad jurídica, es el reconocimiento que la ley hace al sujeto físico o moral, para ser susceptible de regular su status jurídicamente, es decir, para que pueda desenvolverse en el ámbito de la norma jurídica. La capacidad de goce y sus restricciones, hacen referencia a situaciones determinadas y singularizadas, como las que ya se han mencionado. Debemos ser precisos en cuanto al estudio de la capacidad de los contratantes, en virtud de que de ello depende el cumplimiento de las obligaciones que se contraen, en determinado acto jurídico.⁵¹

CAPACIDAD DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO, HIPOTECA Y APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

La capacidad de los sujetos que intervienen en el contrato de apertura de crédito, se estima como una capacidad general de goce, y obviamente de ejercicio, siempre y cuando no se encuadren dentro de los presupuestos a que hemos hecho referencia, para que los otorgantes puedan asumir las obligaciones que emanan de la celebración del contrato, bajo pena de nulidad relativa en caso de contravención.

Con respecto al contrato de hipoteca, la capacidad que debe de poseer el deudor hipotecario, la manifiesta el artículo 2906 de C.C., al disponer:

"Artículo 2906.- Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados"

Pueden enajenar todas aquéllas personas que no se encuentren en las situaciones que se plantearon al mencionar al artículo 450 del C.C. y demás numerales que se precisaron en el tema sobre la capacidad general de las partes para contratar.

Con respecto al acreedor hipotecario, éste requiere de la capacidad de ejercicio para la celebración del contrato.

Cabe hacer mención que los contratantes deberán estar exentos de las limitaciones que impone la ley, mismas que han quedado expresadas en este apartado.

⁵¹ Cfr. Zamora y Valencia. Ob. Cit. p.37

AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.⁵²

Consideremos brevemente a los vicios que se pueden presentar en el consentimiento, al momento de la celebración del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

Entendemos por consentimiento, el acuerdo de dos o más voluntades para producir un efecto jurídico determinado, siendo indispensable una manifestación exterior, para que este se produzca.

El consentimiento puede ser afectado por el error, el dolo, la mala fe, la violencia y la lesión.

a) **Error.**- Se entiende como el estado subjetivo de las partes, que lleva al falso conocimiento de la realidad. En los actos jurídicos debemos entenderlo como una apreciación contraria del acto jurídico a celebrar o bien del objeto o motivo determinante de la voluntad.

En la figura jurídica del error, se desprenden a su vez las siguientes clasificaciones:

Error de derecho.- Se presenta en los actos jurídicos, cuando signifique un desconocimiento total o parcial de una norma jurídica, que conlleva a una apreciación falsa de disposición legal aplicable, este tipo de error trae aparejada la nulidad del acto jurídico realizado, a este efecto el artículo 1813 del C.C. expresa:

"Artículo 1813.- El error de hecho o de derecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa."

Error de hecho.- En este tipo de error incide en las condiciones materiales del acto jurídico, de tal suerte que su

⁵² Cfr. Idem, p.41 a 49

Borja Soriano M, Teoría General de las Obligaciones, p.245. Porrúa S.A. México, 1992.
Gutiérrez y González, E. Derecho de las Obligaciones, p. 273 y s.s. Cajica México, 1979.
Treviño García, Ob. Cit. p. 35 y ss.

presencia invalida a dicho acto jurídico, al igual que el error de derecho nulifica el acto jurídico.

Error obstáculo.- Se presenta cuando hay una discrepancia o discordancia entre lo que se denomina voluntad interna y lo que se llama voluntad declarada, ya que aquella no se manifiesta tal como es. Normalmente este tipo de error recae sobre la naturaleza del acto a ejecutar (error en el negocio) o sobre la identidad en el objeto y materia del acto (error en el cuerpo). Este tipo de error producirá la inexistencia del acto jurídico.

Error vicio, nulidad o determinante.- En este tipo de error se da una absoluta concordancia entre lo que es la voluntad interna y la declarada, sin embargo, la primera se ha desviado en cuanto a su formación. Incide fundamentalmente sobre circunstancias o cualidades que determinan la función del objeto materia del acto (error en la substancia) o sobre las cualidades de la persona (error en la persona). Este tipo de error se sanciona con la nulidad relativa del negocio.

Error indiferente.- Este no recae sobre el motivo determinante de la voluntad y por tanto resulta accidental y sin relevancia para el derecho, de modo que no invalida el acto.

Error de cálculo.- Es aquél que se refiere exclusivamente al número de cosas que constituyen al objeto del acto jurídico y únicamente da paso a su correspondiente rectificación.

b) **Dolo y mala fe.**- Es cualquier artificio engaño o maquinación de carácter fraudulento, por el que una persona es inducida por otra a celebrar un acto jurídico, que de otro modo no hubiera otorgado, porque de conocerlo se habría realizado de distinta forma. Según la doctrina, el dolo puede ser positivo o negativo, el primero de los mencionados, se forma por los artificios o engaños utilizados por una parte para inducir a la otra al error o mantenerla en él; en el segundo de los casos, se da lo que se conoce como mala fe, misma que según la ley consiste en la disimulación del error una vez conocido por alguna de las partes.

La concepción jurídica sobre los vicios en la voluntad llamados dolo y mala fe, la establece el artículo 1815 del Código Civil, al disponer :

" Artículo 1815.- Se entiende por

dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error o uno de los contratantes, una vez conocido".

Este vicio es causa de nulidad relativa en el contrato, si el error a que induce o que es mantenido por el mismo, recae sobre el motivo determinante del sujeto en la celebración del negocio⁵³.

c) **Violencia.**- Entendemos por violencia, el miedo originado por la coacción o amenaza de un mal injusto, que es ejercida sobre la voluntad de un individuo, para hacerlo consentir en el otorgamiento de un acto jurídico determinado.

El maestro, Ernesto Gutiérrez y González, ha definido a la violencia de la siguiente manera "Es el miedo originado por la amenaza de sufrir un daño personal, o que lo sufran personas o cosas que se tienen en alta estima y que lleva a dar la voluntad de realizar un acto jurídico"⁵⁴.

De las anteriores definiciones, determinamos dos tipos de violencia, a saber son :

Violencia física.- Se presenta cuando por medio del dolor físico, la privación de la libertad o la fuerza física, se coacciona a una de las partes, para celebrar un determinado acto jurídico.

Violencia Moral.- Esta tiene lugar cuando se hacen amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad o la salud, etc.; misma que fuerza a la exteriorización de voluntad de una de las partes contratantes.

El maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia manifiesta en cuanto a la violencia que: " El artículo 1819 indica que hay violencia cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la libertad, la honra, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado, para determinar a una persona a celebrar un contrato. La violencia

⁵³ Zamora y Valencia, Op. Cit. p. 42.

⁵⁴ Gutiérrez y González Op. Cit. p. 305

en sí o el temor, que nace de ella, vicia la voluntad del sujeto y origina una causa de nulidad relativa del acto"⁵⁵

En cuanto a la sanción que manifiestan los doctrinarios ante la presencia de la violencia, debemos decir que estamos de acuerdo con tales manifestaciones, por las siguientes razones: Lo que se está afectando es la voluntad del individuo al forzarlo a realizar un determinado contrato o acto jurídico, es decir, se está viciando precisamente la parte medular para la existencia de dicho acto o contrato, a saber: el consentimiento para obligarse. Quizás podríamos señalar que la sanción que tendría que recaer en cuanto a este tipo de vicio, lo sería la inexistencia del negocio, sin embargo, ante la presencia de una exteriorización de voluntad por parte del sujeto que fue coaccionado física o moralmente, es incuestionable que, si bien existió violencia, no obstante ello, ha existido la voluntad, en consecuencia, la sanción que se produce en el negocio, lo es la nulidad relativa del mismo. No podemos hablar, como ya lo hemos manifestado, de inexistencia, en razón de que si al ejercitarse la acción de nulidad, misma que solamente puede ser ejercitada por el contratante coaccionado, y reparados los vicios que se presentaron, el contratante afectado, puede bien desear que el acto jurídico celebrado produzca todos los efectos que debiese producir.

d) **Lesión.**- Consiste en una notoria desproporción entre lo que se da y lo que a cambio se recibe. Siempre se da en los actos jurídicos bilaterales.

La lesión tiene su principal antecedente en el derecho romano, en la figura que se denominó *Laesio enormis* y que se daba a los menores con el objeto de recobrar lo que habían dado con lesión de sus intereses.

La sanción ante la presencia de la lesión, hay quienes afirman que no lo es una acción de nulidad sino de rescisión; para esclarecer el problema, tanto el artículo 17 como el artículo 2228 del Código Civil en cita, han establecido que la lesión ocasiona como consecuencia la nulidad absoluta del acto, y, en su caso, la reducción equitativa del monto de la obligación contraída.⁵⁶

⁵⁵ Zamora y Valencia, *Ob. Cit.* p. 43.

⁵⁶ Con respecto a la figura de la lesión, la misma se abordara más ampliamente en capítulos posteriores.

Ausencia de vicios en el consentimiento en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria

En cuanto a los vicios del consentimiento en el contrato de apertura de crédito, no existen normas especiales, en consecuencia, se aplicarán las reglas generales que han quedado precisadas.

En el contrato de hipoteca.

No se encuentran disposiciones especiales en este contrato, por lo que se deberán aplicar las reglas generales en materia de obligaciones mismas que se han precisado en notas anteriores.

En este apartado solamente trataremos a la forma, en virtud de que los demás elementos han sido tratados en puntos anteriores.

LA FORMA.

Es la manera en que se exterioriza la voluntad de los contratantes, ya por escrito, ya de manera verbal, o por medio de signos inequívocos que presumen la voluntad de contratar (V.gr. mímica).

Precisemos de manera breve cada una de estas formas:

De forma verbal.- Indica que la manera de exteriorizar nuestra voluntad, es por medio de la palabra hablada.

De forma escrita.- La voluntad se expresa mediante la escritura, sirviéndose de documentos públicos o documentos privados.

Son documentos públicos, aquellos que son emitidos por funcionarios que gozan de fe pública (V.gr. Notario Público), así como aquellos documentos que son expedidos por funcionarios en ejercicio de las funciones que les fueron conferidas.

Documento privado, es aquél que proviene de los particulares y que suscriben por su propio derecho.

De forma Mímica.- La voluntad se manifiesta mediante signos inequívocos o señas que la presumen.

La voluntad también puede ser de forma tácita, es decir, cuando resulta de hechos o actos que la presupongan o autoricen a presumirlo (Artículo 1803 C.C.).

El Silencio.

En lo que respecta al silencio como una forma de expresión de la voluntad, el Maestro Joaquín Martínez Alfaro, señala: "El silencio consiste en la abstención de manifestar el consentimiento, sin embargo, algunos lo han considerado como un modo tácito de exteriorizar la voluntad"⁵⁷

En nuestra opinión no debemos entender al silencio como una forma de exteriorización de la voluntad de manera tácita, toda vez que en el consentimiento tácito si se exterioriza la voluntad de los contratantes y el silencio nada expresa.

En el ámbito jurídico, el silencio no puede ser considerado como una aceptación, sin embargo, existen algunas excepciones en cuanto al silencio, cuando se presentan determinadas situaciones, produciéndose efectos de derecho, por ejemplo, cuando se le solicita a una autoridad un permiso para el establecimiento de un negocio, si esta autoridad no expide dicho permiso dentro de los parámetros de tiempo que le son otorgados por la ley, se entenderá por concedido el permiso señalado. Otro claro ejemplo, lo es, cuando en un determinado juicio de índole civil, al momento en que se solicita a alguna de las partes se presente a absolver posiciones en el desahogo de la prueba confesional, si ésta no se presenta, o presentándose al desahogo no contesta, se le tendrá por confeso de las posiciones que resulten calificadas de legales, (se entiende por posición calificada de legal, aquella pregunta que le es formulada a quien absuelve una confesión y que la misma le fue formulada conforme a derecho).

Valga el señalamiento de que si bien es cierto que en este tipo de actos el silencio produce efectos y/o consecuencias de derecho, también lo es que ya hubo una manifestación de voluntad de una de las partes que intervienen en el acto jurídico, el silencio es solamente el efecto que se da por parte de la otra parte en dicho acto, y que es sancionada en los términos que se han asentado. Pero el silencio en sí no puede producir un solo efecto ya que con éste no se manifiesta absolutamente nada.

La sanción que se produce en los contratos por falta de forma es la nulidad relativa.

⁵⁷ Martínez Alfaro, J. Teoría de las Obligaciones, p. 76 Porrúa S.A. México, 1993.

La forma en el contrato de apertura de crédito.- Esta deberá de plasmarse por escrito, dada la característica de formalidad que tiene este contrato.

Igualmente el contrato de hipoteca también deberá constar siempre por escrito, por lo que decimos que es un contrato formal. Por regla general el contrato debe de constar en escritura pública, ello de conformidad con el artículo 2917 en relación con los artículos 2317 y 2320 del C.C.

Asimismo, el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria se ha de otorgar por escrito, además de constar en escritura pública, a efecto de que la hipoteca que se deriva del contrato principal, sea registrable.

La interpretación lógica del artículo 71 de la Ley de Instituciones de Crédito (L.I.C.), en su párrafo primero, in fine, reafirmará lo manifestado:

" Artículo 71.- ... El contrato de apertura de crédito será ejecutivo para exigir el cumplimiento de dicha obligación ".

De la lectura del texto del artículo citado, desprendemos que para ejercitar el derecho literal que en el contrato se consigna, necesariamente éste deberá constar por escrito; a mayor abundamiento, si se constituye la garantía de hipoteca, este contrato -el de hipoteca- por ser un contrato formal, deberá constar por escrito; luego entonces, si la obligación accesoria debe de constar por escrito, innegablemente la obligación principal deberá hacerse constar en la misma forma.

E.- SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

De la propia definición del contrato de apertura de crédito se desprenden los sujetos que intervienen en dicho contrato, mismos que se han venido mencionando a lo largo de la presente investigación, los cuáles son:

El acreditante.- Es aquella persona moral que concede la disponibilidad del crédito.

El acreditado.- Es aquella persona física o moral a la que se le otorga el crédito y la disponibilidad del mismo.

En el contrato de hipoteca los sujetos que intervienen en la celebración del mismo, son :

El acreedor hipotecario.- Que es quien adquiere ese derecho real de garantía que constituye en su favor el deudor hipotecario.

El deudor hipotecario.- Es quien dispone de un bien y constituye la hipoteca en favor del acreedor hipotecario.

En conclusión, en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, son los mismos elementos personales que los que intervienen en el contrato de apertura de crédito simple, es decir, se les designará igualmente como acreditante y acreditado respectivamente. No se hace mención especial en cuanto al contrato de hipoteca, en razón de que como lo hemos venido señalando, este es un contrato accesorio y en consecuencia sigue la suerte del principal, por lo que la hipoteca se desprende necesariamente de la apertura de crédito; en razón de ello, debemos estar a la obligación principal y no a la accesoria, en la determinación de las partes que intervienen en dicho contrato.

F.- OBLIGACIONES DE LOS CONTRATANTES.

OBLIGACIONES DEL ACREDITANTE.

- 1.- Otorgar el crédito y la disponibilidad del mismo al acreditado.
- 2.- Está obligado a responder por los vicios ocultos en el otorgamiento del crédito.
- 3.- Ante la aceptación, el endoso, el aval o la suscripción de un título de crédito, así como de la ejecución que resulte de la obligación que contraiga el acreditante por cuenta del acreditado, el acreditante está obligado a disminuir el saldo del crédito, salvo pacto en contrario. (Artículo 297, último párrafo L.G.T.O.C.).
- 4.- No queda facultado para descontar o ceder el crédito documentado con títulos de crédito, antes de su vencimiento, salvo autorización expresa del acreditado. (Artículo 299 L.G.T.O.C.).
- 5.- Pagar los impuestos que le son exigidos por la ley.

En el contrato de hipoteca los sujetos que intervienen en la celebración del mismo, son :

El acreedor hipotecario.- Que es quien adquiere ese derecho real de garantía que constituye en su favor el deudor hipotecario.

El deudor hipotecario.- Es quien dispone de un bien y constituye la hipoteca en favor del acreedor hipotecario.

En conclusión, en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, son los mismos elementos personales que los que intervienen en el contrato de apertura de crédito simple, es decir, se les designará igualmente como acreditante y acreditado respectivamente. No se hace mención especial en cuanto al contrato de hipoteca, en razón de que como lo hemos venido señalando, este es un contrato accesorio y en consecuencia sigue la suerte del principal, por lo que la hipoteca se desprende necesariamente de la apertura de crédito; en razón de ello, debemos estar a la obligación principal y no a la accesoria, en la determinación de las partes que intervienen en dicho contrato.

F.- OBLIGACIONES DE LOS CONTRATANTES.

OBLIGACIONES DEL ACREDITANTE.

- 1.- Otorgar el crédito y la disponibilidad del mismo al acreditado.
- 2.- Está obligado a responder por los vicios ocultos en el otorgamiento del crédito.
- 3.- Ante la aceptación, el endoso, el aval o la subscripción de un título de crédito, así como de la ejecución que resulte de la obligación que contraiga el acreditante por cuenta del acreditado, el acreditante está obligado a disminuir el saldo del crédito, salvo pacto en contrario. (Artículo 297, último párrafo L.G.T.O.C.).
- 4.- No queda facultado para descontar o ceder el crédito documentado con títulos de crédito, antes de su vencimiento, salvo autorización expresa del acreditado. (Artículo 299 L.G.T.O.C.).
- 5.- Pagar los impuestos que le son exigidos por la ley.

6.- Dado que el contrato de hipoteca es un contrato unilateral, el acreditante no asume obligaciones con respecto a ese derecho real.

OBLIGACIONES DEL ACREDITADO.

- 1.- Restituir al acreditante el crédito dispuesto.
- 2.- Pagar al acreditante los intereses, comisiones, premios y demás gastos que se deriven del crédito otorgado.
- 3.- Restituir el crédito en la misma especie que fue concedido, es decir, en cantidades líquidas.
- 4.- Conservar el bien hipotecado en tal estado que sirva de garantía al acreditante.
- 5.- No puede realizar actos respecto del bien hipotecado, que puedan perjudicar al acreedor en la garantía de su crédito.

G.- DERECHOS DE LOS CONTRATANTES.

DERECHOS DEL ACREDITANTE.

- 1.- Todas aquellas obligaciones que tiene el acreditado, son derechos para el acreditante.
- 2.- Le asiste el derecho de persecución del bien hipotecado; es decir, el gravamen de hipoteca continúa sobre el bien aún cuando se transmita su propiedad o se constituyan sobre él nuevos gravámenes.
- 3.- Le asiste el derecho de enajenación del bien hipotecado, en caso de incumplimiento.
- 4.- Goza del derecho de preferencia, mismo que ha sido estudiado, al analizar el contrato de hipoteca. (Vide Supra pág. 33.)
- 5.- Le favorece el derecho de ampliación, si por culpa del deudor el bien hipotecado, sufre algún demérito.
- 6.- Tiene todos aquellos derechos específicos que lleguen a pactarse en la celebración del contrato.

DERECHOS DEL ACREDITADO.

- 1.- Todas las obligaciones del acreditante son derechos para el acreditado.
- 2.- Tiene derecho a la disponibilidad del crédito otorgado. Le favorece el derecho de disponer del bien hipotecado para enajenarlo o imponerle otros gravámenes.
- 3.- Tiene derecho a la posesión del bien hipotecado.
- 4.- Le asiste el derecho de administrar el bien hipotecado, con las limitaciones que la ley le imponga.
- 5.- Percibe los frutos del bien dado en hipoteca antes de que le sea exigida la obligación que garantiza.

H.- CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA .

Las causas de terminación del contrato de apertura de crédito las establece el artículo 301 de la L.G.T.O.C, que dispone:

"Artículo 301.- El crédito se extinguirá, cesando en consecuencia el derecho del acreditado a hacer uso de él en lo futuro:

I.- Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad de su importe, a menos que el crédito se haya abierto en cuenta corriente;

II.- Por la expiración del término convenido, o la notificación de haberse dado por concluido el contrato, conforme al artículo 294, cuando no se hubiere fijado plazo;

III.- Por la denuncia que del contrato se haga en los términos del citado artículo;

IV.- Por la falta o disminución de las garantías pactadas a cargo del acreditado, ocurridas con posterioridad al contrato, a menos que el acreditado suplemente o substituya debidamente la garantía en el término convenido al

efecto;

V.- Por hallarse cualquiera de las partes en estado de suspensión de pagos, de liquidación judicial o de quiebra;

VI.- Por la muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado, o por la disolución de la sociedad a cuyo favor se hubiere concedido el crédito".

Las causas legales de terminación del contrato de hipoteca, las señala el artículo 2941 del C.C., que dispone:

" Artículo 2941.- Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la extinción de la hipoteca:

I.- Cuando se extinga el bien hipotecado;

II.- Cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía;

III.- Cuando se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado;

IV.- Cuando se expropié por causa de utilidad pública el bien hipotecado,

observándose lo dispuesto en el artículo 2910;

V.- Cuando se remate judicialmente la finca hipotecada, teniendo aplicación lo prevenido en el artículo 2325;

VI.- Por la remisión expresa del acreedor;

VII.- Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

El maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, manifiesta que la hipoteca puede extinguirse por vía directa:

A.- Por nulidad, rescisión y por las demás causas normales de extinción de las obligaciones.

B.- Por destrucción del bien, o del derecho hipotecado.

C.- Porque se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado.

D.- Por expropiación del bien.

E.- Por remate judicial del bien.

F.- Por remisión expresa del acreedor.

G.- Por declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

Por vía de consecuencia, la hipoteca se extingue si la Obligación principal se extingue.

