

551
2 ej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO



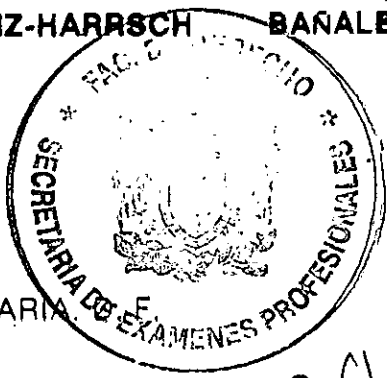
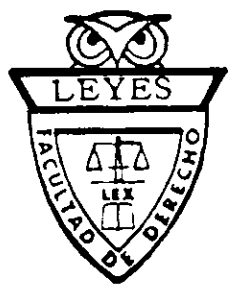
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

LA GARANTIA COLATERAL EN LOS CONTRATOS
DE APERTURA DE CREDITO REVOLVENTE.

T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

BILLY ORTIZ-HARRSCH BANALES



CIUDAD UNIVERSITARIA DE EXAMENES PROFESIONALES 1998.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

259361



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 está 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.

Doy gracias a Dios por todas las bendiciones que de él hemos recibido.

A mi esposo, Luis Felipe, por todo su amor, respeto y admiración. Gracias por todo lo que me has enseñado, por tu apoyo, por lo que hemos compartido y por hacerme feliz.

A mi hijo Luis Felipe con amor y agradecimiento por el tiempo que le he robado por dedicarle al presente trabajo, y en representación de todo mi esfuerzo y sacrificio por ser una madre ejemplar.

Al bebé que viene en camino, con mucha fe, amor y esperanza por que llegues pronto y con mucha salud.

A mis padres, pues sin su apoyo no hubiera conseguido esta meta. Les agradezco toda su ayuda, su amor y su esfuerzo por hacer de mi una persona responsable y constante.

A mi hermano Guillermo, con mucho cariño y como muestra de que "cuando uno lucha por algo, lo consigue".

A toda mi familia materna y paterna, por su cariño y por los momentos que hemos disfrutado, esperando que este trabajo les produzca la misma satisfacción y el mismo orgullo que a mi.

A mis amigas y amigos, por todo lo que hemos compartido y aprendido juntos y en forma genérica con el afán de que ninguno de ustedes pase desapercibido en esta muy especial dedicatoria.

A la Licenciada Aida Rojas Castañeda por su apoyo para la realización del presente trabajo.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, a la Facultad de Derecho y a sus profesores por haberme brindado la oportunidad de aprender de ellos.

LA GARANTIA COLATERAL EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO REVOLVENTE

I N D I C E

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO	5
1.1. Evolución Histórica del otorgamiento de Garantías	5
1.1.1. Grecia	5
1.1.2. Roma	7
1.1.3. Edad Media	12
1.1.4. México	15
1.2. Aspectos jurídicos de las Garantías en general	20
1.2.1. Conceptos	20
1.2.2. Naturaleza Jurídica	22
1.2.3. Elementos reales y personales	26
1.2.4. Derechos y Obligaciones que derivan del otorgamiento de garantías	30
1.2.5. Formalidades	33
CAPITULO SEGUNDO	37
2.1. Diversos tipos de Garantías que se otorgan en los contratos de crédito bancarios	37
2.1.1. Garantías reales	37

2.1.1.1. prenda	37
2.1.1.2. hipoteca	42
2.1.1.3. fideicomisos de garantía	48
2.1.1.4. caución bursátil	52
2.1.1.5. garantía líquida.....	55
2.1.2. Garantías personales	59
2.1.2.1. fianza	59
2.1.2.2. aval	64
2.1.2.3. obligación solidaria	67
2.2. Generalidades para el otorgamiento de	
Garantías	71
2.2.1. Diversos contratos de crédito de los que deriva el otorgamiento de garantías	71
2.2.2. Elementos de existencia y de validez en los contratos de crédito y de garantía	81
2.2.3. Objetivos del otorgamiento de garantías en los contratos de crédito	89
 CAPITULO TERCERO	 92
3.1. Garantía Colateral	92
3.1.1. Origen	92
3.1.2. Concepto	96
3.1.3. Naturaleza Jurídica	99
3.1.4. Bienes que pueden ser otorgados en garantía colateral	107
3.2. Generalidades para el otorgamiento de la	
Garantía Colateral en los Contratos de	
Apertura de Crédito Revolvente	109
3.2.1. Elementos esenciales	110
3.2.2. Elementos de validez	111
3.2.3. Su aplicación y funcionamiento en las diversas Instituciones de Crédito	115
3.2.4. Efectos de su otorgamiento	118
3.2.4.1. La cesión de derechos que implica	118

3.2.4.2. Efectos entre las partes	119
CAPITULO CUARTO	122
4.1. Propuesta para una adecuada regulación e inscripción de los créditos revolventes que consignan una Garantía Colateral	122
4.1.1. Inclusión en la Ley de Instituciones de Crédito: razones y fundamentos	122
4.1.2. Necesidad de inscripción de los contratos que consignan esta clase de garantía en el Registro Público de Comercio	129
4.1.3. Proyecto de artículos que podrían regular la figura de la Garantía Colateral en la Ley de Instituciones de Crédito	133
CONCLUSIONES	138
BIBLIOGRAFIA	141

I N T R O D U C C I O N

Es de gran importancia para una mejor comprensión del presente trabajo, que puntualicemos los fundamentos del mismo. Al hablar de una garantía en concreto, como lo es la garantía colateral, habremos de preguntarnos ¿qué es una garantía y con que objeto se constituye?

Para poder situarnos plenamente dentro del ámbito de las garantías en los créditos bancarios, debemos hacer mención de algunas de las actividades que realizan los Bancos, en concreto, de aquellas conocidas y definidas por la propia Ley de Instituciones de Crédito, como operaciones activas y pasivas.

Nosotros analizaremos y hablaremos en el presente estudio, únicamente de algunas de las operaciones activas, específicamente, de las aperturas de crédito, sus modalidades y funcionamiento, en razón de su aplicación y trascendencia económica y jurídica, y de los beneficios obtenidos con ellas, tanto para la Institución acreditante, como para las personas físicas o morales acreditadas.

El propósito fundamental de tales operaciones activas es el financiamiento, mismo que se efectúa mediante la colocación de los recursos obtenidos del público inversionista a través de las operaciones pasivas, tales como el depósito de dinero y de ahorro, la aceptación de préstamos y créditos de otras Instituciones y la emisión de valores; constituyendo todas ellas, lo que se conoce como Cartera de Crédito.

En tal virtud, podemos comentar que una de las operaciones activas más importantes que realizan las Instituciones Bancarias, es el otorgamiento de créditos, para los cuales, las garantías son accesorios que la misma Ley de Instituciones de Crédito tiene previstas, con el propósito de lograr una eficaz recuperación de cartera.

Todo financiamiento en la actualidad, es otorgado de manera que la Institución de Crédito, desde el momento en que autoriza la celebración del contrato de apertura de crédito, pueda tener la certeza de que los recursos concedidos y colocados le serán restituidos. Y para lograrlo, qué mejor que solicitar para ello una garantía, ya sea real o personal.

En nuestros capítulos primero y segundo, podremos observar cómo desde la antigüedad, el otorgamiento de garantías ha sido una forma de asegurar la restitución de los préstamos, así como su desarrollo histórico. Igualmente, describiremos cada una de las garantías que se manejan en la actualidad, haciendo una división teórica y doctrinal entre las reales y las personales, así como un estudio jurídico y práctico de las mismas y de los diversos contratos de crédito mediante las que se constituyen.

Dentro de este análisis, podemos desprender que existen diversas formas de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que emanan de un contrato de crédito. Pero, ¿cual es la razón por la que los Bancos ponen en práctica otro tipo de garantías?

Para poder responder a este cuestionamiento, es de fundamental importancia reconocer, que las Instituciones de Crédito realizan sus operaciones atendiendo a las necesidades económicas del mundo. Desarrollan las actividades que las leyes les permiten, pero, para lograr una mejor posición dentro del ámbito competitivo, tienen que crear nuevos productos y facilidades para lograr una mejor captación de recursos y una mejor colocación de los mismos.

Para ello, dichas Instituciones han puesto en práctica algunas modalidades en el otorgamiento de garantías. Tal es el caso de la garantía colateral, que no obstante que no se encuentra regulada como tal en los diversos ordenamientos legales, es una realidad que merece un estudio profundo.

En el capítulo tercero, estudiaremos esta figura, ya que su aplicación en el campo crediticio ha logrado facilitar al público la obtención de financiamientos. En primer lugar, porque no siempre el solicitante es propietario de un bien inmueble que pueda hipotecar, o bien, no desea comprometer el patrimonio de su familia o el de su

empresa. Y en segundo lugar, porque no siempre una persona moral puede correr el riesgo de hipotecar su unidad industrial o de pignorar su maquinaria o sus bienes.

Desde el punto de vista del acreedor, podemos puntualizar que éste corre un mayor riesgo, ya que, en virtud de que la hipoteca se constituye con el objetivo de que si no le son pagados el principal y sus accesorios, se le pueda pagar con el valor de los bienes hipotecados.

Pero al ejecutar dicha garantía, al Banco no le es restituido el mismo bien fungible que constituye el dinero prestado, y esto conlleva el problema de tener que poner a la venta tal inmueble y el aplicar el producto de su venta al pago; mismo que no siempre cubrirá el total adeudado. Lo mismo sucedería con bienes otorgados en prenda.

Debido a que esta nueva figura implica una cesión de derechos de cobro en favor del Banco acreditante, respecto de bienes que especificaremos en el capítulo aludido, también le facilita la ejecución de las garantías constituídas en caso de incumplimiento de las obligaciones del acreditado, ya que, al hacerlas efectivas, a dicha Institución siempre se le restituirá en numerario.

En la actualidad, esta clase de garantía es regulada aplicando por analogía diversos preceptos legales y aplicando supletoriamente disposiciones del derecho común. En este orden de ideas, y dada su práctica y aplicación en distintas Instituciones Bancarias, en el capítulo cuarto, proponemos que esta figura sea regulada como tal en la Ley de Instituciones de Crédito, adicionando ciertas modalidades y formalidades al procedimiento que en la práctica se sigue para su otorgamiento y constitución.

En virtud de que un Banco sólido depende de su política bancaria, es fundamental que además de buscar áreas donde colocar y ampliar su campo de acción, se analice a los solicitantes de crédito y les otorguen facilidades y apoyo, creando nuevos productos, como lo es esta clase de garantía en los préstamos.

Queremos que, lejos de tratar de legislar, el presente trabajo sirva de fundamento y apoyo a las operaciones que hoy en día se efectúan, y que el día de mañana, atendiendo a la satisfacción de necesidades del mundo, pudiera servir para una reforma a la ley ya que finalmente, ha sido creada para regular nuestras relaciones jurídicas y ha evolucionado en forma paralela a la aparición de nuevas figuras.

C A P I T U L O P R I M E R O

1.1. Evolución Histórica del otorgamiento de Garantías

1.1.1. Grecia

Para poder hablar de las garantías que se otorgaban en la antigüedad, es importante situarnos en el tiempo y el espacio y en la forma en que los griegos regulaban sus relaciones jurídicas y sociales.

En un principio, estaban guiados por una familia patriarcal, y se regían por la costumbre desarrollada entre las mismas familias y por las prácticas que nacieron de su cultura sedentaria y agrícola.¹

De lo anterior se desprende que sus primeras relaciones se originaron por el intercambio de bienes y servicios para satisfacer sus necesidades primarias.

Como consecuencia del desarrollo de la civilización griega, fue necesario crear en forma simultánea, figuras que regularan tales relaciones. De aquí surgió la necesidad de celebrar contratos, mismos que contenían los acuerdos entre las partes y en los cuales tomaron como base la confianza mutua.²

Es un hecho, que los griegos dentro de sus actividades, celebraban contratos de préstamo. Cerca del Siglo V a. C., surgió la actividad bancaria, en la cual los banqueros extranjeros conocidos

¹ MARGADANT S. Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano como introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea. 12a. ed. Esfinge, México, 1983. p. 17.

² Enciclopedia Jurídica Omeba. T. IV. Driskill, Buenos Aires, 1991. p. 120.

como *trapezitas* o *colubistas*, cuya traducción sería "los hombres de la mesa", realizaban operaciones de cambio de moneda y préstamos con interés.

Dichas actividades se llevaban a cabo en los Templos, tales como el Templo de Apolo, el Templo de Samos y el Templo de Artemisa, que eran considerados como organismos semi-oficiales. Más tarde, cerca del Siglo IV a. C. se convirtieron en bancos públicos, para realizar, entre otras, la guarda de fondos de la comunidad griega.

En dichos bancos encontramos el fundamento de las actuales operaciones activas y el antecedente del afianzamiento, así como el otorgamiento de garantías sobre bienes diversos, como un accesorio en los préstamos de dinero.³

Una de las formas en que se obligaba al deudor al cumplimiento de su contrato de préstamo, era a través del *pango* o pago, término griego de donde deriva la actual prenda sobre bienes no fungibles y que desde entonces, lleva aparejada la posibilidad de que, en caso de que el deudor no cumpla con las obligaciones derivadas del préstamo o crédito, el acreedor pueda vender el bien para aplicar el precio obtenido con ello, a la liquidación total del préstamo.⁴

En tal virtud, manejaron la *hyperocha*, voz griega regulada posteriormente en el Digesto, y que se utilizaba para definir el remanente de la suma que el acreedor obtenía por la venta del objeto dado en garantía, como consecuencia del incumplimiento del contrato de crédito.⁵

En igual sentido, en los griegos encontramos el origen de las hipotecas. Implementaron esta forma de garantizar el cumplimiento

³ ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario: Panorama del Sistema Financiero Mexicano. 5a. ed. Porrúa, México, 1995. pp. 84 y 85.

⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit. T. XXII. p. 852.

⁵ BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. 3a. ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990. p. 244.

de obligaciones, debido a que la consideraron como una garantía real que se constituía en favor de un acreedor, pero con la diferencia de que en ella no se concedía al acreedor el derecho de poder enajenar los bienes hipotecados para ser aplicados al pago del adeudo.

Con el objeto de asegurar el pago de una deuda y de poder reclamar de una persona la prestación de un hecho positivo o negativo, proveniente de un contrato de préstamo, los griegos instituyeron también la *datio insolutum* o dación en pago, como una modalidad de lo que hoy conocemos como hipoteca. Esta dación en pago, se efectuaba en forma pública e implicaba la entrega de los bienes del deudor al acreedor.⁶

Esta era la ventaja, o tal vez desventaja que podemos observar respecto de las anteriores formas de garantía.

1.1.2. Roma

En Derecho romano, el otorgamiento de garantías constituyó una forma de asegurar al acreedor el cumplimiento de una obligación principal, a través de un convenio expreso o tácito con el garante.

Los romanos, las nombraron "derechos reales de garantía", y fueron definidas como aquellos derechos que un deudor concede a un acreedor, con el objeto de garantizar el cumplimiento de una obligación principal, respecto de una cosa propia o de un tercero y que es valedera *erga omnes*.

Los derechos reales de garantía fueron divididos por los romanos en dos especies: en garantías personales y en garantías reales.

⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles: Teoría General del Contrato. Contratos en especial. Registro Público de la Propiedad. Porrúa, México, 1991. p. 479.

Dentro de las primeras se distinguieron la *sponsio* y la fianza, en la que se encontraban la *fideipromisio* y la *fideiussio*. A esta especie de garantías se les conocía en Roma como *cautiones*.

En Derecho Romano antiguo, se manejaron las garantías personales, debido a que un deudor respondía con su persona del cumplimiento de sus obligaciones y no con sus bienes.

La primer figura que manejaron fue la *manus injectio*, en la que se pactaba que el incumplimiento de las obligaciones por parte del deudor, era determinante para concederle a su acreedor facultades para poderlo hacer su esclavo o inclusive, encarcelarlo.

Más adelante se practicó la *sponsio*, cuyo término significa "obligarse". En realidad implicaba una de las primeras formas de garantizar una deuda ajena.

Esta especie de garantía provenía como accesoria a los contratos verbales y solemnes celebrados por los romanos, conocidos como *stipulatio*.

Al ser contratos abstractos, la voluntad de obligarse se exteriorizaba contestando las preguntas que le hacía el acreedor al deudor, y con ello se formalizaba el contrato y la obligación que contraía el codeudor.⁷

Posteriormente, los romanos utilizaron otra especie de garantía personal, a la que denominaron fianza. En su otorgamiento, los sujetos que la constituían, eran conocidos como *fideipromisores* o *fideiusores* y su objeto era también garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de cualquier clase de contrato principal: es decir, la fianza ya se manejaba desde entonces como un contrato accesorio.

En ellas, los garantes se obligaban en forma personal respecto de las obligaciones de pago contraídas por un obligado principal,

⁷ BIALOSTOSKY, Sara. Op. cit. passim.

pero su duración era tan solo de dos años y nunca pasaba a sus herederos.⁸

La práctica de esta forma de garantía evolucionó en tal sentido que, independientemente de que se había estado manejando como una garantía que se otorgaba por una sola persona, atendiendo a las necesidades de los romanos, se implementó una fianza que podía ser otorgada por varias personas respecto de una misma obligación.

En este orden de ideas, se denominaron *cofideiutores* a aquellos sujetos que respondían como codeudores solidarios, respecto de las obligaciones de pago del deudor principal, en caso de que este último no lo hiciera.

Al constituirla, se producía en forma simultánea un beneficio que se denominó *beneficium divisionis*, cuyo efecto era permitir que la deuda pudiera ser dividida entre todos los *fideiutores*, si al deudor principal le era demandado el pago del adeudo y no lo cubría.⁹

La fianza muchas veces fue preferida, ya que era más seguro constituir una garantía personal que una real, como veremos más adelante, ya que los ciudadanos romanos eran muy exactos en el cumplimiento de sus obligaciones y con ello proporcionaban al acreedor una mejor protección de sus intereses.

Por su parte, cuando una garantía hipotecaria era reducida o disminuida, o bien, cuando mediaba razón de confianza, entre las partes se constituía una garantía personal, en la cual, el sujeto garante se convertía en aval.

En segundo término, se encontraron también las garantías reales, dentro de las cuales podemos distinguir la *fiducia*, la prenda o *pignus*, la hipoteca o *conventum* y la *anticresis*.

Como pudimos observar en párrafos anteriores, la fianza que se utilizó en un principio, le daba una personalización a las

⁸ LOZANO NORIEGA, Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos. 5a. ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1990. p. 407.

⁹ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 456.

obligaciones, pero a medida que éstas fueron despersonalizándose, fue como se concluyó que el patrimonio del deudor era lo que debía garantizar el cumplimiento de sus obligaciones y no su persona.

Fue por ello que los romanos iniciaron la práctica de las garantías reales con la *fiducia*. La garantía consistió en la venta que hacía el deudor al acreedor de un bien de su propiedad cuyo valor fuera equivalente al del crédito solicitado, para garantizar su obligación principal que era el pago de dicho crédito y sus intereses.¹⁰

La venta se hacía seguida de un pacto llamado *pactum fiduciae*, por el cual el acreedor se obliga bajo buena fé, a retransmitir dicho bien después de que la deuda se hubiere cubierto y pagado en su totalidad, constituyendo un negocio simultáneo al contrato de crédito.

Dicho pacto se asemeja al actual pacto de retroventa, prohibido por las leyes mexicanas, pero a pesar de que se efectuaba con objeto de transmitir temporalmente la propiedad del bien, en realidad lo que se buscaba con ello era constituir una garantía.

La prenda o *pignus*, fue aquella garantía en la que un deudor o un tercero, para garantizar el cumplimiento de una obligación, entregaban la posesión de una cosa mueble o inmueble específica a su acreedor.

En esta figura, no había transmisión de propiedad al acreedor respecto del bien pignorado. En realidad, lo único que se conseguía al constituirlo era que se confería al acreedor prendario un derecho de retención de la cosa dada en prenda y al mismo tiempo, facultades expresas para poder recuperar los gastos generados por la conservación de la misma.

En derecho prejustiniano no había distinción entre los términos "prenda" e "hipoteca". Para distinguir una figura de la otra, se estaba al desposeimiento del bien objeto de la garantía: si éste se efectuaba, únicamente se le denominaba *pignus contractum*, y si no

¹⁰ OLVERA DE LUNA, Omar. Contratos Mercantiles. 2a. ed., Porrúa, México, 1987. p. 221.

había desposeimiento por parte del deudor, se le denominaba *pignus conventum*.

En un principio, la *hipoteca* se constituía en forma clandestina y oculta, debido a que no se le daba publicidad, pues solo subsistía entre las partes y no se hacía del conocimiento de terceros. También se caracterizaba por ser una hipoteca general, debido a que implicaba la totalidad del patrimonio del deudor.

En la práctica del sistema romano, la constitución de hipotecas al recaer en bienes inmuebles, presentaba diversas dificultades. Tal es el caso de los campesinos romanos, que en vez de sobrecargar sus tierras con hipotecas, preferían cumplir su promesa de pago del crédito obtenido, obligándose personalmente.

En este sentido, Justiniano instituyó que todos los bienes y créditos presentes y futuros del deudor ingresarían automáticamente a la garantía hipotecaria, salvo pacto en contrario.

Este es el antecedente de lo que hoy conocemos como hipoteca tácita, la cual se encuentra prohibida en nuestro derecho, por el artículo 2919 del Código Civil. Dicha especie de hipoteca, provenía directamente de la ley y respecto de bienes en favor del cónyuge, del pupilo, o bien, del legatario que garantizaba el cumplimiento de obligaciones a cargo de un heredero.

Esta especie de garantía adolecía de ciertos defectos, entre los cuales se distinguía también que inducía al fraude, ya que no se constituía en forma pública ni se hacía del conocimiento de terceros y además porque imposibilitaba al deudor el efectuar nuevas transacciones respecto de los bienes objeto de la garantía.

Posteriormente, la *hipoteca* se manejó en Roma, como un derecho real que se constituía sobre bienes cuya propiedad no se transfería al acreedor y se caracterizó por ser una hipoteca especial, al recaer en uno o sólo algunos de los bienes del deudor, pero sin que implicara la totalidad de su patrimonio.

Tiempo después, manejaron otra especie de garantía real denominada *anticresis*, misma que se consideraba como una especie

de *pignus* o prenda, en la cual, se constituía con ella un derecho de prenda y disfrute de los bienes pignorados.

En ella, el acreedor y el deudor celebraban un *pacto anticrético* que implicaba que el acreedor pudiera utilizar el objeto dado en prenda, o bien, que el acreedor recibiera todos los frutos que produjera el bien, ambas situaciones, a cambio de renunciar a los intereses que pudiera generar el crédito concedido.

Tanto las garantías hipotecarias como las prendarias, se constituían de diversas formas, dentro de las que destacaron el convenio y el testamento. No obstante, la hipoteca podía constituirse también mediante sentencia judicial cuando se trataba de un bien común que estaba sujeto a división.

Por su parte, la garantía prendaria también podía tener su origen en la ejecución de las sentencias que dictaban los pretores, ya que se exigían como una medida para obligar a las personas a cumplir con las sentencias dictadas en su contra.¹¹

1.1.3. Edad Media

Hacia el año de 476, con la caída del Imperio Romano, las prácticas en su sistema se fueron modificando. Es un hecho que todas las actividades posteriores tuvieron gran influencia romana, pero debido a las invasiones bárbaras y germanas, fueron adoptándose diversas modalidades.

Atendiendo a que dichas invasiones produjeron crisis y falta de dinero, las principales actividades se concentraron en los préstamos de dinero a cambio de la venta de tierras.

En esta época, podemos decir que el comercio surge como tal, y empiezan las actividades entre comerciantes, en las cuales, a diferencia del sistema romano que era complicado y formalista, la contratación y el otorgamiento de garantías se fue tornando más

¹¹ MARGADANT S. Guillermo Floris. Op. cit. pp. 290 a 300.

fácil y convencional, adaptándose así a las necesidades que el comercio exigía.¹²

Debido a lo anterior, y a que las rutas entre una ciudad y otra se tornaron poco seguras, las actividades entre comerciantes y los préstamos y créditos se vieron reducidas, al grado de que las pocas que se efectuaron tuvieron lugar alrededor de las iglesias o en las murallas de defensa.

En esta época, la Iglesia ejerció su poder al determinar que todo el lucro y tráfico constituían usura y pecado. Por ello, existía prohibición canónica de conceder préstamos con interés, debido a que esos intereses no eran obtenidos con el trabajo del hombre y no eran lícitos.

Así fue como los comerciantes en busca de satisfacer sus necesidades de dinero, utilizaron dentro de sus actividades las operaciones de préstamo con garantía prendaria.

En igual sentido, a fines del Siglo XI, los lombardos, cuyo nombre era sinónimo de "prestamistas" y los italianos, quienes fueron los precusores del comercio marítimo, realizaron operaciones de préstamo con los Reyes y Príncipes, a cambio de garantías prendarias sobre bienes diversos.

Posteriormente, en la época de las Cruzadas, se distinguieron los Templarios, quienes recibían bienes en depósito por parte de los Reyes, señores feudales y burgueses y quienes, utilizando los bienes depositados otorgaban préstamos a terceros, pero sin mayores garantías.¹³

No obstante, se siguieron manejando algunas formas de garantía romana. Tal es el caso de ciertos Príncipes, quienes en su lucha por la conquista de tierras y regiones, tuvieron que recurrir a los préstamos de dinero, otorgando sus tierras en garantía, a fin de

¹² BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa. Sociedades. 2a. ed. Porrúa, México, 1991. pp. 12 y 13.

¹³ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. cit. pp. 90 y ss.

que pudieran financiar a sus ejércitos y así poder conquistar o inclusive defender sus tierras.

Hacia el año de 1412, época en la que se fundó un sinnúmero de Bancos en Europa, una de las modalidades adoptadas fue la de recibir metales en depósito y el otorgamiento de préstamos con garantía metálica.

Como consecuencia de este desarrollo de la banca, los banqueros florentinos también aportaron nuevas actividades. En sus Instituciones se practicaron operaciones de préstamo, para las cuales, en forma accesoria se firmaron *contratos de comenda*.

En virtud del riesgo que corrían los prestamistas de dinero, se firmaba este contrato para poder fijar los lineamientos que debían seguirse para obtener una contraprestación justa en favor del acreedor, así como tasas equitativas a esa justa remuneración del capital prestado.¹⁴

En forma paralela, surgieron también los Montes de Piedad. En ellos existieron otras formas de garantizar obligaciones de pago y estas fueron las rentas vitalicias provenientes de préstamos a los Reyes y Municipios.

Cerca del año 1570, fue cuando tuvieron su apogeo, ya que dentro de sus actividades, las rentas vitalicias eran consideradas como el interés que producían los capitales prestados. En tal virtud, las rentas vitalicias se otorgaban en garantía de los empréstitos públicos, ingresos y derechos de los Municipios.

Existe también en los Bancos medievales un antecedente de las garantías personales. Al respecto, Cervantes Ahumada, citando al autor Sarabia de la Calle, nos dice que en el Siglo XVI, los bancos existieron gracias a las ferias, en las cuales se llevaban a cabo operaciones de préstamo de dinero y que en ellas, se pactaba que el

¹⁴ DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. *Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras*, Tomo II: *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*. 2a. ed. Harla, México, 1995. pp. 486 a 489.

préstamo fuera con interés, o bien, se otorgaban fianzas personales en garantía del reembolso del dinero prestado.¹⁵

Fue hacia los Siglos XVIII a XIX, que la actividad bancaria evolucionó en forma tal, que en Europa se realizaron operaciones masivas de depósito y crédito. Se desarrolló igualmente la emisión de títulos de crédito en sustitución de la moneda, específicamente en el Banco de Estocolmo. A éste último debemos el origen directo de los préstamos hipotecarios.

Como podemos observar, durante el medievo y hasta principios de la Era Moderna, la forma de garantía por excelencia fue también la hipoteca. A medida que fueron progresando las actividades bancarias, fue como se perfeccionó el otorgamiento de garantías.

Un último ejemplo de ello, lo podemos encontrar cerca del año 1874, en el Hypotekenbanken de Alemania, donde la regulación y un mejor manejo de la hipoteca fue la razón de su constitución.¹⁶

1.1.4. México

Para el mejor desarrollo de este punto, es necesario aplicar el método histórico comparativo, recurriendo a la evolución y desarrollo de la Banca, ya que el otorgamiento de las garantías que trataremos en el presente estudio, deviene de la celebración de contratos de crédito bancarios.

En este orden de ideas, es necesario puntualizar que el Colegio de México divide por etapas la Historia de la Banca en México. De ellas hablaremos someramente para vincularlas con la evolución del otorgamiento de garantías en nuestro país.¹⁷

¹⁵ CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 14a. ed., 2a. reimpr. Herrero, México, 1994. p. 212.

¹⁶ ACOSTA ROMERO, Miguel. op. cit. pp. 101 y ss.

¹⁷ DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Op. cit. p. 498.

Empezaremos por la etapa anterior a la Colonia: No existen datos que afirmen si los mayas, los olmecas o los aztecas realizaron operaciones de crédito, ni entre personas físicas, ni como Instituciones Bancarias.

Seguramente dentro de la actividad mercantil de los aztecas se habrán efectuado préstamos entre comerciantes pero no hay registros que indiquen si se celebraban mediante contratos y mucho menos, si se pactaban con garantía o no.¹⁸

En tal virtud, analizaremos la etapa Colonial. Antes de la Independencia de México, el dominio español implicó, entre otros, la implantación de normas provenientes del derecho europeo. En esta época, el organismo gubernamental que regía en la Nueva España, fue el Consejo de Indias, mismo que apoyó la creación de la primera institución en nuestro país, y que se conoció con el nombre de Banco de Avío y Minas. El objetivo de esta institución fue el apoyar económicamente a la Industria y a los fundos mineros.¹⁹

Tiempo después, se convirtió en una institución Refaccionaria, que se dedicó al otorgamiento de préstamos a los mineros, quienes dejaban en garantía los frutos que obtenían o producían las minas, y no la mina en sí.

Cabe hacer mención, que en esta época, los créditos de avío eran equivalentes a los refaccionarios, debido a que implicaban todo aquél préstamo destinado a la mejor explotación de las minas y que se garantizaba con los bienes obtenidos con ello.

No había distinción entre ambos en cuanto al destino del crédito, e inclusive, las garantías que consignaban eran tanto los bienes adquiridos, como los frutos y productos, indistintamente.

Por otro lado, se creó también el Monte de Piedad; Institución que se dedicó a hacer pequeños préstamos a la población necesitada,

¹⁸ BARRERA GRAF, Jorge. Op. cit. p. 19.

¹⁹ CERVANTES AHUMADA, Raúl. Op. cit. p. 215.

a cambio de una garantía prendaria respecto de cualesquiera bienes muebles que se empeñaran en ella.²⁰

Pasando a una segunda etapa, que es la de la Independencia y los años posteriores a ésta, podemos puntualizar que en este periodo que inició en el año 1821, no se crearon Instituciones de crédito, debido a la crisis económica que sufrió nuestro país.

No fue sino hasta el año de 1824, que se estableció en México la primera sucursal del banco de Londres. Su función en concreto era la emisión de billetes, y no la colocación de crédito.

Posteriormente, durante el sexto periodo presidencial de Santa Anna, y luego de la primera invasión norteamericana a nuestro país, se publicó la Ley de Venta de Bienes en Manos Muertas, cuyo objetivo fue la venta al gobierno de inmuebles que estaban en manos de la Iglesia, con el fin de hipotecarlas para obtener financiamientos para la guerra.

Años más tarde, en la etapa de la Reforma, el Presidente Juárez en su lucha por la separación del gobierno y la Iglesia, logró liberar bienes que se encontraban en poder de esta última, con el objeto de constituirlos en garantía bancaria o crediticia para el impulso de operaciones de préstamo.

Siguiendo el orden cronológico que estamos manejando, después de la Etapa del Imperio de Maximiliano, en la que la actividad bancaria se concretó al establecimiento del Banco de Londres, México y Sudamérica (hoy Banca Serfín), continuaremos con la Etapa de Restauración de la República.

En ella, el crédito siguió en nuestro país bajo los lineamientos que se habían estado practicando. La hipoteca fue la garantía que más se utilizó y a la prenda se le dió mayor importancia hasta la entrada del siglo XX, en donde el Monte de Piedad que era la

²⁰ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Bancario: Introducción, Parte General. Operaciones Pasivas. Porrúa, México, 1993. pp. 19 a 21.

Institución auxiliar que la manejaba, fue autorizado para expedir certificados que ampararan los bienes objeto de la prenda.²¹

Podemos comentar que en el transcurso de estas etapas, la característica principal del desarrollo bancario fue frenado debido a que los problemas políticos de nuestro país originaron una carente actividad legislativa en cuanto a la banca y por consiguiente en cuanto al crédito.

Un ejemplo de ello, lo encontramos en la Etapa del Porfiriato, en la que se publicó el Código de Comercio, concretamente en el año 1884. En él se estableció, entre otros puntos, que la materia bancaria se convertía exclusivamente en materia federal y que se autorizaba a los Bancos existentes a emitir bonos hipotecarios como comprobantes de las garantías constituidas.

Años después, el movimiento bancario se incrementó al entrar en operación el Banco Hipotecario (posteriormente Banco Internacional Hipotecario). En éste, la actividad giraba en torno a los préstamos sobre propiedades.²²

En 1897, se creó la primera Ley de Instituciones de Crédito, cuyo objetivo principal fue regular la actividad bancaria y su desarrollo, así como la creación de cuatro tipos de instituciones, dentro de las cuales se distinguieron las hipotecarias, las refaccionarias, los almacenes de depósito y las de emisión.²³

Más adelante, en 1901 se reforzó la especialización de las Instituciones, al fundarse el Banco Agrícola e Hipotecario de México, cuya importancia derivó en la creación de instituciones en las que se otorgaban créditos refaccionarios en apoyo al campo.

Otro ejemplo lo podemos observar en el año de 1910 con la Revolución Mexicana, que además de propiciar la promulgación de nuestra Constitución Política, fue también motivo del Decreto que se

²¹ DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Op. cit. pp. 501 a 504.

²² RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Op. cit. pp. 22 y 23.

²³ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. cit. pp. 115 y 116.

dió a conocer en 1914, mismo que fijó que los bancos de emisión podrían operar siempre y cuando otorgaran una garantía metálica.

Durante la época de la Postrevolución, y principios de la Etapa de la Consolidación, los sucesos importantes fueron en primer lugar, la creación de la Comisión Nacional Bancaria en el año de 1924 para supervisar la actuación y fundación de las Instituciones de crédito,²⁴ y la publicación en 1932 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la que se incluyó la regulación del fideicomiso.

Otro suceso fue que por primera vez, en 1933 se contó con apoyo de gobierno en las Instituciones de Crédito. Ese apoyo derivó en la constitución de Nacional Financiera y del Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras públicas (hoy BANOBRAS), con el objeto de reconstruir la economía nacional y apoyar a la industria.

Por último, en una etapa que podemos conceptualizar como Etapa Moderna, con la creación en 1934 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, y de la cuarta Ley General de Instituciones de Crédito (sic.) en 1941, fue como nuestro país alcanzó una mejor regulación de sus actividades comerciales y de crédito.

Su promulgación fue importante, pues permitieron que el derecho bancario se regulara por disposiciones propias, ya que carecía de normas específicas para la celebración de sus contratos y en general para su operación.

En tal virtud, se determinó que el derecho civil sería inaplicable a la materia bancaria, ratificándose en consecuencia, que los únicos establecimientos bancarios que operarían, serían los bancos de depósito, de ahorro, de capitalización, los financieros, los de fideicomiso y los hipotecarios, al amparo de las nuevas leyes.²⁵

Esto y otros sucesos políticos, tales como el Decreto de 1982 que instituyó la nacionalización de los bancos y su derogación en 1990, por el que se transformó a las Instituciones, de Sociedades

²⁴ RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Op. cit. p. 117.

²⁵ DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Op. cit. pp. 512 et. seq.

Nacionales de Crédito a Instituciones de Banca Múltiple y Sociedades Anónimas, fueron determinantes en el Desarrollo del Derecho Bancario Mexicano.²⁶

A lo largo de nuestro capítulo segundo, profundizaremos en los diversos tipos de garantías que se constituyen actualmente en los contratos de crédito; partiendo de la evolución y perfeccionamiento que se ha logrado durante las etapas que hemos comentado y en relación a la influencia que hemos obtenido de otros países.

1.2. Aspectos jurídicos de las Garantías en general

1.2.1. Conceptos

Es preciso que para el desarrollo de este punto, consultemos en diversas fuentes, los conceptos que manejaremos a lo largo del presente trabajo, para estar en posibilidades de situarnos plenamente en el campo de las garantías en los créditos bancarios. A saber:

Garantía.- Es el "aseguramiento del cumplimiento de una obligación mediante la afectación de cosa determinada o del compromiso de pago por un tercero para el caso de incumplimiento de la misma por el deudor originario".

Caución.- "Seguridad que una persona da a otra de que cumplirá con lo pactado, prometido o fundado. En términos generales, es cualquier forma de garantía de las obligaciones".

²⁶ ACOSTA ROMERO, Miguel. Op. cit. pp. 118 y ss.

Contrato accesorio.- "Es aquél que puede existir por consecuencia o en relación con otro anterior, como la prenda o la hipoteca."

Contrato principal.- "Contrato que cumple por sí mismo un fin propio y subsistente, sin relación con ningún otro".

Apertura de Crédito.- "Contrato en virtud del cual una de las partes, llamada acreditante, se obliga a poner a disposición de la otra, denominada acreditado, una suma de dinero, o a contraer por cuenta de éste una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y términos pactados, quedando obligado, a su vez 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 pagar los intereses, comisiones, gastos y otras prestaciones que se estipulen".

Aval.- "Garantía total o parcial del pago de una letra de cambio y, en general, de un título de crédito... Es una garantía del pago del importe de la letra de cambio; una declaración cambiaria exclusivamente dirigida a garantizar su pago.

La función económica del aval es de garantía. La firma del avalista en el título, que lo convierte en deudor cambiario, tiende a aumentar la certidumbre del pago del documento...".

Fianza.- "Garantía personal prestada para el cumplimiento de una obligación. // Contrato por el cual un tercero, en relación con una determinada obligación, se obliga al cumplimiento para el caso de que el deudor o fiador anterior no cumplan.

La fianza puede ser civil o mercantil. Según la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, éstas serán mercantiles para todas las partes que intervengan, excepción hecha de la garantía hipotecaria.

Son aplicables a la fianza mercantil, en todo lo no expresamente establecido en la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, las disposiciones del Código Civil".

Hipoteca.- "Garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que dá derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de dichos bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley". (artículo 2893 del Código Civil).

Hipoteca Voluntaria.- “Es la convenida entre partes o impuesta por disposición del dueño de los bienes en que se constituye”.

Obligación Solidaria.- “Es una especie de la mancomunada, que se caracteriza por la circunstancia de que dos o más acreedores tengan, cada uno de por sí, el derecho de exigir el cumplimiento total de la obligación (solidaridad activa), o dos o más deudores, dos o más acreedores tengan, cada uno por sí en su totalidad, de la prestación debida (solidaridad pasiva)”.²⁷

Prenda.- “Derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”. (artículo 2856 del Código Civil).

El Diccionario de la Academia define la prenda, en su acepción jurídica, como “cosa mueble que se sujeta especialmente a la seguridad o cumplimiento de una obligación”.²⁸

1.2.2. Naturaleza Jurídica

A efecto de poder determinar cual es la naturaleza jurídica de una garantía procedente de un contrato crediticio, necesitamos estudiar aquellos que nuestra doctrina denomina “Contratos de Garantía”.

Es preciso señalar antes de entrar al presente estudio, que dada la naturaleza de las operaciones que se celebran en las Instituciones de Crédito, éstas son reguladas en un principio por la legislación específica de la rama, que es la Legislación Bancaria, propiamente la Ley de Instituciones de Crédito; pero en forma supletoria y de apoyo, se aplican tanto disposiciones del Código de Comercio y leyes mercantiles, como disposiciones del derecho común.

²⁷ DE PINA Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 20a. ed. Porrúa, México, 1994. *passim*.

²⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit. T. XXII. p. 852.

Partiremos pues, del principio de derecho civil conocido como "prenda general tácita", mismo que se encuentra consagrado en el artículo 2964 del ordenamiento sustantivo para el Distrito Federal, en el cual se establece que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la Ley, son inalienables o inembargables.

A este respecto, Sánchez Medal nos dice que el derecho de prenda que adquiere el acreedor, no es propiamente una "prenda" ya que la palabra únicamente se maneja en sentido figurado pues no opera con ello una desposesión del patrimonio del deudor, ni genera un derecho de preferencia a favor del acreedor.²⁹

En este orden de ideas, observaremos en primer lugar, que el efecto principal que produce la celebración de un contrato de crédito, será obligar al acreditante a poner a disposición del acreditado, una suma determinada de dinero y en forma recíproca, la obligación del acreditado una vez recibida dicha suma, será obligarse a pagarla en el tiempo convenido y bajo las condiciones previstas.

Atendiendo a la realidad de que un deudor puede tener contraídas otras deudas con anterioridad, el principio de la prenda general tácita mencionada, tendrá sus repercusiones: Puede el deudor caer en estado de insolvencia, o inclusive hacerse imposible la recuperación del crédito, debido a que sus bienes sean insuficientes para cubrir los adeudos.

Otro problema, sería la prelación de los créditos, misma que se determinará con base en lo establecido en los artículos 2976, 2977, 2982 y siguientes de nuestro Código Civil, en relación a la fecha en que cada una de las deudas se haya contraído y en la fecha de su inscripción en Registro Público -del que hablaremos en capítulos posteriores-.

De aquí que las Instituciones Bancarias, a efecto de asegurar el cumplimiento de la obligación que el deudor tiene para con ellas, pactan en el contrato principal de apertura de crédito, que en

²⁹ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 441.

garantía de la devolución del capital prestado, se otorgarán en forma accesoria garantías específicas y que solamente se harán efectivas en caso de incumplimiento de la obligación principal que es el pago de lo debido por parte del acreditado.

Esto se determina también con base en el artículo 298 del Código de Comercio, en el que se establece que en los contratos de apertura de crédito pueden pactarse garantías reales o personales.

Existe al respecto una clasificación doctrinaria de ellas, denominándoseles contratos de garantía reales y personales. En nuestro capítulo segundo abundaremos en la diferencia que existe entre ambos y su aplicación.

En tal virtud, podemos continuar nuestro estudio de la naturaleza jurídica de las garantías en los créditos, con la definición que de ello nos da la Enciclopedia Jurídica Omeba:

“Contrato de Garantía.- En general, es aquél que se conviene entre las partes interesadas, en forma contemporánea o sucesiva (deudor, acreedor y fiador o garante), que, fuera de las figuras típicas, puede ser un contrato accesorio, innominado o unilateral, que asegure por medio de un compromiso real -aunque implícito o eventual- el cumplimiento de una obligación contraída por el deudor, de parte de una tercera persona obligada.

En sentido lato, es todo negocio o acto jurídico que asegure el cumplimiento de una obligación principal, mediante la constitución de una seguridad de carácter personal o real, creada a favor del acreedor, ya sea en forma bilateral o unilateral”.³⁰

Por su parte, Sánchez Medal conceptúa a los contratos de garantía como “aquellos que directamente sirven para asegurar al acreedor el pago de su crédito y para que confíen en el deudor quienes contraten con él”. Esto implica que el deudor cuente con la posibilidad de ser sujeto de crédito dependiendo de las garantías que ofrezca.³¹

³⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba. Op. cit. T. IV. p. 358.

³¹ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 442.

Tomando en consideración que el contrato de apertura de crédito es el contrato principal y que las garantías que se otorguen, serán accesorias, también es preciso distinguir que los contratos principales y por lo tanto, los accesorios, pueden ser civiles o mercantiles, atendiendo entre otras a las siguientes razones:

- Como nos indica Olvera de Luna, -se reputan contratos mercantiles los que reúnan alguna de las siguientes características: aquellos que se encuentren regulados por los Códigos de Comercio y no por los Códigos Civiles; aquellos en los que una o todas las partes tengan el carácter legal de comerciantes, así como aquellos cuyo objeto sea preponderantemente económico.³²
- Por otro lado, La Ley de Instituciones de Crédito en su capítulo III, regula las operaciones activas -dentro de las cuales se encuentra el financiamiento- y por lo que se refiere a las garantías, fija algunas bases para los créditos de habilitación o avío y los refaccionarios y de los demás, nos remite a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- En este sentido la Ley de Títulos citada, únicamente habla de garantías prendarias o hipotecarias, de manera que se autorice su otorgamiento como accesorio de los principales, pero regula someramente su constitución y no las define.

Debido a lo anterior, es que nos vemos obligados a acudir a la legislación civil para determinar su naturaleza jurídica. Lozano Noriega nos dice que ésta se determina en cuanto a que son contratos de garantía real o personal; atendiendo a que será real, aquella en la que la seguridad la den los bienes, y a que será personal la garantía constituida por la persona misma.

Los contratos de garantía real que nuestra doctrina clasifica como tales son la prenda y la hipoteca. La prenda, la hipoteca y el fideicomiso -del que abundaremos en el capítulo segundo-

³² OLVERA DE LUNA, Omar. Op. cit. pp. 1 y 2.

engendran derechos reales de garantía debido a que recaen en bienes muebles o inmuebles específicos, respectivamente, en favor del acreedor.

Dentro de los contratos de garantía personal, nuestro código sustantivo en su artículo 2794, distingue a la fianza como aquella forma de asegurar el cumplimiento de una obligación, en caso de que el deudor no lo haga. Pero existen otras formas de garantía personal que son la obligación solidaria y el aval. La primera, es considerada como una garantía personal proveniente de una declaración unilateral de voluntad y no de un contrato.

La segunda es una garantía cambiaria que asegura el pago de un título de crédito y que se considera personal pues según nos indica Cervantes Ahumada, es semejante a la fianza por ser considerado accesorio o de garantía y también debido a que anteriormente era definido por el Código de Comercio como una fianza cambiaria.³³

Así pues, hemos mencionado a grosso modo los contratos accesorios y otras formas de garantía, con el objeto de diferenciar unos y otros y para facilitar al lector los puntos siguientes.

1.2.3. Elementos reales y personales

a) Fianza.- Los elementos personales que participan en la fianza son cuatro: La institución afianzadora, el tomador o contratante, el fiado o deudor principal y el beneficiario.

En el entendido de que se constituye con el objeto asegurar el pago de una deuda, el tomador o contratante será la persona que se obligue a pagar en caso de que el principal no lo haga. Este último (el principal) es el fiado, o sea la persona cuyas obligaciones son garantizadas. El beneficiario es aquella persona física o moral acreedora de la obligación principal.

³³ CERVANTES AHUMADA, Raúl. Op. cit. p. 70.

Por lo que se refiere a la Institución afianzadora, en adelante estudiaremos su naturaleza, pero su participación es importante debido a que solamente pueden operar como tales, aquellas sociedades anónimas autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público bajo la inspección de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas.

Adicionalmente, pudiera existir un quinto elemento, que será la persona moral o física que participe como deudor solidario o contragarante.

Entratándose del elemento real de la fianza, éste lo constituye la obligación principal -ya sea el pago de una deuda o una obligación de hacer o no hacer- cuyo cumplimiento se garantiza.

Podemos determinar que en la fianza el elemento objetivo o material está constituido por la póliza. En ella se determinan los derechos y obligaciones que nacen para las partes, en virtud de que en ella consta la celebración del contrato en forma escrita.³⁴

b) Hipoteca.- En la celebración de este contrato intervienen el acreedor hipotecario y el deudor hipotecario. El constituyente de la hipoteca puede ser el propio deudor o un tercero, quien obviamente tendrá que ser el propietario del bien que se otorga en garantía del pago del crédito concedido por la Institución Bancaria.

Los elementos reales de la hipoteca son dos: en primer lugar encontramos los bienes ciertos y determinados sobre los que recae. Esto constituye la característica de especialidad de la hipoteca, ya que únicamente puede constituirse hipoteca civil sobre inmuebles o derechos reales sobre éstos.³⁵

El otro elemento real de la hipoteca, son los créditos susceptibles de ser garantizados con esta especie de garantía. De ellos cabe señalar que deberán ser jurídicamente válidos para poder

³⁴ DIAZ BRAVO, Arturo. Contratos Mercantiles. 6a. ed. Harla, México, 1996. pp. 243 y 244.

³⁵ LOZANO NORIEGA, Francisco. Op. cit. pp. 407 y ss.

ser garantizados, debido a que la hipoteca comprende tanto el crédito como los accesorios que éste genere, y si el crédito no está propiamente otorgado, no será un contrato garantizable.

Al respecto, resulta aplicable otro principio de derecho civil consistente en que "lo accesorio sigue la suerte de lo principal". Basándonos en ello, y en relación al párrafo anterior, resultaría nulo o inexistente el contrato accesorio, si el principal adolece de irregularidades que lo hagan nulo o inexistente, según sea el caso.³⁶

Como comentamos en líneas anteriores, otro de los fundamentos para el otorgamiento de la hipoteca lo encontramos en los artículos 298 y siguientes de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en los que se establece que la hipoteca puede constituirse en garantía de contratos de apertura de crédito.

En tal virtud, es que también existen hipotecas mercantiles, a las cuales se les denominará de este manera, cuando recaigan sobre negocios comerciales o embarcaciones.

Por su parte, la Ley de Instituciones de Crédito menciona en su artículo 67, la posibilidad de constituir hipotecas sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios y para su perfeccionamiento instituye que sean inscritas en Registro Público.

c) Prenda.- Partiendo del concepto de contrato accesorio que hemos venido manejando, los elementos personales que intervienen son el deudor prendario y acreedor prendario. El primero, será aquél que contrajo una deuda con el segundo y que para garantizar su cumplimiento pignoró bienes ciertos y determinados. También se le conoce como propietario.

El acreedor prendario será aquella persona física o moral que acepta la prenda como garantía y que se le conoce también con el nombre de tomador.

³⁶ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. pp. 483 a 485.

Por lo que se refiere a los elementos reales del contrato de prenda, éstos se constituyen por los bienes ciertos y determinados que el deudor entrega al acreedor en garantía, y que pueden ser bienes muebles o títulos de crédito.³⁷

Respecto a ello, cabe hacer la aclaración de que dichos bienes constituirán la garantía de un contrato mercantil, pero por lo que se refiere a una prenda civil, nuestro ordenamiento sustantivo establece que también pueden ser objeto de prenda los frutos pendientes de los bienes raíces.

Por otro lado, también pueden ser objeto de prenda, los créditos en favor del deudor pignoraticio, bajo condiciones muy específicas, y es con fundamento en ellas que elaboramos el presente trabajo.

d) Fideicomiso de garantía.- Partiendo de la base que es un contrato principal, o accesorio cuando se celebra para garantizar un contrato principal de crédito, las partes que intervienen son las siguientes: el fideicomitente, quien será aquella persona física o moral titular de los bienes que se afectan en fideicomiso.

El fideicomisario o beneficiario, será la persona en cuyo favor se constituye el fideicomiso, para lo cual, el fideicomitente puede ser también fideicomisario. El fiduciario será la persona moral encargada de la administración de los bienes fideicomitados y el encargado de la realización del fin para el que se constituyó.³⁸

Por virtud de la celebración del contrato, el fiduciario se convierte en titular de los bienes y como dato importante, tenemos que únicamente podrá ser fiduciario una Institución de Crédito, con base en el artículo 350 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 46 y 105 de la Ley de Instituciones de Crédito.

³⁷ OLVERA DE LUNA, Omar. Op. cit. pp. 223 y 225.

³⁸ CERVANTES AHUMADA, Raúl. Op. cit. p. 292.

El objeto de su constitución será en caso de incumplimiento del deudor, garantizar una obligación de pago con los bienes que el fideicomitente destina a un fin lícito y determinado, mismo que puede ser un tercero o el propio fideicomitente.

1.2.4. Derechos y Obligaciones que derivan del otorgamiento de garantías

Iniciaremos el desarrollo de este punto, partiendo del concepto de contrato como fuente de obligaciones y de la clasificación que de ellos hace el derecho civil y mercantil, únicamente en lo que atañe a la presente obra.

Es preciso señalar que, como nos dice Dávalos Mejía, no existe un derecho de obligaciones civiles y uno de obligaciones mercantiles, sino que es un derecho común. Por ello, entratándose de los contratos accesorios que manejaremos, es que se aplican las disposiciones expresas de una u otra materia y en caso de no haber disposición específica, se aplicará la otra supletoriamente.³⁹

A este respecto, el artículo 1793 del Código Civil conceptúa a los contratos como los convenios que producen o transfieren derechos y obligaciones. Por ello, y en opinión de Díaz Bravo, el contrato es pues una fuente de las obligaciones mercantiles.⁴⁰

Los artículos 1835 y siguientes del citado ordenamiento civil, dividen los contratos en unilaterales o bilaterales; en gratuitos y onerosos -dentro de los que se distinguen los conmutativos y aleatorios-.

En la doctrina, encontramos que de manera enunciativa y no limitativa, se clasifican además en nominados e innominados, dependiendo si se encuentran regulados especialmente en algún ordenamiento, o no; y en consensuales, formales, solemnes y reales,

³⁹ DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Op. cit. p. 707.

⁴⁰ DIAZ BRAVO, Arturo. Op. cit. p. 13.

atendiendo a su perfeccionamiento y a las formalidades que caracterizan su celebración.⁴¹

Olvera de Luna hace una clasificación de los contratos, de la que tomamos los conceptos de bilaterales o unilaterales. Para él, los contratos bilaterales serán aquellos en los que nacen con su celebración, obligaciones recíprocas; y serán unilaterales los que únicamente producen obligaciones para una de las partes.⁴²

Por otro lado, mencionaremos en lo que a nuestro estudio se refiere, algunos de los contratos que Mantilla Molina clasifica: éstos son los contratos formales y los reales. Los primeros son aquellos en los que su validez depende de ciertas formalidades. Como reales, entenderemos aquellos que se perfeccionan con la entrega de los bienes objeto del contrato.⁴³

Igualmente, distingue los contratos principales de los accesorios, atendiendo a que serán principales los que no requieren para su validez la existencia de otro contrato, en contraposición a los accesorios o de garantía, los cuales dependen de un contrato principal y que son constituidos con el objeto de garantizar el pago de una obligación.

Debido a que el otorgamiento de contratos de garantía deviene de la celebración de contratos principales de crédito por los que se crean o transfieren derechos y obligaciones, tenemos que tomar en consideración que éstos son contratos bilaterales, en los que existe un derecho personal o de crédito.

Por ello, desde el punto de vista del acreedor, lo primero a que éste tiene derecho es a poder exigir del deudor la prestación debida, que en este caso será la restitución del capital prestado. Objetivamente, nace con ello una obligación para el deudor consistente en cumplir lo pactado por ambas partes.

⁴¹ LOZANO NORIEGA, Francisco. Op. cit. p. 4 y ss.

⁴² OLVERA DE LUNA, Omar. Op. cit. p. 6.

⁴³ MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil. 29a. ed. Porrúa, México, 1996. passim.

Una vez que el acreedor exige del deudor la obligación contraída, si el cumplimiento no se efectúa, entonces entrará en juego el contrato accesorio o de garantía. Para ello, es necesario determinar, dada la naturaleza de la garantía, si se exigirá el cumplimiento de obligaciones reales o personales.

Por consiguiente, estaremos ante obligaciones reales, cuando el contrato accesorio sea de prenda o hipoteca ya que en éstos, la obligación se determina en cuanto a que el deudor impuso una carga o gravamen sobre el bien del que es propietario o poseedor y porque el deudor responde del cumplimiento de su obligación solamente con dicho bien.

En contraposición a las reales, el deudor tendrá obligaciones personales a su cargo, cuando el contrato accesorio sea de fianza o bien, cuando se haya obligado solidariamente o se haya constituido en aval respecto de las obligaciones de pago de un tercero.