Capitolo III

CAPITULO III

LA POSIBILIDAD DE CAPITALIZAR LOS INTERESES MORATORIOS, EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

Al abordar el tema sobre la capitalización de los intereses en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, trataremos los elementos de fondo en los que se sustenta la presente investigación recepcional. Consideramos que es de suma importancia analizar la capitalización de los intereses que se producen en las obligaciones que nacen de los contratos que aquí estudiamos, en razón de que es a través de la capitalización, que se han lesionado de manera considerable los derechos patrimoniales de los individuos que han celebrado un contrato de apertura de crédito y más aún, si lo celebraron gravándolo con una garantía hipotecaria. Pretendemos establecer una posible solución a la conflictiva actual, en lo que se refiere a la ilegítima capitalización de intereses. En análisis del problema que se plantea; buscaremos una posible respuesta que nos ayude a mejorar las condiciones de pago en los contratos de referencia; se establecerán criterios que en nuestra consideración permitirán formar los lineamientos sobre los cuáles debería sostenerse la política de cobros en lo que se refiere al pago de los intereses en los contratos de mérito. No obstante lo dicho, quedará al criterio del lector, el aceptar o no nuestras consideraciones.

A. - ANÁLISIS DEL ARTICULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

Ya hemos hecho referencia en nuestro capítulo II, a los elementos que constituyen a los contratos de apertura de crédito e hipoteca y, relacionándolos, analizamos al contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria; asentamos todas y cada una de las condiciones y requisitos que son necesarios para la existencia del multicitado contrato, así como las sanciones en caso de contravención a la norma que se presentan en el mismo. También hicimos mención, en el tema sobre las diferencias entre el contrato de apertura de crédito y el mutuo (vid. supra págs. 18 y 19), a la estipulación de intereses en ambos contratos. Ahí hicimos mención de que en el contrato de mutuo es una excepción pactar réditos, sin embargo, en el contrato de apertura de crédito tal circunstancia no lo es, al extremo de que se ha caído en el llamado Pacto de Anatocismo.

Hagamos una breve síntesis sobre la estipulación de intereses en el sistema jurídico, misma que da vida a un sinnúmero de figuras jurídicas en nuestro derecho.

La estipulación de intereses en el Derecho Romano.⁵⁸

En el sistema jurídico Romano, se reguló la figura de la *stipulatio poenae*, que consistía en una indemnización convencional que prometía el deudor al acreedor de una determinada obligación, para el caso de incumplimiento. Servía para evitar futuras discusiones sobre los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

En los contratos *bonae fidei* se añadían pactos informales de réditos con eficacia plena.

En tiempos de las XII tablas, probablemente el rédito máximo era del 10% anual.

En el año 342 a. de J.C., una ley prohibió los intereses, pero la misma quedó como letra muerta.

En el año 51 a. de J.C., se opta por fijar niveles máximos a los intereses, diferenciándolos según la actividad y el status social de los acreedores (las personas ricas o nobles, no podían reclamar porcentajes altos, como los prestamistas o los comerciantes), el rédito máximo, era del 12% anual (*usura centesima*).

Teodosio II castigó a los acreedores que establecían intereses excesivos mediante multas e inclusive mediante la pérdida de su crédito. Se conoce ya la *Lex Anastasiana*, por la que se establece la prohibición del "anatocismo", por la que se dispone que los intereses atrasados y acumulados no debían exceder del importe del capital.

Justiniano redujo el máximo de intereses, diferenciando los montos según la calidad social del acreedor. Lo pagado en exceso se aplicaba primero al capital; y si los intereses pagados en demasía importaban más del monto de la deuda, la diferencia resultante debía devolverse al deudor, como pago de lo indebido.

La estipulación de intereses en nuestro Derecho.

En nuestro sistema jurídico se ha estilado imponer la carga del pago de réditos a los deudores de las obligaciones de que aquí tratamos.

⁵⁸ Cfr. Floris Margadant S. G. *El Derecho Romano Privado*, p. 389, 390. Esfinge. México 1977.

Como en Roma, ahora entendemos por pacto de anatocismo, al pago de intereses sobre intereses, es decir, el deudor debe pagar el interés convencional pactado además del crédito dispuesto; pero si por alguna circunstancia el acreditado deja de hacer alguno de sus pagos, se le hacen efectivos los intereses moratorios que se generan por la falta de pago; si de nueva cuenta se retrasa el deudor en el pago de su crédito, se le hace un cobro de intereses del tipo moratorio, sobre la cantidad que resultó de sumar el crédito principal, más los intereses convencionales y moratorios que se acumularon en el pago anterior; ejemplifiquemos:

La institución Bancaria "A" otorga un crédito a un sujeto "B", por la cantidad de \$ 1000.00, con un interés convencional del 10% mensual. Para el caso de incumplimiento, se establece un pago del 10% por mes vencido y no pagado, en términos lógicos, el sujeto "B" tendría que pagar la amortización mensual sobre la cantidad principal, (entendamos a la amortización del pago, que la misma se realizará en un término de 12 meses), más el interés convencional que resulte, es decir, pagará:

Abono al capital principal:	\$ 83.33.
Interés convencional 10% :	\$ 8.33.
Total.....	\$ 91.66.

Si se retrasó una mensualidad, deberá pagar :

Abono al capital principal:	\$ 83.33 x 2 = 166.66.
Interés convencional 10% :	\$ 8.33 x 2 = 16.66.
Interés moratorio 10% :	\$ 8.33 = 8.33.
Total.....	191.65.

Se capitaliza el interés, cobrando intereses moratorios sobre toda la cantidad y no sobre la deuda principal, es decir, se paga interés, pues en virtud de que hubo un retraso, se aplica la sanción del pago del interés moratorio, pero el mismo no se limita a la cantidad que fue dispuesta, sino que se hace el cobro del interés moratorio, por toda la deuda. En nuestro ejemplo, el deudor solamente tendría que pagar por concepto de intereses la cantidad de 8.33, y no de 24.99. Aún más si se deja de pagar una mensualidad más, se le acumulará a su adeudo, la nueva mensualidad, mas los intereses convencionales pactados, más los intereses moratorios vencidos y no pagados, y sobre toda esa cantidad se determinará un 10% más, que resultará del interés moratorio.

Por todo lo que se ha dicho, existe la necesidad de revisar el artículo 363 del Código de Comercio, en razón de que

está disposición alude a la prohibición de lo que hemos denominado como pacto de anatocismo. Es por ello que al término del análisis de dicho numeral, daremos nuestra propuesta para modificar dicho artículo, a efecto de que nuestra Legislación proporcione instancias menos gravosas para la cumplimentación de nuestras obligaciones contractuales.

Art.363. Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.

De lo previsto por la disposición que se señala, estamos en presencia de los siguientes elementos:

I.- Que los intereses sean vencidos.

II.- Que dichos intereses no hayan sido pagados.

III.- Que esos intereses no devenguen a su vez intereses.

IV.- Necesariamente deberá existir un acuerdo de voluntades, para poder capitalizar los intereses vencidos y no pagados.

Con los elementos que se desprenden de la disposición legal transcrita, manifestemos nuestro sentir jurídico sobre dicho artículo. Entendamos primeramente a los elementos que integran el enunciado que constituye a dicho numeral.

INTERÉS.-Idiomáticamente la expresión interés, la entendemos como provecho o utilidad.

En este orden de ideas y aplicando el concepto de interés dentro del marco jurídico, éste será aquel provecho o utilidad que le es propia a uno de los contratantes, derivada del otorgamiento de un acto jurídico determinado.

Si por interés intuimos provecho o utilidad, y por la palabra vencido, asimilamos a caído, derrotado, etc.; entonces al interés vencido debemos concebirlo, como aquel provecho que le es generado al acreedor y que se le debe de liquidar por haber transcurrido el plazo señalado para el pago, sin que este se hubiese efectuado.

CAPITALIZACIÓN.- Gramaticalmente es sacar ventaja de algo o valorar el capital por la renta que produce.

De los conceptos y definiciones que hemos anotado, podemos entender cabalmente lo que estatuye el artículo 363 del Código de Comercio, en cuanto a los provechos de que es titular el acreedor en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, los cuáles en principio no son susceptibles de generar interés sobre interés, a menos, que exista la estricta voluntad de las partes, de que los intereses sean capitalizados.

Elemento importante en esta disposición, lo es el acuerdo de voluntades, el cuál es necesario e indispensable para que tenga verificativo la capitalización de intereses. De no existir la voluntad de las partes, el acto de cobrar intereses sobre intereses, estaría afectado de nulidad absoluta, en virtud de que faltaría el elemento base de todo negocio jurídico: la voluntad de las partes para obligarse.

Es cierto que el artículo en estudio concede a los contratantes el privilegio de poder capitalizar los intereses que se hayan vencido y no hayan sido pagados, pero también lo es que, para poder ejercer ese derecho, se deberá estar a la voluntad plena de las partes, en razón de que estamos frente a un caso de excepción; por lo que no pueden deducirse de forma presuntiva cláusulas que hagan suponer el consentimiento de los contratantes para capitalizar los réditos que se derivan de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

Nuestros máximos tribunales han sostenido que la capitalización de intereses no procede cuando no se ha convenido expresamente. Veamos los criterios que se han sustentado al respecto:

"INTERESES, CAPITALIZACIÓN DE. NO PROCEDE CUANDO NO SE CONVIENE EXPRESAMENTE, POR SER UN CASO DE EXCEPCIÓN.- El artículo 363 del Código de Comercio, previene que: "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos". Conforme a lo anterior cuando en un contrato mercantil las partes celebrantes en ejercicio de la libertad contractual que les otorga el artículo 78 del Código de Comercio se obligan, una de ellas a transferir la propiedad de una suma de dinero a la otra, y ésta se compromete a su vez a devolverlo en determinado plazo estableciendo para ello garantía prendaria sobre títulos de crédito, el acreedor ejecutante al hacer efectivo el cobro del crédito concedido, tiene derecho a la restitución de la suma prestada, al pago del saldo del adeudo cuando ha recibido abonos parciales y a los intereses pactados en caso de mora, o en su

defecto al pago del interés legal, pero no tiene derecho de manera alguna, a devengar intereses sobre intereses vencidos y no pagados, porque tal capitalización o pacto de anatocismo se establece en el Código de Comercio, como un caso de excepción que requiere del convenio expreso de los contratantes en el propio contrato concertado, que no debe deducirse en forma presuntiva del contenido de las cláusulas de aquél."

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 123/90. Automovilística Central, S.A. y Emilio Bolaños Díaz. 31 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas. SEMANARIO JUDICIAL. OCTAVA EPOCA. TOMO VI. JULIO - DICIEMBRE DE 1990. SEGUNDA PARTE. TRIBUNALES COLEGIADOS. PAG. 558.

Consideramos que en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria que contemplen el pacto de anatocismo, deben declararse nulos de manera absoluta; por ello creemos que para el efecto de que la nulidad se aplique a todos aquellos contratos que sean celebrados con instituciones bancarias y que no respeten la autonomía de la voluntad de los deudores para obligarse, lo es la modificación del artículo 363 del Código de Comercio, para que quede de la siguiente manera:

"Artículo. 363.- Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos, en instrumento independiente del contrato principal, en el que se manifieste expresamente la voluntad de las partes para obligarse, so pena de nulidad absoluta de la obligación de pago".

Pretendemos que la capitalización se realice en un instrumento independiente al principal y no como lo sostienen los tribunales colegiados que se inserte en el propio contrato celebrado; en razón de que no se tiene la certeza de que el acreditado no pagará oportunamente su deuda, si se obligara desde el inicio del negocio, se estaría ante circunstancias que aun no existen, en razón de que es necesario que los intereses sean vencidos y no pagados, para que se dé la capitalización; luego entonces, no podemos intuir la aceptación del pacto de anatocismo, si no se han dado los extremos legales para que tenga lugar.

B.- DEFINICIÓN DE INTERÉS MORATORIO.

En este apartado nos referiremos a la mora, con la finalidad de que lleguemos a entender la definición concreta del interés moratorio que da pie a la capitalización de intereses, y por ende a la nulidad absoluta de los contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

La mora en el Derecho Romano.⁵⁹

Existe dentro del sistema jurídico romano la llamada *Mora Debitoris* y la llamada *Mora Creditoris*.

Mora Debitoris.- Consiste en el retraso injustificado del deudor, en lo que concierne al cumplimiento de una determinada obligación.

En las obligaciones a término, vencido éste sin que se presente el cumplimiento, el deudor incurre en mora.

En las obligaciones sin término, será necesaria la *interpellatio* que llame al deudor al cumplimiento.

Mora Creditoris o accipiendi.- Se manifiesta cuando el acreedor no quiere aceptar el objeto de la obligación, es decir, a recibir el pago íntegro y efectivo a que se obligó el deudor.

Ante la presencia de la *Mora Creditoris*, el deudor podía ocurrir a la *Obsignatio Solemniter Facta*, es decir, al depósito del pago ante una autoridad o un templo.

A la *Obsignatio Solemniter Facta* romana, actualmente la conocemos en nuestro sistema jurídico como la consignación de pago.

Los efectos de la Mora en el derecho romano son:

1.- En la *Mora Debitoris* o *Solvendi* :

i) La entrega de cosa genérica.- Se dice que las obligaciones genéricas son perpetuas, para señalar, que el deudor no se libera, aún en el caso de que los bienes genéricos

⁵⁹ Cfr. Floris Margadant S. G. *Op. Cit.* p. 368, 369.

Gordillo Montesinos, R. H.. *Apuntes del Curso de Derecho Romano I*, p. 4, 5. UNAM. ENEP ARAGÓN. México, 1993.

hubieren perecido por *Vis maior* (fuerza mayor), en atención al principio *Genera non pereunt*.

ii) La entrega de cosa específica.- De conformidad al principio *Species perit ei cui debetur*, si los bienes específicos se pierden por *Vis maior* antes de su entrega, la pérdida la sufre el deudor, en virtud de que ha de responder por su dolo, culpa y aun de la *Vis maior*.

iii) Las obligaciones *stricti iuris*.- El deudor no está obligado a pagar intereses, aún cuando su mora haya sido muy prolongada. Si por alguna causa el acreedor llegase a demandar al deudor por una cantidad superior a la que le es debida, éste perderá el proceso en atención a que se encuadra dentro de la *Pluris petitio re*.

iv) Obligaciones *Bona Fidei*.- Este tipo de obligaciones generan intereses y obligan al deudor a hacer entrega de los frutos que la cosa materia de la obligación haya producido desde que se constituyó la mora.

v) Proporcionar al acreedor un derecho por daños y perjuicios, que toman la forma de intereses moratorios si el objeto de la obligación lo es una suma de dinero.

2.- En la *Mora Creditoris o accipiendi* :

i) Entrega de cosa genérica.- Esta se perderá para el acreedor; si el deudor es demandado por su acreedor, el pretor le concederá al deudor la excepción de dolo, a efecto de parar la acción injusta del acreedor.

ii) Entrega de cosa específica.- El deudor sólo responderá de su dolo pero nunca de la *Vis maior*.

iii) El acreedor responderá por los gastos que le ocasione al deudor.

iv) Se faculta al deudor para depositar o consignar los bienes en un templo o en una oficina pública.

LA MORA EN NUESTRO ACTUAL SISTEMA JURÍDICO.⁶⁰

El ámbito jurídico actual, ha definido a la mora como el injusto retardo en el cumplimiento de una obligación.

Nuestra legislación, desde 1870, ha adoptado el principio romano "*Dies interpellat pro homine*" ("el término mismo hace la interpelación"). La concepción de que el término mismo hace la interpelación, actualmente lo traducimos como que llegado el vencimiento de una determinada obligación, se hace exigible su cumplimiento, sin necesidad de que el deudor sea requerido judicial o extrajudicialmente al pago, sin embargo, en las obligaciones sin plazo es necesaria la interpelación.

Los artículos 2080, 2104 y 2105 del C.C. y 259, fracción IV del C.P.C., establecen las disposiciones en cuanto a la interpelación al deudor que adopta nuestro Derecho.

"Artículo 2104.- El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será, responsable de los daños y perjuicios en os términos siguientes:

I.- Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

II.- Si la Obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención"

"Artículo 2105.- En las obligaciones de dar que tengan plazo fijo, se observará lo dispuesto en la Fracción I del artículo anterior .

Si no tuvieren plazo cierto, se aplicará lo prevenido en el artículo

⁶⁰ Cfr. Rojina Villegas, R. Ob. Cit. p.361.

Gutiérrez y González, E. Ob. Cit. p. 466.

Messineo Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. p. 338. E.J.E.A. Buenos Aires, Argentina, 1979.

Aníbal Alterini, A. Curso de Obligaciones | p. 201. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1990.

Borja Soriano, M. Ob. Cit. p. 462.

2080, parte primera"

"Artículo 2080.- Si no se ha fijado el término en que deba de hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos...."

Las obligaciones de dar que no cuentan con plazo, se hacen exigibles treinta días después de la interpelación; si se trata de obligaciones de hacer, estas se harán exigibles después de que transcurra un tiempo pertinente, atendiendo a la naturaleza del negocio.

Por su parte el artículo 259, fracción IV del Código de Procedimientos Civiles, previene la interpelación, a través del emplazamiento judicial.

"Artículo 259.- Los efectos del emplazamiento son:

...IV.- Producir todas las consecuencias de la interpelación judicial, si por otros medios no se hubiere constituido ya en mora el obligado."

Es evidente que en las obligaciones de dar sin plazo fijo, el acreedor no puede pedir en su escrito de demanda, se tenga por hecha la interpelación, ya que no se habrían consumado los treinta días a que se refiere el artículo 2080 del C.C., por lo que deberá interpelar, mediante jurisdicción voluntaria, ante dos testigos, o ante la fe pública de un Notario.

Decimos que existe mora, cuando el cumplimiento de la obligación por parte del deudor aún es posible, no obstante el retardo en razón de que si dicha obligación ya no se puede cumplir, no habrá en este caso mora, sino incumplimiento definitivo de esa obligación.

EFFECTOS DE LA MORA.

Los efectos de la mora consisten en:

a) Obligar al deudor a resarcir los daños y perjuicios ocasionados por su negligencia.

b) Arroja el riesgo de la cosa sobre el moroso, en razón de que por la circunstancia de encontrarse en el supuesto de la mora, se halla en culpa, es decir, deberá responder del caso fortuito y la fuerza mayor.

c) Será responsable del pago de los gastos judiciales, en términos del artículo 2118 del C.C., que dispone:

"Artículo 2118.- El pago de los gastos judiciales será a cargo del que faltare al cumplimiento de la obligación, y se hará en los términos que establezca el Código de Procedimientos Civiles".

Indemnización moratoria.

Esta tiene lugar cuando no hay incumplimiento definitivo, sino sólo un incumplimiento tardío. Se le denomina indemnización moratoria, en virtud de que es debida a la demora del deudor en el cumplimiento.

No implican identidad la mora y la demora, en atención a que la demora, es un retardo del deudor, por lo que se constituye un elemento material de la mora, pero no la mora en sí. Se incurre en mora, cuando se da la inejecución de la obligación contraída.

FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO ⁶¹

Para comprender de manera más amplia los efectos de la mora, analicemos dos figuras muy singulares dentro de los supuestos de los morosos, refirámonos a la fuerza mayor y al caso fortuito.

Dentro del sistema jurídico romano, la *vis maior o casus fortuitus*, liberaban al deudor de toda responsabilidad, cuando hacían imposible el cumplimiento de una prestación con objeto específico.

En nuestros días, en relación al caso fortuito, el artículo 2111 del C.C.

" Nadie está obligado al caso fortuito

⁶¹ Cfr. Rojina Villegas, R. *Ob. Cit.* p. 381 Y s.s.
Borja Soriano, M. *Ob. Cit.* p. 472 y s.s.
Gordillo Montesinos, R.H. *Ob. Cit.* p. 4.

sino cuando ha dado causa o contribuido a él, cuando ha aceptado expresamente esa responsabilidad, o cuando a ley se lo impone"

La doctrina ha diferenciado al caso fortuito de la fuerza mayor. Por el primero se entienden los acontecimientos propios de la naturaleza tales como: inundaciones, terremotos, tormentas, etc.; por la segunda se entienden hechos del hombre, tales como guerras, invasiones, bloqueos, crisis económicas, robos, etc.

La presencia del caso fortuito y la fuerza mayor operan como excluyentes de responsabilidad para el deudor, en razón de que éste se encuentra ante la imposibilidad de la ejecución de la obligación que le fue impuesta, por lo que se libera de su cumplimiento, es decir, se estará aplicando la teoría de la imprevisión a tales circunstancias.

Un punto más al tema que se plantea en la presente investigación, es el invocar la presencia de la fuerza mayor en las obligaciones de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, en atención a que se han presentado en nuestro país circunstancias adversas, mismas que han ocasionado se afecte considerablemente la esfera patrimonial de los deudores que se encuentran en los supuestos jurídicos que aquí tratamos. Es innegable que la fuerza mayor puede ser invocada como acción o excepción, en virtud de que los deudores no contribuyeron en los errores gubernamentales que se suscitaron en la crisis económica, pues no obstante de que tienen que pagar el crédito dispuesto, deben soportar el pago del pacto de anatocismo (no convenido pero si exigido), cargando con deudas que no contrajeron; y quedando obligados a pagar intereses en escalas porcentuales de gran consideración que exceden los límites de la usura.

Nuestra ley nos proporciona las salidas preferentes para la solución de este problema presente. El invocar la fuerza mayor o el caso fortuito, es una vía adecuada, para encontrar la equidad en una economía tan precaria como en la que nos desenvolvemos.

En relación a las mencionadas figuras jurídicas, la Corte ha sostenido el siguiente criterio:

CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. ELEMENTOS.-
Independientemente del criterio doctrinal

que se adopte acerca de si los conceptos fuerza mayor y caso fortuito, tienen una misma o diversa significación, no se puede negar que sus elementos fundamentales y sus efectos son los mismos, pues se trata de sucesos de la naturaleza o de hechos del hombre que, siendo extraños al obligado lo afectan en su esfera jurídica, impidiéndole temporal o definitivamente el cumplimiento parcial o total de una obligación, sin que tales hechos le sean imputables directa o indirectamente por culpa, y cuya afectación no puede evitar con los instrumentos de que normalmente se disponga en el medio social en el que se desenvuelve, ya para prevenir el acontecimiento o para oponerse a él y resistirlo.

Amparo directo 4010/75. Sindicato de Empleados de Centralab-México, S.A. C.R.O.C. 27 de junio de 1979. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes. Secretario: Leonel Castillo González.

De lo antes mencionado, se desprenden los siguientes elementos, que constituyen a la fuerza mayor o caso fortuito:

1.- Los acontecimientos que surgen con motivo de esas figuras, son ocurridas por fenómenos de la naturaleza, u ocasionados por personas con autoridad pública.

2.- Esos acontecimientos, generan un obstáculo general para cumplir con las obligaciones que se vieron afectadas por la fuerza mayor o el caso fortuito.

3.- El obstáculo mencionado, hace insuperable la ejecución de las obligaciones contraídas.

4.- Es previsible pero inevitable; o imprevisible.

5.- Como consecuencia de lo expuesto, se produce una conducta dañosa contraria a un deber jurídico en estricto sentido o a una obligación.

Consideramos que las conductas humanas que producen situaciones de daño generados por la fuerza mayor o el caso fortuito, no han tenido el ánimo de causarlo, por tanto, no son sujetos de responsabilidad, sin embargo, si al causante de los perjuicios ocasionados no puede exigirsele responder al caso fortuito o fuerza mayor, tampoco a de crearse menoscabo, a los deudores de la banca, imponiéndoseles obligaciones de pago por las cuáles no se comprometieron a cumplir.

No obstante que manifestamos que no existe responsabilidad, cuando por la conducta humana se consolidan daños causados por la fuerza mayor o el caso fortuito, el maestro Ernesto Gutiérrez y González, señala algunas excepciones a la irresponsabilidad creada por el caso fortuito, al expresar:

" De la transcripción hecha del artículo 2111 (...), se aprecian los casos en los cuales no obstante mediar caso fortuito o fuerza mayor, se debe indemnizar:

" a).- Si el autor de la conducta dañosa contribuyó al incumplimiento de su deber u obligación, y es lógico porque entonces ya hay un principio de culpa.

" b).- Cuando expresamente se acepta responder del daño aunque se cause por caso fortuito.

" c).- Cuando la ley de manera expresa impone las consecuencias del caso fortuito o fuerza mayor.

" Otro caso es el que prevé el artículo 2505 del C.C."⁶²

Con todos los elementos que se han plasmado, podemos ya definir al interés moratorio:

INTERÉS MORATORIO.- Es aquel provecho o utilidad que le es propio al acreedor de un determinado acto jurídico, por el injustificado retardo en el cumplimiento de su deudor.

C.- LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES, COMO ELEMENTO DE EXISTENCIA EN LA CAPITALIZACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS.

Hemos hablado ya del consentimiento de las partes para contratar, al estudiar en el Capítulo II a los elementos de existencia de los contratos de apertura de crédito e hipoteca.

En lo que respecta al consentimiento que se requiere para que las partes puedan capitalizar los intereses moratorios en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, es de observancia lo dispuesto por el artículo 78 del Código de Comercio que regula la libertad contractual de los sujetos que

⁶² Gutiérrez y González, E. *Op. Cit.* p. 495, 496.

Art. 2505.- Si la cosa perece por caso fortuito, de que el comodatario haya podido garantirla empleando la suya propia, o si no pudiendo conservar más que una de las dos ha preferido la suya, responde por la pérdida de la otra.

intervienen en la celebración de los contratos mercantiles, al disponer:

"Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados"

Para que los contratantes tengan la facultad de capitalizar los intereses moratorios que se generan en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, es indispensable, el acuerdo de voluntades. Si bien es cierto que el numeral señalado impone a las partes del negocio el deber de cumplir con las responsabilidades contraídas al celebrar el contrato, también lo es que no por esas circunstancias, el deudor deba obligarse por cuestiones que aún no se presentan; se pueden presentar, es innegable, sin embargo, no debe quedar a la voluntad unilateral del acreditante, el imponer al acreditado cargas cuyo monto depende de acontecimientos no conocidos.

La libertad contractual tiene varios significados, siendo los más útiles, la libertad para fijar el contenido de cada contrato, insertando en él las cláusulas que las partes contratantes elijan, ello de conformidad a lo ordenado por el artículo 1839 del C.C., que señala:

"Artículo 1839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencias de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley"

Esta disposición esclarece aun más lo señalado en cuanto al pacto de anatocismo que se inserta en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, en razón de que la voluntad es un requisito *sine quae non* en las obligaciones de mérito; en el caso que nos ocupa, esas disposiciones no pueden ser renunciadas, en virtud de que no existe la multicitada figura de la voluntad para comprometerse a pagar las cantidades que se cubren.

Quizás se pregunte el porque si no existe el consentimiento, se paga la cantidad que por efecto de la capitalización se genera. La respuesta es sencilla, en primer término, los acreditantes utilizan terminología rebuscada para fijar las condiciones de pago que se establecen en los citados contratos, haciendo caer a la mayoría de los contratantes en los supuestos de la ignorancia respecto de esos términos, y, ante dicha ignorancia, el acreditante se aprovecha lesionando el acto jurídico que se pacta, en razón de que ello genera mayor utilidad y/o provecho para él. Una causa más lo es el estado de necesidad en que se encuentran, muchas personas, que se ven en la necesidad de acudir a una determinada institución bancaria a solicitar la disponibilidad de un crédito, dejando como garantía sus bienes, empero, lo mas lamentable, es la falta del hábito de leer, analizar y consultar los instrumentos que firmamos, es decir estamos carentes de una educación suficiente y bastante para leer, entender y preguntar sobre todas y cada una de las responsabilidades que contraemos al firmar un contrato, en este específico asunto un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

Ante todas las circunstancias que se mencionan, el acreditante, dolosamente o de mala fe se aprovecha de esas situaciones, encuadrándose la mayor de las veces, en las operaciones contractuales que se realizan, el supuesto jurídico de la lesión, consagrado en el artículo 17 del C.C., que a la letra señala:

Artículo 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más los correspondientes daños y perjuicios.

El derecho concedido en este artículo dura un año.

Como se puede observar, este artículo protege al deudor que ve lesionado su patrimonio por efecto del contrato celebrado, pudiendo pedir la nulidad del acto o la reducción equitativa. Es evidente que dicha disposición general no menciona que tipo de nulidad es la que el deudor debe invocar respecto de la capitalización de los intereses moratorios. Sin lugar a dudas pensamos que deberá invocarse la nulidad

relativa, y en su caso con la nulidad absoluta (si se contravienen normas que afecten o alteren el orden público) de la obligación de pago de dichos intereses; en razón de que si bien es cierto se está exteriorizando una voluntad dentro del contrato, esta voluntad solamente se expresa dentro del acto principal que da origen a la disponibilidad del crédito y a la restitución del mismo, pero en ningún momento existe el consentimiento entre los que intervienen en el contrato, para imponer deudas actos que ni siquiera se tiene la certeza de que ocurrirán.

En conclusión, para que la voluntad del acreditante y del acreditado en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria exista respecto a la capitalización de los intereses moratorios que se devengan en esos actos, deberán necesariamente existir los elementos que integran al consentimiento, es decir, tendrá que nacer la oferta por parte del acreditante hacia el acreditado de que le sean pagados intereses sobre los intereses vencidos y no pagados, y que el acreditado acepte esa oferta, con esos elementos queda sujeto el acreditado a cumplir y responder por el pacto de anatocismo que haya aceptado, obviamente, si no se cumple con esos requisitos y se están haciendo efectivos los pagos a que se refiere el multicitado pacto de anatocismo, resulta innegable que dichos pagos deben de ser sancionadas con la nulidad relativa, o nulidad absoluta; en este caso si se atacan disposiciones del orden público, es decir, que se afecten los derechos que son inherentes a todos los sectores de la población. Esta situación da lugar a un segundo negocio jurídico, dentro de la misma obligación contraída.

Capitulo IV

ESTO
SALVO EN LA
LIBRERIA

CAPITULO IV.

LA NULIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO POR LA CAPITALIZACIÓN DE LOS INTERESES MORATORIOS, EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

En este capítulo trataremos de manera específica lo que verdaderamente da vida a esta tesis.

El hecho de hablar de nulidad en relación a los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, creará en los estudiosos del derecho controversias, en cuanto al porqué de la postura de invocar la nulidad absoluta y no la inexistencia, así como la aplicación de la nulidad relativa respecto de la obligación de pago por la capitalización de los intereses moratorios.

Conforme se vaya desarrollando este estudio, se irán dando las bases del porque creemos que operan la figuras de la nulidad absoluta y la nulidad relativa en los contratos de mérito.

Existen elementos suficientes y bastantes para llegar a proporcionar una conclusión sólida para respaldar nuestra posición respecto de los argumentos que aquí se esgrimen.

A.- ORIGEN DE LA TEORÍA DE LAS NULIDADES.

Tesis Clásica.

Esta tesis es también llamada bipartita, la cuál es influenciada por el derecho francés, misma que hace una clasificación de la invalidez del acto jurídico y se reduce a considerar dos aspectos:

- a) La nulidad absoluta o de pleno derecho.
- b) Acción de anulabilidad o nulidad relativa.

Establece que la ilicitud en el objeto del acto produce la nulidad de pleno derecho e invalida aquellos actos que se celebran contrariando preceptos legales imperativos o prohibitivos; emana directamente de la ley y no requiere por tanto el ejercicio de ninguna acción ante los tribunales.

Asimismo, la teoría clásica propone atacar al acto jurídico desde sus cimientos. La nulidad absoluta puede ser invocada por cualquier interesado y produce sus efectos frente a las partes que celebraron ese acto, así como ante terceros, ésta no desaparece por la confirmación o ratificación, además de ser imprescriptible.

En otro orden de ideas, la anulabilidad o nulidad relativa, tiene su origen en la incapacidad de alguna de las partes que intervienen en el acto jurídico celebrado, en la presencia de vicios en la voluntad o en la ausencia de formalidad en el propio acto convenido.

La tesis clásica adopta la posición de que la acción de nulidad relativa se otorga como un medio de protección del interés de personas determinadas, siempre se necesita que sea declarada por el juez, mientras tanto permite que el acto produzca todos sus efectos.

Con la sentencia de nulidad, los efectos del acto celebrado se destruyen retroactivamente. Cabe destacar que esta acción de anulación sólo se da en favor de la persona cuyo interés particular se protege y la nulidad desaparece por confirmación y por prescripción.

Debido a la influencia de las ideas del tratadista alemán Zacharie, la jurisprudencia francesa manifestó que en ciertos casos no podía hablarse propiamente de la existencia de un consentimiento viciado o de la falta de alguna de las formalidades, sino que la causa de la invalidez de un determinado acto era de tal gravedad que la voluntad no existía, es decir que faltó de manera absoluta.

En otras situaciones se observó que cuando el objeto del acto es imposible, el acto no es nulo, sino inexistente. En este orden de ideas, la doctrina francesa dispuso:

"El acto no es nulo, es inexistente, porque carece de algo fundamental, esencial para el acto mismo, sin lo cuál, no puede concebirse en la mente."

Así nace en el sistema jurídico francés, la idea de que la inexistencia no debe de ser absorbida por la teoría de la nulidad. Sosteniéndose la división tripartita entre la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

CRITICA DE RENE JAPIOT A LA TEORÍA DE LAS NULIDADES.

Este tratadista manifiesta en cuanto a la teoría clásica de las nulidades los siguientes comentarios:

1.- La diferenciación que establecieron los legisladores franceses, entre el acto meramente inexistente y el acto nulo, no encuadra en la realidad.

2.- El problema de la invalidez de los actos jurídicos presenta una gran variedad de matices y por ende constituye un error el darle una solución en bloque o en conjunto para resolver ese problema como lo estima la teoría clásica.

3.- Se liga al número de personas que pueden hacer valer la acción de nulidad con la no producción de efectos y con la no ratificación.

No obstante la crítica que el maestro René Japiot hace a la doctrina francesa respecto a las nulidades, el mismo estima a la nulidad de la siguiente manera:

A) La nulidad es una sanción establecida por el derecho con el objeto de privar de efectos a los actos celebrados con violación de la Ley. En consecuencia, deberá de observarse el fin y los intereses que el legislador tuvo para estimarla como sanción.

B) El juzgador, al momento de emitir el fallo correspondiente, en el que prive de efectos a un determinado acto jurídico, debe de tomar en cuenta el equilibrio de los intereses en presencia, es decir, de los múltiples intereses que se ven afectados con la sentencia de nulidad, juzgando de manera convincente el medio donde se desarrollo ese acto.

C) No resulta exacto que, como lo afirma la doctrina clásica, la inexistencia sea la nada jurídica. Todos los actos jurídicos, aun los inexistentes, por lo menos tienen una apariencia de acto.

D) No debe de existir una división tajante entre las nulidades de pleno derecho y las simples anulabilidades, sino una sola categoría o clase de actos inválidos.

TEORÍA DE PIEDELIEVRE.

Este estudioso hace su crítica a la teoría clásica de las nulidades afirmando que el principio según el cual **el acto nulo no produce ningún efecto**, es falso, demostrándolo con los siguientes argumentos:

a) Cuando por causa de la nulidad el acto no genera sus efectos principales, es susceptible de producir consecuencias secundarias.

b) Cualquier acto que ha sido declarado nulo puede producir efectos, durante cierto tiempo, aun después de que el órgano jurisdiccional ha declarado la nulidad de éste.

c) Un acto nulo puede producir plenamente sus efectos jurídicos como los puede producir un acto plenamente eficaz.

Piedelievre, al momento de fijar su doctrina, reconoce la falta de objetividad que permita determinar en un acto jurídico los efectos que deben de declararse inexistentes, cuales deben de observar su vigencia y cuales deben ser destruidos. Afirma que el juzgador debe de atender a lo que el denomina como "Tendencia del espíritu", que deberá aplicar con libertad en los siguientes casos:

1.- En aquellos casos en que rige el principio de autonomía de la voluntad.

2.- En donde el formalismo es menos riguroso.

3.- Cuando se trata de actos de naturaleza compleja.

4.- En donde la acción de nulidad se dirija en contra de las consecuencias del acto y no contra el acto mismo.

TEORÍA DE JULIEN BONNECASE.

El ilustre maestro Bonnacase, retoma las ideas planteadas en la teoría clásica, a efecto de entender de manera más profunda sus conceptos, haremos la transcripción de algunos fragmentos de su obra "Tratado Elemental de Derecho Civil".

"En varias sentencias célebres, la Corte de Casación ha aplicado en la forma más expresa, tanto la noción de inexistencia de fondo como la inexistencia de forma.

"La Sentencia Godard del 30 de diciembre de 1902, la *Chambre des requetes* había consagrado ya la noción de inexistencia de forma en las siguientes condiciones: en el remate judicial de un inmueble, un particular había hecho postura sin estar asistido por procurador alguno. ¿Era inexistente esta postura, o solamente estaba afectada de nulidad absoluta? Esta cuestión era interesante porque el artículo 705, inciso I del código de procedimientos civiles dice que "las posturas se hacen por ministerio de los procuradores en la audiencia", agregando en el inciso II que el "postor cesa de estar obligado, si su postura es superada por otra, aunque esta última se declare nula". Este artículo se interpreta así: las posturas deben hacerse en la audiencia por intermediación de un procurador; por otra parte, las posturas así hechas son irremediamente ineficaces si han sido superadas por otra, aunque posteriormente se declare ésta nula; poco importa que el primer

postor continúe queriendo o no ser adquirente; el interés del embargado y de los acreedores exige que la subasta pueda iniciarse nuevamente de una manera válida. Surge entonces la importancia de la solución que en lugar de declarar nula la postura hecha sin el ministerio del procurador, la declara inexistente; si el postor que había obrado sin ministerio de procurador, la declara inexistente; el postor anterior permanece siendo adquirente (...) pero el tribunal de Blois declaró adjudicarlo al anterior postor. El interesado demandó de inmediato la nulidad de la adjudicación; el 23 de septiembre de 1901 rechazó el tribunal de Blois la acción de nulidad, por una sentencia perfectamente motivada, basada en la naturaleza jurídica y en a forma de los remates, y que terminaba con las siguientes palabras: "siendo inexistente la pretendida postura de X...", resulta que no anuló la postura anterior. En la apelación, la corte de Orleans, el 26 de junio de 1901 mantuvo en el fondo la decisión del tribunal modificándola en lo que se refería a la procedencia de la demanda; a su vez, *Chambre des requetes*, en su sentencia del 30 de diciembre de 1902 rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia de Orléans diciendo:

"Sobre el único agravio alegado, basado en la violación del artículo 705, 2 del código de procedimientos por la falta de aplicación o falsa interpretación de los artículos 705, 1 y 715 del mismo código, 1117 del código civil y de los principios de los actos nulos, inexistentes o anulables; considerando que las posturas ante el tribunal en los remates, deben hacerse según los términos del artículo 705 del código de procedimientos, por ministerio de los procuradores; que esta formalidad es esencial a las posturas y que faltando esta condición, la postura no solo es nula, sino inexistente; considerando que al decir que la postura de 75000 francos hecha el 7 de septiembre de 1900, por Tondou ante el tribunal de Blois, no asistido de procurador, carece de existencia legal y que, por ninguno de los textos considerados, rechaza, etc..."

"Algunos autores se han obstinado en tomar a esta sentencia como una nueva tesis, sin embargo, deben de considerarse dos puntos de vista claramente distintos, si se quiere apreciar en una forma exacta. En primer lugar, esta jurisprudencia dedicó jurídicamente, sin discusión alguna, la noción de inexistencia. En segundo lugar reconoció a la misma, un dominio de aplicación que se extiende al derecho civil en su totalidad, y que ya no restringe, como algunas personas tendían hacerlo, a materias determinadas, como el matrimonio principalmente.

"Si la corte de casación merece críticas por la aplicación que ha hecho de las nociones de nulidad absoluta y

de nulidad relativa, tiene derecho, en cambio a un justo homenaje por la forma en que ha sabido clasificar las nulidades relativas, en nulidades de orden público y en nulidades facultativas o sujetas a la facultad de apreciación de los tribunales. Es posible que la corte de casación no haya usado en este dominio expresiones que sean perfectamente exactas; acaso también haya sabido dar a su distinción el alcance general de le corresponde, aun que este último punto sea excusable, en razón de la necesidad que tienen los tribunales de ajustar todas sus decisiones, aun las de principio, a los casos concretos que juzgan. Sea lo que fuere, repetimos que la corte de casación, en su sentencia de 7 de marzo de 1922 decidió que algunas nulidades relativas se imponen matemáticamente al juez, por el sólo hecho de que se demuestre la ausencia material de un elemento, como la falta de las formalidades exigidas para ciertos actos del menor.

"Por nuestra parte, aceptamos íntegramente la teoría clásica. En efecto, es indiscutible que el acto jurídico constituye un verdadero organismo rigurosamente sometido por su existencia, a la necesidad de la presencia de ciertos elementos de vida; sin esos elementos, el acto jurídico constituye únicamente a imagen de las personas físicas, una especie de ser no viable que se reduce a una pura materialidad situada fuera del dominio del derecho. Siempre a semejanza con las personas físicas, una institución como el acto jurídico es susceptible de presentar imperfecciones de naturaleza que la condenen eventualmente en su existencia, para una fecha más o menos próxima, como también particularidades accidentales."⁶³

En conclusión sobre la teoría de Julien Bonnecase en cuanto a la teoría de las nulidades, éste, como ya lo dijimos, acepta la teoría clásica, sin embargo, establece algunas objeciones, al considerar las teorías de algunos autores como Japiot y Pedielievre, así como de las sentencias del tribunal de casación.

Indica que no se debe de hablar de una división entre la inexistencia y las nulidades, sino que se debe de hablar de ineficacias, debiendo salvaguardar los intereses de las partes en juicio

B. - LA NULIDAD DENTRO DE NUESTRO ACTUAL SISTEMA JURÍDICO.

Nuestra legislación, adoptando la teoría clásica de las nulidades, acepta que la nulidad es relativa o absoluta, además de que acepta a la inexistencia, aun cuando nuestros Tribunales

⁶³ Bonnecase, J. Tratado Elemental de Derecho Civil, p. 783 a 792. Haria. México, 1993.

erróneamente la catalogan como una mera teoría. A efecto de tener un mayor conocimiento respecto de las nulidades, analicemos el siguiente cuadro sinóptico:

Inexistencia de acuerdo al C.C. (Art. 2224)	A) Por falta de consentimiento	REQUISITOS	1.- No producirá efecto legal alguno.
	B) Por falta de objeto.		2.- No es susceptible de valer por confirmación.
	C) Por falta de solemnidad		3.- Ni por prescripción.
Nulidad de acuerdo al C.C. (Arts. 2225 al 2228)	Desde el punto de vista de su origen.	Inexistencia de fondo. Inexistencia de forma.	4.- Puede invocarse por todo interesado.
	Desde el punto de vista de sus características	A) Nulidad absoluta	Ilícitud (Art. 2225)
		B) Nulidad relativa	Ilícitud (Art. 2225) La falta de forma establecida por la Ley. El error, el dolo, la violencia, la lesión. La incapacidad de las partes. De ella puede valer todo interesado.
Desde el punto de vista de sus efectos	A) Nulidad absoluta	No desaparece por la confirmación o por la prescripción.	* Solo el interesado la puede hacer valer.
	B) Nulidad relativa	Cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el art. 2226	* Se puede ratificar, confirmar o convalidar. * Es prescriptible.
	A) Nulidad absoluta	Por regla general no impide que el acto produzca sus efectos provisionales, los cuales se destruyen retroactivamente cuando el juez pronuncia la nulidad.	
	B) Nulidad relativa	Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos	

LA INEXISTENCIA.

La inexistencia se encuentra regulada por el artículo 2224 del C.C., que expresa:

"Artículo 2224.- El acto jurídico es inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia, puede invocarse por todo interesado.

La conducta de un sujeto es inexistente en la vida jurídica o un acto es inexistente, cuando le falta algún elemento esencial, ya que por su ausencia es imposible proyectar su existencia dentro del Derecho.

"El acto inexistente se confunde con la nada, y el Derecho dicen, no tiene por qué ocuparse de él, toda vez que ocuparse de esos actos, sería elaborar una teoría de la nada.

Estos actos no producen, en consecuencia, efecto jurídico alguno."⁶⁴

⁶⁴ Ibidem, p. 134.