Lo anterior, debido a que, como nos indica Bejarano Sánchez, el obligado al pago de la prestación posee la calidad de "deudor" en cuanto a que la prestación debida recae en su propia persona y en su caso, en la totalidad de sus bienes.⁴⁴

Por todas las anteriores razones, es que nos permitimos indicar que en los contratos de garantía, la obligación a cargo del acreedor será la de poner a disposición del deudor una suma determinada de dinero; (en sus caracteres de acreditante y acreditado, por virtud de la celebración del contrato principal de apertura de crédito).

Asimismo, el principal derecho que se crea en favor del acreedor será la facultad de poder exigir del deudor el cumplimiento de la obligación de pago del crédito; mismo que en caso de incumplimiento, posee la facultad de proceder a la ejecución de las garantías otorgadas a su favor, siguiendo las formalidades y procedimientos que para ello establecen tanto la legislación civil como mercantil, como veremos más adelante.

⁴⁴ BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. 3a. ed. Harla, México, 1984. pp. 6, 22 y 23.

Por parte del deudor, la celebración del contrato de apertura de crédito crea a su cargo, una obligación consistente en la devolución del capital prestado. El incumplimiento de ello, trae como consecuencia que le sea exigida la prestación debida.

Tomando en consideración que el garante puede ser el propio deudor o un tercero, la obligación de éstos proveniente del contrato accesorio, será la de responder con los bienes gravados o pignorados cuando se trate de una garantía real, o bien, el responder con su persona del cumplimiento de las obligaciones de pago, en caso de existir una garantía personal.

Así pues, a modo de ejemplo, en la prenda la obligación del deudor será, entre otras, entregar los bienes objeto de la misma; en la hipoteca, la obligación del deudor hipotecario o del tercero garante será en caso de incumplimiento de pago, entregar la posesión jurídica del bien al acreedor hipotecario, pues éste tiene en su favor el derecho de poder vender la cosa hipotecada a efecto de aplicar su precio al pago de la obligación que se garantizó con ella.

1.2.5. Formalidades

Por lo que se refiere a las formalidades en los contratos de crédito y propiamente, en los contratos de garantía, es necesario puntualizar que al referirnos a formalidades, estamos hablando del conjunto de requisitos que se deben observar para el perfeccionamiento y validez de los contratos.

Coincidimos pues con la definición que de ello nos da Pérez Fernández del Castillo, al decirnos que por formalidades o formalismos se entiende el conjunto de disposiciones establecidas por el ordenamiento normativo o por las partes contratantes, con el objeto de fijar como requisito de validez del contrato, la manera en que debe exteriorizarse la voluntad de contratar.⁴⁵

⁴⁵ PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial y Registral, 6a. ed., Porrúa, México, 1993. p. 60.

Para ello, es interesante comentar que en opinión de Dávalos Mejía, existe también una clasificación de los contratos en contratos de crédito bancarios y contratos de crédito privados.

En este orden de ideas, se entiende por contrato de crédito bancario aquél para cuyo perfeccionamiento se requiere la participación de un Banco o de una Organización Auxiliar del Crédito; y por contratos de crédito privados aquellos en los que el requisito radica en la intervención de cualquier persona capaz de ejercitar el comercio.⁴⁶

La anterior anotación tiene lugar, en virtud de que los créditos bancarios que son motivo de nuestra atención, se encuentran regulados tanto por la legislación civil, como por la mercantil. Y es precisamente en ellas, donde encontramos puntualizados cuales con los requisitos y formalidades que deben revestir los contratos de crédito y de garantía.

En opinión de Olvera de Luna, la forma en los contratos mercantiles es el modo exterior y público en que se manifiesta el negocio o contrato, para lo cual, los contratos pueden ser formales y no formales. Se entienden formales, aquellos contratos a los que la Ley expresamente les impone una determinada forma para su validez.

Si bien es cierto que también pueden existir obligaciones mercantiles provenientes de acuerdos verbales, debido a que para el consentimiento es necesario únicamente el acuerdo de voluntades; nuestra legislación impone que los contratos considerados formales, deberán reunir requisitos esenciales y de validez y dentro de estos últimos encontramos la "forma".

Pero las formalidades que deben revestir los contratos tienen razón de ser, en virtud de que con ello se trata de establecer con exactitud la forma en que se van a regular las relaciones jurídicas que emanan de su celebración y con el objetivo de poder hacerlos oponibles a terceros.⁴⁷

⁴⁶ DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Op. cit. p. 710.

⁴⁷ OLVERA DE LUNA, Omar. Op. cit. p. 3.

Cabe hacer la aclaración que la oponibilidad a terceros se logra por medio de la publicidad, es decir, por su inscripción en el Registro Público correspondiente, y en algunos de nuestros contratos también se le tiene por requisito formal adicional, como un medio probatorio de la celebración del contrato.

En principio, los contratos mercantiles se rigen por lo establecido en el art. 78 del Código de Comercio, enalteciendo la simple consensualidad, al indicar que las partes se obligan en la manera y términos en que quieran obligarse sin que para su validez hayan de revestirse formalidades o requisitos especiales.

Lo anterior deberemos también complementarlo con lo que disponen los artículos 79 y siguientes del citado ordenamiento mercantil, consistente en que se exceptúan de lo anterior aquellos contratos que conforme a las leyes deban constar en instrumento público ante notario o póliza de corredor y a los que requieran formas especiales para su validez.

Estos preceptos establecen exactamente lo mismo que el artículo 1832 del Código Civil, pero este último adiciona también que no se requieren formalidades determinadas, salvo en los casos expresamente designados por la ley.

Por consiguiente, debemos destacar que para que el acuerdo de voluntades se verifique, éste ha de manifestarse por escrito para que conste en forma indubitable.

El artículo 1833 del ordenamiento sustantivo civil, nos dice que si la ley exige para el perfeccionamiento del contrato una determinada forma y ésta no es revestida, el contrato carecerá de validez, salvo disposición en contrario; para ello, cualquiera de las partes puede exigir que se le dé la forma debida, acto que se conoce en la práctica como "acción proforma".

Lozano Noriega nos comenta que el requisito de formalidad, recae en la forma escrita y que ésta puede verificarse tanto en escrito privado, como en escritura pública.⁴⁸

No obstante que nuestro Código Civil también tiene como principio general la consensualidad, a medida que va reglamentando cada uno de los contratos y propiamente los contratos de garantía, va dejándola a un lado, al establecer las formalidades necesarias para su perfeccionamiento.

Un dato importante de la forma, lo encontramos respecto de la hipoteca, ya que el artículo 3042 del Código Civil nos dice que otro requisito formal en la constitución de hipotecas es su inscripción en Registro Público.

En igual sentido el artículo 66 de la Ley de Instituciones de Crédito instituye que una de las formalidades para la constitución de garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles de una unidad industrial, consiste en que deben otorgarse por escrito ratificándose ante corredor público o notario, e inscribirse en Registro Público de Comercio.

Todo lo anterior debido a que la forma es considerada como uno de los requisitos de validez para los contratos en general, cuya falta produce la nulidad relativa de los mismos, pues como vimos (supra), una vez que se cumple con el requisito de forma, el contrato puede seguir surtiendo sus efectos.

En el siguiente capítulo estudiaremos a fondo las formalidades que deben seguirse en la celebración de cada uno de los contratos de garantía reales y personales y dentro de su examen, profundizaremos en el porqué de las formalidades que deben revestirse en ellos.

⁴⁸ LOZANO NORIEGA, Francisco. Op. cit p. 28.

CAPITULO SEGUNDO

2.1. Diversos tipos de Garantías que se otorgan en los contratos de crédito bancarios

Como vimos en el capítulo anterior, tanto nuestra legislación como la doctrina, diferencian las garantías reales de las personales. Atendiendo a la naturaleza y origen de la garantía, se reputan garantías personales, aquellas en las que el cumplimiento de la obligación principal es garantizado por una persona física o moral, quien normalmente es un tercero: fiador o avalista.

Por el contrario, las garantías reales son aquellas en las que el cumplimiento del principal es garantizado con los bienes específicos y determinados que se afectaron para tal fin, ya sea por el deudor principal o por un tercero, dentro de las que destacan la prenda y la hipoteca.

En tal virtud, es necesario señalar que existen dentro de la práctica bancaria diversas formas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de crédito, mismos que estudiaremos en las líneas siguientes.

2.1.1. Garantías reales

2.1.1.1. prenda

Dentro de este punto es necesario hacer la distinción entre la prenda civil y la prenda mercantil.

No obstante que nuestro Código Civil distingue la prenda legal de la prenda voluntaria, nosotros hablaremos únicamente de la voluntaria, en virtud de que la estaremos manejando como un contrato accesorio a uno principal de apertura de crédito, para cuyo nacimiento fue necesario el consentimiento, como manifestación de la voluntad de las partes para contratar.

Por lo que se refiere a la prenda civil, hay que hacer hincapié en que la doctrina mexicana instituye tres acepciones para la prenda: la primera es la que la define como un contrato accesorio, la segunda, como un derecho real del que surge el contrato, y por último, aquella que se refiere a la cosa misma o bien que es objeto de la garantía.

En este orden de ideas, debemos señalar que la prenda en su primera acepción, es un contrato por el cual el propio deudor o un tercero entregan al acreedor un bien mueble enajenable, específico y determinado, con el objeto de garantizarle el cumplimiento de la obligación preexistente y su preferencia en el pago.

Por lo anterior, la clasificación de este contrato, lo determina como un contrato nominado y a veces unilateral, cuando el deudor prendario es el único que está obligado por tener que entregar los bienes objeto de la garantía. También es formal, pues por disposición de ley debe otorgarse por escrito y para que surta efectos contra terceros, debe inscribirse en el Registro Público.

Es un contrato real, pues para que se pueda tener por constituida, los bienes objeto de la prenda deben ser entregados al acreedor física (real) o jurídicamente. En igual sentido, se considera accesorio y de garantía, razón por la cual es objeto de nuestro estudio.

Por otro lado, la prenda es también considerada como un derecho real, pues no obstante que la prenda tiene lugar en el momento de la entrega de los bienes, al constituirla no se busca la transmisión del dominio de los mismos, sino que su objetivo es crear en favor del acreedor, un derecho "real" para que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada con prenda, los bienes otorgados puedan ser vendidos y su producto sea aplicado al pago

del adeudo (*ius distrahendi*) con preferencia a los posteriores acreedores.⁴⁹

Una vez que se otorga el contrato por escrito y que se verifica la entrega de los bienes, la característica que distingue a la prenda como derecho real, reside en que crea en favor del acreedor prendario un derecho de posesión de la cosa dada en prenda, salvo pacto en contrario, para lo cual se nombrará en su caso, un depositario de los bienes pignorados.

La última de sus acepciones es aquella que se refiere objetivamente a los bienes que integran la garantía. Al respecto, es necesario establecer que dentro de los bienes susceptibles de ser otorgados en prenda, se incluyen los bienes muebles enajenables, ya sean corpóreos o incorpóreos.

Dentro de los bienes muebles corpóreos, podemos señalar a manera de ejemplo: vehículos, maquinarias, embarcaciones, herramientas, materiales y en general, todos aquellos que no sean considerados por nuestras leyes como inmuebles.

Por lo que se refiere a bienes muebles incorpóreos, dentro de éstos se distinguen los derechos y los créditos que con anterioridad adquiriera a su favor el garante prendario, para lo cual, en caso de que se deseen pignorar, será necesario efectuar previo su otorgamiento, la correspondiente notificación al deudor de los mismos.

También pueden darse en prenda acciones de sociedades mercantiles, títulos de crédito y dinero, certificados de depósito y bonos de prenda, así como los inventarios de las sociedades, entre otros, para lo cual estaremos ya ante la regulación mercantil de esta clase de garantía.

En virtud de lo anterior, cabe señalar: para que una prenda pueda considerarse mercantil, es necesario que se haya constituido para garantizar una obligación mercantil, bien sea por un comerciante, o respecto de operaciones de crédito.

⁴⁹ Ibid pp. 389 y 390.

Al igual que en derecho civil, y atendiendo a su accesoriidad, la prenda de referencia está regulada por la legislación mercantil como un derecho real y como un contrato, por lo que le resultan aplicables todas las características que le clasifican como un contrato de prenda civil.

Lo primero con fundamento en que genera para las partes derechos y obligaciones que surgen de la entrega jurídica o material de los bienes objeto de la misma. Y lo segundo por ser un contrato accesorio que sirve de garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato principal.

En opinión del maestro Díaz Bravo, la prenda no necesariamente se constituye por "un contrato de prenda". Puede ser constituida por simple declaración unilateral de voluntad.⁵⁰

En parte, coincidimos con su opinión, pero dicho criterio lo aplicaríamos únicamente en el caso del endoso en garantía de un título de crédito, ya que resultaría inaplicable a los contratos de crédito con garantía, pues, atendiendo a la naturaleza accesoria de las mismas, su constitución presupone la existencia de un contrato principal que surgió por el acuerdo de voluntades de las partes para establecer los derechos y obligaciones que regirán su relación jurídica.

Por ello, las mismas disposiciones del contrato de crédito principal regularán a la prenda cuando se constituya en garantía de su cumplimiento, y sólo en este sentido podemos determinar que no sería necesario firmar un contrato de prenda, pues el otorgamiento de la garantía prendaria se efectúa accesoriamente en el contrato principal.

En caso de incumplimiento de pago del crédito celebrado, el acreedor cuenta con un derecho o facultad para hacer efectiva la prenda, conocido como "derecho de persecución", el cual se ejercita una vez que se ha solicitado autorización judicial para efectuar la venta de los bienes otorgados en garantía, a efecto de aplicar el producto del remate, al pago del adeudo.

⁵⁰ DIAZ BRAVO, Arturo. Op. cit. pp. 260 y 261.

Por todo lo anterior, podríamos decir que la prenda sólo puede garantizar obligaciones presentes. Pero, esto no es así, ya que es posible que con ella se garantice también el cumplimiento de obligaciones futuras, para lo cual, con fundamento en el artículo 2870 del Código Civil, los bienes pignorados no podrán venderse sino hasta el momento en que la obligación principal existe y que ésta es legalmente exigible: v. gr. en caso de incumplimiento.

Por su parte, la legislación mercantil y expresamente la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 344, también aporta normas específicas para el momento en que quiera hacerse efectiva la prenda, al señalar que el acreedor prendario goza de un derecho más en su favor si en virtud de la estipulación escrita con fecha posterior a la constitución de la misma, el deudor lo facultó para hacerse dueño de los bienes dados en prenda.

En contraposición a lo anterior, si no media el expreso consentimiento del deudor para ello, entonces el acreedor no podrá efectuar la venta de los bienes pignorados. Esto se conoce en la práctica como "pacto comisorio", y tiene igual aplicación en materia civil. (artículo 2873 del Código Civil, fracción I).

No resultaría aplicable para el caso referido en el artículo 2887 del citado ordenamiento, que instituye que es nula toda cláusula que autorice al acreedor a apropiarse de la prenda... Y a esto agregamos, que dicha cláusula será nula sólo si ésta es incluida en el contrato por el que se constituyó el crédito y la garantía prendaria, y no así si el acreedor fue autorizado en momento posterior y por escrito.

Ahora mencionaremos las obligaciones que éste tiene a su cargo. En general, la obligación principal a cargo del acreedor, es la guarda y conservación de los bienes pignorados, en caso de que sea su poseedor o depositario. Igualmente tiene la obligación de ejercitar todos los derechos inherentes a la consecución de ese fin.

Asimismo, los derechos que se producen para el deudor o garante prendario son que una vez extinguida la obligación principal, se le devuelvan los bienes pignorados, o bien, si el acreedor tuvo que solicitar la venta de los bienes objeto de la garantía como

consecuencia de su incumplimiento, el deudor tiene derecho a pedir la suspensión de la venta de los bienes si paga su adeudo, antes de que ésta se verifique.

Dentro de las obligaciones que el deudor tiene a su cargo, se encuentra primeramente la de entregar los bienes al acreedor; y una vez efectuada la entrega, deberá expensarlo por los gastos que origine la conservación y custodia de los mismos. O bien, es posible que los bienes pignorados puedan quedar en poder del deudor en calidad de depositario, verificándose así la entrega jurídica de los mismos.

Finalmente, podemos comentar que por tratarse de una garantía y un contrato accesorio, la prenda se extingue naturalmente, por la extinción de la obligación principal que garantiza, salvo que tuviera lugar alguna otra causa legal para su extinción, como la pérdida del bien.

En mi opinión, la prenda es una de las garantías que presentan mayor facilidad en su otorgamiento, debido a que ésta se encuentra regulada ampliamente por nuestros ordenamientos tanto civiles como mercantiles.

Por otro lado, también considero que en caso de que tenga que hacerse efectiva, por tratarse de bienes muebles tangibles, es mucho más fácil para el acreedor hacerlos vender, pues normalmente son bienes que tienen mucho más demanda en el mercado o que resultan más accesibles.

2.1.1.2. hipoteca

Por lo que se refiere a la hipoteca, debemos mencionar la regulación civil que de ella manejamos en los contratos de crédito. Al considerarse como contrato, debemos mencionar que éste se clasifica por ser un contrato formal, accesorio y de garantía que depende de la existencia de uno principal. Por sí mismo, no engendra derechos ni obligaciones de crédito, sino únicamente derechos reales de hipoteca.

Según vimos en el capítulo anterior, la hipoteca es una garantía real que se constituye respecto de bienes que no se entregan al acreedor y que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, da derecho a éste último para ser pagado con el producto de la venta de los bienes, según el grado de preferencia establecido por la ley, atendiendo al lugar y prelación en que se sitúe en relación a otros acreedores.

Atendiendo a su definición, hay que distinguir dos características inherentes a la hipoteca, que son la especialidad y su indivisibilidad. Al decir que recae sobre bienes que no se entregan al acreedor, y en razón a la característica de la especialidad, nos estaremos refiriendo a que la hipoteca es especial por comprender un bien en específico y que no puede recaer en la totalidad de los bienes del deudor.

La observación anterior no exceptúa que puedan hipotecarse dos o más bienes del mismo para garantizar un sólo crédito, pero para ello, deberá cumplirse con ciertos requisitos: el primero, ratificando nuestro comentario anterior, que no se hipotequen todos sus bienes y el segundo, que en el momento de su constitución se establezca por qué porción del crédito otorgado responde cada uno de los bienes.

En cumplimiento de lo anterior e interpretando el artículo 2912 del Código Civil para el D.F., se fijarán dichas proporciones, en el entendido de que al momento en que el adeudo haya alcanzado dicha proporción, pueda liberarse parcialmente la hipoteca respecto del bien que haya cubierto la proporción respectiva.

En este mismo sentido, es necesario comentar que ésta es una excepción a la característica doctrinaria de la indivisibilidad de la hipoteca que se ha manejado,⁵¹ consistente en que si es dividida la obligación principal (que es el crédito), la hipoteca no se dividirá, sino que todos los bienes responderán en su totalidad por cada parte en la que el crédito fue dividido.

⁵¹ LOZANO NORIEGA, Francisco. Op. cit. pp. 413 y s.s.

Por otro lado, para que una persona pueda constituir una hipoteca, necesita tener en principio la capacidad general para contratar, que comprende la capacidad de goce y la de ejercicio, así como una capacidad especial que se integra por los derechos de disposición de los bienes que se gravarán.

Y no decimos la "propiedad de los bienes", ya que no sólo el propietario del bien es quien puede gravarlo, sino que puede nombrar un apoderado, quien podrá hipotecar el bien si se encuentra debidamente autorizado para ello, esto es, que cuente con facultades para ejercitar actos de dominio, o bien, que el mandato otorgado sea de carácter especial, cuyo fin sea el hipotecar cierto bien.

Lo anterior es un claro ejemplo del precepto contenido en nuestro ordenamiento sustantivo, el cual establece que "sólo puede hipotecar, aquél que puede enajenar, y sólo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados" (artículo 2906 del Código Civil).

Establecido lo anterior, procedemos a estudiar los bienes que pueden ser objeto de garantía hipotecaria. Este gravamen puede ser impuesto aunque los bienes ya estuvieran hipotecados, para lo cual cabe mencionar que nuestro Código Civil en su artículo 2982 establece que en caso de pluralidad de acreedores, se les pagará según la fecha del otorgamiento de la misma, lo que constituye un "derecho de preferencia en el pago".

Dentro de los bienes que se pueden hipotecar, encontramos que éste gravamen solo puede recaer sobre bienes específicamente determinados, como lo son la propiedad (respecto de inmuebles) y otros derechos reales constituidos sobre inmuebles, cuya duración para éstos últimos, será por el tiempo que los mismos subsistan.

Por ello, es susceptible de ser hipotecada la nuda propiedad y el usufructo. En la primera, al momento de consolidarse en ella el usufructo, la hipoteca se entenderá extendida a éste, si así se pactó por las partes. De igual modo puede hipotecarse la copropiedad, si es con consentimiento de los copropietarios y a su falta, puede hipotecarse la parte alícuota de la copropiedad que corresponda al otorgante.

También puede hipotecarse solamente una construcción cuando el terreno y ésta son de diferente propietario, sin que se entienda extendida al mismo. Y por lo que se refiere a las servidumbres, sólo puede hipotecarse el predio sirviente, si la hipoteca comprende también el predio dominante.

Atendiendo a que el objetivo del presente punto es fundamentar la utilización de la hipoteca en los contratos de crédito, es importante comentar que por tratarse de un contrato formal, es necesario el cumplimiento de los requisitos que al efecto establece nuestra legislación para la constitución de esta clase de garantía.

Con fundamento en los artículos 730, 2320 y 2917 del código sustantivo y sólo por lo que se refiere a los créditos bancarios, la celebración de los mismos debe hacerse constar en escritura pública ante notario, cuando el valor de avalúo de los bienes exceda del equivalente a 365 veces el salario mínimo general vigente al momento de su otorgamiento y por exclusión, sólo se otorgarán en documento privado ratificado ante fedatario público si no exceden del mencionado valor.

Lo anterior se complementa con lo establecido en el artículo 78 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, en el que se establece, entre otros, que la constitución o transmisión de derechos reales estimados en un valor mayor de treinta mil pesos y aquellos que garanticen un crédito por mayor cantidad a dicha suma, deberán constar en escritura pública ante notario.

Dentro de los derechos que la constitución de esta garantía engendra para el acreedor, encontramos un derecho posesorio que nace por el incumplimiento del crédito garantizado. Cuando se ejercita la acción hipotecaria porque la deuda se hizo exigible, y es demandado dicho cumplimiento al deudor, la posesión del bien pasa automáticamente al acreedor hipotecario.

Una vez conseguido lo anterior, el acreedor gozará del ya mencionado *ius distrahendi*, consistente en la facultad para hacer vender el bien hipotecado y aplicarse el producto de la venta judicial que se haga del mismo. Al igual que en la prenda, puede verificarse el

pacto comisorio, mismo que estaría prohibido si no hay consentimiento del deudor para que sin remate judicial, el acreedor se adjudique los bienes otorgados en garantía.

Como anotación especial a este punto, cabe hacer mención que la duración de la hipoteca generalmente se computa por todo el tiempo en que subsista la obligación garantizada, y salvo que no existiera plazo para su vencimiento, ésta durará 10 años como máximo.

En igual sentido y con fundamento en el artículo 2927 del ordenamiento sustantivo civil, está permitido que la garantía dure menor tiempo que la obligación principal, siempre y cuando así se estipulare por las partes en el momento de su constitución, pero en la actualidad este criterio no se aplica por obvias razones; ya que es la garantía del cumplimiento de una obligación de pago.

Por lo que se refiere a la regulación mercantil existente en relación a la hipoteca, hemos de ratificar que el artículo 298 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que puede constituirse garantía personal o real en un contrato de apertura de crédito, la cual será considerada como una "hipoteca de seguridad" para garantizar el cumplimiento de una obligación contraída y que necesariamente deberá inscribirse en Registro Público para hacerla oponible a terceros.

Existe otra clase de operaciones que la hipoteca puede garantizar, consistente en la emisión de obligaciones por parte de las sociedades anónimas, misma que se encuentra regulada en el artículo 214 de la Ley citada (supra) la cual deberá inscribirse en Registro Público y comprenderá los saldos insolutos comprendidos dentro del límite de crédito, y que sólo podrá ser cancelada cuando se verifique la cancelación de la emisión garantizada.

También en el artículo 67 de la Ley de Instituciones de Crédito encontramos un fundamento para la constitución de hipotecas sobre la unidad industrial perteneciente a una persona moral. Esta comprenderá la unidad completa de su empresa, ya sea agrícola, ganadera, industrial o de servicios, pudiendo inclusive comprender las concesiones respectivas, los elementos materiales muebles o

inmuebles considerados en su unidad, el dinero en caja y los créditos a favor de la empresa originados por sus operaciones.

Posteriormente, instituye que los acreedores hipotecarios de las mismas, deberán permitir al deudor la explotación de los bienes e igualmente, podrán oponerse a su venta o a su fusión con otras sociedades si ello implica inseguridad al crédito hipotecario. Y como último punto obliga a que la constitución de la hipoteca deba inscribirse en Registro Público.

En otro orden de ideas, los préstamos hipotecarios que los Bancos otorgan, normalmente son garantizados por el propio acreditado o por un tercero y los bienes materia de la garantía hipotecaria serán aquellos que dichos sujetos vayan a adquirir, construir, ampliar o modificar con el importe del crédito.

Las características esenciales de los créditos bancarios con garantía hipotecaria, implican que éstos deberán ser otorgados ante notario público e inscritos para poder hacerlos efectivos en su momento, atendiendo a la prelación que se tenga. Por los derechos implícitos que ésta conlleva, los bienes quedan en poder del deudor, el cual deberá asegurarlos contra daños hasta por el monto equivalente al del crédito y los accesorios que en su caso genere al momento del siniestro.

Por otro lado, y según nos comenta Dávalos Mejía, los bancos no pueden otorgar créditos superiores al 50% del valor del inmueble cuando se trata de créditos para construcción, adquisición o mejora del mismo. Esta postura es apoyada por la Comisión Nacional Bancaria, organismo que puede reducir dicha proporción o bien, en caso contrario, puede solicitar garantías adicionales al otorgante.⁵²

Cabe señalar que no obstante lo anterior, en todo lo no previsto en la legislación mercantil, para la regulación de las hipotecas que se constituyen en los créditos bancarios, se estará a lo que para ello establece nuestra legislación y doctrina civil.

⁵² DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Op. cit. pp. 778 a 780.

Por último, es importante señalar que las hipotecas en general se extinguen, entre otras causas, por la extinción de la obligación garantizada, por extinción el bien hipotecado, por expropiación por causa de utilidad pública, por remate judicial del bien hipotecado, por dación en pago, etc. y éstas dejarán de surtir efectos jurídicos contra terceros en el momento en que sea cancelada su inscripción en Registro Público de la Propiedad o en su caso, en el de Comercio.

2.1.1.3. fideicomisos de garantía

En la actualidad, el fideicomiso es una operación de crédito por la cual una persona capaz llamada fideicomitente destina bienes ciertos y determinados, a un fin lícito y específico, cuya realización se encomienda a una Institución Fiduciaria y en favor de una o más personas llamadas fideicomisarios, capaces de recibir los provechos del fideicomiso.

Según nuestra legislación de comercio, existen varias formas para su constitución. Y a la que nos abocaremos es a la que se efectúa *inter vivos*, atendiendo a que es objeto de nuestro estudio la constitución del fideicomiso que garantizará una operación de crédito que solamente puede celebrarse "entre vivos".

Dentro de éste, hay que distinguir varios puntos importantes para su constitución, como lo son en el objeto del fideicomiso, la constitución de un patrimonio independiente al del fideicomitente y el fin lícito para el cual deben ser destinados.

El fideicomiso puede tener por objeto cualesquiera bienes o derechos, salvo aquellos que sean considerados por la ley como estrictamente personales del fideicomitente, según lo determina el artículo 351 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, mismos que sólo podrán ejercitarse respecto del fin para el cual fueron afectados.