De la concepción de la inexistencia, desprendemos dos elementos, como lo alude el maestro Julien Bonnecase, uno psicológico que implica el consentimiento de las partes para obligarse; y otro material que se compone por el objeto del contrato y la forma, pero únicamente cuando se expresa con el carácter de solemnidad.⁶⁵

La inexistencia presenta las características siguientes:⁶⁶

1.- Un acto inexistente, no crea, en su calidad de acto jurídico, efecto alguno cualquiera que éste sea.

2.- No puede ser convalidado por confirmación ni por prescripción.

3.- No es necesaria la declaración judicial de inexistencia del acto; en razón de que en el caso de que alguno de los contratantes invocara ese acto en juicio, el Juez sólo hará constar la inexistencia, y al demandado corresponderá oponer las excepciones que le favorezcan. No es preciso comparecer ante la autoridad a pedirle que así lo declare.

Las consecuencias que trae aparejada la inexistencia, son que al acto jurídico inexistente, está ante la imposibilidad de pleno derecho de crear, como acto jurídico en si, consecuencias jurídicas en general.

No obstante estas manifestaciones, en la actualidad como ya lo hemos manifestado, nuestros órganos de justicia entienden a la inexistencia como una mera teoría no aplicable, aun cuando se encuentre regulada en una Ley vigente como lo es el Código Civil no sólo del Distrito Federal, sino de otras Entidades Federativas.

LA NULIDAD ABSOLUTA.

Los artículos 2225 y 2227 del C.C. disponen:

"Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley"

"Artículo 2227.- La nulidad es relativa cuando no reúne todos los

⁶⁵ Cfr. Bonnecase, J. Ob. Cit. p.774.

⁶⁶ Cfr. Borja Soriano, M. Ob. Cit. p.96, 97.

Gutierrez y González, E. Ob. Cit., p. 151, 152.

caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos"

Interpretando a contrario sensu el artículo 2227 en mención, estaremos ante la presencia de la nulidad absoluta, que es aquella que afecta a alguno de los elementos de existencia de cualquier contrato celebrado, en el caso que nos ocupa de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, ejecutándose en contravención a la ley, es decir ataca al orden público; en virtud de que se afecta de manera directa cualquiera de esos elementos (el consentimiento o voluntad, el objeto y la solemnidad).

La nulidad absoluta no impide que el acto jurídico, en este caso, un contrato, produzca efectos, mismos que serán destruidos de manera retroactiva, al momento de que se pronuncie el fallo correspondiente en el que sea declarada dicha nulidad absoluta.

La nulidad absoluta se caracteriza por los siguientes elementos:

- 1.- La puede hacer valer cualquier interesado.
- 2.- No desaparece por confirmación.
- 3.- No desaparece por la prescripción.

En relación a esta figura jurídica, el artículo 2226 del C.C. establece:

"Artículo 2226.- La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuáles serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez, la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado, y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

LA NULIDAD RELATIVA.

Nuestro Código Civil, en su artículo 2227, estima que estamos frente a la nulidad relativa cuando de los cuatro elementos que conforman los requisitos de validez del acto jurídico (la forma, la ausencia de vicios en la voluntad, la licitud en el objeto, en el motivo o fin y la capacidad), falta

alguno de ellos, con excepción de la licitud en el objeto; toda vez que nuestra legislación se separa de la teoría clásica, en tanto que según el artículo 2225 del ordenamiento en cita, señala que la Ilícitud origina tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa, al enunciar:

"Artículo 2225.- La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley"

Para los efectos de la nulidad relativa, nuestro sistema jurídico se aparta de las tesis adoptadas por la teoría clásica de las nulidades, en razón de que no exige que se den las características mencionadas (que solo el interesado puede hacerla valer, que es convalidable y que es prescriptible), sino que basta la presencia de cualquiera de ellas para que este tipo de nulidad se produzca. En términos generales, la nulidad relativa protege a aquellas personas que se ven afectadas en este caso por la falta de alguno de los elementos de validez en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria celebrado.

A efecto de comprender de manera más amplia las figuras de inexistencia, nulidad absoluta y relativa, estudiemos brevemente a las figuras de la confirmación y la prescripción.

i) Confirmación.

Expone el maestro Ernesto Gutiérrez y González, que la confirmación dentro de las nulidades implica "el acto unilateral de renuncia hecha en forma tácita o expresa, a la facultad de invocar la falta de valor de algo."⁶⁷

La confirmación puede hacerse una vez que cesa la causa que da origen a la impugnación y conocimiento de la misma.

El efecto que produce esta figura, es el de extinguir la facultad que se tiene para impugnar, asimismo, todo aquello que pueda ser impugnable deje de serlo, adquiriendo en consecuencia eficacia plena.

ii) Prescripción.

La definición jurídica sobre la prescripción, nos la proporciona el artículo 1135 del C.C. al disponer:

⁶⁷ ibidem, p. 137.

"Artículo 1135.- Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley"

La prescripción en el plano en que nos ubicamos, afectará o no a la nulidad dependiendo de los factores que hayan alterado el contrato celebrado, ello en atención a los elementos que hayan sido afectados.

Analicemos ahora a la nulidad absoluta y a la nulidad relativa en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

C) LA POSIBILIDAD DE LA NULIDAD ABSOLUTA EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

A lo largo del desarrollo de la presente investigación recepcional, se ha hecho un análisis amplio sobre el consentimiento de las partes para obligarse en los contratos en estudio (vide. Supra. págs. 34 a 38), por tanto, en este apartado sostendremos a la figura de la nulidad absoluta en relación con los vicios que se pudieran presentar en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

Afirmamos que el contrato se encuentra afectado de nulidad absoluta en lo que respecta a la ilícita e injusta capitalización de intereses, en virtud de encontrarse viciados elementos que atacan el orden público, figura esta de suma importancia, ya que en ella se esgrime todo argumento en cuanto a la capitalización de los intereses moratorios en los citados instrumentos. No podemos hablar de la inexistencia, en razón de que como lo hemos venido argumentando, no obstante que la misma tenga un fundamento en nuestra legislación civil, nuestros máximos Tribunales de Justicia le han dado el carácter de mera teoría, por lo que no resulta aplicable en la vida jurídica en que nos desenvolvemos.

Retomando la tesis de que todo contrato se considera como un acto de voluntad; el consentimiento se convierte en la clave de todo vínculo jurídico, en razón de que por medio de este se desenvuelven con toda libertad las manifestaciones que interesan a la vida contractual.

La violación inminente al artículo 363 del Código de Comercio, a su vez viola la libertad contractual del acreditado al no considerarse su consentimiento expreso para realizar

pagos que corresponde en su caso a una segunda deuda. Hemos enfatizado que puede suceder que el acreditante o acreedor formule cobros por deudas que no se tiene la certeza de que van a existir; de ser así, el acreditado o deudor estaría asumiendo obligaciones ante la nada; si bien es cierto que existe una obligación contractual y que además se deberá responsabilizar por obligaciones en su contenido, de ninguna manera esto implica que deba responder por situaciones que por negligencia y abuso del acreditante, se le impongan obligaciones que no tienen razón de ser en el contrato primario.

La nulidad absoluta como sanción a la ilegítima capitalización de intereses en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, es en nuestra consideración la aplicable, en virtud de que en primer término, dada la naturaleza del interés que se cobra por las instituciones de crédito que otorgan, valga la redundancia, esos créditos, implica ya la tipificación del delito de fraude por usura reglamentado por el artículo 386 y 387, fracción VIII, del actual Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal, mismo que dispone:

"Artículo 386.- Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error y que este se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido...

El delito de fraude se castigará con las penas siguientes:

I Con prisión de 3 días a 6 meses o de 30 a 180 días multa, cuando el valor de lo defraudado no exceda de diez veces el salario;

II Con prisión de seis a tres años y multa de diez a cien veces el salario, cuando el valor de lo defraudado exceda de diez, pero no de quinientas veces el salario.

III Con prisión de tres a doce años y multa hasta de ciento veinte veces de salario, si el valor de lo defraudado fuere mayor de quinientas veces el salario.

"Artículo 387.- Las penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán :

...VIII Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de esta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado."

Se considera que ante la comisión de este tipo de delito, una vez declarada la sentencia, dejará de apreciarse una nulidad relativa, en consecuencia, ante la acción delictuosa de ese hecho, la nulidad deberá ser absoluta a efecto de que ésta sea imprescriptible y el contrato no pueda convalidarse por una ratificación expresa o tácita; la consecuencia de lo anterior implica la irrenunciabilidad de la acción de nulidad cuando se constituya el ya mencionado fraude por usura.

Cabe hacer el señalamiento de que la legislación penal, al encuadrar el delito de mérito; implica violación a lo dispuesto en el artículo 17 del C.C. en tanto que se refiere a la ignorancia y malas condiciones económicas, obteniendo con lucro en ventaja, ante la mención de que lo contratos se estipulan réditos o intereses superiores a los estilados en el mercado.

De lo manifestado desprendemos que, si existe una acción delictuosa, dada la naturaleza del delito, éste no implica perjuicios solamente para el deudor, sino también para el interés general, por lo que por esas razones no puede invocarse la nulidad relativa sino la acción de nulidad absoluta.

Hemos hecho mención, de igual forma, a las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor dentro de los contratos de mérito, encontrando en estas figuras un elemento más para invocar la nulidad absoluta en esos actos jurídicos así como una alternativa más para atacar el ilegal pacto de anatocismo creado en esas operaciones de crédito, en razón de que ante la presencia de desajustes en la economía de un país, éstos no son producidos o causados por los deudores a que nos hemos referido a lo largo de esta investigación; es decir, si tiene lugar una crisis económica en un determinado Estado, dada la falta de liquidez en los mercados bursátiles se incrementan de manera considerable las tasas de interés al aumentar los costos en los capitales que son tomados en consideración para fijar el porcentaje de los intereses convencionales y/o legales, así como de los intereses moratorios, los que dentro de nuestra economía son fijados de manera arbitraria en atención al Costo Porcentual Promedio de Captación y a los Certificados de la Tesorería (CETES), aumentándose en consecuencia la deuda del acreditado sin previa consulta del mismo por parte el

acreditante, de tal suerte que estamos ante la falta de voluntad del acreditado para obligarse en esas circunstancias, más aún, éste no se encuentra obligado a lo imposible, a la fuerza mayor o al caso fortuito; en virtud de ello se debe declarar en sentencia definitiva la procedencia de la nulidad absoluta en un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, en tanto que como ha quedado expresado estos no han dado pauta a generar circunstancias tales que afecten el equilibrio económico de nuestro país. Aludimos al hecho de que en nuestra economía son fijados de manera arbitraria los intereses generados ya de manera convencional ya de manera moratoria en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria en virtud de que el Costo Porcentual Promedio de Captación no posee el carácter de ley no obstante su publicación en el Diario Oficial de la Federación, además de que no es sometido a un procedimiento legislativo para otorgarle la característica de obligatoriedad que posee toda norma jurídica, a tales aseveraciones es aplicable la tesis visible en el Semanario Judicial de la Federación, correspondiente al mes de Febrero de 1984, que dice:

1. 1ª. C. 72 C.- COSTO PORCENTUAL PROMEDIO DE CAPTACION EN MONEDA NACIONAL EMITIDO POR EL BANCO DE MÉXICO, NO CONSTITUYE HECHO NOTORIO NI SU PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL LE OTORGA EL CARÁCTER DE LEY.- El Costo Porcentual Promedio de Captación para la Banca, emitido por el Banco de México, no puede estimarse como hecho notorio sabido de todos, entendiéndose por notoriedad aquello que puede percibirse por los sentidos sin necesidad de realizar alguna investigación pues para conocer el Costo Porcentual Promedio de Captación en moneda nacional, debe acudir a las fuentes de información a efecto de allegarse su conocimiento; sin que su publicación en el Diario Oficial le de categoría de Ley para estimarlo no sujeto a prueba, toda vez que carece de las características de generalidad y abstracción que tiene toda norma de derecho ni puede ser considerado como reglamento o circular, porque sólo es una información que emite la institución bancaria mencionada para aquellos que les interese por sus actividades bancarias, razón por la cuál, tampoco puede ser considerado como elemento cultural de un determinado círculo social, entendiéndose por cultura el desarrollo intelectual o artístico de una persona o sociedad.

Primer Tribunal Colegiado en materia Civil del
Primer Circuito.- A.D. 399/93. Volkswagen Leasing,
S.A. de C.V.- 17 de febrero de 1993.- Unanimidad de
votos.- Ponente: Carlos Villegas Vázquez.-
Secretario: Regulo Pola Jesús.

A mayor abundamiento, dentro de la postura de la nulidad absoluta, respecto de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, es importante señalar que, ante las perspectivas que se han presentado en los conflictos surgidos que por la capitalización ilegítima de los intereses en las relaciones contractuales en mención, al no estar plasmado de manera fehaciente el consentimiento o voluntad del acreditado para obligarse a realizar los pagos que se generen por intereses que a su vez generen los intereses moratorios, nuestros máximos Tribunales de Justicia y encargados de emitir la Jurisprudencia, han sostenido que en los intereses bancarios que presentan tasa variable y que no han sido cubiertos por el deudor, no procede declarar en mora al acreditado si el acreditante (institución de crédito), no ha comunicado previamente el monto líquido que ha de pagarse. Analicemos la siguiente tesis jurisprudencial, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el informe rendido en el año de 1986, del Amparo Directo número 275/86, que a la letra menciona:

178. INTERESES BANCARIOS DE TASA VARIABLE NO PAGADOS. ES IMPROCEDENTE DECLARAR EN MORA AL DEUDOR SI LA INSTITUCIÓN NO LE COMUNICÓ PREVIAMENTE EL MONTO LÍQUIDO QUE DEBÍA DE SATISFACER.- Es un hecho notorio que la determinación de intereses de tasa variable supone un procedimiento complejo, sujeto a factores y conocimientos cuyo manejo escapa al común de la gente, mientras que los organismos financieros tienen a su disposición todo tipo de elementos y personal capacitado para hacerlo. Así es de elemental justicia que el banco informe al obligado sobre la causación y, en su caso el monto de tales intereses, pues lo que para el primero puede ser un procedimiento de rutina con el que está familiarizado, para el segundo es un problema sumamente difícil de solucionar en consecuencia, para sostener válidamente que una persona ha entrado en mora por no pagar dicho concepto, es menester señalar que la misma tuvo oportuno conocimiento del saldo a su cargo, pues de no ser así, la pretensión en ese sentido a su cargo resultará inadmisibles.

Es incuestionable que en cumplimiento de lo señalado, la institución de crédito que otorga el préstamo al acreditado, debe de observar la teoría general de las obligaciones que impera en nuestro sistema jurídico y demás lineamientos que son propios dentro del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria y que ya hemos mencionado, de no ser así, estaremos ante la presencia de la nulidad ya relativa, ya absoluta. En el caso que nos ocupa, si enfrentamos el problema de que en la capitalización de los intereses en las relaciones contractuales en cuestión, en virtud de que no existe siquiera un informe previo en el que se manifieste a los acreditados la posibilidad de constituir una segunda deuda que ha de derivarse de los intereses vencidos y por tanto que han caído en mora, resulta de manera innegable que no pueden girarse comunicados en los que se estipule el monto líquido que han de satisfacer esos pagos, de tal forma que al no darse cabal cumplimiento a esas formalidades, no puede exigirse al obligado resarcir las supuestas deudas, que quizás tengan cabida, pero que no se han exigido de manera legal, constituyendo, por ende, la ilicitud en el contrato en estudio, viciando la voluntad de una de las partes para obligarse. En razón de ello es que merece sancionarse con la declaración de nulidad absoluta la exigibilidad ilícita del pago que, por consecuencia de la mora en las relaciones que del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, se desprenden.

En atención a las cláusulas que implican la capitalización de intereses en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, la institución de crédito por lo regular se reserva el derecho de fijar los intereses sujetándolos a fenómenos, eventos o circunstancias que no son de común acuerdo entre las partes (fijando fórmulas ininteligibles para determinar unilateralmente los mismos). Resulta de la misma forma, por contravención expresa al artículo 363 del Código de Comercio, la nulidad de las cláusulas de intereses insertas en el contrato en mérito, en virtud de que no existe convenio alguno entre las partes interesadas donde se autorice al acreditante a capitalizar los intereses.

Siguiendo en este orden de ideas, los intereses que son cobrados por el acreditante, no son convencionales entre las partes, en tanto que son fijados unilateralmente por la institución de crédito; por lo que el deudor no sabe la cantidad que deberá pagar al banco, en forma cierta y determinada, transgiriéndose lo señalado en el artículo 1792 del C.C., el cual dispone:

"Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones"

Por nuestra parte consideramos acertada esa sanción, en razón de que da la oportunidad de liberación de pago al acreditado de todos aquellos cargos que le son impuestos unilateralmente por el acreditante, a efecto de que no vea reducido su poder económico y adquisitivo que lo lleven a la posible ruina; sin embargo, deben implementarse medidas para que nuestro derecho sea aplicado de manera concreta, toda vez que resulta lamentable que por errores de los gobernantes de un determinado Estado, se tenga que someter a los gobernados, y en este específico caso a los deudores de la Banca, a una política expoliante de cobros, a sabiendas de que son ilegítimos esos cobros; de igual manera resulta lamentable el que los funcionarios judiciales tengan que someterse a una política que no les es apropiada y declaren en muchos de los casos sentencias en favor de los bancos.

Por otra parte, en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, existen cláusulas impuestas por el acreditante, en las que supone la obligación de responder a cambios drásticos en los mercados cambiarios. En las cláusulas en mención, por lo regular se establece lo siguiente:

"El cliente se obliga desde ahora a pagar estos intereses, gastos y comisiones, AUN CUANDO SUFRAN MODIFICACIONES POR AJUSTES A LAS CONDICIONES DEL MERCADO"

En interpretación a lo señalado, se pretende deducir que los acreditados se obligaron y aceptaron expresamente su responsabilidad en lo que se refiere a la devaluación ocurrida en el mes de diciembre de 1994, y con ello en la inflación Nacional, así como a la variación excesiva en cuanto a los montos y créditos que se estilan en el mercado; no obstante esto no es así, en virtud de que al momento de celebrar el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, los deudores jamás previeron dicha inflación y tampoco pudieron ocasionarla, por lo que no están sujetos a responder por obligaciones jamás pactadas que en ningún momento deben. De lo que resulta que dichas cláusulas son nulas de pleno derecho, por ser contrarias al orden público; tal y como lo establece la tesis que se transcribe:

MONEDA, NULIDAD DE LA CLÁUSULA QUE EN LOS CONTRATOS PREVÉ LA DEVALUACIÓN DE LA.- En

el supuesto de que en un contrato se hubieran previsto las devaluaciones de la moneda, la cláusula respectiva sería nula de pleno derecho por ser contraria al orden público e interés nacional ya que cláusulas semejantes crearían desconfianza en el valor de la moneda y producirían motivos inflacionarios.

A.D. 1803/58.- JOSÉ DE LA LUZ VALDÉS.- 26 DE JUNIO DE 1959, MAYORÍA DE 3 VOTOS. DISIDENTES: JOSÉ LÓPEZ LIRA Y GABRIEL GARCÍA ROJAS. PONENTE: MANUEL RIVERA SILVA.

En conclusión, si no existe la previa voluntad de las partes para obligarse en un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, resulta evidente que se genere una nulidad absoluta en ese instrumento.

D.- LA POSIBILIDAD DE LA NULIDAD RELATIVA EN LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES MORATORIOS EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Decimos que estamos ante la presencia de la nulidad relativa, cuando falta alguno de los requisitos de validez del acto jurídico, en el caso que nos ocupa, es decir, en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria. En este apartado manifestaremos nuestro sentir jurídico en cuanto a la posibilidad de la aplicación de esta figura (la nulidad relativa) como consecuencia de la capitalización de los intereses moratorios.

Recordemos que los requisitos de validez del contrato lo son la forma, el objeto o fin determinante y la capacidad de los contratantes y en su momento la licitud del objeto, (ello en atención a que como ya se manifestó, la licitud, puede dar pauta a la nulidad absoluta o a la nulidad relativa), así como la ausencia de vicios en la voluntad.

En el contrato que aquí exponemos, sostenemos la postura de que se debe sancionar a la capitalización ilegítima de los réditos o pacto de anatocismo con la nulidad absoluta, por las razones que hemos expuesto con anterioridad (vide. supra. págs. 99 a 107). De igual forma consideramos que los actos jurídicos tratados, deben ser sancionados con la nulidad relativa, toda vez que en los mismos existen violaciones en los requisitos de validez, pues se coloca en el entorno de omisiones que pueden ser subsanables o reparables obligándose las partes al estricto cumplimiento de la relación jurídica que

los une, es decir, invalida de manera momentánea ese contrato, cosa que no sucede con la nulidad absoluta.

Es incuestionable que al hablar de sancionar a un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria mediante la acción o excepción de nulidad absoluta, se está atacando de manera directa la voluntad o consentimiento jamás exteriorizado por alguno de los contratantes, hemos hecho ya un análisis amplio sobre la aplicación de esa sanción.

La nulidad relativa tiene por objeto el descubrir el vicio que ataca al contrato en mérito, destruyendo los efectos o las obligaciones que fueron engendradas por la exteriorización del acto jurídico, en tanto haya sido ejecutado ese acto, sin embargo, "la anulación tendrá un carácter preventivo, cuando se demanda antes de que surja la ejecución, o un carácter *Post Factum* cuando tiene por finalidad el retorno a la situación anterior a la celebración del acto"⁶⁸

Nuestro C.C. ha establecido que la falta de forma, el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de las partes, implica que se produzca la nulidad relativa, tal y como lo preceptua el artículo 2228 de la Ley en cita:

"Artículo 2228.- La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes así como el error, el dolo, la violencia, la lesión, y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo.

De la interpretación de este numeral, desprendemos que por cualquiera de los vicios que se presenten en los contratos de que aquí hablamos que impliquen afectación en la validez del mismo, deben ser sancionados con la nulidad relativa. Asimismo, si en un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria se da pauta a una irregularidad que constriñe a los requisitos de validez del mismo, compete su ejercicio y su beneficio única y exclusivamente a la parte afectada y no crea situaciones que afecten a una mayoría poblacional con la exteriorización de esos contratos, cosa que si sucede cuando se afectan los elementos de existencia del citado contrato,

⁶⁸ Lutzenco, G. *Teoría y Práctica de las Nulidades* p. 329. 330. Porrúa, S.A. México 1978. Traducción directa del original francés *Théorie et pratique des nullités*, por Manuel Romero Sánchez y Julio López de la Cerda.

dañando los intereses de todos aquéllos que se encuentran en la posición de haber celebrado con una institución de crédito un contrato de la naturaleza que indicamos.

Bástenos entender que en violación manifiesta al artículo 363 del Código de Comercio, principalmente, se aplica un interés unilateral por parte del acreditante, sin aclarar al acreditado la problemática que éste tiene al haberse generado de alguna forma una segunda deuda, luego entonces, si no se tomó en consideración al acreditado (y principal afectado en esos negocios jurídicos), podemos invocar la acción y/o excepción de nulidad relativa, toda vez que no obstante, que se encuentra viciado el consentimiento de éste, muchos sujetos que se encuentran en igualdad de circunstancias optan por seguir pagando su crédito, situación que no afectaría a todos los deudores en particular, si no que generaría una problemática de manera personal, por lo que cada deudor quedaría en aptitud de pagar de manera íntegra el crédito dispuesto, sin interesar los excesivos aumentos que le son propinados, u oponer las excepciones y/o acciones ya de nulidad absoluta ya de nulidad relativa.

Como ya lo hemos manifestado la capitalización de los intereses en las relaciones contractuales que sustentamos en este trabajo recepcional son posibles de realizar, siempre y cuando se cumplan las formalidades exigidas por la misma ley, es decir, que sea con los atributos siguientes:

- 1.- Que exista la disponibilidad del crédito.
- 2.- Que los intereses a capitalizar, se encuentren vencidos al momento de que tenga lugar la capitalización.
- 3.- Que exista consentimiento expreso por parte de los contratantes.

Empero, ello no se da en la práctica jurídica, por lo que algunas normas legales se pasan por alto como si las mismas no estuviesen vigentes, tal es el caso del multicitado artículo 363 del Código de Comercio.

PROPUESTA.

A través del estudio que se ha realizado en cuanto a la ilegítima capitalización de los intereses en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, en razón de la inobservancia del artículo 363 del Código de Comercio, creemos se lesiona la voluntad del acreditado.

Es cierto que la parte final del artículo en cita concede a los contratantes la posibilidad de realizar el acto jurídico de cobrar intereses sobre intereses, entendiéndose que debe existir una relación bilateral en la celebración de lo que vendría hacer un segundo contrato por una segunda deuda; es por ello que proponemos se reforme el citado artículo 363 a efecto de que quede de manera congruente y especifica la manera en que se ha de actualizar la capitalización de intereses, so pena de que dicho contrato sea sancionado con la nulidad absoluta, debiendo quedar de la siguiente forma:

"Artículo. 363.- Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos, en instrumento independiente del contrato principal, en el que se manifieste expresamente la voluntad de las partes para obligarse, so pena de nulidad absoluta de la obligación de pago".

De la misma forma y como lo hemos venido manifestando a lo largo de esta investigación, deberá tomarse en cuenta a la fuerza mayor y al caso fortuito, en razón de que se están afectando derechos de propiedad del deudor por parte del acreditante, ello en virtud de que los deudores de la banca no son sujetos susceptibles de culpa por causas de fuerza mayor o caso fortuito, en la inteligencia que una crisis económica implica a cualquiera de esas figuras, es por ello que proponemos sea sancionada con la nulidad absoluta la capitalización de intereses.

Por lo que respecta a la nulidad relativa dentro de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, ésta se hará valer como acción o excepción, cuando se encuentre viciado alguno de los requisitos de validez del mismo. Pues aún cuando el Código de Comercio, no regula a la nulidad relativa, nuestra legislación civil aplicada de manera supletoria establece la forma en que ha de invocarse dicha figura en las relaciones contractuales que tratamos en la presente investigación.

Como una nota extra es importante señalar que no solamente debemos exigir a nuestros gobernantes y a nuestros Tribunales el aplicar de manera concreta y correcta las disposiciones jurídicas que se desprenden de nuestras legislaciones, sino también exigir a los juristas (Licenciados en Derecho) el conocimiento de la Ley, en tanto que está latente en muchos casos la pereza de la actualización constante en el ámbito del

Derecho, llegando incluso a desconocer las normas aplicables al caso; como consecuencia de lo expuesto a la pérdida de los asuntos que le son puestos en sus manos para su resolución; debiéndonos concientizar que el Derecho es cambiante día a día.

Conclusiones

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Es en el derecho romano donde ubicamos a los primeros banqueros (*argentarii*), consecuencia de ello es que en Roma antigua encontremos los primeros antecedentes de las emisiones de crédito, actividades que eran sometidas a la vigilancia del *Praefectus Urbi*.

SEGUNDA.- Los antecedentes de la apertura de crédito, se hallan en la figuras que la legislación romana denominó: *receptum argentarii*, aunque Justiniano la asimiló al *constitutum debiti alieni*.

TERCERA.- Los antecedentes primarios de los bancos modernos los encontramos en Italia, fijando su bases en el sistema que en la época fue conocido como *Préstamo Lombardo*, que constituyó parte del comercio monetario en Italia, Inglaterra y Francia.

CUARTA.- *El monte Vecchio*, cuyo equivalentes es el monte de piedad, es antecedente de las instituciones bancarias modernas.

QUINTA.- México sigue los lineamientos del *Crédit Foncier* francés, para regular la emisión de los bonos bancarios que en la actualidad imperan, regulados por el artículo 63 de la L.I.C.; así como de las hipotecas constituidas a favor de las instituciones de crédito.

SEXTA.- Nuestra legislación bancaria comenzó a regir a partir de las concesiones hechas por el Estado a las compañías ferroviarias establecidas en nuestro territorio en el último tercio del siglo XIX.

SÉPTIMA.- El artículo tercero de los estatutos que regían al Banco Hipotecario Mexicano, aprobados el 22 de mayo de 1882, fue de notable importancia ya que en el se establecieron las actividades que habría de realizar esa institución. El Banco Hipotecario Mexicano, cambió su denominación en fecha 1 de junio de 1888, a la de Banco Internacional e Hipotecario de México, en los estatutos que rigieron a la institución citada en primer término, se suprimen y reforman diversas disposiciones del artículo tercero, en el que se establecieron las actividades que desarrolló dicho Banco.

OCTAVA.- Nuestra legislación ha tenido a bien separar los bonos hipotecarios y a las obligaciones hipotecarias, en la L.I.C. de 1932. Constituyéndose en la actualidad de manera separada a los Bonos bancarios y a las hipotecas constituidas en favor de las instituciones de crédito.

NOVENA.- La apertura de crédito es un contrato, por medio del cual, el acreditante se obliga a entregar al acreditado una determinada suma de dinero, para que éste la disponga en los términos pactados, quedando obligado el acreditado, a restituirla en la misma cantidad, con los accesorios que se hubieren pactado.

DÉCIMA .- Es erróneo confundir al contrato de apertura de crédito y al contrato de mutuo, en virtud de que en el primero, siempre ha de otorgarse una suma de dinero, situación que no sucede con el segundo de los mencionados, en virtud de que se puede dar en mutuo cualquier otro bien de los llamados fungibles; en el mutuo existe translación de dominio de la cosa materia del contrato, en la apertura de crédito no es así. Asimismo, en la apertura de crédito siempre se pactan intereses, en el contrato de mutuo su fijación es excepcional; al pactarse intereses, estaremos ante un contrato denominado: mutuo con interés.

DÉCIMA PRIMERA.- El contrato de apertura de crédito es un contrato conmutativo, no obstante que en algunos casos presente rasgos de aleatoriedad, entendiéndose por contrato aleatorio, como aquél cuyos provechos y gravámenes no son ciertos al momento de su otorgamiento. Planteamos que este contrato - la apertura de crédito - presenta determinados rasgos de aleatoriedad, en razón de que la cuantificación del monto líquido que ha de cubrir el acreditado al acreditante está supeditado a ciertas variables dentro del mercado bursátil; el que el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria implique aleatoriedad, deja al deudor o acreditado, sin la posibilidad de invocar la figura de la lesión, ya como acción, ya como excepción.

DÉCIMA SEGUNDA.- No obstante la conmutatividad del contrato de apertura de crédito, la mayor de las veces éste tiende a depender de factores tales como los económicos, políticos, sociales, etc. en la fijación de los gravámenes y/o provechos que por virtud de su celebración, se generan.

DÉCIMA TERCERA.- El principio *Pacta Sunt Servanda*, implica que un contrato dependerá de su celebración legal para su observancia, si éste no es celebrado atendiendo a todos y cada uno de las condiciones de validez, dada su ilicitud, el mismo no tiene porque ser cumplido, por lo que deberá estarse a lo estrictamente estipulado por los contratantes, es decir, que los contratos, convenios o pactos legalmente celebrados han de ser cumplidos puntualmente.

DÉCIMA CUARTA.- El principio denominado *Rebus Sic Stantibus*, estima que para el cumplimiento del contrato deberán persistir los motivos o circunstancias que originaron el pacto, por lo que no se puede compeler al cumplimiento al deudor si a la fecha de su ejecución, circunstancias extraordinarias y no previstas, provocan que la obligación conlleve a la ruina al deudor o acreditado.

DÉCIMA QUINTA.- Dada la naturaleza del contrato de apertura de crédito, no se genera la transmisión de dominio de la cosa que lo constituye al acreditado.

DÉCIMA SEXTA.- Nuestra legislación civil ha establecido que la hipoteca es una garantía real, sobre bienes que se entregan al acreedor, y que otorga a éste el derecho de ser pagado con el valor de los bienes hipotecados, en caso de incumplimiento por parte del deudor. Asimismo, para que el contrato de hipoteca sea oponible a terceros, deberá ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, constituyéndose de esta manera el derecho de preferencia.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Los acreedores hipotecarios y pignoratícios, para hacer efectivos los créditos que les son propios en virtud de la constitución de esa garantía real, no necesitan entrar en concurso.

DÉCIMA OCTAVA.- Al darse por terminado el contrato de apertura de crédito, automáticamente se da por terminado el contrato de hipoteca, en virtud de que esta garantía real, es accesoria al principal, por lo que no tiene vigencia sin la existencia de aquel, es decir, la hipoteca ha de durar el tiempo que dure la liquidación del crédito otorgado, ello en razón de la regla según la cuál, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. La hipoteca que se constituye en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, es de las llamadas "hipotecas necesarias", en razón de que por disposición de la ley, ésta debe de ser constituida en favor del acreditante por parte del acreditado, a efecto de garantizar el crédito otorgado mediante la celebración del contrato.

DÉCIMA NOVENA.- El consentimiento es la base fundamental, que da vida al contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, en tanto que como en todo acto jurídico, si éste no es exteriorizado de manera legal, ese acto estará viciado con la nulidad. Se entiende como legalmente exteriorizado el consentimiento en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, cuando el acreditante realiza una oferta

o policitudión en cuanto a los créditos hipotecarios se refiere, y el acreditado manifiesta su aceptación a la oferta que le es propuesta.

VIGÉSIMA.- El consentimiento en los contratos puede exteriorizarse de manera expresa o tácita. El consentimiento expreso es aquel que tiene lugar de manera verbal, escrita o por signos inequívocos. El consentimiento tácito cuando este se manifiesta por actos que lo presupongan a autoricen a presumirlo.

VIGÉSIMA PRIMERA.- Nuestra legislación admite dos formas en la constitución del objeto de los contratos: La cosa que el obligado debe de dar y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer. Integran el objeto en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, el otorgamiento del crédito, la disponibilidad del mismo y la asignación de la garantía real que se deriva de la hipoteca.

VIGÉSIMA SEGUNDA.- El crédito que ha de otorgarse al acreditado, deberá ser siempre en cantidades líquidas, en la inteligencia de que son cantidades líquidas, aquellas cuyo cobro debe realizarse de manera inmediata a su presentación.

VIGÉSIMA TERCERA.- La existencia del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria no está supeditada a que sea celebrado de manera solemne.

VIGÉSIMA CUARTA.- Definimos a la capacidad como la aptitud de un sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, para ejercer los primeros y asumir las segundas. La capacidad que ha de manifestarse en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria deberá ser una capacidad general de goce, e indiscutiblemente de ejercicio, en tanto no se encuadren las limitaciones que la ley establece en cuanto a la incapacidad ya de goce, ya de ejercicio, a efecto de que los otorgantes del contrato, asuman los derechos y obligaciones que dada la bilateralidad del mismo se presentan; la sanción que involucra la falta de capacidad para obligarse de alguno de los sujetos que intervienen en los contratos de mérito, es la nulidad relativa.

VIGÉSIMA QUINTA.- La falta o imperfección de alguno de los requisitos de validez en la ejecución del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria (forma, ausencia de vicios en la voluntad, ilicitud en el objeto y la capacidad), el acto jurídico manifestado se sanciona con la nulidad relativa del

mismo. Cabe destacar que la ilicitud del objeto, puede traer aparejada a la nulidad absoluta o a la nulidad relativa.

VIGÉSIMA SEXTA.- Al interpretar el artículo 363 del Código de Comercio, aludimos que el pactar pago de intereses en un determinado negocio jurídico, (en el caso que nos ocupa en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria), es posible siempre y cuando se cumplan con los lineamientos que en él se esgrimen, con la salvedad de que éstos - los intereses - no podrán generar a su vez nuevos intereses. Concede de igual forma la facultad para capitalizarlos, es cierto, pero también lo es que debe realizarse esta operación cuando exista el previo consentimiento de los contratantes dada la bilateralidad

VIGÉSIMA OCTAVA.- En efecto, para que proceda realizar la capitalización de los réditos vencidos y no pagados por parte del acreditado, es indispensable el acuerdo de voluntades que deban manifestar los contratantes; de no existir ese acuerdo la obligación que por pago debiese de hacerse, resultaría afectada de nulidad.

VIGÉSIMA NOVENA.- En los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, en el punto en que se fija la tasa de pagos, existe indudablemente la fijación del precitado pacto de anatocismo, que es fijado de manera unilateral por parte del acreditante, en virtud de ello, ha de ser sancionado con nulidad absoluta, al no existir el consentimiento del acreditado para responder por esa obligación, además de afectar intereses del orden público.

TRIGÉSIMA.- Para que la capitalización de intereses surta sus efectos de manera correcta, ésta debe hacerse en un instrumento independiente al que da origen a la obligación contractual de apertura de crédito con garantía hipotecaria, en virtud de que esto daría la pauta para expresar de manera fehaciente el consentimiento de los contratantes.

TRIGÉSIMA PRIMERA.- Nadie está obligado a lo imposible, ni a responder por la fuerza mayor o el caso fortuito, en consecuencia, en los contratos de que aquí tratamos, los deudores no se encuentran obligados a responder por las causas extraordinarias que generaron el incremento de sus créditos. Es menester aplicar la teoría de la imprevisión en causas en las que resultan variables que aumentan desproporcionadamente, los pagos que deba liquidar el acreditado, tales como la inflación o la crisis económica.

TRIGÉSIMA SEGUNDA.- Deberá hacerse pago de intereses moratorios cuando el deudor o acreditado injustificadamente retarde el cumplimiento del pago del crédito al acreedor o acreditante.

TRIGÉSIMA TERCERA.- La teoría francesa de las nulidades, es la que se siguió en la formulación de las tesis que actualmente sustentan a la nulidad absoluta y a la nulidad relativa en nuestro sistema jurídico.

TRIGÉSIMA CUARTA.- Resulta cuestionable el que nuestros máximos Tribunales de Justicia, le resten validez a la figura de la inexistencia en los actos jurídicos, pues aún cuando ésta se encuentra consagrada en el artículo 2224 del C.C. se le ha considerado como mera teoría, lo que impide que sea invocada como acción o excepción, por lo que para anular un acto de pleno derecho, el litigante deberá invocar la acción o la excepción de nulidad absoluta.

TRIGÉSIMA QUINTA.- La nulidad absoluta es invocable en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, en los aspectos que aquí estudiamos, cuando se ha omitido obtener el consentimiento del acreditado para obligarse a constituir una segunda deuda con el acreditante que realizó la disponibilidad del crédito al primero de los mencionados.

TRIGÉSIMA SEXTA.- El consentimiento es sin duda un elemento de existencia del contrato, por lo que en su ausencia estaremos ante un caso de inexistencia; sin embargo, como ya hemos hecho referencia, debemos estarnos a lo dispuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, e invocar la nulidad absoluta.

TRIGÉSIMA SÉPTIMA.- Toda vez que los actos jurídicos que se encuentran afectados con la nulidad absoluta alteran el orden público, ésta puede ser invocada por cualquier interesado, pudiendo exigirse como consecuencia de ésta, el pago de lo indebido, dando lugar por ende, a la destrucción retroactiva de las cosas, a efecto de que permanezcan en el estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato; valga la aclaración de que solamente será destruido aquel acto que se declara nulo.

TRIGÉSIMA OCTAVA.- Elementos de vital importancia en la figura de la nulidad absoluta, es que esta no desaparece ni por confirmación ni por prescripción.

TRIGÉSIMA NOVENA.- Ante la capitalización de intereses, puede constituirse el delito de fraude por usura, en aquellos casos en los que, el acreditante se valga de la ignorancia o del

apuro económico del acreditado, estipulando réditos superiores a los usuales en el mercado. En consecuencia, si se integra el tipo aludido, es innegable que estamos ante actos que alteran el orden público, elemento de más para sancionar con la nulidad absoluta al contrato celebrado.

CUADRAGÉSIMA.- El Costo Porcentual Promedio de Captación en moneda nacional, no constituye un instrumento que sea considerado como ley; por lo que no puede invocarse como prueba para obligar al deudor al pago de intereses u otras cantidades que se rijan por esa tasa monetaria.

CUADRAGÉSIMA PRIMERA.- Todas las cláusulas inmersas en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria que establezcan posibles devaluaciones de la moneda, son nulas de pleno derecho, en razón de que crean desconfianza en el valor de la moneda y producen inflación.

CUADRAGÉSIMA SEGUNDA.- Puede sancionarse el acto de capitalizar los intereses moratorios en los contratos en estudio mediante la nulidad relativa, cuando se afectan los requisitos de validez del contrato, además de que no sólo se perjudica a un deudor de manera individual.

CUADRAGÉSIMA TERCERA.- Los tribunales encargados de solucionar los problemas que aquí tratamos, deben regirse estrictamente por lo que la ley les impone y no mediante lineamientos que otros entes extraños que a la impartición de justicia les pretenden asignar; a efecto de encontrar la verdadera equidad en los conflictos que les son planteados.

Apéndice

APÉNDICE

(Anexo N°. 1)

DIGESTO DE JUSTINIANO.

D.2.13.6.3.

(3) Dice Labeón que las cuentas se refieren a lo que una y otra parte han de dar o cobrar reciprocamente a causa de préstamos, obligaciones y pagos; y que no hay ninguna cuenta solamente porque se haya hecho un simple pago de lo debido; y que no debe obligarse a nadie a que comunique si ha recibido prenda o mandato <de garantía>, pues esto se halla fuera de las cuentas. Pero también debe comunicar el banquero la asunción de deudas, pues este negocio es propio de los bancos.

D.13.5.1.5.

(5) Se discute si se puede constituir plazo para un objeto distinto del de la deuda, pero como ya se admite que se pague una cosa en vez de otra, nada impide que se pueda constituir plazo para pagar cosa distinta de la debida. En fin, si el deudor de cien medidas de trigo constituye un plazo para el pago del precio de aquel trigo, creo que vale.

D.13.5.1.6.

(6) Puede constituirse plazo para la deuda de cualquier causa que sea, es decir, de cualquier contrato, sea de objeto cierto o no, ya sea un comprador que debe el precio, ya sea el marido que debe restituir la dote, ya sea el tutor por su tutela, ya sea por cualquier otro contrato.

D.13.5.1.7.

(7) Basta incluso una deuda natural.

D.13.5.1.8.

(8) Pero también se obliga el que debe por una acción honoraria y no por derecho civil, pues se entiende que es deuda la que se debe por derecho honorario. Por tanto, si el padre o dueño obligados por la acción de peculio hubiesen constituido un plazo para su deuda, quedarán obligados hasta la cuantía de lo que había en el peculio en el momento de constituir el plazo; en cambio, si constituyó plazo

para más de lo que se debía, no quedará obligado en el exceso.
(Ulp. 27 ed.)

D.13,5,3,2.

(2) ¿Quedará obligado por la constitución a plazo el deudor de derecho civil y pretorio que debía al término? Dice Labeón que sí, y Pedio aprueba su opinión; y añade Labeón que las constituciones a plazo se introdujeron incluso para cantidades que todavía no se puede exigir; opinión ésta que yo admitiría de buen grado, pues tiene la utilidad de permitir que el deudor a término quede obligado al constituir ese mismo plazo para el pago de su deuda. (Ulp. 27 ed.)

D.13,5,4.

4. Pero también queda obligado si constituye para el pago un plazo mayor. (Paul. 29 ed.)

D.13,5,5,3

(3) Juliano, 11 < dig. >, refiere el siguiente caso: Ticio me libró un documento redactado en estos términos: <<Declaro por escrito que, siendo el mandato de Seyo, te garantizo y pagaré sin discusión cuanto resulte deberte Seyo>> Ticio queda obligado por la acción de cantidad constituida a plazo.

D.13,5,14,pr.

14. Quien constituyó plazo para pagar queda obligado, lo mismo si añadió que si no añadió la cuantía.

D.13,5,14,3.

(3) Podemos constituir un plazo para pagar ya entre presentes ya entre ausentes, del mismo modo que se puede pactar, y también por medio de un nuncio o por escrito nuestro, en términos cualesquiera. (Ulp. 27 ed.)

D.13,5,18,3.

(3) Antigua es la duda de si el que demanda con esta acción consume la acción anterior, y es mas seguro decir que la liberación de esa obligación viene con el pago de la sentencia, y no con la litiscontestación, pues el pago sirve para extinguir las dos obligaciones. (Ulp. 27 de.)