Por ello, y excepción hecha de aquél fideicomiso (genérico) que sea traslativo de dominio, el patrimonio seguirá siendo del fideicomitente, pero se integrará únicamente por los bienes afectados al fideicomiso, que se encontrarán a partir de su

constitución, separados del resto de su patrimonio y administrados por el fiduciario.

El ordenamiento antes citado, también establece que dichos bienes pueden ser muebles, inmuebles o derechos reales sobre los mismos, fijando a éstos últimos que su constitución deba inscribirse en el Registro Público de la Propiedad correspondiente y en el folio real del inmueble de que se trate.

Por lo que se refiere al patrimonio, a éste se le denomina "fideicomitado" por provenir de esta operación. Es considerado como un patrimonio autónomo e independiente del que es propietario el fideicomitente, en virtud de afectarse a un fin lícito determinado.⁵³

En lo que a éste corresponde, es de advertir que el fideicomiso debe constituirse para un fin específico. No podría concebirse que su creación fuera para la realización de un fin ilícito, pese a que también los actos ilícitos pueden llegar a ser fuentes de obligaciones, ya que sería sancionado por dicha ilicitud, y en consecuencia, extinguirse.

Y en lo que a nuestra materia se refiere, el comentario anterior resulta exactamente aplicable, ya que en las operaciones bancarias y crediticias en las que se constituyen fideicomisos de garantía, el fin fiduciario determinado consistirá en garantizar el cumplimiento de las obligaciones de pago derivadas de un contrato de crédito.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 350 establece que para poder llegar a la consecución de dicho fin, el fiduciario deberá ser una Institución de Crédito, por ser quien cuenta con solvencia moral y profesional y con responsabilidad para la administración de esta clase de operaciones. Y por ende, la única capaz de conseguir ese fin.

Para que el fiduciario actúe dentro del ámbito de sus facultades y pueda dar cumplimiento a esos fines, se crea normalmente un Comité Técnico, que es un organismo encargado de vigilar y asesorar que la Institución Fiduciaria efectúe todas las gestiones

⁵³ CERVANTES AHUMADA, Raúl. Op. cit. p. 289.

necesarias para la realización del fin y en su caso, la encargada de instruirlo para el mejor desempeño de su función.

Una característica especial la encontramos en que la duración de los fideicomisos en general, no puede ser mayor a 30 años, salvo que se hayan creado para mantenimiento de museos sin fines de lucro. Y también que están prohibidos los fideicomisos secretos y aquellos cuyos fideicomisarios sean personas que puedan sustituirse por muerte, salvo que sea entre vivos o que ya hayan estado concebidas al momento de la creación del mismo.

En este orden de ideas, podemos mencionar que existen diversas clases de fideicomisos, mismos que veremos en forma somera. Para nuestra materia, es necesario estudiar aquellos que se clasifican en cuanto al objeto del fideicomiso. Dicha clasificación se integra por los fideicomisos de inversión, los de administración y los de garantía.

Por lo que se refiere a los fideicomisos de inversión, comentaremos que en ellos, como su nombre lo indica, la finalidad es que el fideicomitente afecte una suma determinada de dinero con el fin de que el fiduciario efectúe inversiones productivas en favor del propio fideicomitente o de su beneficiario.

En los fideicomisos de administración, el objeto del fideicomiso será la "administración" en sí de los bienes que el fideicomitente designe, con el objeto de que el fiduciario dé cumplimiento al fin por el que éste fue constituido y que entregue lo que la administración produzca, al beneficiario del fideicomiso o al propio fideicomitente si así se estipuló.

Cuando el fideicomiso tiene como objeto la constitución de una garantía, ésta operación de crédito se celebra con la finalidad de asegurar al acreedor el cumplimiento de un contrato de préstamo que tenga con el fideicomitente, a través de la constitución de un fideicomiso que éste último crea por declaración unilateral de voluntad.

En el fideicomiso de garantía, el fideicomitente afecta en "garantía", un inmueble o derechos de su propiedad, para que en

caso de incumplimiento, la Institución Fiduciaria proceda a la venta de los bienes fideicomitidos para satisfacer el cumplimiento de las obligaciones en su favor, ya que en virtud de ser el acreedor al cual el fideicomitente le adeuda, la fiduciaria reúne en sí misma la calidad de fideicomisaria.

En virtud de ello, se transmite la titularidad de los bienes fideicomitidos al acreedor, otorgándole así un mejor control de los mismos durante la vigencia del fideicomiso y finalmente para que, en caso de incumplimiento, la garantía pueda hacerse efectiva sin que medie un juicio para ello, pues aunque existieran otros acreedores, el fiduciario tiene preferencia en primer lugar y la titularidad de los mismos.⁵⁴

En realidad, el fiduciario no detenta la propiedad plena o total de los bienes fideicomitidos, ni tiene el dominio sobre ellos, sino que goza únicamente de derechos reales de uso y disfrute sobre éstos, ya que el fideicomitente sólo le transfiere ciertas atribuciones limitadas al cumplimiento del fin fiduciario y en opinión de Giorgana Frutos, se consideran como un desmembramiento de la propiedad.⁵⁵

El fideicomiso en general se extingue entre otras causas, por el cumplimiento del fin por el que se constituyó o por hacerse imposible su consecución; asimismo, se extingue por convenio entre las partes, o por no existir Institución Fiduciaria que sustituya a aquella que se determinó al momento de la constitución del fideicomiso. O bien, por revocación que efectúe el fideicomitente si éste se reservó expresamente ese derecho.

En contraposición a lo anterior, la extinción de un fideicomiso de garantía, atendiendo a su accesoriidad, tendrá lugar cuando se extinga el contrato principal que garantiza, ya sea por acuerdo entre las partes o por incurrir en alguna causa de extinción pactada en el contrato principal de crédito.

⁵⁴ MUÑOZ, Luis. Derecho Bancario Mexicano. Cárdenas, México, 1974. p. 409.

⁵⁵ GIORGANA FRUTOS, Víctor Manuel. Op. cit. pp. 165 et. seq.

2.1.1.4. caución bursátil

Como vimos con anterioridad, una caución es el aseguramiento que una persona efectúa para el cumplimiento de una obligación contraída con anterioridad y es sinónimo de garantía.

Dentro de las operaciones que realiza un Grupo Financiero, se encuentra también la cotización de valores en Bolsa, pero estas actividades no son objeto de nuestro estudio, sino la aplicación que las mismas tienen en los contratos de crédito.

Las Instituciones Bancarias, a fin de proporcionar al público facilidades para el financiamiento, se han visto en la necesidad de buscar diversas formas para asegurar el cumplimiento del pago de los créditos otorgados. Una de ellas es la garantía colateral, en la cual profundizaremos en el siguiente capítulo, otra es la garantía líquida o reciprocidad que estudiaremos en el siguiente punto, y una más es la caución bursátil.

Enfatizando que las Instituciones requieren de garantías distintas a las convencionales, la caución bursátil se constituye para garantizar el cumplimiento de pago de un crédito, y debe revestir las siguientes características:

- En primera instancia, para podernos referir a una caución bursátil, habremos de hablar de su objeto, que está constituido materialmente por cualesquiera acciones, valores o documentos mercantiles que coticen en Bolsa de Valores, y que sean emitidos por una sociedad mercantil o un Grupo Financiero, los cuales deberán encontrarse depositados en la INDEVAL, S.A. de C.V., (Institución para el Depósito de Valores) y que se sujetarán a las disposiciones de la Ley de la materia.
- Hemos de partir de la condición de que para que una persona pueda otorgar esta clase de garantía, debe tener celebrado un "Contrato de Intermediación Bursátil" con alguna Casa de Bolsa que no pertenezca al mismo Grupo Financiero que la institución que va a concederle un préstamo. Lo anterior, con fundamento en el artículo 106, fracción XVII, inciso c), en el cual se establece prohibición para ello.

- En el citado Contrato de Intermediación Bursátil, se fijan los lineamientos que se deberán observar para la correcta cotización y administración de los valores depositados en Casa de Bolsa. Y por lo que se refiere a esta última, con base en el artículo 99 fracción IV de la Ley del Mercado de Valores, está facultada para fungir como "ejecutor" de la caución bursátil que se constituya para garantizar un contrato de crédito.
- Para que la Institución Bancaria pueda tomar esta garantía, el Contrato de Intermediación deberá contener la especificación de que los valores del inversionista sean manejados en forma "no discrecional", es decir, que el ejecutivo que la administre sólo pueda actuar bajo instrucciones del inversionista. Esto en contraposición al manejo "discrecional" del propio ejecutivo quien la administraría a su criterio y según el comportamiento que observe la Bolsa.

Es interesante mencionar dentro de este punto, que lo anterior se realiza observando los lineamientos que estatuye tanto el Banco de México con fundamento en las circulares emitidas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, como en los consignados por la Ley del Mercado de Valores.

Y en lo que al Contrato de Intermediación se refiere, encontramos que en éste se hace constar un mandato en favor de la Casa de Bolsa que es conferido por el otorgante de la caución, para el depósito y administración de los títulos, valores o documentos mercantiles que se vayan a caucionar.

Con base en ello, los intermediarios bursátiles deben depositarlos en Instituciones para el Depósito de Valores, mismas que dentro de sus funciones realizan la administración de los valores entregados y hacen efectivos los derechos corporativos o patrimoniales que derivan de los títulos caucionados, según instrucciones del mandante u otorgante de la caución. Lo anterior

es un claro ejemplo del mencionado Contrato de Intermediación Bursátil No Discrecional, como nos indica Carvallo Yáñez.⁵⁶

- Normalmente la caución bursátil que garantiza contratos de crédito se integra por acciones. A efecto de estar en posibilidades de cerciorarse que tales acciones cotizan en Bolsa, la Institución acreditante solicita al acreditado la exhibición de un estado de cuenta que refleje la existencia de las acciones a caucionar, así como sus especificaciones y el valor que tienen; para con ello, poder verificar que se cumpla con el aforo (proporción mínima a guardar con relación al crédito garantizado) que sus políticas exigen.
- Posteriormente, se firma un Contrato de Caución Bursátil entre el acreditante y el acreditado (en caso de que la garantía la vaya a otorgar éste último) o bien con un tercero garante, constituyéndose con ello, un contrato accesorio o de garantía que deberá ser relacionado en el contrato de crédito que se celebre entre las partes.

Uno de los puntos principales que su celebración conlleva, es que un ejemplar del citado contrato debe ser enviado por la Casa de Bolsa a la INDEVAL, para con ello hacer de su conocimiento que dichas acciones o valores han sido afectados mediante caución, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de cierto contrato de crédito.

- Las formalidades que deben revestirse para su otorgamiento, consisten en que ambos contratos se hacen constar por escrito y se ratifican ante notario. Igualmente, dichos contratos deberán registrarse en la Casa de Bolsa en la que se hayan cotizado o depositado las acciones, a efecto de "caucionar" las mismas.

⁵⁶ CARVALLO YAÑEZ, Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano: Teoría y Práctica Jurídica de las Agrupaciones Financieras, las Instituciones de Crédito y las Casas de Bolsa. 2a. ed. Porrúa, México, 1997. p. 217.

Y por lo que se refiere a la ejecución de la garantía en caso de incumplimiento, el procedimiento a grandes razgos se verifica de la siguiente manera:

- El cargo de ejecutor de la caución bursátil, que la Casa de Bolsa debe cumplir, consiste primordialmente en que, para el caso en que las obligaciones de pago del contrato de crédito se incumplan, o no sean garantizadas dentro de un plazo fijado entre las partes, ésta deba dar aviso de tal situación a la INDEVAL, a efecto de inmovilizar los valores que se afectaron en garantía para efectuar la venta extrajudicial de estos valores materia de la caución.

Para ello, el otorgante de la caución puede oponerse a la venta extrajudicial, únicamente mediante el acreditamiento del pago incumplido o reconstituyendo la garantía, en caso de que ésta hubiere resultado insuficiente para cubrir el adeudo, debido a una baja en la Bolsa.

- Dicha venta extrajudicial deberá ser realizada por el ejecutor en el "Piso de Remates" de la Bolsa Mexicana de Valores y al cierre de las operaciones que correspondan al día hábil siguiente al de la fecha en que haya vencido el plazo para el cumplimiento del pago, o bien, al del vencimiento del plazo concedido para que se reconstituya la garantía.

Los bienes que se habrán de poner a la venta, serán ofrecidos en un valor que sea equivalente al monto que alcance a cubrir el principal debido y sus accesorios, y el producto de la venta de los mismos, deberá ser entregado a la Institución acreditante, para ser aplicado a la liquidación del adeudo, lo cual, a grandes razgos, constituye la forma de extinción por excelencia de la caución bursátil.

2.1.1.5. garantía líquida (reciprocidad)

En la práctica bancaria, se ha desarrollado esta forma de aseguramiento de pago, que se integra mediante el acto en que el deudor faculta irrevocablemente y por escrito a una Institución acreditante, para que, en garantía de la línea de crédito que le otorgará, pueda afectar de la cuenta que le esté operando, o de una

inversión que le maneje, una suma de dinero equivalente o mayor a la que solicita se le financie.

Este dinero que se deja en garantía del pago de la suma prestada, y en virtud de que se facultó a la Institución para ello, quedará en poder de ésta última, hasta la total devolución del capital prestado y los accesorios que en su caso se generen.

Ante esta situación surgirá seguramente una duda: ¿cómo puede ser que en garantía del pago de dinero se asegure el pago también con dinero?. Para resolver este cuestionamiento, es necesario mencionar que esta figura tiene como fuente formal la que se conoce como "Back To Back" en los Estados Unidos de América, que funciona de la siguiente manera:

En realidad, la cantidad que el acreditado dejará en garantía, es una suma que el mismo tiene invertido en cualquier integrante del Grupo Financiero al que pertenece la Institución acreditante y que no desea utilizar, por ejemplo por no descapitalizarse o por conservar los rendimientos que le cause su inversión, o para evitar traspasos de un país a otro, etc.

Al otorgar préstamos en los que se vaya a contar con garantía líquida se les debe manejar propiamente con el nombre de "préstamos con reciprocidad", para evitar caer en las prohibiciones que veremos más adelante. Dicha reciprocidad se constituirá a un porcentaje específico, cuyo monto será determinable en razón al total del financiamiento que se vaya a conceder, o bien a las condiciones del mismo, así como al grado de endeudamiento del acreditado y a su capacidad de pago.

El fundamento que las Instituciones encuentran para su utilización, radica en la situación de que una de las principales operaciones pasivas que se efectúan en los Bancos, está integrada por el depósito de dinero y la inversión en sus diferentes modalidades.

Y para ello, otro factor determinante es el criterio siguiente: la acreditante dentro de sus políticas de crédito internas, considera que un buen inversionista puede ser también un buen sujeto de crédito,

razón por la cual al momento de autorizarse las líneas de crédito, se les pide que aumenten sus inversiones o constituyan nuevas, para que puedan otorgárseles mayores créditos.

Cabe hacer mención, que la garantía líquida no es en sí una forma de garantía reconocida por nuestros ordenamientos legales. Inclusive, no es jurídica, sino que es una forma de aseguramiento que en el campo bancario ha tenido aplicación de la siguiente forma:

- Un solicitante de crédito puede ser capaz de otorgar una garantía líquida, si cuenta por ejemplo, con una inversión en país distinto al que lo acreditará, o bien, cuando previo contrato de depósito de dinero a plazo específico, se le aperture en "mesa de dinero" de la propia institución acreedora, una cuenta de inversión en Instrumentos No Bancarios, o en su caso, por la constitución de un fideicomiso de inversión.
- Por su parte, se llevan a cabo las gestiones pertinentes para autorizarle una línea de crédito en forma revolvente por el monto y plazo que se haya determinado, cuyo funcionamiento sea de disposición y pago al momento del vencimiento del pagaré en que se haya documentado cada disposición.
- Dentro del clausulado del contrato de apertura de crédito revolvente, se incluyen las disposiciones legales que lo regirán durante su vigencia, y entre otras, contiene una cláusula especial en la que el deudor faculta al acreedor para que, en caso de incumplimiento de pago de cualquier suma debida, éste pueda cargar el monto del adeudo en cualquier cuenta que le opere o llegare a operarle, también dentro de la vigencia del mismo.
- Acto seguido, el inversionista hará constar por escrito el otorgamiento de un mandato con facultades amplísimas en favor de la Institución acreditante, para que a su nombre y en su representación instruya por ejemplo, a la mesa de dinero citada, a cargar en su cuenta de inversión las cantidades equivalentes al adeudo que tenga vencido en la fecha estipulada, a efecto de que con dicha suma, se pueda liquidar en su totalidad su adeudo con la citada Institución.

- La duración del citado mandato se extiende durante la vigencia del crédito otorgado al acreditado y a todos los documentos en que se amparen las disposiciones efectuadas del crédito revolvente.

Como dijimos, esta práctica bancaria no es jurídica, pero las instituciones fundamentan su utilización, en la aplicación a *contrario sensu* del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito, en el cual se establece que está prohibido a las Instituciones de Crédito el otorgar créditos o préstamos con garantía, entre otros, sobre derechos provenientes de fideicomisos, mandatos o comisiones que a su vez tengan por objeto depósitos bancarios de ahorro y de dinero que puedan ser retirables en días preestablecidos o a plazo.

Las Instituciones aplican este artículo a *contrario sensu*, pues a pesar de la prohibición expresa, las inversiones y depósitos de dinero que se dejan en garantía de los préstamos concedidos, se integran por sumas que se encuentren documentadas en Instrumentos No Bancarios, tales como papel gubernamental, emitido por Casa de Bolsa (invertido en CETES, BONDES, etc.) o en pagarés (inversiones a plazo fijo, que no exceden nunca de 30 días y que sobrepasen al menos por un día al plazo del crédito que con ellas se garantiza), o bien, en fideicomisos de inversión.

Mi opinión al respecto, es que, dada la existencia de prohibición expresa para la práctica de esta clase de operaciones, y a que jurídicamente no existe fundamento para tratar de hacer efectiva en juicio esta "garantía", no es legal realizarlas.

Aunque en la práctica, previa "carta-mandato" de autorización firmada por el cliente, las Instituciones de Crédito se pueden "cobrar" directamente, si al día del vencimiento del préstamo existen riesgos o adeudos a su favor, aplicando el dinero que se había "congelado", al pago del adeudo, sin que ello constituya la celebración de actos *ultra vires*, ni prácticas ilegales, dado que se encuentran facultadas para ello.

El problema que encuentro, es que esta clase de garantía no está constituida jurídicamente, y su consecuencia es que el inversionista podría retirar sus depósitos o inversiones en la fecha

que deseara, sin que la Institución tuviera forma jurídica para obligarlo a mantener la inversión, o forma para ejecutarla en juicio, constituyendo ésto una pérdida o quebranto patrimonial para el Banco.

Además, no es una garantía que se inscriba en Registro Público que le conceda prelación o preferencia en el pago, y en caso de muerte del deudor, las sumas invertidas pasarían directamente a poder de sus beneficiarios, sin que el Banco pudiese obtener la liquidación del adeudo.

Tal vez la única ventaja que podemos observar en ella, radica en que, siempre y cuando se integre la garantía por Instrumentos no Bancarios, los préstamos con reciprocidad constituyen una forma más de facilitar al público la obtención de financiamientos.

2.1.2. Garantías personales

2.1.2.1. fianza

El objeto de la constitución de ésta garantía personal, consiste en que el garante o fiador se compromete a pagar al acreedor una deuda en caso de que el deudor principal no lo haga.

Estudiaremos esta especie de garantía personal, debido a que es otra de las formas para garantizar obligaciones a cargo de terceros, pero lo haremos objetivamente, debido a que, como su nombre lo indica, el presente capítulo tiene como finalidad el estudio de las diversas formas de garantía que existen para asegurar el cumplimiento de un contrato de crédito bancario, y a la fecha son pocas las instituciones bancarias que utilizan a la fianza como garantía en un contrato de apertura de crédito.

En tal virtud, empezaremos por indicar que, al igual que la prenda y la hipoteca, encontramos la regulación de la fianza en el derecho común. Por ser un contrato accesorio y de garantía, se le

clasifica además como unilateral y gratuito, salvo cuando es otorgada por una Institución de Fianzas, ya que aquí estaríamos ante una fianza onerosa y bilateral.

Dentro del campo civil, se pueden encontrar varios tipos de fianzas, como lo son la fianza convencional, legal y judicial. Nuestro estudio se remitirá únicamente a la primera, partiendo de que en ella debe mediar voluntad de las partes para obligarse a garantizar una obligación.

En la fianza legal y en la judicial, desde antes de su otorgamiento, la parte que la constituye, ya tiene obligación de hacerlo. Esta situación la podemos ilustrar con los siguientes ejemplos:

- Cuando dicha obligación surge en virtud de una resolución judicial, estaremos ante el caso de la fianza que se otorga, por ejemplo, para que pueda surtir efectos la suspensión del amparo.
- Cuando la fianza se debe constituir por disposición de la ley, estaríamos ante alguno de estos casos: v. gr. la que debe otorgar un deudor alimentista o la que debe constituir el tutor para administrar los bienes del menor o incapaz, así como la que debe otorgar el albacea en garantía de la buena administración de los bienes objeto de la herencia.⁵⁷

Por lo que se refiere a las fianzas convencionales, sólo es necesario que el fiador cuente con la capacidad general para contratar (de goce y de ejercicio) y que tenga bienes suficientes. Para poder constituirse una fianza legal o judicial, el fiador debe acreditar que es propietario de algún bien raíz a fin de demostrar su solvencia.

Y a este respecto, el artículo 2852 del Código Civil establece que en el acto posterior a su otorgamiento y dentro del término de 3 días, se deberá inscribir en el folio real de dicho bien raíz, que el fiador otorgó una fianza, especificando a la persona en favor de la cual se constituyó en fiador, para que con dicho bien se garantice el cumplimiento de las obligaciones del fiado.

⁵⁷ SANCHEZ MEDAL, Ramón. Op. cit. p. 447.

También existe la posibilidad de que una persona moral se constituya en fiador de un tercero; para ello será necesario que dentro de su objeto social se encuentre prevista la posibilidad de obligarse en este sentido y de otorgar esta clase de garantía en favor de terceros. Lo anterior también resulta aplicable para la prenda y la hipoteca, debiendo especificarse en el mismo si existe la posibilidad de que los bienes de la sociedad puedan ser gravados para garantizar el cumplimiento de obligaciones a cargo de terceros.

La celebración de éste contrato produce efectos tanto entre el fiador con el fiado, como entre el fiador con el acreedor. En general, los efectos que se producen con el otorgamiento de una fianza, se circunscriben a un punto: se producirán por el incumplimiento de pago del deudor principal.

Ante esta situación, el principal efecto se integra por la obligación de pago que en virtud del otorgamiento de la fianza debe cumplir el fiador. Estaremos pues ante el hecho de que el fiador deberá subrogarse en los derechos y obligaciones del fiado en favor del acreedor, respecto de la obligación garantizada y hasta por el límite y monto de la obligación principal.

Como dato especial, hemos de mencionar que existen fianzas mercantiles, conocidas como fianzas onerosas, que se crean para garantizar actos de comercio o una operación mercantil y que son otorgadas por una sociedad mercantil denominada Institución Afianzadora, según los artículos segundo y tercero de la Ley Federal de Instituciones y Fianzas.

El objeto directo de la celebración del contrato de fianza es que la Institución fiadora contrae una obligación de pago para con el acreedor, en caso de que el deudor no lo haga. En el momento en que se hace efectiva por incumplimiento del deudor principal, y que la Institución Afianzadora le paga al acreedor, ésta se subrogará en sus derechos para cobrarle al deudor.⁵⁸

⁵⁸ GIORGANA FRUTOS, Víctor Manuel. Op. cit. p. 307.

A manera de definición, podemos conceptuar como fianza onerosa o de empresa, a aquella por la cual la Institución Afianzadora se obliga con el fiado en forma escrita y solidaria a pagar una deuda que éste tiene a su cargo, a cambio de una prima que se obliga a pagar el fiado a la fiadora en los términos y condiciones que ambos pacten.

Para lo anterior, sólo las sociedades anónimas autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público bajo la inspección de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, podrán otorgar fianzas de empresa, mismas que se hacen constar en una "póliza" o contrato escrito, en la que se establecen los derechos y obligaciones para las partes.

Una característica especial de estas fianzas mercantiles, consiste en que los contratos de fianza de los que derivan, no necesariamente se otorgan para garantizar el cumplimiento de deudas presentes, sino que también pueden constituirse para garantizar el pago de deudas futuras, pero con la peculiaridad de que dicha garantía no podrá ser exigible al fiador, hasta en tanto la obligación garantizada mediante ella no se haya determinado y exista jurídicamente.

Dentro de este mismo campo, podemos encontrar que existe la posibilidad de que participe una persona física o moral, con la finalidad de constituirse en deudor solidario o contragarante. En este caso, estaríamos ante 3 personas que podrían garantizar al acreedor el cumplimiento de la obligación: en primer lugar, estaría el obligado principal, en segundo, encontramos al fiador de éste y por último y en casos muy especiales, encontramos a una tercera persona denominada también co-fiador, deudor solidario o contragarante.

Por su parte, existe también el reafianzamiento para las Instituciones Afianzadoras, que consiste en que una institución extranjera se obliga mediante un contrato escrito a pagar a la Institución que es "reafianzada" el importe que esta última debe cubrir en el momento en que el acreedor le exija el cumplimiento de pago, en defecto del incumplimiento del principal obligado.

Por su parte, el coafianzamiento tiene lugar cuando dos o más Instituciones afianzadoras, garantizan el cumplimiento de las obligaciones de un solo fiado; ya sea en forma equitativa o en distinta proporción.

En la práctica, son pocos los contratos de apertura de crédito bancarios que requieran de esta clase de garantía personal. Pero por lo que se refiere a las Instituciones de Crédito, solicitan el otorgamiento de esta garantía cuando por ejemplo, a un comerciante, ya sea persona física o moral, se le instala en uno de sus establecimientos un instrumento conocido como "terminal punto de venta", medio electrónico para verificar en el instante en que una tarjeta de crédito es introducida en la misma, si su titular tiene o no crédito disponible para efectuarle un pago con cargo a esa tarjeta.

Por otro lado, también dentro del ámbito financiero existe otra modalidad de la fianza, a la que se le denomina "fianza de crédito". Igualmente se maneja como una garantía personal, pero su objetivo es el salvaguardar el dinero ajeno que manejan las Grupos Financieros para garantizar el cumplimiento por parte de los deudores, respecto de las obligaciones de pago contraídas por ellos, en virtud de un préstamo de dinero, para así obtener la recuperación de los recursos financiados.

Esta especie de fianza se hace constar en una póliza, y su emisión tiene lugar para garantizar operaciones, tales como la compra y venta a crédito de bienes y servicios y créditos para la exportación e importación de los mismos; también en los créditos garantizados con certificados de depósito o bonos de prenda expedidos por los almacenes generales de depósito, así como para garantizar mediante ella, el cumplimiento de contratos de arrendamiento financiero o de factoraje financiero, entre otros.

Estas fianzas de crédito, son otorgadas también por una Institución Afianzadora, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que el fiado (ya sea una persona física o moral) haya contraído o vaya a contraer por un plazo determinado, con un acreedor quien necesariamente deberá ser una persona moral.

Para su otorgamiento, las Instituciones realizan un profundo análisis de las operaciones que van a garantizar, y en caso de que el fiado sea una persona moral se cerciorarán de su existencia social, de su liquidez y solvencia, así como de la viabilidad de la operación que garantizará.

A su vez, una fianza de crédito requiere de garantías en favor de la Institución Afianzadora, que son denominadas "garantías de recuperación". Para su otorgamiento, el fiado deberá constituirse en obligado solidario o bien, otorgar una prenda, una hipoteca, un fideicomiso de garantía o inclusive, una contrafianza, las cuales deberán guardar siempre una proporción de 2 a 1, en relación al valor de la obligación garantizada.

Las bases y fundamentos legales para el otorgamiento de las fianzas de crédito los encontramos en el ordenamiento denominado "Reglas para la Expedición de Fianzas de Crédito", expedido por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.⁵⁹

Finalmente, podemos agregar que la fianza en general se extingue al mismo tiempo que la obligación del deudor principal. Igualmente, puede darse el caso de que la fianza se haya otorgado por tiempo determinado, para lo cual el fiador cuenta con el derecho de liberarse de la obligación, extinguiéndose la fianza, si el acreedor no exige al deudor principal el cumplimiento de sus obligaciones dentro del mes siguiente al vencimiento del plazo del principal.

Por otro lado, cuando la fianza se otorgó por tiempo indeterminado, el fiador puede pedir al acreedor que le exija judicialmente al deudor el cumplimiento de las obligaciones de pago, dentro del mes siguiente al de la expiración del contrato principal. Si no se verifica dicha acción en el plazo antes citado, el fiador cuenta con el derecho de pedir al acreedor que se le libere de la obligación.

2.1.2.2. aval

⁵⁹ MOLINA BELLO, Manuel. *La Fianza: cómo garantizar sus operaciones con terceros*. 3a. ed. Mc Graw Hill, México, 1994. pp. 106 et. seq.

Si nuestro tema principal son las garantías que se otorgan en los contratos de crédito, nos preguntaremos ¿cual es el nexo que existe entre esta figura y el contrato de crédito? o ¿cual es el fundamento para tratar este punto dentro del presente estudio?

Para poder establecer un nexo entre esta garantía de naturaleza cambiaria y un contrato de crédito, es necesario comentar que el nacimiento de la obligación de suscribir por aval únicamente puede tener lugar en el momento en que se suscribe en un título de crédito.

Para ello, es necesario considerar que quien se constituye en aval de otro, contrae en forma voluntaria, una obligación de pago que es personal y accesorio, y que sólo tiene razón de ser en virtud de la participación de un tercero que es ajeno a la obligación principal garantizada.

Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 109, regula al aval como la forma de garantizar en todo o en parte el pago del valor literal de una letra de cambio. Cabe mencionar que esta forma de garantía personal, no se limita exclusivamente a la letra de cambio, sino que en la práctica se consigna también en los pagarés.

Atendiendo a la naturaleza de las obligaciones que surgen de la celebración del contrato de crédito, podemos determinar que dicho contrato únicamente plasma el contenido obligacional del mismo y para hacer más efectiva la ejecución de las obligaciones de pago del acreditado contenidas en éste, las partes convienen además, en suscribir uno o más pagarés que amparen las cantidades dispuestas por el propio acreditado al amparo del contrato de crédito.

Dichos pagarés contienen la promesa incondicional de pago de una suma determinada del dinero que el acreditante puso a disposición del acreditado y que éste mismo ejerció. Normalmente, al momento de la firma de cualquier contrato de apertura de crédito, se suscriben pagarés que documenten la totalidad del crédito, o bien, la parte que se va a disponer del mismo.

Pero, el acreditante se asegura de que la devolución del capital prestado sea garantizado por su deudor a través de la suscripción del pagaré y además por la firma que en él plasme un tercero, y en virtud de la cual se constituya como avalista del deudor, mediante la manifestación a través de su firma, de la declaración unilateral de voluntad de obligarse de tal manera.

De este modo, en caso de incumplimiento del deudor, la Institución de Crédito cuenta en primer lugar con la garantía personal que el avalista otorga al suscribir el pagaré, pues la consecuencia de ello implica que a dicho avalista se le pueda exigir el pago del importe que ampara el título de crédito. A su falta, contaría en segundo lugar, con las garantías reales que en su caso se hayan constituido en el contrato de crédito.

Esta obligación de pago, tiene diversas formas para su nacimiento. Existen fórmulas tales como: "por aval", "el avalista", u otras equivalentes. Pero en la práctica, hemos visto que la simple firma que se plasme en el título de crédito, obliga en este sentido al que suscribió, a no ser que, como nos comenta Felipe de J. Tena, a ésta se le pueda atribuir un significado distinto.⁶⁰

El ordenamiento mercantil citado, establece que esta forma de garantía debe hacerse constar en el propio título de crédito o en hoja adherida a éste, y en caso de no especificarse la cantidad por la que se obliga, se entiende que garantizará el pago del importe total del título de crédito, en razón a la característica de incorporación que distingue a todo título de crédito.

Finalmente, podemos comentar que el artículo 114 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece también que en virtud de su firma, un tercero que se constituye en avalista de otro, quedará en consecuencia, obligado solidariamente para con él.

Esto conduce a lo siguiente: si bien es cierto que, no obstante que el obligado principal adquirió una deuda por un monto específico, si en el título de crédito que se suscriba al efecto,

⁶⁰ TENA, Felipe de J. Derecho Mercantil con exclusión del Marítimo. 16a. ed. Porrúa, México, 1996. p. 503.

únicamente se compromete el deudor a pagar una parte del crédito, y no la totalidad, y el avalista suscribe el título de crédito también en este sentido, la solidaridad que tiene lugar para con el deudor principal, únicamente será para efectos del pago del valor literal de dicho título de crédito, y no así del resto del adeudo, como veremos más adelante.

2.1.2.3. obligación solidaria

Iniciaremos el estudio de esta figura haciendo mención de que la solidaridad, *stricto sensu*, es una modalidad de las obligaciones regulada por nuestro código sustantivo distrital y estudiado por nuestra doctrina, que puede tener lugar tanto en forma pasiva, como en forma activa.

Lo anterior, en contraposición a la simple mancomunidad, en la que existe pluralidad de deudores o de acreedores respecto de una misma obligación, la cual es dividida en tantas partes como obligados existan, y en la que cada sujeto está obligado al pago de la parte de la deuda que le corresponde y a la que se considera distinta e independiente de las partes que correspondan a los demás sujetos.

Entendemos pues como solidaridad activa, aquella en la que para una misma obligación existen 2 ó más acreedores que tienen derecho cada uno en lo particular a exigir al deudor, el cumplimiento de la totalidad de esa misma obligación.

Como solidaridad pasiva, entenderemos aquella en la que existen 2 ó más deudores, también respecto de una misma obligación y en la que, al momento en que el acreedor exige el cumplimiento de la misma, éste puede pedirse a uno solo de los deudores, quien debe responder de esa obligación en su totalidad.

No obstante lo anterior y en opinión de Sánchez Medal, la obligación solidaria es considerada como una figura afín a la fianza civil, en el sentido de que al otorgarse, un tercero se constituye en co-deudor respecto de una obligación principal de pago, mismo que adquiere con ello tanto el "débito" consistente en el pago de la obligación única a cargo de ambos deudores, como la

responsabilidad de pagar por el incumplimiento del deudor principal.⁶¹

Esto quiere decir que la persona que se obliga solidariamente para con otra adquiere por incumplimiento del deudor principal, tanto la deuda a su cargo, como la obligación de cumplir pagando al acreedor la prestación debida.

En nuestro Código Civil, encontramos el fundamento de lo anterior, según sus artículos 1984 y siguientes, y por su parte, el citado ordenamiento también nos indica que la solidaridad no se presume, sino que nace en virtud del acuerdo entre las partes o por disposición de la ley.

Partiendo de este supuesto, y obviamente de aquél que nace por voluntad de las partes, nos preguntaremos ¿cómo es que una modalidad de las obligaciones puede convertirse también en una forma de garantía del cumplimiento de las obligaciones derivadas de los créditos bancarios?

Este cuestionamiento lo podemos resolver en una forma muy sencilla: en virtud de que las Instituciones se han visto en la necesidad de protegerse del incumplimiento por todas las vías posibles, ya que la obligación solidaria constituye una "forma de garantía" cien por ciento ejecutable o de fácil realización por las siguientes razones:

- La persona que se constituye en obligado solidario respecto de las obligaciones de pago del deudor, adquiere desde el momento de su otorgamiento la responsabilidad de pagar en caso de que éste no lo haga, y su celebración se verifica por escrito y generalmente mediante un contrato.
- Otra razón, y quizá la que es más importante y que constituye el fundamento práctico para utilizarla, es que el obligado solidario garantizará con todos sus bienes el cumplimiento del pago de lo debido, y en caso de no tener liquidez, el producto de la venta de

⁶¹ SÁNCHEZ MEDAL Ramón. Op. cit. p. 446.

sus bienes, ya sean muebles o inmuebles pueden aplicarse al pago del adeudo.

Aquí nos encontramos ante una situación de "doble garantía", ya que normalmente la obligación solidaria es la segunda garantía del pago, pues la primera es que el deudor deberá responder pagando el adeudo, y a su falta, con la garantía real que hubiere otorgado, sin perjuicio de la obligación que tiene de responder con todos sus bienes.

En caso de que todo lo anterior no alcanzare para la liquidación del mismo, el obligado solidario entrará directamente para responsabilizarse del pago y tendrá que hacerlo también con todos sus bienes, en aplicación del concepto que vimos con anterioridad definido como "prenda general tácita".

Además, el obligado solidario que pagó al acreedor en defecto del obligado principal, goza del derecho de poder exigirle a éste el reembolso del pago total del adeudo, o bien, en caso de existir más de un obligado solidario, también puede exigir del otro el pago de la parte que le corresponda, la cual será siempre proporcional a la suya.

Por otro lado, es interesante comentar a manera de complemento, que la solidaridad en el campo mercantil tiene una distinta aplicación y funcionamiento que en el civil y se le conoce como solidaridad cambiaria.

Este concepto significa que quien es responsable del pago de un título de crédito, adquiere propiamente esta obligación en virtud de la solidaridad cambiaria. El ejemplo más claro de lo anterior, lo podemos observar en el caso de un título que ha sido suscrito por una suma determinada y que ha sido endosado en varias ocasiones.

Lo anterior resulta aplicable ya que el último tenedor del título tiene el derecho de exigir el pago de la suma expresada o valor literal del mismo, al que lo suscribió en un principio por ser éste el principal obligado, y en su defecto puede exigirlo a los posteriores endosantes.

La solidaridad iniciaría en el momento en que el principal obligado no le pague al último tenedor del título, ya que alguno de los endosantes deberá pagarle, pues cada uno de ellos al momento de endosar el título, lo que hizo fue no desembolsar dinero alguno, pero recibió a cambio un beneficio patrimonial.

En tal virtud, y solo en el caso de que alguno de los citados endosantes le pague al acreedor del título, el que paga tiene también el derecho de exigir el cumplimiento del pago al suscriptor del mismo, ya que los solidarios no son responsables de una deuda colectiva, sino del pago de la deuda individual contraída frente al mismo acreedor y sólo por el monto consignado en el título, y nunca más del valor literal que consigna.⁶²

Por consiguiente, podemos enunciar que la principal diferencia que existe con la solidaridad civil, es que en ésta última, la extinción de la obligación solidaria se verifica con el pago y es irrenunciable. En cambio, la solidaridad cambiaria puede renunciarse si al momento del endoso del título de crédito se inserta la cláusula "sin mi responsabilidad", o similares.

En la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, existen diversos artículos que regulan su otorgamiento. Asimismo, encontramos disposición expresa al respecto, en el artículo 4o. que establece que en las operaciones de crédito y en caso de pluralidad de deudores, éstos se entenderán obligados solidariamente.

La solidaridad cambiaria no tiene aplicación práctica en el otorgamiento de garantías para el aseguramiento del pago de un contrato de crédito, ya que, como vimos con anterioridad, ésta nace a partir del endoso de un título de crédito. Y aunque las disposiciones de los créditos otorgados normalmente se documentan en pagarés (títulos de crédito), éstos últimos no son susceptibles de ser endosados, salvo el caso del endoso en procuración que pudiera tener lugar para su cobranza extrajudicial.

⁶² DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Op. cit. T. I. pp. 88 y ss.

2.2. Generalidades para el otorgamiento de Garantías

2.2.1. Diversos contratos de crédito de los que deriva el otorgamiento de garantías

Es de advertir, que las diversas instituciones fijan en sus políticas crediticias todos los factores que deben considerarse para el otorgamiento del crédito, tales como:

- Cerciorarse de la capacidad general para contratar de la parte acreditada persona física y en caso de personas morales, además de lo anterior, verificar si tienen capacidad para realizar el acto de que se trate, así como de su existencia social, de las facultades de su representante y que el objeto social de la misma tenga prevista la posibilidad de asumir obligaciones de crédito.
- Verificar la naturaleza de los bienes que integrarán las garantías, mismas que deben encontrarse libres de gravámenes o limitaciones, salvo que con base en los preexistentes se pueda autorizar la operación de crédito, constituyendo esto lo que en la práctica se conoce como "apalancamiento" para el caso de personas morales.
- La capacidad de pago y grado de endeudamiento del deudor, con la finalidad de observar previo al otorgamiento del crédito, cuál ha sido su comportamiento con otras Instituciones acreditantes, en caso de que haya obtenido créditos con anterioridad; verificando también cuáles son sus ingresos, para así poder determinar hasta por qué monto puede endeudarse, que no comprometa o ponga en peligro sus actividades o su patrimonio.

Para el caso de personas morales se asegurarán de que el monto de sus pasivos no supere o sobrepase el de sus activos, a

través del estudio de los estados financieros que correspondan a sus ejercicios sociales.

- Igualmente, analizar el destino de los créditos, a efecto de estar en posibilidades de establecer qué clase de crédito se le otorgará o cual crédito le conviene, con base en sus proyectos de inversión, para estar en posibilidades de determinar en su momento, cuál documentación comprobatoria deberán exhibirle.
- Y entre otros, estimarán los plazos para el otorgamiento y recuperación de los créditos concedidos, así como la necesidad o no de garantías adicionales, ya sea reales o personales, que deberá constituir el propio acreditado o un tercero.

Atendiendo a todas las anteriores consideraciones y en razón a las garantías que el deudor o un tercero puedan otorgar, las Instituciones de Crédito pueden consignar cualesquiera de los siguientes tipos de crédito:

a) Préstamos quirografarios.- La naturaleza de esta especie de crédito, radica en que son préstamos que se conceden sin garantía alguna por parte del acreditado y se otorgan por consiguiente, con base en la solvencia económica y moral que éste presente, lo cual garantizará únicamente con su firma. De ahí el origen de su denominación.

En los préstamos quirografarios, normalmente conocidos como "P.Q.'s", se puede pactar una garantía adicional que sería el otorgamiento de un aval por parte de un tercero, quien también deberá acreditar su solvencia mediante una manifestación bajo protesta de verdad respecto de los bienes que integran su patrimonio.

Esta clase de crédito se conoce en el medio bancario como el crédito personal por excelencia. Estos créditos no se celebran mediante un contrato, ni requieren de formalidades especiales, sino que únicamente se documentan en un pagaré con vencimiento no mayor de un año. En la actualidad, los préstamos quirografarios se

han visto disminuidos, ya que la situación económica del país ha provocado que hasta las personas más solventes incurran en mora.

Sin embargo, es de advertir que el acreedor quirografario cuenta con un medio específico para exigir el cumplimiento del pago del adeudo, consistente nuevamente en la "prenda general tácita", ejerciendo la correspondiente acción cambiaria directa en contra del deudor, ya que el adeudo se documentó en un título de crédito.

Ante el incumplimiento del deudor quirografario, si algún avalista garantizó el pago de las sumas dispuestas y documentadas en dicho pagaré, entonces el acreedor puede ejercitar su acción cambiaria de cobro frente a este tercero.

Pero, en caso de que no hubiere garantías por parte de terceros, el acreedor cuenta con acciones muy particulares que se pueden ejercitar en caso de que el deudor enajene sus bienes para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, o bien si realiza actos cuya consecuencia lo haga caer en estado de insolvencia, o bien se deja de cumplir otras obligaciones contraídas con anterioridad, también para eludir el pago. Tales acciones son respectivamente la acción pauliana, la acción declarativa de simulación o la acción oblicua.⁶³

b) Simples o en Cuenta Corriente.- Los contratos de apertura de crédito, tienen diversas modalidades. Las más comunes son el crédito simple y el crédito en cuenta corriente. La diferencia entre uno y otro radica en su forma de disposición:

- En los créditos simples, el acreditante está obligado a poner a disposición del acreditado, una suma determinada de dinero, la cual deberá disponer normalmente en una sola ocasión, obligándose a restituirla mediante una serie de ministraciones sucesivas, en los términos y condiciones pactados y sin que tenga derecho a volver a disponer de la totalidad del crédito, aunque éste se hubiere liquidado antes del vencimiento del plazo. Su forma de extinción será entonces, por la disposición de los recursos.

⁶³ BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Op. cit. pp. 343 et. seq.

- En los créditos en cuenta corriente, el acreditado puede hacer uso de la totalidad del crédito o de una parte de éste, obligándose a restituir las sumas ejercidas en la forma y términos convenidos, pero con la particularidad de que, en caso de liquidarse las sumas dispuestas, ya sea parcial o totalmente, el acreditado podrá ejercer nuevamente las sumas que desee y que tenga disponibles, dentro de la vigencia del plazo del crédito.

Es decir, el acreditado se obliga a hacer remesas en reembolso total o parcial de las disposiciones que hubiere hecho, razón por la cual estos créditos se extinguen en general por la expiración del plazo contratado.

Lo anterior se encuentra regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en sus artículos 291 y siguientes. Y por lo que se refiere a las garantías susceptibles de ser otorgadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de pago del deudor, encontramos que, con base en el ya comentado artículo 298 del ordenamiento citado, pueden ser celebrados con garantías reales o personales, mismas que se entienden extendidas a la totalidad del crédito y sus accesorios, salvo pacto en contrario.

Así pues, podemos observar en la práctica bancaria, que la mayoría de los créditos simples o en cuenta corriente, pueden estar garantizados con hipotecas civiles o mercantiles, o bien con prendas sobre bienes específicos y finalmente con la comparecencia de obligados solidarios y para su otorgamiento, deberán revestirse las siguientes formalidades:

Deben constar por escrito, y habrán de otorgarse en escritura pública ante notario aquellos en los que se constituyan hipotecas civiles sobre inmuebles; o en póliza ante corredor público cuando se trate de hipotecas sobre unidades industriales, ganaderas o de servicio. En ambos casos, deberán inscribirse en Registro Público de la Propiedad o del Comercio, según corresponda.

Asimismo, aquellos en los que solamente existan garantías personales podrán otorgarse por escrito en contrato privado, y ratificarse ante notario o corredor público. Por otro lado, deberán

inscribirse sólo aquellos en los que se quiera dar publicidad a la constitución de la garantía prendaria y sólo para que puedan surtir efectos contra terceros, ya que el acto inscribible es el contrato de crédito, en el folio mercantil de la sociedad acreditada.

Lo anterior se exceptúa para aquellos casos en los que se desee abrir un folio mercantil para los bienes pignorados. En nuestra materia resultaría impráctico, pues lo que se va a exigir en su momento, sería el pago del crédito y en la misma inscripción del contrato se toma nota de que fue garantizado con prenda, cosa que para el caso de incumplimiento e insolvencia del deudor, legitima al acreedor para ejercitar su derecho de persecución.

Igualmente, encontramos que las sumas dispuestas al amparo de dichos créditos, son documentadas con pagarés, en los que normalmente ocurren uno o varios avalistas para garantizar personalmente y con su firma, el pago del mismo, en caso de que el deudor no lo haga.

c) Revolventes.- No existe en ninguno de nuestros ordenamientos normativos, rubro que regule a los créditos revolventes. El origen de esta especie de crédito, lo encontramos en la práctica bancaria, ya que diversas Instituciones les denominan de esta forma para identificarlos como una de las sub-especies del cuenta corriente, ya que existe otra sub-especie que se integra por los créditos en cuenta corriente para sobregiros.

- Los créditos para sobregiros, como la palabra lo indica, son concedidos a cualesquiera persona física o moral a efecto de solventar sus necesidades eventuales de tesorería, y para no causar sobregiros en sus cuentas de cheques.

La forma de disposición de éstos créditos se efectúa mediante cheques librados a cargo de la cuenta abierta con la Institución para tal efecto, cuyo importe deberá ser reembolsado, en plazos que normalmente son de 48 a 72 horas, contadas a partir de la disposición. En caso de incumplimiento, las Instituciones están facultadas para cargar el importe de dichos libramientos más los

intereses causados en la forma pactada, a una cuenta de cheques especificada en el contrato.

Esta clase de contratos de crédito, se celebra normalmente contando con la garantía personal de un obligado solidario, y las bases para su otorgamiento las encontramos en el artículo 106 fracción VII de la Ley de Instituciones de Crédito, en la que entre otros, establece que las Instituciones de Crédito están facultadas para aceptar, pagar o certificar cheques en descubierto o "sin fondos", solo en el caso de que se libren al amparo de un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente para sobregiros.

- Por su parte, los créditos revolventes toman el lugar de los contratos de apertura de crédito en cuenta corriente regulados por nuestras leyes mercantiles, y que estudiamos en el punto anterior, con las mismas posibilidades de ser garantizados real o personalmente.

Estos créditos se distinguen de los demás ya que la "revolvencia" está constituida por la forma de disposición, pues ésta sí se puede efectuar cíclicamente en diversas ocasiones, y el acreditado está obligado a efectuar remesas en reembolso total o parcial de las disposiciones que hubiere hecho, mismas que deberán efectuarse dentro del límite del crédito y por el plazo de su duración.

Su destino específico es generalmente para el apoyo a capital de trabajo, o por ejemplo para la adquisición de bienes determinados, y cualesquiera otros, siempre y cuando no incurran en los destinos específicos que al efecto se reputan para los créditos refaccionarios o de habilitación o avío, que estudiaremos como sigue.

d) De Habilitación o Avío.- Estos créditos se definen como aquellos por los cuales el acreditante (habilitante o aviador) se obliga a poner a disposición del acreditado (habilitado o aviado) una suma de dinero que deberá ser destinada al fomento de la producción y específicamente para la adquisición de materia prima, materiales,

pago de jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para su empresa.

Para su otorgamiento, normalmente se celebran bajo las modalidades de un contrato de apertura de crédito y para ello, deben revestir las formalidades especiales que se encuentran puntualizadas en el artículo 66 de la Ley de Instituciones de Crédito y en el artículo 326 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito:

En ellos se establece que deberán otorgarse por escrito en póliza ante corredor público, o en escritura pública ante notario, o bien, en contrato privado por triplicado ante dos testigos, mismo que habrá de ratificarse ante juez de primera instancia actuando en funciones de notario, o ante el registrador del Registro Público, y en todos los casos inscribirse en la citada Institución registral, para que puedan surtir efectos contra terceros.

Estos créditos implican una garantía natural o propia, misma que no se entenderá constituida si no se inscribe el crédito. Esta garantía se integra por las materias primas y materiales adquiridos con el crédito, así como por los frutos o productos obtenidos aunque sean futuros o pendientes. En tal virtud, estos créditos son considerados también como créditos para fomentar el proceso inmediato de la producción; por ello podemos concluir que a grosso modo, son destinados a la exclusiva obtención de frutos y productos.

Adicionalmente pueden pactarse otras garantías reales, ya sea prenda que constituya el acreditado sobre bienes muebles propios o de terceros, o bien, hipotecas otorgadas por ellos mismos o por terceros, las cuales deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, en el folio real del inmueble objeto de la garantía.

Una de las características especiales de los créditos de habilitación o avío es que, cuando se encuentran debidamente inscritos en Registro Público y según lo establecido en el artículo 328 del ordenamiento citado, pueden ser pagados con preferencia a cualquier crédito hipotecario, a diferencia de los créditos refaccionarios, que cuentan con una mayor protección legal, ya que pueden ser pagados con preferencia a cualquier otro, como veremos (infra).

Igualmente, los créditos de habilitación o avío pueden pactarse con garantías personales, tales como obligación solidaria asumida en el contrato y/o avalistas en los pagarés que documenten las disposiciones del crédito. Al respecto, y como requisito especial, encontramos que en dichos pagarés deberá mencionarse el folio mercantil en el que se registró el contrato.

e) Refaccionarios.- Los créditos refaccionarios, se pueden conceptualizar como aquellos en los que el acreditante (refaccionante) pone a disposición del acreditado o (refaccionado) una suma determinada de dinero y por un plazo preestablecido, quien se obliga a destinarla para la adquisición de aperos, instrumentos útiles de labranza, abonos, animales de cría, plantaciones o cultivos, para la apertura de tierras para el cultivo, para la compra o instalación de maquinaria o construcción de obras materiales necesarias para el fomento de su empresa, así como para cubrir los créditos fiscales que genere su empresa.

Este tipo de crédito también se considera como préstamo para la producción, y para fomentar el crecimiento de la persona moral a la que le es otorgado, pero con la diferencia de que se conceden al refaccionado, con la finalidad de preparar a su empresa para poder llevar a cabo el proceso de la producción, pero anterior a ésta producción y no a la producción en sí, como lo es en los de habilitación o avío.⁶⁴

O bien, dicho en otras palabras, los créditos refaccionarios son concedidos para la obtención de todo lo necesario para estar en posibilidades de producir los frutos o productos, sin que implique todo el proceso, sólo los preparativos para ello.

Independientemente de lo anterior, las garantías propias de esta clase de créditos, las constituyen precisamente las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos e instrumentos adquiridos con el mismo, así como los frutos o productos de la empresa produzca con ellos, ya sean futuros o los ya obtenidos.

⁶⁴ CERVANTES AHUMADA, Raúl. Op. cit. pp. 280 y ss.

Para su otorgamiento, los créditos refaccionarios deberán cumplir con las mismas formalidades enunciadas para los de habilitación o avío. De igual modo, pueden otorgarse garantías adicionales a las propias, las cuales deberán cumplir también con los requisitos formales enunciados para su validez.

f) Cartas de Crédito.- También conocidas como cartas-órdenes de crédito, estas operaciones tienen gran aplicación en el campo bancario, sobre todo en el ámbito internacional, y se fundamentan en el artículo 46, fracción VIII de la Ley de Instituciones de Crédito y los artículos 311 a 316 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Las cartas de crédito, no son propiamente contratos de crédito, sino que son documentos o cartas que amparan una suma determinada de dinero en favor de un tercero determinado, cuya característica es la de ser no negociables ⁶⁵ y que se expiden con la siguiente mecánica:

- el solicitante (o tomador) puede o no aportar parte de la suma que expresa la carta de crédito, y en tal virtud, el dador, o sea, la Institución bancaria que le concede la carta, le financiará en todo o en parte el valor de la misma, a efecto de que el acreditado pueda obtener ciertos bienes, del tercero mencionado, quien normalmente es un proveedor que se encuentra en plaza distinta a la suya.
- El establecimiento de una carta de crédito implica para el tercero en favor de quien se otorga, que la Institución dadora le asegura con su persona, su prestigio, su solvencia moral y económica, que el monto por el que fue establecida la misma, le será pagado, ya sea por el tomador de la carta (en caso de ser cartas de crédito sin refinanciamiento) o bien, por la Institución de crédito dadora (en caso de ser cartas de crédito con refinanciamiento).

⁶⁵ CARVALLO YAÑEZ, Erick. Op. cit. p. 96.

Su aplicación práctica la encontramos para el caso del comercio internacional en el que el acreditado o tomador de la carta establecida en su favor, llevará a cabo importaciones de bienes o productos específicos, y para lo cual, la carta de crédito contiene una "invitación" al destinatario de la misma, para que le entregue una suma de dinero o ciertos bienes.

Las garantías que se pueden otorgar para asegurar el pago de las cartas de crédito a la Institución Bancaria, (en caso de las que son refinanciadas) son normalmente garantías personales, ya sea mediante el otorgamiento de una fianza o la prestada por un obligado solidario en el momento del establecimiento de la carta, ya que como vimos, lo que está de por medio en el cumplimiento de las obligaciones del tomador de la carta, es tanto el pago del dinero con que se le haya financiado, como el prestigio de la propia Institución.

g) Anticipos.- Otra de las modalidades de las aperturas de crédito que se celebran con las Instituciones de Crédito, son las conocidas como "anticipos".

Esta operación tiene lugar en casos muy especiales, por ejemplo, aquellos en los que una persona no desea vender un bien específico de su propiedad, pero que por tener necesidad de dinero, acude a una Institución bancaria a solicitar un préstamo o "anticipo", cuyo monto será equivalente a una parte o porcentaje del valor de dicho bien específico, el cual no deberá exceder de los topes mínimos y máximos que son determinados por la propia Institución.