D.13,5,27.

27. Que el deudor <principal> esté presente o no cuando se constituye el plazo para pagar, poco importa. Es más: escribe Pomponio, 34 <ed.>, que se puede constituir incluso contra la voluntad del deudor, por lo que considera falsa la opinión de

Labeón cuando cree éste que, si alguien constituyo por otro deudor, y el deudor principal le notifica pque no pague, debe darse una excepción por el hecho con razón dice Pomponio que, una vez se ha obligado el que constituyó plazo para pagar, no puede liberarle ya el hecho del deudor <principal>. (Ulp. 14 ed.)

D.13,5,30.

30. Si alguno hubiera constituido plazo para el pago a favor de dos, tú y Ticio, aunque, por derecho estricto sigue obligado por la propia acción de cantidad constituida a plazo, sin embargo viene defendido por medio de una excepción, si hubiese pagado a Ticio.

D.13,7,3.

3. Al ir a cobrar una cantidad de tú deudor, le devolviste la prenda sin más, y él hechó la prenda por la ventana para que escapará con ella otro que había colocado allí adrede. Dice Labeón que puedes demandar al deudor con la acción de hurto, y con la exhibitoria y si al reclamar con la <acción> pignoraticia contraria opone el deudor la excepción de haberle sido devuelta la prenda, procederá la réplica de dolo y de fraude, por la cuál se entiende que la prenda no fue devuelta, sino engañosamente quitada. (Pomp. 18 Sab.)

D.13,7,9,2.

(2) Llamamos propiamente prenda la que pasa al acreedor hipoteca cuando no pasa al acreedor ni la posesión.

D.13,7,9,3.

(3) Para que nazca la acción pignoraticia de haberse pagado toda la cantidad o haberse satisfecho por la obligación. Entendemos por haberse satisfecho, de cualquier modo que haya aceptado el acreedor, aunque no se haya pagado: nace la acción pignoraticia ya se garantice con otras prendas para dejar la que se dio ya sea mediante fianza, por novación con nuevo deudor, a cambio de un precio o por mera

convención. Y, en principio, hay que decir que cuando el acreedor acepto dejar la prenda, se entiende <<haberse satisfecho>>, siempre que se le dé caución como él quiso, aunque haya sido engañado en ello.

D.13,7,13,1.

(1) Se responde por esta acción del dolo y la culpa, como el comodato; también por custodia, pero no por fuerza mayor. (Ulp. <2> 8 ed.)

D.13,7,14.

14. Se puede exigir del acreedor pignoraticio el comportamiento de un diligente cabeza de familia en sus propias cosas. (Paul. 29 ed.)

D.13,7,16,2.

(2) También puede pignorarse el predio a censo, y el superficiario, pues hoy se dan a los superficiarios acciones <dominicales> útiles. (Paul. 29 ed.).

D.13,7,18,pr.

18. Si hubieramos convenido que el crédito contra un deudor mio te queda en prenda, debe el pretor proteger este convenio, para que tú puedas exigir el crédito de la cantidad y el deudor, se ha defendido contra mí si yo le demando. Por tanto, si ese crédito fuera pecuniario, compensarás lo que cobres con lo que te debo; si fuera de cosa específica, lo que cobres te quedará en lugar de prenda.

D.13,7,26,pr.

26. No es sorprendente que se constituya una prenda cuando el magistrado concede por alguna causa la posesión de alguna cosa, siendo así que ya nuestro emperador <Caracala > y su padre <Septimio Severo> decidieron en muchos rescriptos que se pueden constituir prenda en un testamento.

D.13,7,35,1.

(1) La prenda, dejando a salvo la propiedad del deudor, transfiere al acreedor tan sólo la posesión; no obstante, puede el deudor usar de lo que es suyo como precarista o como arrendatario. (Flor. 8 instit.)

D.20,1,5,1.

(1) Entre la prenda y la hipoteca la diferencia es sólo nominal.

D.20,1,6.

6. Es la hipoteca general de todas las cosas que no tiene o va a tener no entran aquéllas que nadie va a hipotecar en especial como por ejemplo, el ajuar; igualmente hay que dejar al deudor los vestidos y aquellos esclavos de uso tal que ciertamente no habría de querer dar en prenda; por lo tanto, aquéllos de su necesario servicio personal o los que tuvieran en especial afecto; (Ulp. 73 ed.)

D.20,1,9,1.

(1) Lo que puede ser objeto de compraventa puede también pignorar. (Gal. 9 ed. prov.)

D.20,1,11,2

(2) Se presenta la cuestión de si se puede dar en prenda o hipoteca el usufructo, tanto si lo hubiera convenido el nudo propietario como el usufructuario, y escribe Papiniano, 11 rest; que debe protegerse al acreedor y que si el nudo propietario pretende demandar al acreedor <con la acción negatoria> de que <no tiene derecho a usar y disfrutar sin su permiso>, le defenderá el pretor con la excepción de <a no ser que hubiera convenido el acreedor y el usufructuario que el usufructo quedará en prenda>, pues si el pretor defiende al acreedor del usufructo ¿porque no va a proteger el acreedor pignoraticio? por la misma razón se puede oponer esta excepción al deudor.

D.20,1,11,3.

(3) No pueden pignorar las servidumbres urbanas: consecuentemente, tampoco puede convenirse que queden en hipoteca. (Marcian., ad form bypotb)

D.20,1,12.

12. Más dice Pomponio que hay que ver si vale el convenio de prenda sobre la servidumbre de senda, paso de ganado o acueducto, al hacerse el pacto de que en tanto no se pague la cantidad debida, use el acreedor de aquéllas servidumbres (Se entiende que si tiene un fundo vecino), y que si no se paga dentro del plazo pueda venderlas al vecino. Opinión esta que debe admitirse por facilitar la contratación. (Paul 68 ed)

D.20,1,13,2.

(2) Como se admite que puede pignorar una cosa recibida en prenda, la prenda del segundo acreedor vale, y se le ha de dar tanto la excepción como la acción útil, en tanto se deba una y otra cantidad, y si el propietario pignorante hubiera pagado la cantidad que él debía, también se extingue la prenda; pero cabe dudar si se dará o no la acción útil al <Segundo> acreedor por razón del dinero cobrado. Y ¿Que sucede si lo que se paga es una cosa que no es dinero? es cierto lo que escribe Pomponio, 7 ed; de que si es una cantidad de dinero lo que debía el pignorante de su crédito, al cobrarse esto, deberá destinarse para pagar al <segundo> acreedor; pero si debía una cosa específica y la hubiera pagado, quedará en lugar de prenda a favor del segundo acreedor.

D.20,1,15.pr.

15. Pueden darse en hipoteca incluso las cosas que todavía no existen pero han de existir, como los frutos pendientes, el hijo que ha de nacer de una esclava, las crías del ganado, de forma que <tan pronto> nazcan queden hipotecados; y si esto vale lo mismo si fue el propietario del fundo quien hubiera convenido la hipoteca sobre el usufructo o sobre lo que se produzca, que si fue el usufructuario, según escribe Juliano.

D.20,4,15.

15. También puede pignorar una construcción en suelo ajeno, pero de forma que tenga preferencia el propietario del terreno si no se le paga el salario <que debe pagar el superficiario>. (Paul 68 ed)

D.20,5,8.

8. Se deja al arbitrio del acreedor elegir de las prendas que tiene las que quiera vender para cobrar su crédito. (Mod. 4 reg.).

D.20,5,11.

11. El árbitro encargado de hacer la partición de una herencia, al dividir los bienes corporales de la misma, asignó también por entero a cada uno de los herederos separadamente los créditos contra los herederos puede vender la prenda entera. Respondió que sí. (Scaev. 1 resp.)

D.20,6,6.

6. También se libera la prenda cuando se paga la deuda o se ha dado por ella satisfacción; más también debemos decir lo mismo si la prenda ha prescrito por el transcurso del tiempo, o ha prescrito la obligación por alguna razón. (1) El deudor que está dispuesto a pagar se entiende con motivo haber liberado la prenda; pero el que está dispuesto, no a pagar, sino a dar otra garantía, no está en el mismo caso; en efecto, al haber dado tal satisfacción libera al deudor por que el acreedor se ha avenido a aceptar una satisfacción en lugar del pago; pero no puede culparse al acreedor que rechaza la satisfacción <de otras garantías> y exige que se le pague. (2) Respecto a la garantía personal, no seguimos la opinión de Atilicino de que si se da a alguien fianza de una cantidad determinada, debe perder las prendas. (Ulp. 73 ed.).

D.20,6,8.pr.

8. La prenda o hipoteca parece al extinguirse el usufructo <objeto de ella>, así como cuando desaparece la cosa corporal misma.

D.21,2,65.

65. <Dos> herederos vendieron una cosa hereditaria que se hallaba pignorada, y prometieron en razón de la evicción según la parte hereditaria de cada uno; habiendo liberado uno la prenda por su parte, el acreedor hizo evicción de la cosa. Se preguntaba si podrían ser demandados ambos herederos. Se estimó procedente que si en razón de la indivisibilidad de prenda, no se consideraba que tenía lugar el remedio de que por la excepción de dolo fuesen pedidas las acciones a aquel que dio dinero al acreedor, porque no es como si se tratara de dos deudores distintos; en cambio, se da como útil por ese motivo la acción de división de herencia, pues ¿que más da que uno de los herederos haya liberado la prenda totalmente o tan sólo por su parte, toda vez que la negligencia de un coheredero no debe ser dañosa para el otro? (Pap. 8 quaest.)

D.41,3,16.

16. En razón de un esclavo dado en prenda debe demandarse con la acción exhibitoria al acreedor y no al deudor, pues el que dio algo en prenda tan sólo posee a efectos de la usucapión, y a todos los demás efectos posee el que recibió la prenda, hasta el punto de que puede contarse también <su tiempo de> posesión a favor del pignorante. (Iav. 4 Plaut.).

D.43,20,1,1.

(1) Si el colono hubiera introducido unas cosas, con convenio de prenda, en un fundo perteneciente a dos propietarios, de forma que quedarán en garantía para ambos por entero, cada uno de ellos podrá ejercitar justamente el interdicto Salviano contra una persona extraña, pero si se da este interdicto entre los dos propietarios, prevalecerá el que de ello sea poseedor; y si se convino que quedara en garantía por partes, deberá darse la acción útil tanto contra personas extrañas como entre ellos, por la cual acción cada uno tomará posesión de la mitad

D.44,3,12.

12. Un acreedor que puede ser rechazado por el poseedor mediante la prescripción de largo tiempo ha vendido la prenda: pregunto si la excepción queda a salvo para el poseedor contra el comprador. Respondió Paulo que esa excepción compete también contra el comprador. (Paul. 16 resp.)

D.50,17,45,pr.

45. Ni la prenda, ni el depósito, ni el precario, ni la compra, ni el arrendamiento pueden versar sobre un objeto propio.

D. 44, 2, 30, 1.

(1) Latino Largo <puso este caso a Paulo>: Al hacerse una transacción sobre una herencia entre Mevio, al que ésta pertenecía, y Ticio, que había movido la controversia, siguió la entrega de cosas hereditarias hecha por Ticio al heredero Mevio, en la cuál entrega a causa del pacto se incluía un fundo propio de Ticio, que hacía muchos años había hipotecado a favor del abuelo del heredero Mevio y que luego había dado a otro acreedor en garantía de una deuda. Sucedido esto así, el segundo acreedor de Ticio reclamó su derecho y venció en el litigio; después de este juicio, el heredero Mevio encontró entre las cosas de su abuelo el documento quirografario del mismo Ticio, redactado hacía muchos años, por el cuál se veía que aquel fundo que había sido objeto de la transacción también había sido hipotecado a su abuelo por el mismo Ticio. Al constar, pues que ese fundo se dio en prenda primeramente al abuelo de Mevio, respecto al cuál fundo Mevio había salido vencido, yo pregunto si Mevio no puede conseguir, sin excepción alguna en contra, el derecho de su abuelo, cuya existencia ignoraba en el momento de litigar sobre aquel fundo <contra el segundo acreedor>. Respondí: cuando se litiga sobre la propiedad de un fundo y se ha sentenciado a favor del demandante, diremos que luego podrá oponerse la excepción de cosa juzgada al vencido en el juicio anterior que quiera litigar otra vez, ya que se entiende que se ha fallado también sobre el derecho demandado cuando el demandante prueba su demanda; pero si el demandado ha salido absuelto, luego pierde la posesión y pide aquel fundo del mismo adversario que antes no le venció, no se le opone la excepción <de cosa juzgada>, pues nada se ha declarado en aquel juicio acerca de su derecho. Más al ejercitarse la acción pignoratícia <o hipotecaria> contra un acreedor de rango preferente, puede ocurrir que no se haya tratado del posible derecho del poseedor demandado; efectivamente, así como en un litigio sobre la propiedad <puede decirse que> lo mío no es del otro, en el de hipoteca, en cambio, no se puede decir que necesariamente no está hipotecado <también> al otro lo que se prueba que está hipotecado al demandante. Y se dice que es mejor que no se pueda oponer la excepción, porque no se ha tratado del derecho del poseedor, sino tan sólo de la existencia de la hipoteca <del demandante>. En el presente caso, pienso si acaso no se ha extinguido el derecho de garantía al adquirir la propiedad el acreedor, ya que no puede subsistir ese derecho después de convertirse en propietario el acreedor. La acción pignoratícia o <o hipotecaria>, sin embargo, si le compete, pues es verdad que se dio en prenda y que no se ha pagado la deuda garantizada, por lo que yo creo, que no se opone la excepción de cosa juzgada. (Paul. 14 quaest.)

D. 45, 1, 85, 6.

(6) Asimismo, si se hace la estipulación de que <<se dé cien mil sestercios si no se hubiera dado el fundo Ticiano>>, se incurre en la pena de cien mil si no se da el fundo entero y de nada vale entregar partes del fundo si uno de los herederos deja de hacerlo,

del mismo modo que no vale, para liberar a una prenda, el pago parcial que se haga al acreedor.

D.47,2,15,2.

(2) Escribió Pomponio, si el comodante te sustrae la cosa que te prestó, es opinión admitida la de que no responde, ya que no tienes

tú interés una vez que ya no respondes por la acción de comodato. Por lo tanto, si hubieras podido retener la cosa prestada por algunos gastos que hiciste en ella, tendrás la acción de hurto incluso contra el mismo propietario, pues en este caso estaba como si fuera en lugar de prenda. (Paul. 5 Sab)

D.47,2,55(54),pr.

55(54). Si un acreedor usa la prenda que le han dejado, responde por hurto.

D.50,17,25.

25. La garantía real es mas segura que la personal. (Pomp. 11 Sab.)

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

Inst. 3, 14, 4.

IV.- Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur; quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur: et debitoris quo magis pecunia ei credetur; et creditoris quo magis ei in tuto sit creditum placuit sufficere quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

4.- En fin, el acreedor que ha recibido una prenda, está también obligado re; porque lo está por la acción pigneratitia a restituir idénticamente la cosa que ha recibido. Mas como la prenda se da en interés del deudor, para hacerle que más fácilmente halle dinero, y en el del acreedor para asegurar mejor su crédito, se ha decidido que bastaría que el acreedor aplicase a la custodia de la prenda un gran cuidado; mas si a pesar de este cuidado pierde la cosa por algún caso fortuito, se halla al abrigo de toda responsabilidad, y nada impide que recobre su crédito.

Inst. 4, 6, 8.

VIII.- In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet praetor; veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur recepticia. Sed ex nostra constitutione, cum et si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniae constitutae transfusum est, ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. Item praetor proposuit de peculio

servorum filiorumque familias, et ex qua quaeritur an actor juraverit, et alias complures.

8.- También ha introducido el pretor por su jurisdicción acciones personales, por ejemplo, la acción de *constituta pecunia*, a la que se asemejaba la acción *recepticia*; pero como por una constitución hemos trasladado a la acción de *constituta pecunia* todas las ventajas de la acción *recepticia*, esta última como inútil ha debido desaparecer de nuestras leyes. El pretor fué también el que introdujo las acciones hasta el importe del peculio de los esclavos o de los hijos de familia, la en que se trata de saber si el demandante ha prestado juramento y otras varias.

CODIGO DE JUSTINIANO.

C. 4, 18, 2. 0 IUST.

Recepticia actione cessante, quae sollemnibus verbis composita inusitato recessit vestigio, necessarium nobis visum est magis pecuniae constitutae naturam ampliare. Cum igitur praefata actio magis pecuniae, id est pecuniae constitutae, in his tantummodo a veteribus conclusa est, ut exigeret res quae in pondere numero mensura sunt, in aliis autem rebus nullam haberet communionem et neque in omnibus casibus longaeva sit constituta, sed in speciebus certis annali spatio concluderetur, ... * Iust. A. Iuliano PP. * <A 531 D. X K Mart. Constantinopoli post consulatum lampadii et orestae vv. cc.>.

Desapareciendo la acción *recepticia*, que compuesta de palabras solemnes ha caído en desuso, nos ha parecido necesario ampliar más la naturaleza de la de dinero constituido. Por que como la mencionada acción, esto es, la de dinero constituido, fue limitada por los antiguos solamente a los casos en que se exigiese cosas, que constan de peso, número o medida, pero sin que tuviese ninguna aplicación a las demás cosas, y como tampoco se hubiese establecido de larga duración en todos los casos, sino que en ciertos casos se limitaba al espacio de un año, ...

C. 7, 39, 8. 0 IUST.

Si quis emptionis vel donationis vel alteuris cuiuscumque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi adquisierit posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdidit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem sancium. Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inexpecterit, sanciebant. * IUST. A. MENAE PP. II CONS. * <A 528 D. III ID. DEC. CONSTANTINOPOLI DN. IUSTINIANO A. II CONS.>

Mandamos, que si a título de compra, o de donación o de otro cualquier contrato hubiere poseído de buena fe diez o veinte años una cosa, y adquirido para sí la excepción de largo tiempo contra sus dueños o contra sus acreedores que pretendían su hipoteca, y después hubiere perdido por accidente fortuito la posesión de esta cosa, también el pueda tener acción para reivindicar la misma cosa. Porque esto, si alguien las examinare convenientemente, lo disponían también las antiguas leyes.

C. 8, 13, 9. 0 GORD.

Si dominus eius possessionis, quae cum pignori data esset, a debitrice donatu ad te translatum est, eamque postea creditor vel eius heredes detinere coeperunt, vindica eam, praeside provinciae curante, ut, fructuum deducta ratione residuoque a te oblato si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur. *GORD. A. ATTICO, *A 239 PP. III K. OCT. GORDIANO A. ET AVIOLA CONSS.>.

Si te fue transferido por la deudora, su dueña, el dominio de la posesión, que hubiese sido dada en prenda, y después la comenarón a detentar el acreedor o sus herederos, puedes reivindicarla, cuidando el presidente de la provincia de que, deducida la cuanta de los frutos y ofrecido por tí lo restante, se te devuelva la posesión, si se hubiere hecho el pago.

C. 8, 19, 1, 1 ALEX.

Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dederit vel vendiderit, non magis tibi persecutio adempta est, quam si aliis easdem res debitor venundasset: sed ita persequens res obligatas auderis, si, quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

C. 8, 26, 1, 1 GORD.

Quod si pactum inter te eumque, qui postea dominus fundi constitutus navam obligationem susceperat, intercessit, ut idem fundus tibi pignoris nomine teneatur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem.

Pero si medio pacto entre tí y el que hecho después dueño del fundo había aceptado la nueva obligación, para que el mismo fundo te estuviese obligado a título de prenda, aunque habiendo ejercitado la acción personal hayas logrado la condenación, tienes, sin embargo, la persecución de la prenda.

C. 8, 26, 1, 2 GORD.

Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris. Iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pigora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuum simpliciter acceperint.

Y si hubieres sido puesto en posesión, no serás obligado a restituirla por virtud de la excepción de dolo malo, a no ser que se te devuelva u ofrezca por el deudor también el dinero, que se te debe sin prenda. Porque con derecho sostienes que no deben ser oídos los deudores que ofrecen sólo el dinero por razón del cuál se obligaron las prendas, si no hubieren satisfecho también el que simplemente recibieron en mutuo.

C. 8, 27, 15, 0 DIOCL./MAXIM.

Obligatis pignoris mancipiis a creditore distractis ac traditis si post debitor quondam haec sollicitaverit, non venditori, sed emptori contra possidentem inn rem competit actio. *DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. AVIANAE. *A 294 D. K. MART. SIRMI CC. CONSS.>.

Vendidos y entregados por el acreedor los esclavos obligados en prenda, si después el deudor de otro tiempo los hubiere seducido, la acción real contra el que los posea compete no al vendedor, sino al comprador.

C. 8, 33, 1, 0 ALEX.

Dominii iure pignora possidere desiderans nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et, an sollemnia peregrasti, significare debusti, dummodo scias omnia bona debitoris, qui pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse. *ALEX. A. NICOLAAE. * <A 229 PP. XIII R. DEC. ALEXANDRO A. III ET DIONE CONSS.>

Al pretender poseer con derecho de dominio las prendas debiste expresar los nombres de los deudores, que dices dejaron de pagar, y significar si cumpliste las formalidades, debiendo saber que no puedes impetrar que adjudiquen en general a tus dominio todos los bienes del deudor, que éste dio en prenda.

C. 8, 33, 2 0 GORD.

Si creditor pignus iure dominii a nostra serenitate possidere pettit et post formam praescripti alio anno usuras a vobis acceptit, a beneficio impetrato recessisse videtur. * GORD. A. TAE. * <A 238 PP. FRID. NON. DEC. PIO ET PONTIANO CONSS.>.

Si el acreedor le pidió a nuestra serenidad poseer con derecho de dominio la prenda, y después de la resolución del rescripto recibió de vosotros los intereses de oro año, se considera que renunció al beneficio impetrado.

(Anexo N° 2)

CONTRATO celebrado entre el Oficial Mayor de la Secretaría de Hacienda y Crédito público, en representación del Ejecutivo de la Unión, y los Sres. Eduardo Garay y Lic. Francisco de P. Tabera, en nombre de la compañía que representan, para el establecimiento en la ciudad de México de un "Banco Hipotecario."