Dichos bienes pueden consistir en mercancías, títulos de crédito o títulos valor, mismos que pueden estar tanto en poder del acreditante, como del acreditado e inclusive, de un tercero en su calidad de depositario.

Esta operación activa tiene lugar cuando el banco acreditante a través de una apertura de crédito, concede un anticipo al acreditado, poniendo a su disposición el porcentaje del valor de sus bienes en numerario, para que realice las actividades específicas que se hayan acordado dentro del contrato del otorgamiento del anticipo.

Y como la mayoría de los contratos bancarios, en éste también se otorgan garantías. La garantía que se constituye para asegurar la devolución de esa suma dada en anticipo, será una prenda sobre los bienes que no desea vender, tomados al valor o porcentaje que se acuerde entre ambas partes.⁶⁶

Estos préstamos o anticipos, no requieren de formalidades especiales, ni de registro alguno. Únicamente se requiere la manifestación de la voluntad de obligarse entre las partes para su celebración y de la entrega física o jurídica de los bienes. Consecuentemente, en cuanto el "anticipado" devuelva la suma prestada al "anticipante", sus bienes serán liberados del gravamen que se les había impuesto, y también sin que medie formalidad alguna, a través de la simple devolución de los mismos.

Otro ejemplo del anticipo lo encontramos entre el ámbito de los agricultores, quienes en busca de una mejor remuneración a sus cosechas, acuden a los bancos para que se les otorgue un anticipo del valor de lo producido por sus fincas, dejando por supuesto dicha cosecha en garantía de la devolución del anticipo.

2.2.2. Elementos de existencia y de validez en los contratos de crédito y de garantía

a) **Elementos de existencia.**- Estos son también manejados por nuestra doctrina como elementos esenciales, los cuales, como en todo contrato, son el consentimiento y el objeto.

- Por lo que toca al consentimiento, podemos conceptuarlo para nuestra materia, como el acuerdo de voluntades de las partes tanto para la celebración del contrato principal de crédito, como para la constitución de las garantías.

Para el desarrollo de este tema, no será necesario explicar cada una de las formas en que el consentimiento puede exteriorizarse,

⁶⁶ HERREJON SILVA, Hermilo. Las Instituciones de Crédito: Un enfoque jurídico. Trillas, México, 1988. p. 95.

pues bien sabemos que puede efectuarse ya sea en forma tácita o expresa; dentro de la que cabe la forma escrita, la verbal y aquella que se manifiesta por signos inequívocos.

Cabe hacer mención de que en el derecho civil y mercantil, el consentimiento en general se perfecciona en distintos momentos: Por su parte, en derecho civil, y por lo que se refiere a una oferta o policitud, se entiende que el consentimiento se integra en el momento en que la respuesta es enviada por el ofertado y recibida por el oferente, con fundamento en el artículo 1807 del código sustantivo y aplicando la Teoría de la Recepción.

Y por su parte, en derecho mercantil, se entiende que el acuerdo de voluntades tiene lugar al momento en que el oferente tiene conocimiento de la contestación a una oferta propuesta,⁶⁷ siguiendo la Teoría Civil de la Información y con base en lo establecido por el artículo 80 del Código de Comercio.

Asimismo, para que pueda tener lugar el consentimiento en cualquier acto jurídico, es necesario que éste se manifieste en forma libre y que no medie algún vicio. En tal virtud, y aunque no todos los anteriores conceptos resultan aplicables a nuestra materia, para la celebración de un contrato de crédito y el otorgamiento de las garantías que conlleva, es importante que las partes concurren por su propia voluntad.

De igual modo, la manera en que dichas partes podrán exteriorizar el consentimiento para efectuar estas operaciones, se verificará en cuanto concurren a la firma del contrato y lo suscriban.

- Por lo que se refiere al objeto, hemos de partir de la distinción que de él hace nuestro Código Civil, al determinar en su artículo 1824 que el objeto de los contratos puede integrarse por la cosa que el obligado debe dar o por el hecho que el mismo debe hacer o no hacer, constituyendo esto lo que doctrinalmente se denomina objeto indirecto del contrato.

⁶⁷ DE PINA VARA Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. 23a. ed. Porrúa, México, 1992. pp. 193 y ss.

Por el contrario, se entiende por objeto directo del mismo el crear o transferir derechos y obligaciones. De igual modo, una tercera acepción, es aquella en la que el objeto se entiende como la cosa misma que se debe dar.

Posteriormente, los artículos siguientes del citado ordenamiento, se refieren a la cosa misma objeto del contrato, estableciendo que éste debe existir en la naturaleza y ser determinado o determinable (esto último para el caso de cosas futuras). Igualmente que deben estar en el comercio, ya que los bienes que son del dominio público o del Estado, no es posible que constituyan el objeto de un contrato de crédito o de garantía.

Además determina que el objeto debe estar conformado por hechos lícitos y posibles. Un ejemplo de lo anterior sería claro para el caso de las garantías personales otorgadas por personas morales, en cuanto a que el otorgamiento de la garantía podrá ser posible sólo si su fin social lo autoriza para la celebración de un contrato de esta naturaleza.

Lo anterior resulta también aplicable a nuestro tema, ya que en los contratos de crédito, el objeto genérico de la apertura de crédito es permitir al acreditado que efectúe la o las disposiciones del mismo, desde el momento en que se perfeccione el contrato.

De igual modo, el objeto mismo en los contratos de crédito y de garantía, será en los primeros la suma que el acreedor puso a disposición del deudor, y en los segundos, serán los bienes que se otorguen en garantía.

Y por todo lo anteriormente comentado, la falta de consentimiento o de objeto, produciría la inexistencia del contrato, esto es, la nada jurídica, no habría contrato ni de crédito ni de garantía. Cualquiera de las partes podría pedir que se decretare la inexistencia por falta de cualquiera de estos elementos, por lo que no serían susceptibles de valer por confirmación ni por prescripción.

b) Elementos de validez.- Nuestra doctrina, con apoyo en el artículo 1795 del código civil, indica cuatro formas por las cuales un contrato

puede ser invalidado, y por ello, aplicándolo *a contrario sensu*, podemos determinar que los requisitos o elementos de validez son los siguientes:

- Capacidad de las partes: Para ello hay que distinguir entre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La primera implica la aptitud de una persona para ser titular de derechos y para ser susceptible del cumplimiento de sus obligaciones. La segunda se diferencia de la primera ya que implica que una persona pueda ejercitar por sí misma esa aptitud para ser titular de derechos y para cumplir sus obligaciones.

Por lo anterior, es también que el ordenamiento citado en su artículo 450 instituye que serán considerados incapaces tanto los menores de edad, como los mayores de edad disminuídos o perturbados en su inteligencia ya sea por causa física, psicológica o sensorial, o bien, por adicciones a sustancias tóxicas en general, motivos por los cuales se vean impedidos para que por sí mismos puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad para la celebración de un acto jurídico.

Para la celebración de un contrato de crédito y el otorgamiento de garantías, las partes requieren de la capacidad general para contratar, misma que está integrada tanto por la capacidad de goce como por la de ejercicio.

Esta última puede ser suplida en el caso de la comparecencia de un representante legal, para lo cual habría que analizar el caso concreto; v. gr. aquel en el que los menores de edad no pueden hipotecar sus bienes, si no se trata de una hipoteca necesaria que les permitiera con ello satisfacer las necesidades básicas, pero siempre y cuando mediare autorización judicial y lo realizaran a través de su representante.

Por lo que se refiere a la parte garante, ésta requiere de una capacidad "especial", que implica los derechos de disposición (o de propiedad en su caso) respecto de los bienes objeto de la garantía y máxime si nos referimos al garante hipotecario o prendario.

- Ausencia de vicios en la voluntad: Como vicios de la voluntad hemos de entender aquellos bajo los cuales no debe ser otorgado el consentimiento de las partes para contratar, y son el error, el dolo, la mala fé, la violencia y la lesión.

En general, la ausencia de vicios en la voluntad se refiere a que el acuerdo de voluntades por el que nacerá el contrato, debe tener lugar en virtud del franco deseo de las partes para contratar, el cual debe otorgarse en forma libre y decidida.

Por lo anterior, nunca debe partir de una creencia equivocada o inexacta de la realidad, como lo es el error; ni la voluntad de las partes debe obtenerse a través de engaños que induzcan a un error o a mantenerse en el error, lo que configuraría el dolo.

De igual manera, no será válido el contrato en el que la voluntad de las partes haya tenido lugar en virtud del disimulo de un engaño (por haber sido del conocimiento de alguno de los sujetos contratantes y que lo haya pasado por alto para su beneficio), pues adolecería del vicio de la mala fé.

Y finalmente, en nuestros contratos de crédito y en los de garantía no deberá mediar en la manifestación del acuerdo de voluntades, una desproporción en las prestaciones que debieran ser equivalentes para las partes, como ocurre cuando existe lesión, ni cuando éste se haya obtenido a través de la fuerza física, del temor o de amenazas, pues integrarían el vicio de violencia física y moral.

- Licitud en el objeto, motivo o fin: Aquí estamos nuevamente ante el objeto de los contratos, pues no obstante que es un requisito de existencia, para que el contrato sea válido, el objeto, motivo o fin, no solamente debe existir, sino que este debe ser lícito y posible, como hemos comentado (supra).

En realidad, para que éste pueda considerarse ilícito, no debemos referirnos al objeto mismo, sino a la conducta de la que proviene su otorgamiento. Por ello, se considera ilicitud en el motivo o fin, cuando éstos provienen de una conducta ilícita o bien, cuando contravienen las disposiciones legales vigentes al momento del otorgamiento de un contrato de crédito con garantía.

Por consiguiente, en nuestra materia resultaría inválido un contrato de crédito en el que el motivo o móvil del acreditado fuera invertir el importe de la línea abierta para fines ilícitos y distintos de los especificados. Asimismo, en un fideicomiso de garantía, el objeto del fideicomiso y el fin fiduciario deben ser lícitos para que esta clase de garantía pueda otorgarse.⁶⁸

- **Forma:** Como forma debemos entender la manera en que de acuerdo a la ley, debe ser exteriorizada la voluntad de las partes para contratar, así como el conjunto de requisitos que se deben cumplir para el perfeccionamiento y validez de los contratos que celebren.

Para cumplir con ello, tanto nuestros ordenamientos civiles como mercantiles, incluyendo la Ley de Instituciones de Crédito, establecen en diversos artículos las formalidades que deberán revestir los contratos para no adolecer de este elemento de validez.

Aquí es interesante distinguir la forma de la solemnidad. Aunque también debemos comentar que en nuestra materia, no existen contratos solemnes. La solemnidad se refiere a ciertos ritos que deben cumplirse para la celebración de un acto y a cuya falta, dicho acto se consideraría inexistente. Ejemplos de ello serían el matrimonio, la adopción o el divorcio.

Por el contrario, si en algún acto jurídico no se cumpliera con el requisito de la forma, el acto existiría pero sería ineficaz, ya que es un requisito de validez y hasta que no se verificaran las formalidades establecidas, dicho acto produciría provisionalmente sus efectos, pero no sería plenamente válido: v. gr. una compraventa de bienes cuyo valor exceda de 365 veces el salario mínimo general vigente elevado al año o de \$30,000, y que se haya efectuado mediante contrato privado.

No quiere decir que el nuevo propietario pierda su calidad de dueño por no haber cumplido los requisitos formales necesarios para

⁶⁸ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles. 3a. ed. Porrúa, México, 1989. *passim*.

la celebración de un contrato de compraventa, sino que éste puede pedir al vendedor que le otorgue escritura pública ante notario, e inscribirla en Registro Público, ejercitando la acción proforma. Con ello, lograría darle validez al acto y poderlo hacer oponible a terceros.

Así pues, encontramos que el código civil en sus artículos 1832 y siguientes, instituye que en materia civil (e igualmente en materia mercantil adicionaremos), un contrato puede ser válido atendiendo a manera y términos en que las partes indiquen que quisieron obligarse, sin que para ello se requieran formalidades especiales.

Lo anterior se exceptúa para aquellos casos en los que las leyes expresamente establezcan que se requiere cumplir con un requisito formal y para ello, dichos contratos no se considerarán válidos, hasta en tanto no revistan esas formalidades. Por ello, podemos concluir que el requisito formal por excelencia es la forma escrita.

No obstante lo citado, en materia mercantil es posible que los contratos se celebren en forma oral, pero ello resultaría inaplicable a nuestra materia, ya que el artículo 79 del código de comercio indica que no podrán concertarse de esta manera, los contratos que de acuerdo a las leyes deban constar en póliza de corredor o en escritura pública ante notario y a los que requieran formalidades especiales para su validez.

Adicionalmente, las leyes también establecen formalidades para uno y otro contrato, dentro de las que podemos distinguir que para la constitución de hipotecas, además de que deben otorgarse en escritura pública, para que puedan surtir efectos *erga omnes*, deberán inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, con fundamento en el artículo 3042 del Código Civil.

Lo anterior se exceptúa para el caso en que los bienes objeto del contrato no excedan de 365 veces el salario mínimo general vigente para el D.F., o de 30,000 pesos, las cuales pueden otorgarse en escrito privado, ratificado ante notario público e inscribirse en la citada institución.

Otro fundamento de lo anterior, lo encontramos en el artículo 3005 del código civil, que nos indica que son sujetos de registro, los documentos que consten en escrituras públicas ante notarios, y los contratos privados debidamente ratificados ante fedatario público.

Puntualizando los requisitos formales para cada especie de garantía, podemos encontrar que la fianza civil debe constar por escrito y normalmente por ser un contrato accesorio o de garantía, deberá revestir las mismas formalidades que el contrato principal; por otro lado, en la fianza mercantil también debe constar por escrito en un documento que se denomina "póliza".

Por su parte, para la constitución de una garantía prendaria, el contrato debe constar por escrito, ya sea en escritura pública ante notario, o bien en escrito privado, por duplicado y ratificado ante fedatario, y en ambos casos, deberán inscribirse en Registro Público. Asimismo, es necesario que los bienes pignorados sean entregados al acreedor, aunque este último puede permitir que no le sean entregados si el deudor se constituye en depositario de los mismos.

De igual modo, en el artículo 66 de la Ley de Instituciones de Crédito podemos encontrar el fundamento para las formalidades que debe revestir el otorgamiento de garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles integrantes de una unidad industrial, ya que establece que deben hacerse constar por escrito y cuando se trate de aquellas consignadas en documento privado, éste deberá ratificarse ante notario o corredor público, e inscribirse en Registro Público de Comercio.

Para los fideicomisos de garantía, podemos indicar que las formalidades que se deben cumplir en su otorgamiento, consisten en que debe constar por escrito, y cuando su objeto recaiga en bienes inmuebles (y agregaremos que también cuando se trata de bienes muebles), deberán ser inscritos en la citada institución, ya sea en el área de Propiedad o en la de Comercio, respectivamente.

Finalmente, podemos comentar que la ley de Instituciones de Crédito indica que para los créditos de habilitación o avío o los refaccionarios, es necesario que consten por escrito, ya sea en póliza ante corredor público, ante juez en funciones de notario, ante el

registrador del Registro Público, o bien, en escritura pública ante notario, o en escrito privado ante dos testigos firmado por triplicado. Para ello y en cualquiera de los casos citados, los contratos en los que se otorguen, deberán inscribirse en Registro Público de Comercio.

2.2.3. Objetivos del otorgamiento de garantías en los contratos de crédito

Como hemos estudiado a lo largo del presente capítulo, las garantías reales o personales que se pueden otorgar en un contrato de crédito, implican un aseguramiento para el acreedor de que su crédito será cubierto por cualquier medio.

No obstante que la obligación principal del deudor es la devolución del capital prestado y los accesorios que se generen, hemos visto que en la práctica, este presupuesto principal no siempre puede ser cumplido, por muy diversas razones que le hacen imposible el cumplimiento de sus obligaciones, dentro de las que se incluyen la insolvencia del deudor por situaciones internas o externas, como lo son los problemas en la economía del país.

Es por ello, que las Instituciones de Crédito se han visto en la necesidad de pedir el otorgamiento de garantías cuyo valor inclusive pueda duplicar el monto de los financiamientos concedidos, en principio, para cumplir con el aforo que sus políticas les exigen, y precisamente para evitar que por sucesos externos, caigan sus acreditados en lo que se conoce como "cartera vencida", que conlleva una pérdida o quebranto en el patrimonio de las Instituciones.

Si bien es cierto que el objetivo del otorgamiento de garantías es contar con un medio para que el acreedor asegure la restitución de las sumas ejercidas por el deudor; para que éstas puedan hacerse efectivas, deberán haberse otorgado conforme a los ordenamientos citados con anterioridad para cada caso concreto.

Si se revistieron las formalidades establecidas y sobre todo si han sido inscritas en el Registro Público, entonces el acreedor gozará

de un crédito preferencial, o sea, de una preferencia o prelación en su crédito, en relación a los celebrados con acreedores posteriores y atendiendo al lugar y grado que corresponda a su crédito y en sí, al lugar que ocupe el gravamen constituido.

Partiendo del supuesto de que el deudor caiga en cartera vencida y que el cumplimiento de sus obligaciones se haga exigible, si se trata de acreedores hipotecarios o prendarios, éstos gozan del privilegio de no tener que entrar a concurso de acreedores, pues con base en el artículo 2981 del código civil, están facultados para ejercitar las acciones de cobro pertinentes por vía judicial, para que sus créditos puedan ser cubiertos con el producto de la venta de los bienes otorgados en garantía.

Lo anterior constituye un derecho de persecución en favor del acreedor, mismo que integra el ya comentado *ius distrahendi*. Dicho producto de la venta, debe ser aplicado en primer lugar a los gastos y costas del juicio entablado y a los que se generen con la venta de los bienes, después a los gastos que implique su conservación o administración, luego al pago del seguro de los bienes si es que existe adeudo por este concepto, y finalmente a los créditos que el deudor haya celebrado con sus acreedores.

Otro caso de preferencia para el pago en favor del acreedor, lo encontramos en el caso de los créditos de habilitación o avío ya que, siempre y cuando se encuentren debidamente registrados, éstos podrán ser pagados con preferencia a los refaccionarios, y a su vez, estos 2 tipos de crédito, podrán ser pagados con preferencia a los hipotecarios que se hayan inscrito con anterioridad.

Si se presenta la situación de que exista más de un acreedor hipotecario o prendario, se les pagará según el orden que guarde la fecha de inscripción de cada uno de los créditos garantizados de esta manera, siempre y cuando se hayan cumplido todos los requisitos para su otorgamiento, que incluyen su inscripción dentro del término legal.

Es decir, si para la constitución de los mismos se obtuvo el correspondiente certificado de existencia o inexistencia de gravámenes (primer aviso preventivo, citado en el artículo 3016 del

ordenamiento en cita) y se haya firmado el contrato de crédito dentro de los 30 días naturales en que tiene vigencia y por último, si dentro de las 48 horas posteriores al otorgamiento del crédito se dió un segundo aviso preventivo que "notifique" a la institución registral la firma de la escritura pública o contrato privado en el que se haya otorgado el crédito y su garantía.

A grosso modo, y para finalizar podemos concluir que, a excepción de los préstamos quirografarios, en todo contrato de apertura de crédito las Instituciones necesitan pedir la constitución de alguna garantía real o personal, a efecto de que en su carácter de acreedores puedan asegurar con ellas la restitución del financiamiento.

O bien, a falta de ello, para que puedan gozar de una segunda opción que les permita obtener esa restitución, consistente en aplicar a la liquidación de todo o parte del adeudo, las cantidades obtenidas por la venta de las garantías, en caso de tratarse de garantías reales, o de poder obtener de un tercero, el cumplimiento de las obligaciones de pago del mismo, en el caso de una garantía personal.

CAPITULO TERCERO

3.1. Garantía Colateral

3.1.1. Origen

Para que sea posible determinar el origen de esta especie de garantía, no es necesario remontarnos a algún antecedente histórico. Lo anterior, debido a que el nacimiento de ésta forma de garantizar las obligaciones que derivan de la celebración de contratos de crédito, surgió por la necesidad de abrir al público otra alternativa que permitiera un mayor acceso a los financiamientos bancarios.

Esta modalidad fue creada atendiendo a la realidad que en nuestro país se está viviendo, ya que, como podemos observar diariamente, los sucesos políticos y económicos han producido que el flujo de capitales se vea reducido entre los pequeños y medianos empresarios, y que un porcentaje mínimo de la población pueda adquirir propiedades o bienes, que sirvieran de garantía para el pago de los créditos que solicitan.

En tal virtud, y atendiendo a que las necesidades de financiamiento se han acrecentado, las Instituciones de Crédito han tenido que proporcionar al público mayores facilidades para la obtención de recursos, lo cual, con apego a nuestros ordenamientos jurídicos, se ha logrado a través de la utilización de nuevas opciones para el otorgamiento de garantías, distintas a las garantías reales y personales que conocemos.

Es por ello que para asegurar el pago de sus créditos, las Instituciones han puesto en práctica la garantía colateral, como una forma de garantía *sui-generis*, mediante la utilización de las

garantías reguladas por nuestras leyes, específicamente de la garantía prendaria, pero dándole un tratamiento especial, ya que aplican a ella, ciertas modalidades de las obligaciones y formas de transmisión de las mismas.

Esta clase de garantía, muchas veces permite a los sujetos acreditados poder obtener préstamos bancarios sin que sea necesario gravar sus bienes inmuebles o la totalidad de su unidad industrial, ya que en la mayoría de los casos, éstos no cuentan con ninguna propiedad a su nombre, o simplemente debido a que no desean poner en riesgo su patrimonio familiar o social.

Para poder esclarecer el origen material de esta clase de garantía, debemos puntualizar que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en ejercicio de las facultades de que ha sido investida por la Ley de la propia Comisión Nacional Bancaria y de Valores, emite circulares y comunicados que tienen el mismo tratamiento y eficacia que una norma jurídica.

Con base en ello y en la regulación contenida en dicha Ley, este Organismo ha emitido una circular por la que creó el Grupo 13, que cataloga cada tipo de crédito que puede ser otorgado por las Instituciones Bancarias. Este Grupo o número de cuenta, a la vez se divide en subcuentas que tienen asignado un número individual, dentro de las que podemos distinguir las que son objeto de nuestro estudio, o sea, la 1303 para los préstamos con colateral y la 1305 para los créditos revolventes con cualquier clase de garantía (dentro de la que se comprende la colateral).

El objeto de haberles asignado este número específico, fue con la intención de hacer más práctico el manejo de la información contenida en cada uno de ellos, para que al momento del otorgamiento de un crédito, éste pueda ser reconocido como tal en su sistema interno.

Asimismo, con el objeto de clasificarlos como tales, para otorgarles una "codificación sectorial" con la que se podrá identificar la naturaleza del crédito celebrado y específicamente en la 1303, los documentos que consignan los derechos cedidos en garantía, como veremos más adelante.

A este conjunto de cuentas que integran el Grupo 13, se les denomina también "Cartera de Créditos", dentro de las que podemos encontrar el fundamento jurídico para el manejo de los créditos revolventes y de los créditos a corto plazo (no mayores a 360 días), y que pueden celebrarse con garantía colateral, a los cuales el mismo ordenamiento les denomina simplemente como "créditos con colateral".

Dentro de esta cuenta 1303, podemos encontrar los préstamos quirografarios que traen como garantía colateral, una cesión de derechos "pura" respecto de aquellos que se hayan adquirido por operaciones derivadas de la compraventa de mercancías, de las otorgadas por una Institución de Crédito distinta a la acreditante y de las provenientes del Gobierno Federal por la proveeduría de bienes y/o servicios.⁶⁹

En esta cuenta, podemos clasificar a aquellos préstamos a corto plazo, que se celebran por única vez y que en la práctica se documentan en un pagaré y en un contrato de cesión de aquellos derechos que se desprendan tanto de facturas, como de contrarrecibos y contratos, entre otros.

Esta cesión de derechos se perfecciona desde el momento de la notificación de la misma, la cual se efectúa al mismo tiempo que el otorgamiento del préstamo quirografario citado, y respecto de aquellos que la Institución acreditante se cerciore que constituyen una "cuenta por cobrar", o sea, un documento al que ya se le haya atribuido el valor especificado en el mismo, mediante la firma de aceptación de la persona del cedente, con lo que ya se le estarán incorporando derechos de crédito.

Hay que distinguir que los préstamos con colateral que consigna la cuenta 1303, son distintos a los que se comprenden en la cuenta 1305, misma que será objeto de nuestro estudio, ya que como podremos observar más adelante, la garantía colateral que pretendemos estudiar y reglamentar, es aquella que se consigna en

⁶⁹ Catálogo de Cuentas emitido por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. N. i. n. e.

forma accesoria para garantizar el otorgamiento de un contrato de apertura de crédito revolvente, con plazo mayor a 360 días.

El otorgamiento de la misma, se documentará en el contrato de apertura de crédito revolvente que garantice y en el listado que haga constar los derechos objeto de la cesión. Y a diferencia de los consignados mediante el 1303, los 1305 que consignan esta garantía, tienen como modalidad que la cesión de derechos otorgada, no se realiza en su forma pura, ya que su perfeccionamiento y notificación no se llevan a cabo desde el momento del otorgamiento del crédito principal, sino que éstos se encuentran sujetos al cumplimiento de una condición suspensiva, según veremos posteriormente.

No obstante que esta figura surgió de los sanos usos y prácticas bancarias, el único autor que trata los créditos con colateral es Carvallo Yañez, quien nos indica que al momento de la celebración del contrato de crédito y del otorgamiento de la colateral, ésta implica la entrega en garantía, de títulos de crédito que deben ser equivalentes al monto del financiamiento otorgado.⁷⁰

Cabe señalar que los anteriores son los únicos fundamentos que podemos encontrar para la utilización de esta forma de garantía, pero no obstante lo citado en el párrafo anterior, las Instituciones de Crédito existentes en nuestro país le dan un tratamiento diverso en cada una de ellas, como veremos más adelante.

Con estos breves comentarios respecto a su origen, procederemos a determinar que la garantía colateral objeto de nuestro estudio, está integrada por una cesión de derechos cuya notificación se encuentra sujeta a una condición suspensiva, la cual produce consecuencias jurídicas muy particulares. Y para poder llegar a comprenderla, será necesario determinar en qué consiste esta forma de garantía, cuál es su naturaleza, cómo se integra y cual es el tratamiento que se le ha dado en las diversas Instituciones Bancarias.

⁷⁰ CARVALLO YAÑEZ, Erick. Op. cit. p. 80.

3.1.2. Concepto

Para poder llegar a un concepto específico de lo que es la garantía colateral, será necesario estudiar cada una de las figuras que la misma inmiscuye para su nacimiento.

Vimos con anterioridad que la palabra garantía implica una relación contractual en la que se verifica cualquier forma de aseguramiento, ya sea real o personal, y con la cual el acreedor se puede cerciorar de que el deudor o un tercero cumplirán con las obligaciones contraídas en su favor.

Específicamente, en el ámbito de nuestra materia bancaria, entendemos por garantía, todo contrato accesorio por medio del cual se asegurará al acreedor el cumplimiento de la obligación contraída por el deudor, consistente por lo general, en el pago del principal y los accesorios generados por el otorgamiento de un contrato de crédito.

Por otro lado, para definir el término colateral como tal, nos vemos ante la situación de que jurídicamente, tanto en nuestras leyes, como en la doctrina mexicana, éste término siempre se ha encuadrado en materia civil, a la línea indirecta del parentesco de una persona; y nunca la encontraremos haciendo referencia a una forma de garantía o contrato accesorio.

En tal virtud, la única definición que encontramos aplicable a ella, es la que contiene el Diccionario Larousse, del que se desprende que la palabra Colateral viene del latín *collateralis*, que significa "todo aquello que viene adyacente por un lado".⁷¹

Y efectivamente, una de las características que distinguen a la garantía colateral es que va en forma paralela o al lado de un contrato principal de crédito, y al cual le sirve de garantía, ya que lo que interesa principalmente al acreedor, es que se cumpla con el contrato principal y en última instancia, que se ejecuten la o las garantías que trae aparejadas.

⁷¹ Diccionario Larousse Ilustrado. 17a. ed., 3a. reimpr. Ediciones Larousse, México, 1993.

Cabe hacer mención de que no obstante que en estricto sentido, todas las formas de garantía que se manejan en los créditos, tienen la misma característica de "colateral" por ser accesorios a un contrato principal, en la práctica, las garantías colaterales que se utilizan por las Instituciones, tienen una naturaleza muy distinta a las reguladas por los diversos ordenamientos, como podremos observar a lo largo de este capítulo.

Al decir que va al lado de otro contrato, quiere decir que si bien es cierto que el origen de la garantía colateral es una cesión de derechos, y no obstante que ésta se distingue por ser una forma de transmisión de las obligaciones; dada su naturaleza, tanto la colateral como la cesión que implica es susceptible de ser tomada como garantía en forma accesorio, ya que el tiempo en que la cesión servirá de garantía, será aquél transcurrido entre el momento en que ésta se celebra y aquél en que surtirá sus efectos.

Lo anterior es posible ya que la finalidad del otorgamiento de un contrato de crédito con cualquier clase de garantía, no es hacer efectiva la misma desde el momento en que éste se celebra, sino que esto es en realidad la última consecuencia que se producirá después del incumplimiento de pago del crédito y sus accesorios.

Y como vimos en el capítulo anterior, esto resulta aplicable pues para que una persona pueda ser considerada sujeto de crédito, lo primero que se toma en cuenta para la aprobación de su línea, es su solvencia y capacidad de pago y no así la naturaleza o cuantía de la garantía.

Ahora bien, una vez que se incurre en incumplimiento de pago del crédito y/o sus accesorios, las Instituciones valorarán lo que viene "al lado" de ese contrato principal. Normalmente y en orden de preferencia, se le requerirá el cumplimiento al deudor principal, y en su defecto, se le exigirá al avalista o al fiador u obligado solidario; y en el último de los casos se harán las actuaciones correspondientes para hacer efectivas las garantías.

Pero por lo que se refiere a aquellos créditos que consignan una garantía colateral, sucede en orden inverso, pues primero se le

exigirá el cumplimiento al acreditado, acto seguido y a su falta, se hará efectiva la garantía, y si esta no resulta bastante, entonces se le exigirá a la persona que haya fungido coma avalista y/o al fiador u obligado solidario.

De todo lo anterior y previo al estudio de lo que implica jurídicamente el otorgamiento de la garantía colateral, necesitamos dar una definición de ésta. Reiterando que no existe una definición legal ni doctrinal, sometemos a su consideración nuestra personal definición de la misma, la cual resulta necesaria para conocer los elementos que la integran y para poder iniciar con ello el estudio de su interacción:

- Se entiende por garantía colateral, aquella forma de garantía real que implica una cesión de derechos de crédito o de cobro específicos en favor de un acreditante, cuya notificación se encuentra sujeta a la condición suspensiva consistente en el incumplimiento por parte del acreditado, del pago del principal y/o accesorios derivados de un contrato de crédito.

El sustento para que la cesión de derechos se pueda tomar como garantía, lo podemos encontrar en que la principal característica de la cesión que se efectúa, es que al momento en que ésta se celebra, no se busca la transmisión de la propiedad o titularidad de los derechos cedidos, pues si esto se verificase, ya no sería una garantía, sino una transmisión directa de los mismos .

Por ello, es necesario supeditar la notificación de la cesión de derechos, al cumplimiento de una condición, y una vez que ésta tiene lugar, entonces podrá surtir efectos, los que se verán traducidos en dar por perfeccionada la cesión de derechos, dotándole con ello de plena existencia jurídica y certeza de que producirá consecuencias entre las partes.

En tal virtud, entraremos al estudio de las figuras jurídicas que la garantía colateral implica, tanto en el momento de su constitución y otorgamiento, como en el momento en que ésta se perfecciona y se hace efectiva.

Esto podemos conseguirlo haciendo un análisis de la naturaleza jurídica y aplicación tanto de la cesión de derechos en su forma "pura" por ser un modo de transmisión de obligaciones; como de la condición suspensiva a que estará sujeta la notificación de la misma, aplicándola al caso concreto como una modalidad a la que pueden sujetarse los actos jurídicos.

3.1.3. Naturaleza Jurídica

Dado que la garantía colateral como tal, no se encuentra regulada en ningún ordenamiento normativo, será necesario referirnos al acto que la integra, mismo que se constituye por una cesión de derechos de cobro o de crédito provenientes de la prestación de servicios o proveeduría de bienes.

Iniciaremos, con el estudio de la naturaleza jurídica de la cesión de derechos. Su naturaleza es la de ser una forma de transmisión de las obligaciones, misma que se encuentra regulada por los artículos 2020 al 2050 del Código Civil, y apoyada por nuestros doctrinarios, y que se verifica cuando un acreedor transfiere a otro, ya sea en forma gratuita u onerosa, aquellos derechos que tiene en su favor o de que es titular.

Al verificarse una cesión de derechos, podemos decir que se produce una sustitución de acreedores, sin que ello implique la extinción de la relación jurídica que dió nacimiento a la titularidad de los derechos cedidos.

La naturaleza jurídica de la cesión de derechos es considerada por nuestra doctrina civil de tres diferentes maneras: indiscutiblemente es un contrato; pero dependiendo de los provechos o gravámenes que conlleve, ésta puede ser considerada como compraventa, cuando se paga un precio a cambio de los derechos; o bien, como una permuta cuando se recibe a cambio también la titularidad de derechos y por último, como una donación, si la cesión se efectúa a título gratuito.⁷²

⁷² BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Op. cit. p. 417.

Consideramos que la garantía colateral y la cesión que implica, no encuadraría en ninguno de estos tres supuestos, dado que la cesión de derechos no se perfecciona al momento de su otorgamiento, sino al momento en que se efectúa su notificación, lo que implicaría el cumplimiento de la condición a que está sujeta, como veremos más adelante.

En tal virtud, nos atrevemos a determinar que la naturaleza jurídica de la garantía colateral bien puede ser la de un contrato innominado y atípico, que podrá utilizarse como contrato accesorio, cuando la cesión de derechos que comprende sea efectuada para garantizar el pago o cumplimiento de una obligación contraída.

Por otro lado, consideramos que su naturaleza jurídica puede encuadrarse en la del contrato de prenda, ya que la garantía colateral se constituye sobre derechos que derivan de la prestación de servicios o proveeduría de bienes, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, como ocurre en el contrato de prenda.

Y sobre esto último, cabe señalar que en virtud de la cesión, el acreedor de estos derechos cedidos perdería esa calidad de acreedor, y en el caso concreto del otorgamiento de un contrato de crédito, perdería la preferencia en el pago, ya que implica "pignorar" la titularidad de estos derechos en favor de la Institución acreditante.

Al carecer de regulación específica para esta figura, con fundamento en el artículo 60. de la Ley de Instituciones de Crédito, nos vemos en la necesidad de acudir en forma supletoria a aquellos preceptos en los que encontramos mayor afinidad, y como podemos observar, le resultan aplicables las disposiciones contenidas en la legislación de comercio y en nuestro código sustantivo, a saber:

Dado que la cesión de derechos la utilizamos como forma de garantía, con fundamento en los artículos 391 del Código de Comercio y 2046 del Código Civil, para que ésta pueda otorgarse, deberá cumplirse una de las principales obligaciones a cargo del cedente, que es la de asegurar la existencia o legitimidad de los derechos objeto de la cesión.

Por lo tanto, para que un sujeto acreditado pueda considerarse capaz de otorgar esta clase de garantía, deberá presentar los documentos o contratos que consignen la titularidad de los derechos cedidos, a efecto de valorar la situación que estos guarden y si existen restricciones o condiciones especiales para tomarlos.

Según el artículo 2030 del código sustantivo, para que la cesión de derechos "pura" pueda surtir efectos, no es necesario el consentimiento del deudor, salvo aquéllos casos en los que la naturaleza del derecho objeto de la cesión le impida que puedan ser cedidos y por supuesto, en aquéllos casos en los que la ley, el documento o contrato con el que se acreditan o por el que se adquirieron, expresamente lo prohiban.

Una vez que se constituye, es interesante puntualizar que si la cesión es manejada en su forma pura y simple, como forma de transmisión de obligaciones civiles, producirá *per sé* efectos contra terceros; pero si el cesionario desea ejercitarla para que el pago de lo debido se verifique, entonces es necesario que la cesión sea notificada al deudor de esos derechos ya sea por vía judicial o extrajudicial, ante dos testigos o ante notario.

Por su parte, en materia mercantil, la cesión de derechos también está regulada, específicamente en el artículo 389 del Código de Comercio, en el que se establece que los créditos mercantiles que no sean al portador ni endosables, pueden ser transferidos por medio de cesión.

Al respecto, para que la cesión produzca efectos contra el deudor de los mismos, también es necesario que dicha cesión le sea notificada y según el artículo 390, el único requisito para que sea válida la notificación, radica en que ésta puede efectuarse únicamente ante dos testigos.

Como podemos observar, la notificación es sumamente importante para que la cesión se perfeccione, ya que al darse por perfeccionada la cesión de derechos "en garantía", ello implicará que las cuentas por cobrar que la integran, ya no se vean reflejadas en el

activo de la persona física o moral que la otorgue, hasta en tanto no se lleve a cabo su notificación.

Y por lo que se refiere a la cesión de derechos regulada en materia civil, el único que puede notificar o pedir que se efectúe la misma, es el acreedor, quien deberá presentar el instrumento en el que conste la cesión de derechos. En lo personal, consideramos que esto podría aplicarse también en materia mercantil.

Por lo que toca a la cesión de derechos "en garantía", la notificación juega un papel distinto y determinante, ya que el diferimiento de la misma es lo que nos permite tomarla como forma de garantía en un contrato de crédito a través de su sujeción a una condición suspensiva.

Y a efecto de poder explicar cómo se maneja y cuándo se verifica el perfeccionamiento de la garantía colateral, necesariamente tenemos que entrar al estudio de la condición suspensiva como modalidad de las obligaciones, y de los actos jurídicos en sí.

Partiremos del supuesto en el que una condición puede tener lugar: en principio, hay que recordar que un contrato está integrado por cláusulas, las cuales tienen diferente contenido obligacional; y atendiendo a su naturaleza y contenido, se les puede denominar como esenciales, naturales y accidentales.

Explicaremos brevemente su diferencia, citando los comentarios de Galindo Garfias, quien nos dice que se consideran esenciales, aquéllas cláusulas sin las cuales el acto no puede llegar a formarse, v. gr. la voluntad de las partes.

Son cláusulas naturales, las que determinen los elementos propios del acto. Estos pueden ser suprimidos por las partes, pero sin que ello implique la cesación de sus efectos; es decir, aquéllas que el acto lleva implícitas y a las que las partes están obligadas, pero que pueden ser modificadas por ellos, v. gr. en el caso de una compraventa en la que el vendedor esté obligado al pago de un impuesto, pero que ambos convienen en liberarlo de esa obligación, al tomarla a su cargo el comprador.

Y por último, se consideran cláusulas accidentales, aquéllas estipulaciones que producen que las mismas subordinen al acto consignado, a la realización de algún acontecimiento, limitación o modalidad. Dentro de estas modalidades se distingue la condición.

Entenderemos como condición, en su concepto genérico, aquél acontecimiento futuro de realización incierta, de cuya sujeción depende la eficacia del acto o la cesación de sus efectos.⁷³

Por otro lado, encontramos que dentro del Capítulo I del Título Cuarto de nuestro Código Civil, se regulan las modalidades de las obligaciones. Dentro de ellas podemos encontrar a las obligaciones condicionales, y según el artículo 1938, se consideran obligaciones condicionales, aquéllas en las que su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro de realización incierta.

El artículo 1939 del citado código, instituye como condición suspensiva, aquella de cuyo cumplimiento depende la existencia de una obligación. En sentido opuesto, encontramos en el artículo 1940 del mismo, que la condición resolutoria es aquella cuyo cumplimiento resuelve la obligación, y por la cual las cosas vuelven al estado que tenían, como si la obligación no hubiere existido.

Cabe señalar que ésta última no tendrá aplicación para nuestro estudio, ya que en el otorgamiento de la garantía colateral, lo que siempre existirá es la cesión de derechos, y su notificación será la que se encuentre sujeta a una condición suspensiva, ya que lo que interesa a la acreditante es que su contrato de crédito se cumpla, y que sólo en caso de incumplimiento, entonces la cesión de derechos surta efectos y se proceda a la notificación al deudor de los mismos, para que éste sea quien efectúe el pago.

Aquí el efecto directo del cumplimiento de la condición suspensiva, implica que la cesión que aún no se perfeccionaba, ya pueda ejercitarse contra terceros, lo cual se puede lograr a través de su notificación vía judicial o extrajudicial, al deudor de los contratos o documentos objeto de la cesión, para solicitarle el pago de las

⁷³ GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 3a. ed. Porrúa, México 1979. pp. 270 et. seq.

prestaciones o cantidades que debía al acreedor primitivo, pero que por consecuencia de la cesión, ahora deberán ser pagadas a la Institución acreditante.

Por tal razón, el deudor de los documentos tomados en garantía estará obligado para con el nuevo acreedor o cesionario, al pago de lo debido, hasta por el equivalente al importe de los derechos cedidos, y sólo podrá liberarse de esta obligación, cuando ya le hubiere pagado al cedente y no se le hubiere notificado.

En otras palabras: al momento del otorgamiento del crédito, las Instituciones buscan con esta clase de garantía, que las prestaciones debidas a su acreditado, sean las que garanticen el pago del préstamo, normalmente previo nombramiento de depositario para la guarda y custodia de las mismas, y que en caso de que el cedente incumpla en el pago, entonces la cesión de derechos se haga efectiva.

Si este incumplimiento tiene lugar, entonces la condición a que estaba sujeta la notificación de la cesión de derechos se estará verificando, y ello produce que la Institución bancaria acreedora, proceda a solicitarle al depositario designado la entrega de los documentos en los que consten los derechos cedidos, en caso de que existan.

Posteriormente, la cesionaria deberá notificar al deudor de los contratos o documentos, en el sentido de informarle que hubo una cesión de derechos y que en consecuencia de ello, se estará subrogando en los derechos de cobro y los accesorios que el cedente tenía a su favor, por haberse cumplido la condición a que estaba sujeta la notificación de la cesión.

Aquí es donde puede observarse claramente el porqué la cesión de derechos cuya notificación se encuentre sujeta a una condición suspensiva puede utilizarse como garantía, pues no obstante que la consecuencia jurídica principal de la cesión (como forma de transmisión de obligaciones) fuera que el deudor de esos derechos le pague al nuevo acreedor desde el momento en que se hiciera constar la cesión, por vía de consecuencia lo que ocurre al manejarlo así es lo siguiente:

- si el acreedor de un derecho lo cede en garantía del pago de un crédito y sus accesorios, por tratarse de una cesión cuya notificación se encuentra sujeta a condición suspensiva consistente en el incumplimiento de pago de lo debido, entonces la Institución bancaria acreedora, por haberse cumplido la condición a que ésta se encontraba sujeta, procederá a notificar al deudor de esos derechos, que los mismos le fueron cedidos y, para informarle que en tal virtud, deberá efectuar el pago a la Institución y no al acreedor original.

Aquí también resultaría procedente la aplicación de normas que regulan a la condición suspensiva en general, v. gr. si los bienes que integran la cesión, se pierden o demeritan por culpa del deudor, éste siempre estará obligado al pago de daños y perjuicios o bien, en el segundo caso, a compensar este demérito, con la sustitución del bien cedido por otro de la misma especie, calidad o cuantía. De igual modo, si éstos se mejoran, siempre será en beneficio del cesionario.

Así pues, podemos observar que en la vida normal de un crédito que consigne esta especie de garantía, siempre será necesario que la Institución vigile que los derechos cedidos no se pierdan o demeriten.

Por ello, y por lo que se refiere al caso en que se haya otorgado para garantizar un contrato de apertura de crédito revolvente, al momento en que éste se firme, la Institución obliga al acreditado a cumplir con ello, y, en caso de que los derechos cedidos tengan una vigencia, lo obliga a sustituirlos y a compensar siempre que haya diferencias en relación a los derechos cedidos originalmente.

Por todo lo anterior, podemos concluir que uno de los fundamentos legales que encontramos para su utilización como garantía accesoria a un contrato principal de crédito, está contenido en el artículo 2031 del Código Civil que nos indica que salvo las disposiciones expresas respecto a la cesión de créditos (y/o de derechos agregaremos), se deberán observar las disposiciones relativas al acto jurídico que le dé origen.

Por lo tanto, y en virtud de carecer de regulación expresa para esta práctica bancaria, nos vemos en la necesidad de acudir en forma

supletoria a los principios anteriormente citados; razón por la cual, la colateral resulta regulada por las disposiciones del contrato de crédito al que le sirve de garantía.

Normalmente, cuando la colateral se consigna en los contratos de crédito revolventes, cada una de las disposiciones se documenta en pagarés que tienen un vencimiento específico, y cada una se va condicionando a la presentación de los documentos que amparen los derechos cedidos, vigilando que éstos tengan una vigencia posterior a la del pagaré que ampara la disposición del crédito efectuada.

Lo anterior con el objetivo de que en caso de que el pagaré venza y el acreditado no haya cubierto la suma en él consignada, entonces la Institución acreditante pueda proceder a solicitar al depositario designado, la entrega de los documentos que tengan incorporados los derechos cedidos, y posteriormente, a presentarlos al deudor de los mismos, a efecto de que en virtud de que aún se encuentran vigentes, le pague a esta última, en razón de la cesión celebrada que la subroga en los derechos de cobro que existían en favor del acreditado que incumplió.

Para ello, desde el momento de la celebración del contrato, se lleva a cabo el nombramiento de un depositario, quien por cada disposición que se efectúe, se encargará de recibir los documentos que amparen los derechos cedidos para su guarda y custodia y le entregará a la acreditante una relación en la que se detallen los documentos que son recibidos y en su caso, sustituidos.

Y, dado que el acto que dá origen a esta cesión de derechos, es la celebración del contrato principal de crédito revolvente, entonces será posible considerar a las colaterales como garantías o accesorios a éste, las cuales se regirán por el propio contrato de crédito, y en lo que no se especificare, se le aplicarán en forma supletoria las disposiciones contenidas en nuestros diversos ordenamientos para la cesión de derechos.

La anterior anotación es otra de las razones que encontramos para fundamentar nuestra propuesta de regular esta clase de garantía, a través de su inclusión en la Ley de Instituciones de

Crédito, como observaremos en el capítulo cuarto del presente trabajo.

3.1.4. Bienes que pueden ser otorgados en garantía colateral

Una vez comprendida la naturaleza y aplicación de lo que es la garantía colateral, es necesario determinar quienes pueden ser aptos para otorgarla y en qué bienes recae esta especie de garantía.

En general, pueden cederse toda clase de derechos personales o de crédito, y con fundamento en los artículos 2031 y 2032 del Código Civil, cuando ésta se lleva a cabo, además comprende la cesión de los derechos accesorios que le correspondan, ya sean reales de prenda o hipoteca, e inclusive los personales como la fianza, salvo los que fueren inseparables a la persona del cedente, o los convenidos por las partes, o bien, salvo aquellos a los que su naturaleza no se los permita y los que se encuentren prohibidos por la ley.

Normalmente, pueden otorgarla aquellas personas físicas o morales que, dentro de las actividades normales de su empresa, llevan a cabo ventas a crédito o a plazos, o que prestan servicios remunerados a plazo, previa celebración de los contratos respectivos y que se documentan con títulos de crédito, o se acreditan con facturas, contrarrecibos, contratos, cartas de crédito o similares.

Igualmente, esta especie de garantía pueden otorgarla empresas que se dediquen a actividades de factoraje financiero, de arrendamiento puro y arrendamiento financiero, y en general todas aquellas que ofrezcan servicios o realicen obras, normalmente remuneradas a plazo y que constituyan "cuentas por cobrar" por la prestación de servicios o proveeduría de bienes.

Para que se puedan tomar en garantía, y que ésta sea eficaz, los derechos objeto de la cesión, se toman normalmente a un porcentaje de su valor y en todo momento, durante la vigencia del crédito por el que se ceden en garantía, se pacta que deberán guardar la proporción que establezca el acreditante, en relación al monto que el acreditado vaya a disponer.

Mencionamos con anterioridad que dentro del catálogo de cuentas del grupo 13, en el que se encuentran los préstamos con colateral, se diferencian varias subcuentas. La primera, es la cuenta 130301, que implica documentos que provienen de la compraventa de mercancías.

A manera de ejemplo, podemos puntualizar que ésta clase de colaterales puede comprender tanto facturas y contrarrecibos, como los contratos de compraventa de los que emanan, así como los títulos de crédito en que puedan ser documentados, bien sean pagarés o letras de cambio.

Por su parte, la subcuenta 130304, agrupa a las cuentas por cobrar que emanen de una Institución de Crédito distinta a la acreditante. Estos pueden consistir, tanto en contratos de prestación de servicios a las citadas Instituciones, como contratos de obra a precio alzado o por precios unitarios que el cedente efectúe a las mismas, por mencionar algunos ejemplos.

Como comentamos con anterioridad, también el Gobierno Federal puede otorgar esta clase de garantía, misma que se distingue con el número 130310. Para ello, encontramos un requisito especial, pues para que sus documentos o contratos puedan ser otorgados en garantía colateral, es necesario que los mismos se encuentren registrados en la Dirección de Deuda Pública de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Otros bienes que pueden integrar una garantía colateral, pueden ser los contrarrecibos, facturas o contratos de cualesquiera proveedores o deudores del acreditado. De todos estos documentos, en la práctica se ha observado que son muy utilizados los emitidos por organismos o entidades de la Administración Pública Federal.

A este respecto cabe añadir que el artículo 50 de la Ley de Adquisiciones y Obras Públicas, instituye una limitación especial para la cesión de derechos derivados de los contratos de adquisiciones, servicios o arrendamientos en los que intervengan los citados organismos de la Administración Pública Federal.

En específico podemos citar los casos del IMSS, ISSSTE, PEMEX, CFE, INEGI, y cualesquiera organismo centralizado. La limitación radica en que no pueden ser cedidos total o parcialmente en favor de ninguna persona física o moral, los derechos u obligaciones derivados de los contratos celebrados con éstos.

Excepción hecha de los derechos de cobro, éstos si pueden ser cedidos parcial o totalmente, siempre y cuando la dependencia, organismo o entidad respectiva haga constar su "conformidad" respecto a la cesión de derechos que se vaya a otorgar, y por la que éste devenga "deudor cedido".

Esta ley no nos indica la manera en que la citada "conformidad" debe manifestarse. Pero en la práctica, se requiere que se efectúe por escrito y que se agregue al documento en que consta el crédito y la cesión de derechos, como parte integrante del mismo.

Y aunque pareciera que no se siguió un orden, hemos dejado al último la subcuenta 130302, ya que éste es un grupo en el que se da carta abierta a cualquier tipo de colateral que no encuadre en alguna de las mencionadas con anterioridad.

Dentro de esta subcuenta, podemos distinguir los contratos de arrendamiento financiero y puro, los contratos de obra a precio alzado, contratos de obra a precios unitarios y tiempo determinado, y estimaciones de obra ejecutada, entre otros.

3.2. Generalidades para el otorgamiento de la Garantía Colateral en los contratos de apertura de crédito revolvente

3.2.1. Elementos esenciales

Como en todo contrato, y partiendo del supuesto en el que consideramos que la garantía colateral, es un contrato accesorio, el primer elemento de existencia, será la voluntad de las partes contratantes para celebrar el contrato en el que se haga constar el otorgamiento de la misma.

Es esencial el acuerdo de voluntades para el otorgamiento de la cesión de derechos que implica esta forma de garantía, y como hemos venido comentando, solamente se requiere en principio, el consentimiento del cedente y el cesionario para que pueda verificarse la transmisión de derechos.

No es necesario el consentimiento del deudor de los derechos cedidos, con fundamento en el artículo 2030 del Código Civil, y podemos aseverar que al utilizar esta figura en la garantía colateral, tampoco será necesario, ya que la notificación al deudor se encontrará sujeta a una condición suspensiva, que al no ser cumplida, implicará que la cesión nunca se dé por perfeccionada.

El único caso en el que el deudor de los derechos cedidos debe manifestar su "conformidad", considerada como una forma de otorgar el consentimiento para que se pueda efectuar la cesión de derechos "en garantía" del pago de un crédito, es en aquellos casos en que el deudor cedido, sea alguna de las dependencias de la Administración Pública Federal, con base en el artículo 50 de la ley de adquisiciones y obras publicas comentado anteriormente, y cuando el documento a ceder así lo señale.

En cualquiera de los casos citados, el consentimiento debe manifestarse por escrito, en forma libre y sin vicios, el cual se

exteriorizará al momento de la celebración del contrato de crédito que consigne la garantía colateral.

El segundo elemento esencial para el otorgamiento de la garantía colateral, lo constituye el objeto, y en su primera acepción, el objeto directo de ello, se integra por la obligación que el cedente tiene de transmitir los derechos de que es titular, en favor de la Institución acreditante, para garantizar el pago de un contrato de crédito.

Otra de las características del objeto en la garantía colateral, será que el cedente deberá acreditar la existencia de los derechos que transmitirá, que le doten de características que lo hagan determinado o determinable, v. gr. cuando se celebra un contrato de crédito en el que se establece que en garantía del pago del principal y accesorios, el acreditado cede los derechos de que es titular respecto de los contratos que tenga celebrados o vaya a celebrar con un cliente específico.

También el cedente debe acreditar la legitimidad de los derechos que garantizarán el pago de su adeudo, ya que deben de provenir de la celebración de un acto lícito y posible, pues en caso de que carezcan de alguna de las características mencionadas, la garantía sería inexistente.

3.2.2. Elementos de validez

Como requisitos de validez para el otorgamiento de la garantía colateral, encontramos que en principio, las partes deben contar con la capacidad general para contratar, consistente para el acreditado en la aptitud para ser titular de los derechos que serán cedidos y la de poder transmitirlos por sí mismo en garantía del pago del crédito otorgado.

Además, debe contar con la capacidad especial que nos referimos en los apartados de hipoteca y de prenda analizados anteriormente, la cual se integra por los derechos de disposición respecto de los documentos o contratos de los que se desprendan los

derechos cedidos; y para el caso de que el cedente sea una persona moral, deberá estar autorizado y contar con facultades para poder efectuar operaciones que impliquen actos de dominio, si desea ceder los derechos de que es titular.

Y por parte del acreditante, será necesario que cuente con capacidad para poder recibir la cesión de derechos en garantía, ya que si el documento en que se consigna la titularidad de los derechos expresamente prohíbe que éstos puedan ser cedidos en favor de una Institución de crédito o de terceros, entonces no podrán servirle de garantía.

En otro supuesto, si los contratos o documentos de los que emanan los derechos cedidos establecen que sólo las personas que cuenten con una condición especial son los únicos a los que pueden transmitírseles esos derechos, si la Institución no encuadra dentro de esas condiciones, entonces, pese a la capacidad general con que cuenten las partes, dicha cesión no podrá ser efectuada.

En segundo lugar, encontramos que no deberá existir en el otorgamiento de la garantía colateral, ningún vicio en la voluntad de las partes, durante todo el tiempo de vigencia de la cesión de derechos, tanto al momento en que se celebra, como en el momento en que se perfecciona.

Lo anterior, debido a que como podemos desprender de los razonamientos planteados, el acreditado dá en garantía del pago del crédito ciertas cuentas por cobrar que tiene a su favor, en un plazo determinado, y por tanto, si así se pactó por las partes, será obligación del acreditado el sustituir los documentos que hayan sido pagados por otros equivalentes.

Si el acreditante no tiene conocimiento de que éste documento ha vencido, y el acreditado no lo sustituye, una vez que el primero le exige el pago y verifica que su garantía no está vigente, estaría mediando el error y el dolo por parte de éste último, y ambos configurarían dos de los vicios de la voluntad.

De igual modo, el acreditado incurriría en otro vicio de la voluntad conocido como "lesión", si al contratar y otorgar la

garantía colateral, cede en garantía derechos que no sean proporcionales al monto del crédito otorgado, ya que habría de por medio una lesión que se traduzca en un riesgo mayor para el Banco acreditante.