ARTICULO 1°

Se autoriza a los Sres. Eduardo Garay y Francisco de P. Tabera, en nombre de la compañía que representan, para organizar bajo las bases de este contrato, una Compañía anónima limitada, con el objeto de establecer en esta capital un Banco que se denominará:

BANCO HIPOTECARIO MEXICANO.

ARTICULO 2°

El "Banco Hipotecario Mexicano" tendrá su radicación en la ciudad de México, quedando autorizado en los términos de este Contrato, para hacer préstamos hipotecarios sobre propiedades situadas en el Distrito Federal y en el Territorio de la Baja-California, podrá igualmente hacerlos sobre propiedades situadas en los Estados que forman la Federación, y establecer en ellos agencias y sucursales, siempre que previamente obtenga de las autoridades competentes de cada estado, la aquiescencia necesaria para que en su territorio se apliquen todas las estipulaciones de este Contrato que se refieran a punto sujetos a la legislación interior de los Estados.

ARTICULO 3°

A. El capital social del Banco se emitirá en acciones de a cien pesos cada una; y para que pueda comenzar sus operaciones, se requiere que tenga en caja, procedente de acciones suscritas, la cantidad de ochocientos mil pesos, acreditándose el hecho por el interventor nombrado por el Ejecutivo.

B. El capital de la primera emisión que hiciere el Banco, podrá aumentarse, previo aviso al Ejecutivo, y a medida que lo demande el desarrollo de los negocios del Banco.

C. Tanto al verificarse la primera emisión de acciones, como todas las posteriores, se abrirán los registros de suscripción simultáneamente en México y en el extranjero, bajo las bases que se determinen en los Estatutos. Si de la suscripción abierta resultaren inscripciones por capital mayor que el solicitado al convocar la suscripción, se admitirán íntegramente las acciones suscritas, dando cuenta a la Secretaría de Hacienda.

D. El capital exhibido y las escrituras hipotecarias que el Banco poseyere constituirán la garantía del pago de intereses y amortización de los bonos hipotecarios que emita, y de las demás

obligaciones que contraigan dentro de las prescripciones de esta concesión y de sus Estatutos.

Las operaciones del "Banco Hipotecario" serán:

I. emitir bonos nominativos o al portador, bajo las condiciones siguientes:

A. El valor de la emisión podrá ascender a una cantidad equivalente a diez veces el importe de su capital pagado; pero la circulación se limitará en todo tiempo a una cantidad igual al importe de las escrituras hipotecarias que el Banco poseyere.

B. El interés que se asigne a dichos bonos será fijado por el Consejo de Administración del "Banco Hipotecario" al hacer cada emisión, sin que pueda exceder de siete por ciento anual, y será pagado por semestres vencidos, en moneda corriente de plata u oro del cuño mexicano.

C. Los bonos hipotecarios serán amortizados a la par por medio de dos sorteos cada año, que se verificarán en las fechas que determinen los Estatutos. Estos sorteos se verificarán bajo la presidencia del interventor del Gobierno, y conforme a las reglas que se fijarán en dichos Estatutos. A ellos se destinará la cantidad que fuere necesaria para que todos los bonos de una emisión se amorticen en el tiempo por el cual se hubiere constituido la hipoteca que la motivó.

II. Emitir bonos de caja reembolsables a plazos que podrá variar entre tres meses y cinco años, bajo las condiciones siguientes:

A. Estos bonos serán al portador o nominativos, y en este caso transmisibles por simple endoso.

B. El "Banco Hipotecario" podrá señalarles un interés cuyo tipo y plazos de pago determinará el Consejo de Administración; pero el pago deberá efectuarse en numerario.

C. El "Banco Hipotecario" sólo podrá emitir estos bonos mediante la entrega que se le haga en efectivo de su valor nominal a la par.

D. No se podrá expedir bonos de caja, más que por una cantidad igual al monto del capital exhibido en efectivo por los accionistas.

E. A la responsabilidad que el Banco Hipotecario contraiga por sus bonos de caja, quedará afecto solamente el importe del capital social.

III. hacer préstamos a particulares o a corporaciones sobre fincas rústicas y urbanas, y sobre derechos reales susceptibles de hipoteca, con arreglo a las prescripciones de los artículos 7º, 8º, 9º y 12 de este Contrato y a las relativas de los Estatutos.

IV.- Poseer y administrar, mientras no sean vendidas conforme al art. 9º, las propiedades que hayan entrado a poder del "Banco Hipotecario."

V.- Hacer ventas y compras a comisión directamente o por medio de sus agentes, de productos agrícolas y de máquinas y útiles destinados a la agricultura.

VI.- Invertir su capital y los fondos provenientes de la emisión de sus bonos de caja, en la adquisición de títulos o valores; pero bajo las dos condiciones siguientes:

A.- Que la compra se haga precisamente al tipo que en la plaza tenga los títulos que se adquieran el día de la operación.

B.- Que los dividendos o réditos de los títulos que se compren hayan estado puntualmente servidos en el último año anterior a la fecha de la operación.

VII.- Recibir depósitos de numerario con objeto de encargarse de colocarlos por cuenta y en nombre del deponente en obligaciones hipotecarias del mismo Banco.

ARTICULO 4º

Para cuidar del fiel y exacto cumplimiento de todo lo pactado en este Contrato y en los Estatutos respectivos, el Ejecutivo nombrará un interventor cuyas atribuciones se determinarán en los referidos Estatutos, sin que por esto se entienda que deba ingerirse en los negocios y transacciones que el "Banco Hipotecario" haga con el comercio y particulares, para lo cual tendrá dicho establecimiento la más amplia y perfecta libertad.

ARTICULO 5º

Cada mes formará el "Banco Hipotecario" una balanza en los términos que prescriban los Estatutos, comprendiendo en ella el activo y pasivo de sus cuentas, a fin de demostrar circunstancialmente el estado de sus negocios.

Esta balanza será revisada por el interventor de Gobierno, y se publicará en el Diario Oficial del Gobierno de la Unión y en otros dos periódicos de la República de los de mayor circulación.

El Ejecutivo tendrá derecho de hacer que se forme una balanza extraordinaria cuando lo crea conveniente.

ARTICULO 6°

Los préstamos que haga el "Banco Hipotecario Mexicano" reconocerán como base general un plazo hasta de cincuenta años, durante los cuales el deudor pagará en dinero o en bonos hipotecarios del mismo Banco, a la par, exhibiciones periódicas iguales, que comprenderán los réditos que se estimulen y la suma necesaria para que el capital quede amortizado en el plazo del préstamo.

Las anualidades que tengan que pagarse cuando el capital deba amortizarse en veinte años, no excederán de doce por ciento anual sobre la cantidad prestada. Los préstamos que se hagan a plazos mayores o menores, se sujetarán a la proporción que respectivamente corresponda a la base establecida para los de veinte años.

El Banco podrá también hacer préstamos hipotecarios por plazos hasta de diez años, a rédito simple anual que no exceda del 8 por ciento sobre la cantidad prestada, pactando la devolución íntegra del capital al vencimiento del plazo estipulado.

Los deudores del "Banco Hipotecario" tendrán en todo tiempo el derecho de anticipar, bajo las condiciones que se fijarán en los Estatutos, el pago de sus adeudos, ya sea con dinero efectivo o con bonos hipotecarios del mismo establecimiento, los cuales serán recibidos por su valor nominal a la par.

El "Banco Hipotecario" podrá cobrar en cada operación de hipoteca que realice, una comisión hasta de 2 por ciento por una sola vez, sobre el importe del préstamo.

Los gastos de certificados de cabildo, avalúos, registros y demás que fueren necesarios para la constitución y extinción legal de la hipoteca, serán por cuenta del deudor.

ARTICULO 7°

Para las operaciones hipotecarias del Banco, se establecen las siguientes bases:

I.- Los préstamos se harán por regla general sobre hipoteca de primer lugar.

II.- El "Banco Hipotecario" no podrá prestar en lo general una cantidad mayor de la mitad del valor en que se estime la propiedad que deba constituir la garantía.

III.- No se admitirán en garantías las propiedades que estuvieren pro indiviso, a menos que firmen la obligación todos los condueños. Tampoco se admitirán aquellas en que la nuda propiedad y el usufructo estén en diversas personas, a menos que todas se obliguen.

IV.- Por regla general no se admitirán en hipoteca las propiedades que no produzcan por su naturaleza un rendimiento continuo.

V.- El valor de la propiedad que se ofrezca en garantía se fijará convencionalmente para servirle de base a los préstamos, así como el de los lotes en que pueda dividirse para ser puesta en venta por el Banco, si llegare este caso; pudiendo el mismo "Banco Hipotecario" hacer que la propiedad sea reconocida por un perito a costa del que solicite la hipoteca.

VI.- Si los bienes hipotecarios sufrieren demérito, o experimentaren daños de tal naturaleza que dejen de ofrecer la garantía suficiente, el "Banco Hipotecario" tendrá derecho a exigir el pago de su acreencia conforme a las prescripciones que a este respecto se fijarán en los Estatutos. Pero en caso de que las pérdidas o deterioros de la propiedad no se pueda imputar a culpa del deudor, el "Banco Hipotecario" estará en las obligación de recibir otra garantía, siempre que el interesado quisiese otorgarla, bajo hipoteca equivalente.

VII.- Las demás bases y condiciones del préstamo, serán fijadas en los Estatutos, sin perjuicio de las que el "Banco Hipotecario" estipule en cada caso sin contravenir a las establecidas en este Contrato.

ARTICULO 8º

En las escrituras de hipoteca que se otorguen a favor del "Banco Hipotecario," además de las condiciones especiales que se convengan se estipulará:

I.- Que por faltar el deudor al pago de una sola exhibición, se dará por vencido el plazo de la imposición, incurriendo este en una pena convencional que se fijará en los Estatutos;

II.- Que en el caso de la fracción anterior, el Banco tendrá derecho para ocurrir al juez que fuere competente y obtener de él, sin más requisito que la presentación de la escritura hipotecaria debidamente registrada, que se decrete la posesión interina en favor del "Banco Hipotecario," de la propiedad hipotecada.

Dentro de los ocho días siguientes a la posesión interina, el deudor será admitido a justificar que ha hecho el pago que se le reclamaba, precisamente con recibo por escrito del "Banco Hipotecario" y no de otra manera.

Si la expresada justificación no se presentare, el "Banco Hipotecario" procederá conforme a las fracciones siguientes.

No se admitirán tercerías de dominio o preferencia que se alegue sobre la propiedad hipotecada, si no se presentare para fundarlas escritura registrada (sic) en debida forma y con fecha

anterior a la escritura del "Banco Hipotecario;" ni éste queda obligado a entrar en concurso hipotecario para el pago de su crédito, sino cuando hubiere acreedores hipotecarios anteriores a él No habiendolos de esa clase, los demás acreedores, sean de la clase que fueren, no tendrán más derecho que el de hacer que el Banco entregue al juez competente el sobrante de los bienes hipotecados, después de cubierto su crédito íntegramente.

III.- Que el "Banco Hipotecario" podrá sacar a rematé la propiedad hipotecada por el valor que haya fijado en la escritura conforme a la fracción V del art. 7º.

IV.- Que los remates se harán en todo caso en la oficina del "Banco Hipotecario," bajo la presidencia del interventor del Gobierno y con asistencia de un escribano público, anunciándose las almonedas con anticipación de nueve a treinta días, según la distancia a que esté situada la finca hipotecada. Los anuncios se fijarán en la puerta del Banco y se publicarán tres veces en el Diario Oficial y en otros dos periódicos de los de mayor circulación.

V.- Que para facilitar el remate de las grandes propiedades rústicas, el "Banco Hipotecario" podrá sacar a subasta la finca, aun por fracciones, fijando a cada una de éstas un valor proporcional en los términos de la fracción V del artículo 7º.

Sin embargo, el Banco no podrá aplicarse en pago de su crédito todo el valor de una fracción; sino que al hacerse el fraccionamiento se fijará, en proporción entre el importe total del crédito y el valor de toda la finca, la parte de aquel que haya de pagarse con cada fracción.

VI.- Que en los remates será buena postura la que cubra con el contado las dos terceras partes del precio que haya servido de base para la almoneda respectiva.

VII.- Que no habiendo postor en la almoneda, el "Banco Hipotecario" podrá adjudicarse la finca por las dos terceras partes del precio, o anunciar nuevas almonedas, con el descuento de diez por ciento, teniendo en cada caso el derecho de adjudicación, por las dos terceras partes del valor que haya servido de base para la almoneda.

VIII.- Que para el otorgamiento de la escritura de venta o adjudicación a favor del postor o del "Banco Hipotecario," bastará ocurrir a la autoridad judicial con el certificado de la acta relativa, y el juez desde luego fijará al deudor un plazo prudente

para que extienda la escritura, la cual será firmada por el juez si pasado el término fijado no se presentare el deudor.

IX.- Que la autoridad competente será el juez del domicilio del "Banco Hipotecario", y que en ese lugar se hará al deudor

cualquiera notificación que pueda ser necesaria en caso de juicio, en la casa que se designará en la escritura.

X.- Que todos los gastos que origine la ejecución del contrato en los términos expresados o judicialmente, serán a cargo del deudor.

ARTICULO 9º

Podrá reducirse alguno de los términos y aun dispensarse al "Banco Hipotecario" de los trámites establecidos en la fracción II del anterior, cuando en ello consienta el deudor, después de haber dado motivo a que contra él se inicie el procedimiento.

Igualmente y sin perjuicio de los derechos que el "Banco Hipotecario" tiene conforme al artículo anterior, puede renunciar a ellos cuando lo crea conveniente y seguir contra el deudor el procedimiento judicial que conforme a la legislación común corresponda; pero ni aun en este caso estará el Banco obligado a dar fianza para la ejecución de la sentencia que obtenga en primera instancia.

El Banco no estará obligado a dar la fianza de ley en los casos en que, sometido a algún procedimiento judicial, obtuviere sentencia en su favor y la parte contraria interpusiere el recurso de apelación o algún otro legal.

ARTICULO 10.

El "Banco Hipotecario Mexicano," su capital, acciones, bonos y escrituras, y los demás valores que constituyan su propiedad, estarán exentos de toda contribución extraordinaria, sea de la clase que fuere, pero con sujeción a las bases siguientes:

I. El impuesto del timbre se causara por el "Banco Hipotecario," con arreglo a la legislación vigente, en las escrituras y demás documentos que extendiere o se extiendan a su favor.

II. Si alguna vez se estableciere algún impuesto o gravamen especial sobre hipotecas o traslación de dominio, ya sea con el nombre de alcabala (sic), derecho de registro o cualquiera otro, las operaciones que hiciere el "Banco Hipotecario" no quedarán sujetas a pagarlo.

III. Aun cuando los capitales que imponga el "Banco Hipotecario" no causen impuestos, esta exención no alcanzará a los que con él practique operaciones, si solo por razón del gravamen pretendieren reducción o exención de impuesto.

IV. Las fincas en que el Banco estableciere sus oficinas, si fueren de su propiedad, no causarán la contribución predial o sobre propiedad; pero los bienes raíces que se adjudicare con motivo de

las operaciones que hiciere, si causarán dicho impuesto aun cuando estén poseídas por el "Banco Hipotecario," lo cual no puede tener lugar sino mientras las enajenare, a cuyo efecto gozará de un término de cinco años, que solo podrá extenderse con permiso y autorización del Ejecutivo Federal.

ARTICULO 11.

El "Banco Hipotecario Mexicano" abrirá al Gobierno un crédito en bonos hipotecarios por la cantidad de (\$2,000,000) dos millones de pesos, bajo las condiciones siguientes:

I. El Gobierno garantizará al "Banco Hipotecario" los valores que de este reciba, con hipoteca de fincas nacionales realizables; entendiéndose que en ningún caso estará obligado el Banco a admitir en garantía los palacios que sean residencia de las autoridades, los templos, los hospitales, ni las escuelas o colegios.

II. Los préstamos que el "Banco Hipotecario" hiciere al Gobierno, no excederán de la mitad del valor que de común acuerdo se fije por el Secretario de Hacienda y el "Banco Hipotecario" a la finca o fincas que deban constituir la garantía. Si no hubiere acuerdo, se valuarán las fincas en cuestión, por peritos, uno nombrado por cada parte, y un tercero que para el caso de discordia nombrarán los primeros, antes de proceder al avalúo. Los gastos de estos avalúos serán por cuenta del Erario Federal.

III. Las condiciones de los préstamos que el "Banco Hipotecario" hiciere al Gobierno, se pactarán en las respectivas escrituras de imposición, pero por regla general se descontará del tipo correspondiente a las exhibiciones periódicas, para el pago de réditos y amortización en operaciones con particulares, el uno por ciento sobre el capital tomado; así por ejemplo, si ala fecha en que se practique la operación correspondiere pagar a los particulares, según las condiciones referidas, una exhibición de diez por ciento anual, se fijará al Gobierno el nueve por ciento, y de la misma manera se ajustarán todas las operaciones que con el se hicieren, cualquiera que sea su plazo.

IV. Si surgieren algunas diferencias o dificultades, como resultado de las operaciones que se practiquen entre el Gobierno y el "Banco Hipotecario," se someterán ambas partes a la decisión de los tribunales federales competentes.

ARTICULO 12

En el inesperado y remoto caso de una guerra o trastorno interior no podrán ser embargadas ni menos confiscadas ninguna de las propiedades que legalmente haya adquirido el "Banco Hipotecario" en la República, ni tampoco sus capitales, depósitos en caja o en cartera, ni sus efectos, mercancías en almacenes, ni sus acciones, bonos, libranzas o pagarés; ni en ese mismo caso de guerra se le impondrá contribución alguna extraordinaria ni

servicio militar a sus empleados o dependientes, y antes bien el Gobierno Mexicano, en todo lo que le sea posible, le impartirá toda clase de auxilios, ya moral ya efectivamente, para que en todo caso y evento el "Banco Hipotecario Mexicano" sea un establecimiento ajeno a la política, y pueda inspirar al comercio y al público la más completa seguridad y confianza para la guarda de sus propiedades e intereses.

ARTICULO 13

La sociedad que se forme con el nombre de "Banco Hipotecario Mexicano," será siempre mexicana, aun cuando alguno o los más de sus miembros fuesen extranjeros, y estará sujeta exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales de la República en todos los negocios cuya causa y acción tenga lugar dentro de su territorio. Ella misma y todos los extranjeros y los sucesores de éstos que tomaren parte en sus negocios, sea como accionistas, empleados o con cualquiera otro carácter, serán considerados como mexicanos en todo cuanto al "Banco Hipotecario" se refiera. Nunca podrán alegar, respecto de los títulos y negocios relacionados con el Banco, derechos de extranjería, bajo cualquier pretexto que sea. Sólo tendrán los derechos y medios de hacerlos valer que las leyes de la República concederán a los mexicanos, y por consiguiente, no podrán tener ingerencia alguna los agentes diplomáticos extranjeros en nada de lo relativo al "Banco Hipotecario."

ARTICULO 14

Los concesionarios no podrán traspasar, ni en manera alguna enajenar las concesiones de este Contrato a ningún Gobierno extranjero, siendo nula la enajenación o hipoteca que se hiciere contra esta prevención.

ARTICULO 15

Todos los derechos y obligaciones que emanen de este Contrato subsistirán por espacio de noventa y nueve años, contados desde que se promulgue en el Diario Oficial la ley que lo apruebe.

ARTICULO 16

Por el término de veinte años desde que el "Banco Hipotecario Mexicano" de principio a sus operaciones, y siempre que dentro de dichos veinte años satisfaga el Banco plenamente las necesidades de las operaciones de su institución, dentro de las reglas de este Contrato y de los Estatutos, el Gobierno se obliga a no hacer a otra persona, sociedad o corporación, ninguna concesión para el establecimiento de Bancos hipotecarios en la República. Pasados los veinte años, si el Gobierno hiciere alguna concesión más favorable para el establecimiento de una Banco hipotecario, tendrá derecho el que se forme en virtud de este Contrato, para pedir que se le otorguen las mismas franquicias, pero en igualdad de circunstancias.

ARTICULO 17

Dentro de seis meses de publicada la ley que apruebe este Contrato, se presentarán al Ejecutivo los Estatutos del "Banco Hipotecario Mexicano," los cuales tendrán las mismas fuerza de ley que el presente Contrato una vez probado.

En consecuencia, esta concesión y los Estatutos una vez aprobados, formarán la legislación a que deberán sujetarse el "Banco Hipotecario" y las personas que con él contraten.

ARTICULO 18

Dentro de diez meses de aprobado por el Poder Legislativo el presente Contrato, el Banco dará principio a sus operaciones, con el fondo efectivo que señala el art. 3º.

ARTICULO 19

Los concesionarios, a los ocho días después de promulgada la ley que apruebe este Contrato, depositarán el "Banco Nacional Mexicano," como garantía de su cumplimiento, la cantidad de diez mil pesos (\$10,000), que perderán en favor del Erario en caso de que el "Banco Hipotecario" no quede establecido dentro del plazo señalado en el art. 18, declarándose a la vez caduca por el mismo hecho la presente concesión.

Los diez mil pesos del depósito de devolverán a los concesionarios, al comenzar el "Banco Hipotecario" sus operaciones de conformidad con esta concesión.

Si no se hiciere dicho depósito dentro del plazo señalado, se tendrá por nulo el presente Contrato.

ARTICULO 20

El "Banco Hipotecario" disfrutará de las siguientes franquicias.

I. Desde que se establezca el "Banco Hipotecario Mexicano," los depósitos de carácter público que conforme a la ley o a contratos con el Gobierno haya de hacerse para servir de garantía al público o al Gobierno, se efectuarán, si lo consiente en cada caso el Ejecutivo federal, por resolución de la Secretaría de Hacienda, en Bonos hipotecarios de dicho Banco.

II. Cuando alguna persona o corporación obligada por ley o contrato a constituir una fianza, ofreciere en su lugar depósito de Bonos hipotecarios del "Banco Hipotecario Mexicano," el Ejecutivo federal podrá aceptarlo por resolución expresa para cada caso, de la Secretaría de Hacienda.

III. A medida que se vayan redimiendo los capitales que actualmente tiene impuestos con hipoteca de la Beneficencia Pública del Distrito Federal, podrán previo consentimiento expreso en cada caso, del Ejecutivo, ser invertidos en la compra de Bonos hipotecarios nominativos del "Banco Hipotecario Mexicano."

ARTICULO 21.

Los administradores de bienes ajenos, los tutores de menores y demás personas que con carácter privado, tengan por la ley obligación de imponer dinero sobre segura hipoteca, podrán invertirlos en bonos hipotecarios del "Banco Hipotecario Mexicano," siempre que previamente se justifique ante la autoridad competente, estar pagando el banco los intereses de sus Bonos con puntualidad, y llenándose además las formalidades que respecto de las imposiciones que a favor de menores o incapacitados prescriban las leyes vigentes.

ARTICULO 22.

Quedan rescindidos de mutuo consentimiento los contratos celebrados para establecimiento de Bancos hipotecarios en 29 de Noviembre y 3 de Diciembre del año anterior, entre el Ejecutivo federal y las compañías respectivamente representadas por los Sres. Eduardo Garay y Francisco de P. Tabera.

Del presente Contrato se hará dos copias debidamente autorizadas, una para el Ejecutivo en veintiocho fojas útiles, y otra para los señores concesionarios en diez y ocho fojas útiles; quedando una de ellas en poder de cada una de las partes contratantes.

Hecho en la ciudad de México, a los veinticuatro días del mes de abril de mil ochocientos ochenta y dos, firmado por el Oficial Mayor 1º encargado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, C. Jesús Fuentes y Muñiz, y los Sres. Eduardo Garay y Francisco de P. Tabera.-Por falta de Secretario, el Oficial Mayor, Jesús Fuentes y Muñiz.- Eduardo Garay.- Francisco de P. Tabera. Rubricas.

(Anexo N.º. 3)

"PORFIRIO DÍAZ, Presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que en uso de la facultad que concede al Ejecutivo el art. 2º del decreto expedido por el Congreso de la Unión en 1º de Junio de 1888, he aprobado el siguiente

CONTRATO celebrado entre el Sr. Lic. D. Manuel Dublán, Secretario de Hacienda y Crédito Público, en representación del Ejecutivo de la Unión, y el Sr. D. Jesús Castañeda, Director General del Banco Hipotecario Mexicano, reformando, en uso de la facultad que otorgó al Ejecutivo el decreto de 1º de Junio de este año, la concesión de ese Banco, de 24 de Abril de 1882, en los puntos a que se contraen los artículos siguientes:

I

El Banco Hipotecario Mexicano se denominará "Banco Internacional Hipotecario de México," y esta denominación podrá cambiarse en adelante con anuencia de la secretaria de Hacienda.

II

El art. 2º de la concesión quedará así:

"El Banco Internacional e Hipotecario de México tendrá su domicilio en la ciudad de México, y podrá establecer en el extranjero una parte de su Consejo de Administración, y hacer sus operaciones en el Distrito federal, en los Estados y Territorios de la República, pudiendo establecer libremente en ella agencia y sucursales."

III

Se suprime en la fracción C del art. 3º de la concesión, la parte que dice:

"Si de la suscripción abierta resultaren inscripciones por capital mayor que el solicitado, al convocar la suscripción se admitirán íntegramente las acciones suscritas, dando cuenta a la Secretaría de Hacienda."

IV

A la fracción I del art. 3º., se agregará lo siguiente: "D.- Entre los bonos hipotecarios que salgan amortizados por sorteos, se rifaran una o más primas cuyo monto será fijado por el Consejo de Administración cuando lo crea conveniente."

V

La fracción II dirá así:

"II. Emitir bonos de caja reembolsables a plazos, que podrán variar entre un mes y cinco años bajo las condiciones que se establecen en la dicha fracción II del art. 3º de la concesión."

VI.

Dicho art. 3º contendrá, además, las siguientes fracciones:

"VIII Recibir depósitos de numerario, o barras de oro o plata, con interés o sin él, de los cuales podrán disponer los deponentes, a voluntad, en las diversas formas y contratos que autorizan las leyes vigentes, actualmente o en adelante.

"IX Emitir certificados de depósito de plata y de oro amonedados o en barras, nominativos o al portador, pagaderos a la vista en onzas o en pesos mexicanos, en la República o en las plazas extranjeras que fije el Consejo de Administración, con sujeción a la siguiente bases:

"A.- La emisión de estos títulos sólo podrá hacerse mediante la entrega que se haga al Banco del número de pesos mexicanos o de onzas de plata u oro que ellos expresen.

"B.- Las onzas de plata u oro que representen los certificados, no podrán tener una ley menor de 0,900 de fino.

"C.- En ningún caso podrá exceder el valor de los certificados emitidos, de la existencia que en metales preciosos o en dinero efectivo, tuviese el Banco en sus cajas.

"X. Abrir y seguir cuentas corrientes a las personas que hayan depositado dinero efectivo o en barras de oro o plata (según lo expresado en la fracción VIII del art. 3º) u otros valores, para disponer de esos fondos por medio de cheques, o en otra forma girar, comprar, vender y negociar letras de cambio, libranzas, mandatos o cheques, pagaderos en la República o en el extranjero.

"XI.- Prestar, con las convenientes garantías, a interés simple sin hipoteca, los bonos hipotecarios que tenga el Banco en cartera, o para que el que los reciba otorgue fianzas o garantía con ellos cobrando la comisión que acuerde el Consejo y en los términos que dispongan los Estatutos.

"XII.- Hacer préstamos o adelantos sobre trabajos y obras de mejoramiento, público o particulares, celebrando con el Gobierno y con los particulares los contratos convenientes para asegurar debidamente los intereses del Banco con la garantía de bienes, o de los valores que se emitan con motivo de esas obras."

VII

La fracción IV del art. 6º queda así:

"Los deudores del Banco tendrá en todo tiempo el derecho de anticipar el pago total de sus adeudos, o parciales, ya sea en dinero efectivo o con bonos hipotecarios del mismo establecimiento, correspondientes en tipo de interés y plazo de amortización, a los de la emisión que motivó el préstamo, los cuales serán recibidos por su valor nominal a la par."

Los Estatutos determinarán la manera y condiciones bajo las que se harán los pagos de que trata este artículo.

El art. 10 quedará así:

"El Banco, su capital, acciones, bonos, certificados de depósitos, escrituras, y los demás valores que constituyen su propiedad, estarán exentos de todas contribuciones ordinarias y extraordinarias federales, existentes y que se decretaren en lo sucesivo, sean de la clase que fuese, con sujeción en lo sucesivo, sean de la clase que fuesen, con sujeción a las bases contenidas en las tres últimas fracciones del art. 10 de la concesión de 24 de Abril de 1882, modificándose la fracción I en estos términos:

"I.- El impuesto del timbre se causará en esta forma:

"Las escrituras y demás documentos que extendiese o se extiendan a favor del Banco, causarán a su otorgamiento la contribución ordinaria del timbre con arreglo a la legislación vigente.

"Los bonos hipotecarios, los de caja y certificados de depósito de plata u oro, llevarán el timbre de la cuota que fijó la ley de 7 de Diciembre de 1883.

"Las acciones ordinarias llevarán del timbres de un centavo cada documento.

"II.- No causarán el impuesto del timbre los documentos que use el Banco en su administración interior, ya sea que tenga la forma de mandatos u órdenes de la Dirección a los empleados, la de informes de éstos a la Dirección, la de cortes de caja, balances, estados de fondos o cualquiera otra que constituya obligaciones de pago de una tercera persona o Banco; ni los documentos de toda especie que se cambien entre la Administración Central y las Sucursales y Agentes, siempre que no tengan por objeto crear derechos en favor de una tercera persona extraña del establecimiento, incluyendo los empleados cuando estén personalmente interesados en el negocio.

"III.- Tampoco causarán el impuesto del timbre, por ser del servicio de la Nación, los contratos que el Banco celebre con el Gobierno, los extractos de cuentas, las notas de pago o recibo, las libranzas, ordenes a favor del Banco, recibos, endosos, giros de toda clase que tengan lugar entre el Banco o sus Sucursales y Agencias con el Gobierno o sus Oficinas, ya sea que intervengan o

no corredores, con excepción de aquellos en que intervengan terceras personas interesadas que sean extrañas al Banco y al Gobierno, aun cuando sean empleados del Banco.

"IV. Para los giros que se hagan a favor de particulares por la Administración Central del Banco contra sus Sucursales o Agentes, y viceversa, se podrán usar cheques, en cada uno de los cuales deberá cancelarse una estampilla de cinco centavos.

"V. Los particulares a quienes el Banco o sus Sucursales o Agentes, abrieren cuentas corrientes, podrán disponer de sus fondos también por medio de cheques, en cada uno de los cuales deberá cancelarse una estampilla de cinco centavos.

"VI.- En los documentos en que el Banco hiciere constar un depósito por el cual cobre un derecho de guarda, el timbre se causará sólo sobre el importe de esos derechos; y si nada cobrase, dichos documentos estarán sujetos al uso de una estampilla de cinco centavos."

IX

Queda suprimido el art. 11, subsistiendo las obligaciones que ha contraído el Gobierno en los contratos que con el Banco tiene celebrados.

X

El art. 17 queda así:

"Dentro de seis meses, contados desde esta fecha, se presentarán al Ejecutivo los nuevos Estatutos del Banco Internacional, los cuales tendrán la misma fuerza de ley que el presente Contrato.

"En consecuencia, esta concesión y los Estatutos, una vez aprobados, formarán la legislación a que deberán sujetarse el dicho Banco y las personas que con él contraten en toda la República."

XI

Las dos primeras fracciones del art. 20 serán modificadas y adicionadas como sigue:

"El Banco Internacional é Hipotecario de México disfrutará de las siguientes franquicias:

"I. Los depósitos de carácter público que conforme a la ley o a contratos con el Gobierno, hayan de hacerse para servir de garantía al público o al Gobierno, podrán hacerse en bonos hipotecarios de dicho Banco; pero en este caso el depósito se hará precisamente en el Banco Nacional de México, conforme a su concesión.

"II. El Gobierno podrá también aceptar los depósitos en bonos hipotecarios de este Banco, que ofreciesen las personas o corporaciones obligadas por ley o contrato a constituir alguna fianza de dinero o de otra especie; pero en la forma establecida en el artículo anterior.

"III. En caso de que se impongan en adelante derechos a la exportación del oro y plata amonedado o en barra, el Banco podrá exportar libres de toda clase de impuesto hasta una cantidad equivalente al dividendo que se haya decretado para las acciones emitidas, pagando, sin embargo, el derecho de amonedación por la plata u oro en barras que exportare, mientras esté vigente la ley de 24 de Diciembre de 817.

"IV. El Gobierno dará aviso al Banco, con un año de anticipación, cuando se proponga cambiar la ley, tipo y peso de la moneda actual de plata y de oro.

"V. El Banco desempeñará las comisiones y agencias que le encomiende el Gobierno Federal en los negocios que se le ofrecieren en la República y en el extranjero, sin cobrar comisiones, cargando solamente los gastos que hiciere, y que deberá comprobar en cada caso."

Hecho por duplicado, en la ciudad de México, a treinta y uno de Agosto de mil ochocientos ochenta y ocho, cancelándose en cada ejemplar las estampillas prescritas por la ley.- M. Dublán.- Rúbrica.- J. Castañeda.- Rúbrica.

Por tanto, mando se imprima, publique, circule y se le dé el debido cumplimiento.

Dado en el Palacio del Poder Ejecutivo de la Unión, en México, a treinta y uno de Agosto de mil ochocientos ochenta y ocho.- Porfirio Díaz. - Al Secretario de Estado y del Despacho de Hacienda y Crédito Público, Lic. Manuel Dublán.

Y lo comunico a vd. para sus efectos correspondientes.

Libertad y Constitución. México. 31 de Agosto de 1888.

Artículo 125 de los Estatutos del Banco Internacional e Hipotecario de México.(1888)

La escritura de hipoteca contendrá las bases y condiciones especiales del préstamo que se haya convenido en cada caso, y en ellas no se podrá contravenir a lo establecido en la concesión y en estos Estatutos. Las siguientes condiciones se estipularán en todas las escrituras de hipoteca hechas a favor del Banco:

I.-Que por faltar el pago de una sola exhibición que debe hacerse al Banco, de conformidad con las condiciones de la escritura de hipoteca y de estos Estatutos, el Banco tendrá derecho de cobrar como indemnización, una suma adicional hasta el (2) dos por ciento sobre todas las sumas que se estuvieren debiendo. Este derecho del Banco se ejercitará además de todos los otros que se estipulen en la escritura de hipoteca y los que establecen las leyes generales.

II.- Que por faltar el deudor al pago de una sola exhibición, o al cumplimiento de alguna condición o base estipulada o expresada en la escritura de hipoteca y que debiera cumplir el deudor, se dará por vencida la deuda y deberá pagarse inmediatamente. En ese caso el Banco tendrá derecho de ocurrir al juez competente y obtener de él, sin más requisito que la registrada, que decrete la posesión interina en favor del Banco, de la propiedad hipotecada. Dentro de los ocho días siguientes a la posesión interina, el deudor será admitido a justificar que ha hecho el pago o cumplido las estipulaciones de la escritura hipotecaria, precisamente con recibo por escrito del Banco, y no de otra persona.

En los juicios que contra sus deudores entablare el Banco, no se admitirán ni juzgarán tercerías de dominio preferencia que se aleguen sobre la propiedad hipotecada, si no se presentare, para fundarlas, escrituras registradas en debida forma, con fecha anterior a la escritura del Banco. El Banco no estará obligado a entrar en concurso hipotecario para el pago de sus créditos sino cuando hubiere acreedores hipotecarios anteriores a él. No habiéndolos de esa clase, los demás acreedores, sean de la clase que fueren, no tendrán más derecho que el de hacer que el Banco entregue al juez competente el sobrante de los bienes hipotecados, después de cubierto su crédito íntegramente.

III.- Que los deudores permitirán a los representantes del Banco, debidamente autorizados al efecto, que visiten y examinen la propiedad hipotecada, cuando así les parezca conveniente. También deberá dar aviso al Banco de cualquier cambio en el dominio de la propiedad hipotecada, o de cualquier cambio sustancial, como por deterioro o mejoras que se verifiquen en dicha propiedad y que afectar los intereses del Banco.

IV.- Que ningún deudor quedará libre de sus responsabilidades hacia el Banco hasta que haya hecho todas las exhibiciones del capital y de los intereses, y haya pagado todas las indemnizaciones en efectivo, si es que hubiese incurrido en algunas, y todos los gastos que deban hacerse para cancelar la escritura de hipoteca. Entonces solamente el Banco quedará obligado a cancelar la hipoteca.

V.- Que en caso de que el deudor oculte gravámenes o responsabilidades anteriores, de la propiedad hipotecada al Banco, se dará por vencida desde luego toda la cantidad que éste garantizada por la hipoteca, con los réditos que se adeudaren, haciéndose efectiva, y el Banco también podrá cobrar por vía de indemnización el (2) dos por ciento sobre el impuesto total de la hipoteca. El Banco ejercerá estos derechos, además de los que se estipulen en la escritura de hipoteca y de los que conceden las leyes.

VI.- Que el Banco podrá sacar a remate la propiedad hipotecada, por el valor que se haya fijado en la escritura y determinada conforme a lo que expresa la cláusula V del artículo. 7º de la concesión.

VII Que los remates serán en todo caso en la oficina del Banco, bajo la presidencia del interventor del Gobierno y con asistencia de un Escribano público. Se anunciarán las almonedas con anticipación de nueve a treinta días, según la distancia a que esté situada la finca hipotecada. Los anuncios se fijarán en la puerta del Banco, y el publicarán tres veces en el Diario Oficial y en otros dos periódicos principales de la República de México.

VIII.- Que para facilitar el remate de las grandes propiedades rústicas, el Banco podrá sacar la finca a subasta, aun por fracciones, fijando a cada una de éstas un valor proporcional que se determinará de acuerdo con la cláusula V del art. 7º de la ley de concesión, y sujetándose a la parte final de la cláusula V del art. 8º de la misma concesión.

IX.- Que en los remates será buena postura la que cubra con el contado las dos tercias partes del precio que haya servido de base para la almoneda respectiva.

X.- Que no habiendo postor en la almoneda, el Banco podrá adjuntarse la finca por las dos tercias partes del precio fijado, o anunciar nuevas almonedas con el descuento de (10) diez por ciento cada una, teniendo en cada caso el derecho de adjudicación por las dos tercias partes del valor que haya servido de base para la almoneda.

XI.- Que para el otorgamiento de la escritura de venta o adjudicación a favor del postor o del Banco, bastará ocurrir a la autoridad judicial con el certificado del acta respectiva, y el juez desde luego fijará al deudor un plazo prudente para que

extienda la escritura, la cual será firmada por el juez si pasado el término fijado no se presentare el deudor para otorgarla.

XII.- Que la autoridad competente será el juez del domicilio del Banco, y que en ese lugar se hará al deudor cualquier notificación que pudiera ser necesaria en caso de juicio, en la casa que se designe en la escritura de hipoteca.

XIII.- Que todos los gastos que origine el hacer efectiva la hipoteca se hará en los términos expresados, o judicialmente, serán a cargo del deudor.

XIV.- Que podrán reducirse algunos de los términos y aun dispensar al Banco de los tramites establecidos en la cláusula II del art. 8° de la ley de concesión, por convenio con el deudor, celebrado después de haber dado motivo a que contra él se inicie el procedimiento.

XV.- Que igualmente, y sin perjuicio de los derechos que corresponda, el Banco puede renunciar a ellos, cuando lo crea conveniente, y seguir contra el deudor el procedimiento judicial que conforme a la legislación común corresponda; pero ni aun en ese caso estará el Banco obligado a dar fianza para la ejecución de la sentencia que obtenga en 1° instancia.

XVI.- Que el banco no estará obligado a dar la fianza de la ley en los casos en que, sometido a algún procedimiento judicial obtuviere sentencia en su favor y la parte contraria interpusiese el recurso de apelación o algún otro legal.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acosta Romero, Miguel. Derecho Bancario. Editorial: Porrúa. México, 1978.
- 2.- Aguilar Carbajal, Leopoldo. Contratos Civiles. Editorial: Porrúa. México, 1990.
- 3.- Alterini, Anibal. Curso de Obligaciones. Tomo.I. Editorial: Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1990.
- 4.- Arce y Cervantes, Jose. De los Bienes. Editorial: Porrúa. México, 1990.
- 5.- Bauche Garciadiego, Mario. Operaciones Bancarias Editorial: Porrúa. México, 1981.
- 6.- Bejarano Sanchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Editorial: Harla. México, 1994.
- 7.- Bonnecase, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil. Editorial: Harla. México, 1993.
- 8.- Borja Soriano, Manuel. Teoria General de las Obligaciones. Editorial: Porrúa. México, 1992.
- 9.- D'Ors, Alvaro. Derecho Privado Romano. Editorial: EUNSA. Pamplona, España, 1991.
- 10.- D'Ors, Alvaro. El Digesto de Justiniano, Tomos I, II y III. Editorial: Aranzandi. Pamplona, España, 1968.
- 11.- Floris Margadant, Guillermo El Derecho Privado Romano. Editorial: Esfinge. México, 1977.
- 12.- Gutierrez y Gonzalez, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Editorial: Cajica. México, 1979.
- 13.- Labastida, Luis G. Estudio Historico y Filosofico sobre los Bancos. Editorial: Miguel Angel Porrúa. Colección: Tlahuicole. 2a. Edición Faccimular. México, 1989.
- 14.- Lutzenco, Georges. Teoría y Práctica de las Nulidades. Editorial Porrúa. México, 1978.
- 15.- Martinez Alfaro, J. Teoria de las Obligaciones. Editorial: Porrúa. México, 1993

- 16.- Messineo, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Tomo IV Derecho de Obligaciones Parte General. Editorial: Ejea. Edición Jurídica - Europa- America. Buenos Aires, Argentina, 1979.
- 17.- Miguel, Juan Luis. Resolución de los Contratos Por Incumplimiento. Editorial: De Palma. Buenos Aires, Argentina, 1986.
- 18.- Molle, Giacomo. Manual de Derecho Bancario. Editorial. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1987.
- 19.- Ortolan, M. Instituciones de Justiniano. Traducción de Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez Rivas. Editorial: Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1981.
- 20.- Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil Tomo IV. Editorial: Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1991.
- 21.- Rodríguez Rodríguez, Joaquín. Derecho Bancario. Editorial: Porrúa. México, 1980.
- 22.- Rojina Villegas, Rafael. Teoría General de las Obligaciones. Editorial: Porrúa. México, 1993
- 23.- Sayers, R.S. La Banca en Europa Occidental. Editorial: Labor S.A España, 1989.
- 24.- Treviño García, Ricardo. Epítome de los Contratos. Editorial: Mc.Graw Hill. México. 1994.
- 25.- Villegas, Carlos Gilberto. El Crédito Bancario. Editorial: De Palma Buenos Aires, Argentina, 1988.
- 26.- Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Contrato Civiles. Editorial: Porrúa. México, 1992.

LEGISLACION.

- 1.- Código Civil para el Distrito Federal.
- 2.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- 3.- Código de Comercio.
- 4.- Código Penal para el Distrito Federal.
- 5.- Ley de Instituciones de Crédito.
- 6.- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- 7.- Ley de Navegación y Comercio Maritimos.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS.

- 1.- Gordillo Montesinos Roberto Hector, Apuntes del Curso de Derecho Romano I. UNAM. ENEP. ARAGON. México, 1993.
- 2.- Gordillo Montesinos, Roberto Hector, Apuntes de la Materia de Derecho Romano II. UNAM. "CAMPUS ARAGON". México, 1995.
- 3.- Herrera Torres, Gustavo La Jurisprudencia en Bancos e Instituciones Financieras. Editorial: Pereznieto Editores, México, 1994.
- 4.- Jurisprudencia de 1917 a 1985, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. 4a. Pare. Tercera Sala. Editorial: Mayo Ediciones. S. de R.L., México, 1986.
- 5.- Ossorio, Miguel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial: Heliasta. Buenos Aires, Argentina, 1990.