Otro elemento de validez que podemos encontrar al otorgar una garantía colateral, consiste en que deberá prevalecer licitud en el objeto, motivo o fin, por el que la misma se está otorgando.

No podríamos decir que la garantía estaría bien constituida si su objeto recayera en bienes que no pueden ser cedidos, como lo serían por ejemplo, aquellos que emanen de un contrato de prestación de servicios que contenga una cláusula específica que prohíba la cesión de los derechos que de él derivan, en favor de terceros.

También sería nula la garantía colateral que se otorgue en contravención a las disposiciones legales que rijan al momento de su celebración, v. gr. si son cedidos los derechos de cobro sin haber obtenido la conformidad del deudor cedido, cuando éste sea alguna dependencia de la Administración Pública Centralizada.

Y finalmente, el elemento de validez necesario para todo contrato, lo integra la forma. Para la cesión de derechos en su acepción pura y simple, el Código Civil en su artículo 2033 le fija que debe constar en un escrito privado, firmado por el cedente y cesionario, ante dos testigos, excepción hecha de aquellos derechos cuya enajenación deba constar en escritura pública ante notario, v. gr. los derechos de hipoteca.

Para el caso de la garantía colateral, hay que acudir tanto a las disposiciones sustantivas que encontramos para la cesión de derechos, como las previstas por los diversos ordenamientos para la celebración del contrato principal que garantiza.

En tal virtud, encontraremos que la cesión de derechos en garantía, deberá hacerse constar por escrito mediante un contrato, pero la finalidad que buscan las Instituciones al momento de utilizarla para asegurar el pago del crédito, no es que los derechos

les sean cedidos plenamente, ya que lo que le interesa a un banco no es cobrar directamente al acreedor original las prestaciones debidas.

Por el contrario, y precisamente porque el acreditado es el titular de ciertos derechos, para poder utilizarla como garantía, la cesión se efectuará con las características que mencionamos para esta figura en su forma pura, y sólo para que en caso de incumplimiento por parte del cedente, la Institución se subroge en los derechos de cobro que tiene en su favor el acreditado, mediante su notificación al deudor de los mismos.

En la práctica, el otorgamiento de la garantía colateral se hace constar por escrito, en el mismo documento privado en que se consigna la celebración del contrato de crédito que garantiza, el cual debe ser firmado por el cedente (acreditado) y cesionario (acreditante), con la comparecencia de dos testigos y ratificado ante notario o corredor público.

Lo anterior, partiendo del supuesto de que ésta sea la única garantía que se otorgue para el contrato principal de crédito, ya que en caso de que se consignare además una hipoteca, dado que ésta última debe hacerse constar en escritura pública ante notario, y debe inscribirse en registro público, entonces, la garantía colateral podrá consignarse bajo la misma forma.

También dentro de éste punto, cabe mencionar que habrán de seguirse ciertas formalidades al efectuar la notificación en el momento en que es cumplida la condición, es decir, cuando se verifica el incumplimiento de pago por parte del cedente-acreditado.

Con fundamento en el artículo 2036 del código sustantivo, la Institución de crédito procederá a notificar la cesión de derechos, en forma indubitable, ya sea por la vía judicial, o extrajudicialmente, con la comparecencia de dos testigos o ante fedatario público, ya sea notario o corredor público.

El efecto directo de la notificación consiste en perfeccionar la cesión de derechos pues se encontraba sujeta a una condición suspensiva, dándole así vida jurídica y la facultad de producir efectos contra el deudor de los mismos, que principalmente consisten en

legitimar al acreditante para poder solicitarle a éste el pago de las prestaciones debidas al cedente, a efecto de aplicarlas al pago del saldo insoluto del crédito.

En definitiva, la forma integra un elemento de validez del contrato celebrado, cuya falta no impide que éste sea creado, pero para que pueda exteriorizarse la voluntad de las partes para otorgarla, será necesario que cumpla con estas formalidades y además, para que pueda se probar su celebración.

3.2.3. Su aplicación y funcionamiento en las diversas Instituciones de Crédito

En ciertas instituciones, los contratos en los que se constituye la garantía colateral, hacen constar el nombramiento de un depositario, pero con la modalidad de que además, en el cuerpo del contrato, la institución acreditante le otorga un mandato sin representación, con facultades para pleitos y cobranzas y actos de administración.

La razón de su nombramiento es para que mientras no haya incumplimiento, el depositario-mandatario, también se encargue de realizar la cobranza de las facturas o contrarrecibos que amparan los derechos cedidos, de sustituirlos, y cuando sea necesario, de vigilar que los mismos no sean cedidos ni gravados en favor de otro acreedor, además de la consecuente rendición de cuentas respecto del ejercicio del mandato.

En contraposición a lo anterior, existen instituciones que determinaron no efectuar el nombramiento de mandatario para tal efecto, debido a que consideran que en sus contratos y relaciones jurídicas con los clientes, siempre se partirá de la buena fé de los mismos.

Inclusive, indican que con ello se logrará una mayor agilidad en la operación de créditos con garantía colateral, ya que para suplir este nombramiento y las obligaciones que conlleva, al propio otorgante de la garantía se le nombra depositario y con base en la

buena fé que existe para con éste, le liberan de la obligación de rendir cuentas periódicamente, evitando con ello entorpecer el funcionamiento de la garantía, concretando sus funciones exclusivamente a la guarda y conservación de los bienes que obran bajo su custodia.

Independientemente de lo anterior, existen también Instituciones que pactan en forma paralela a la constitución de la garantía colateral, que si los deudores de los derechos cedidos son notificados por el incumplimiento del cedente, y de que no obstante la notificación, los citados deudores no le cubrieren los importes debidos, entonces que la Institución acreedora podrá por cualquier vía, exigir al acreditado el pago de los títulos de crédito suscritos al amparo de las disposiciones efectuadas.

Además, si no pagaren los deudores de los derechos cedidos, también puede la acreditante avisar al acreditado que dichos documentos no le fueron pagados, para que obtenga su pago y lo obtenido se aplique al pago del adeudo.

Existen otras instituciones que manejan esta clase de garantía simplemente como una prenda sobre los documentos que amparan cualesquiera cuentas por cobrar, ya sea títulos de crédito o contratos diversos, celebrados para la prestación de bienes o servicios; al que le aplican todas las disposiciones existentes para el contrato de prenda, y efectúan el nombramiento de depositario de los mismos, sin ocurrir a la figura de la cesión de derechos.

En nuestra opinión, no consideramos correcto manejarlo de esta manera, ya que la prenda no se constituye sobre los documentos que consignen la titularidad o propiedad de los bienes pignorados, sino respecto de los derechos que amparan los citados documentos.

Por otro lado, esta figura resultaría afín con la garantía prendaria sobre créditos o títulos de crédito, pero ésta se constituirá al momento de la entrega de los títulos de crédito o del documento en que el crédito conste, con fundamento en diversas fracciones del artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Continuando con su utilización por otras Instituciones, encontramos que también acuden a la figura de la cesión de derechos para garantizar el pago de sus créditos y accesorios, pero con la modalidad de que la notificación no la sujetan a ninguna condición suspensiva, sino que la cesión la efectúan en su forma pura, con la correspondiente notificación a los deudores, desde el momento de su otorgamiento.

Según podemos observar, esta cesión de derechos que se perfecciona desde la celebración del contrato de crédito, produce efectos distintos a los que hemos venido comentando, ya que una de las principales obligaciones que produce para el acreditado (cedente) consiste en que si éste recibe el pago de los derechos cedidos, deberá entregarlo directamente a la institución acreditante.

En nuestra opinión, la cesión de derechos efectuada podría considerarse que constituye por sí misma, el pago del crédito, ya que la Institución acreditante estaría adquiriendo desde el principio los derechos de crédito que el acreditado-cedente tiene a su favor al constituir una especie del descuento.

Por esta razón estimamos que si se otorga en un crédito revolvente, podría confundirse con la propia operación de descuento o la de los préstamos quirografarios con colateral, o bien, con una operación de factoraje financiero, la cual una Institución de Crédito no puede realizar, ya que estas operaciones se encuentran reservadas exclusivamente para las empresas de factoraje financiero, autorizadas por la Secretaría de Hacienda, con fundamento en los artículos 45-A y siguientes de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Otra de las características especiales que encontramos al manejarla así, es que además le otorgan al cedente un mandato irrevocable, como un medio para cumplir con la obligación preexistente de pago para con la Institución acreditante, con facultades para pleitos y cobranzas, actos de administración y de dominio.

El objeto del mandato radica en que a consecuencia del incumplimiento en que incurra, el mandatario (cedente-acreditado),

lleve a cabo la cobranza de los derechos cedidos contra el deudor de los mismos, y le rinda cuentas de lo obtenido a la Institución, además de obligarle a aplicarlo directamente al pago del crédito insoluto.

Nuevamente en nuestra opinión, consideramos que no es necesario el otorgamiento de mandatos para efectuar la cobranza de los derechos cedidos al deudor, pues la finalidad original que se buscaba al crear esta forma de garantizar las obligaciones de pago derivadas de contratos de crédito, se basó en la buena fé que se le tiene al acreditado, con el objeto de no entorpecer el funcionamiento de esta garantía, con el proceso lento que la rendición de cuentas traería consigo, al tener que efectuarlas periódicamente y por cada disposición que se efectúe del crédito.

3.2.4. Efectos de su otorgamiento

3.2.4.1. La cesión de derechos que implica

Los efectos que crea el otorgamiento de la garantía colateral, están determinados por la cesión de derechos que la consigna, misma que produce consecuencias jurídicas tanto para las partes que intervienen en la cesión, como para con terceros.

Al implicar esta transmisión de derechos, podemos distinguir dos momentos: el primero, que se integra por las consecuencias jurídicas que produce la cesión de derechos cuya notificación se sujete a una condición suspensiva y el segundo, aquellas que tienen lugar una vez que la condición es cumplida y que provoca que la cesión surta sus efectos.

Para determinarla, debemos puntualizar claramente los elementos personales que participan en su otorgamiento. En el acto jurídico que integra la cesión de derechos en la garantía colateral, participan únicamente el cedente, quien es la persona que transmitirá sus derechos; y el cesionario, que es la persona en favor de la cual éstos son transmitidos.

Particularmente, en el momento del otorgamiento de la cesión como forma de garantía para el cumplimiento de un contrato de crédito, el cesionario será la Institución Bancaria acreditante y el cedente, será el acreditado por dicha Institución, mismo que es considerado como acreedor de los documentos o contratos que integran la garantía, frente al deudor de los mismos, al cual podemos denominar "deudor cedido".

Una vez hecha esta distinción, explicaremos en el siguiente punto, los efectos producidos entre las partes, ya que al verificarse la condición suspensiva a la que está supeditada la notificación de la cesión en la garantía colateral, se modifica la relación jurídica existente entre el titular de los derechos cedidos y el tercero ajeno al contrato de crédito que se estará garantizando con ellos, como deudor de los citados derechos y ahora obligado para con la Institución de crédito.

3.2.4.2. Efectos entre las partes

Al tratarse de una cesión de derechos cuya notificación se encuentra sujeta a una condición suspensiva, distinguiremos los dos momentos anteriormente citados:

El primero se constituye por el acto en que el cedente y cesionario hacen constar la cesión. El efecto directo para el caso de la cesión en su forma pura, sería el transferir las facultades con que éste se encuentra investido, directamente al cesionario, en el sentido de transmitirle los derechos de disposición sobre los bienes cedidos, así como sus accesorios.

Dado que en nuestro estudio, la notificación de la cesión se sujeta a una condición suspensiva, en el momento en que se celebra, ésta no surtirá efectos, y mientras tanto, se tendrá por no perfeccionada, hasta un segundo momento, en el cual la condición es cumplida.

Podríamos decir que durante la vida del contrato principal de crédito, si el acreditado está al corriente en sus pagos y cumple todas

sus obligaciones, entonces la cesión de derechos nunca se va a dar por perfeccionada.

En cambio, sí estará obligado a verificar que la garantía que otorga nunca se demerite, y a sustituir los derechos cuya vigencia haya llegado a su fin, por otros de la misma especie, previa aprobación de la acreditante y verificando que en todo momento guarden la proporción convenida entre las partes.

Por lo demás, sólo se efectúa el nombramiento de un depositario, y la designación del domicilio para el depósito, quien se obligará a la guarda y custodia de los instrumentos que consignan la titularidad de los derechos cedidos, así como al ejercicio de los derechos y acciones que les correspondan para su íntegra conservación, durante el tiempo de su vigencia.

Para ello, el cedente, está obligado para con el cesionario, a garantizar la existencia y legitimidad de los derechos cedidos, a demostrar que tiene la libre disposición de los mismos y la situación jurídica que estos guarden al momento de su celebración, en el entendido de que debe hacer del conocimiento del acreditante, cualquier limitación, gravamen o condición especial que guarden los mismos, a efecto de que ésta valore si los puede tomar en garantía.

Pero en la práctica, cuando el acreditado incumple, la Institución acreditante procede a tomar las medidas previstas en su contrato, que normalmente implican en primer lugar, el solicitar al depositario la entrega de los documentos que integran la garantía; por estar facultada para ejercitar el derecho de persecución de que está investido en virtud del contrato celebrado.

Aquí ya estamos ante un segundo momento, en el cual el cesionario (Institución de crédito) ya se consideraría que deviene acreedor de los derechos cedidos, por lo cual tendrá todas las facultades inherentes a ello, pues tiene verificativo una subrogación en los derechos principales y accesorios del cedente, frente al deudor cedido, situación que lo legitima para proceder a la notificación de la cesión a éste último.

Con fundamento en los artículos 2040 y 2041 del Código Civil, una vez que se realiza la notificación en forma fehaciente al "deudor cedido", éste quedará obligado a pagarle al cesionario, y cuenta con dos opciones: la primera, que en caso de que efectivamente siga siendo acreedor del cedente, entonces proceda al pago directo al nuevo acreedor por virtud de la cesión.

La segunda, en el supuesto de que el deudor cedido ya hubiere cubierto los pagos al cedente, entonces estará liberado de la obligación de pago para con la Institución acreditante, y esta última tendrá que optar por comunicarle al cedente que no le fue cubierto el adeudo, y a exigir en la vía y forma que considere viable, el pago de los títulos de crédito que en su caso hubieren sido suscritos por el acreditado, dado que ya no tiene garantía.

Y por lo que toca a los demás efectos que pudiere producir el otorgamiento de la garantía colateral, cabe mencionar que en virtud de que normalmente ésta se consigna en escrito privado y sin ninguna publicidad, no es posible que esto produzca efectos contra terceros.

Pero con fundamento en el artículo 2034 del código sustantivo, la cesión de derechos que integra la garantía colateral, puede surtir efectos contra terceros, mediante la inscripción en Registro Público del escrito privado en el que conste, cuando tiene por objeto un crédito inscribible; o cuando se otorga en escritura pública, o por la muerte del acreditado persona física, o por su entrega a un funcionario público en razón de su oficio, v. gr. el registrador de dicha Institución.

Por todos los anteriores motivos, concluimos el presente capítulo haciendo hincapié en la necesidad de inscripción de los créditos que consignan esta especie de garantía, para poderlos hacer oponibles a terceros y dotar a la acreditante de un derecho preferencial y prelación en relación a los demás acreedores, sean anteriores o posteriores.

CAPITULO CUARTO

4.1. Propuesta para una adecuada regulación e inscripción de los créditos revolventes que consignan una Garantía Colateral

4.1.1. Inclusión en la Ley de Instituciones de Crédito: razones y fundamentos

Como pudimos observar a lo largo de este trabajo, consideramos de fundamental importancia que todas las operaciones de crédito estén debidamente reguladas en nuestros ordenamientos normativos, a efecto de que las Instituciones encuentren su práctica y funcionamiento debidamente legitimadas.

Al decir que nuestra propuesta implica la adecuada regulación de la figura de la garantía colateral otorgada en los créditos revolventes, no quiere decir que pretendamos limitarla a que solamente pueda consignarse para garantizar esta especie de crédito.

Su finalidad es que ésta forma de garantía sirva para asegurar el pago de cualquier clase de crédito en la que sea otorgado, respetando los principios y garantías propias que cada especie de crédito trae aparejadas, v. gr. los créditos de habilitación o avío y los refaccionarios; pero el motivo de la limitación fue debido a que en la práctica, los créditos por excelencia en los que se utiliza es en los revolventes.

Así pues, pese a la clasificación que pudiéramos otorgarle al decir que es un contrato innominado o atípico, por no encontrarse regulado por las leyes, consideramos que puede asignársele la calidad de contrato accesorio, el cual, siguiendo los principios que

trataremos de establecer para su utilización, siempre deberá regirse por las disposiciones específicas que existan para ésta figura.

Y siguiendo la supletoriedad que la Ley de Instituciones de Crédito establece para las Instituciones de Banca Múltiple, en todo lo no previsto en estos principios que demarcaremos, se estará a la legislación mercantil, a los usos y prácticas bancarias y al código civil.

Si observamos un orden doctrinario, en todo lo no previsto por las leyes para esta figura, se regirá su otorgamiento por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato reglamentado con el que tengan mayor analogía, principio en el cual se basa también su utilización en la actualidad.

Por esta razón, es que en la práctica se consigna en los contratos de crédito bancarios aplicándole supletoriamente las disposiciones contenidas en nuestro ordenamiento sustantivo para el contrato de cesión de derechos y las reglas existentes para la utilización de la condición suspensiva a que la notificación de la misma está sujeta.

Por lo demás, nuestra pretensión es que en todo lo no previsto en la naturaleza accesoria que le vamos a conceder, éste se regule por el contrato de crédito al que sirva de garantía, y en última instancia, por la legislación mercantil, la civil y la fiscal, por lo que se refiere a las notificaciones.

El fundamento específico que encontramos para su inclusión en la Ley de Instituciones de Crédito, lo determina que se ha venido utilizando en una forma que pudiera resultar ineficaz para la institución acreedora, y para ello, proponemos que se adicionen al procedimiento vigente las siguientes modalidades:

Intentaremos que esta clase de garantía a la cual deseamos reglamentar, cuente con un mecanismo específico y jurídico para su otorgamiento y para que con apego a las bases que vamos a establecer, pueda resultar beneficiosa tanto para las Instituciones de crédito, como a la clientela ávida de obtener financiamientos y que

muchas veces no encuadra en los supuestos enunciados para ser considerado sujeto de crédito.

Creemos que la garantía colateral, bien podría servir para asegurar el pago de cualquier tipo de crédito, desde los contractuales, hasta inclusive el establecimiento de una carta de crédito, la cual, por carecer de naturaleza contractual, para poder ser garantizada en este sentido, implicará que la garantía colateral se consignare en un instrumento que contenga un "contrato de cesión de derechos en garantía colateral" o bien, un "contrato de garantía colateral".

También trataremos de establecer un mecanismo de ejecución extrajudicial de los bienes objeto de la garantía colateral, cuya finalidad sea la de hacer efectivos únicamente los derechos cedidos, de manos de quien se encuentren, para lograr el pago del adeudo en defecto del incumplimiento de pago del acreditado, y sólo por la parte del adeudo que garanticen.

Como hemos venido estudiando, los derechos cedidos en garantía, normalmente se documentan en contratos o facturas, contrarrecibos o similares, y en tal virtud, y por tener semejanza con los créditos prendarios, es necesario el nombramiento de un depositario para la guarda y conservación de los mismos.

Un efecto importante en el nombramiento del depositario, lo observamos al momento del incumplimiento, ya que la acreditante en ejercicio de las facultades de que estará investida, podrá ejercitar su derecho de persecución respecto a los mismos, y solicitarle a éste, la entrega de los bienes cedidos, hasta conseguir el pago del adeudo.

Y con ello no debe entenderse que el acreedor se estaría haciendo justicia por mano propia, ya que al retener los documentos que amparen los derechos cedidos, no está cobrándose lo debido, sino haciendo una especie de presión al deudor para que, hasta en tanto no pague, los bienes no serán devueltos, y para el caso en que se vaya a demandar el pago por vía judicial, la posesión facilite la ejecución forzada de embargo y remate.

Esto no deberá confundirse ni considerar que se estaría aplicando en forma leonina, ni ventajosa, ni en contravención a la prohibición que nuestro Código Civil instituye en diversos artículos, para poder retener los bienes depositados, ya que en nuestro proyecto de artículos intentaremos facultar al acreedor para ejercitar este derecho de retención.

Podemos fundamentar la facultad que le otorgaremos partiendo del supuesto ya comentado, que implica la libertad contractual, pues lo pactado entre las partes debe ser cumplido, y si en el contrato se estableció que el acreedor podría solicitar la entrega de los documentos que consignan los derechos cedidos, entonces ya se encontrará debidamente legitimado para ello.

Lo anterior conllevaría el riesgo siempre latente, de que los bienes se perdieran con o sin culpa del acreditado y que la Institución acreditante se percatara de ello hasta el momento en que requiere la entrega por virtud del incumplimiento.

Una de las maneras en que esto puede evitarse es fundamentando el nombramiento del depositario en el artículo 334 del Código de Comercio, que implicaría que se constituya el depósito de los bienes que consignan la titularidad de los derechos cedidos por la entrega que de ellos haga el acreditado.

Y para lograr una mejor dinámica en la vida de esta clase de garantía, también proponemos que desde el momento de la celebración del contrato y del otorgamiento de la garantía, se nombre depositario de los bienes, a la Institución acreditante, y que la entrega lo convierta en depositario en términos del citado artículo 334.

Lo anterior también con el objetivo de que expresamente se pacte que en caso de incumplimiento, éste pueda gozar de un derecho de retención de los bienes que consignan la titularidad de los derechos cedidos y con ello evitar el riesgo de su pérdida, por haber devenido depositario de los mismos.

Es también importante mencionar lo referente a la notificación de la cesión de derechos al deudor original de los mismos. Hemos de

partir a manera de ejemplo, de un claro supuesto en el que el giro de la acreditada sea la prestación de servicios y que estos sean remunerados.

Normalmente las empresas que prestan servicios no siempre obtienen el pago por adelantado, sino que son remuneradas a plazo, conforme se haya convenido en un contrato o con base en la práctica acostumbrada para la celebración de esta clase de obras.

Es lógico que dicha empresa de prestación de servicios tenga necesidades de tesorería, y por esta razón es que acude a una Institución de crédito para solicitar un financiamiento, mismo que una vez otorgado, se obligará a cubrir en plazos específicos, y en este caso, le asegurará el pago con estas cuentas por cobrar que tenga pendientes, cuyos derechos le cederá, pero que no serán notificados al deudor de los mismos hasta en tanto el acreditado no deje de pagar.

Para ello, la Institución valorará si las cuentas por cobrar están vigentes y si amparan los derechos de disposición de los mismos, previo estudio de los contratos que los consignent o de los documentos en los que se materialicen.

Por tanto, una de las obligaciones más importantes para el acreditado, es que deberá vigilar que los derechos cedidos siempre se encuentren vigentes y en caso de que hayan vencido, éste deberá sustituirlos por otros que tengan el mismo "valor", hasta la total liquidación del adeudo o la terminación del contrato.

Hasta aquí parece muy clara la finalidad que esta cesión de derechos tiene aparejada, pero ¿qué sucede cuando el acreditado no paga?

La práctica bancaria al respecto es un poco oscura ya que, en primera instancia, se estaría integrando el cumplimiento de la condición suspensiva a la que la notificación de la cesión de derechos estaba supeditada y lo primero que se realizará es solicitar la entrega de los documentos en que consten los derechos cedidos y a efectuar la notificación al deudor de los mismos, para que pague en defecto del acreditado (cedente).

Si el deudor cedido no hubiere pagado al cedente, entonces en virtud de que la cesionaria (acreditante) hará la presentación del documento que consigne la cesión de derechos, estará obligado al pago en favor del cesionario, pero hasta el monto en que éstos sean suficientes, en caso de que amparen una suma mayor, o por el total de su valor, aunque este no fuere suficiente para cubrir el adeudo insoluto.

Para lo anterior, encontramos dos modalidades: si los derechos cedidos son de mayor valor al de la disposición insoluta del crédito, en vez de que se pague parcialmente su importe, éste puede cubrirse totalmente a la acreditante y se aplicará al principal y los accesorios generados, y el remanente tendrá que restituirselo al acreditado.

Todo esto pretendemos también dejarlo muy claro al momento de redactar los artículos en que la figura sea regulada, para fijar específicamente el procedimiento extrajudicial en que ésta puede hacerse efectiva.

Y por otro lado, si el valor de los derechos no fuere suficiente para cubrir el adeudo, y partiendo del supuesto en que no solamente existe un deudor cedido sino varios, entonces la acreditante deberá seleccionar aquellos documentos que pudieren cubrirle el adeudo, independientemente de los diferentes deudores a que deba acudir.

Pero, ¿que resultaría si el deudor cedido ya hubiere cubierto el pago de su adeudo pendiente para con el cedente y no fueron sustituidos los documentos en que se consignaban?, o ¿qué pasaría si los derechos cedidos no se encontraran vigentes al momento en que el cesionario solicita el pago al cedido?

En el primer caso, el deudor cedido se liberaría de la obligación de pago para con la cesionaria, en virtud de haberlos cubierto oportunamente al cedente, pero es obvio que entonces la Institución bancaria no podrá ejercitar el cobro a éste y tendría que ir contra otros deudores cedidos.

Pareciera entonces que la acreditante ha quedado desprotegida y precisamente para evitar este riesgo, hacemos hincapié en que la

forma más segura de evitarlo es el nombrar como depositario de los mismos, a la Institución de crédito que es cesionaria, sin que ello libere al acreditado-cedente de la obligación de mantener siempre vigente la garantía y proporcional al crédito otorgado.

En el segundo caso, y dado que integraría un incumplimiento de la obligación a cargo del deudor de vigilar en todo momento que estos se encuentren vigentes, o de sustituirlos por otros que si se encuentren vigentes, entonces la acreditante podrá solicitarle en la vía que considere pertinente, el pago de los títulos de crédito suscritos al amparo de la disposición efectuada, con fundamento en el artículo 72 de la Ley de Instituciones de crédito.

Y con ello no queremos decir que no sea necesario un procedimiento judicial para cobrar al acreditado el pago del principal y accesorios. Lo que pretendemos establecer es que no trataremos de regular la forma de ejecución del contrato de crédito, sino en particular, la forma en que la garantía colateral puede ser ejecutada, como un contrato accesorio, que implique sólo la forma de hacer efectivos los documentos que consignan la cesión de derechos en garantía.

Otra situación que es importante comentar, lo es el caso de los derechos cedidos en garantía que no hayan estado libres de gravámenes o que se graven en favor de acreedor distinto a la Institución acreditante.

Aquí, necesariamente habría que tratar el problema de la prelación en los créditos, el cual se resuelve fácilmente si la garantía colateral no fue la única otorgada para asegurar el pago de un crédito, ya que como hemos comentado, si existe una hipoteca o una prenda que legitime a la Institución bancaria y le otorgue una preferencia en relación a posteriores acreedores, entonces no habría duda en que todas las garantías debieran ser cubiertas preferencialmente.

Pero, ¿qué sucede si exclusivamente se constituyó una garantía colateral y a ésta no se le dio publicidad? El problema sería en realidad para la acreditante, pues tendría que demostrar a los posteriores acreedores, que la cesión de derechos se efectuó con

fecha anterior a cualquier otro gravamen sobre los mismos, esto contando con que no hubieren sido cedidos con anterioridad.

Por todas las anteriores situaciones, es que intentamos regular esta figura, incluyendo en ella como formalidad para su otorgamiento, que deba inscribirse en Registro Público, cuya polémica estudiaremos en el punto siguiente.

4.1.2. Necesidad de inscripción de los contratos que consignan esta clase de garantía en el Registro Público de Comercio.

El objetivo fundamental de la inscripción de documentos en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio, es la publicidad registral de los actos que contienen, ya que este asiento registral tiene efectos declarativos y no constitutivos.

Esto quiere decir que no obstante que un contrato no se haya inscrito en la citada Institución, ello no implicaría que el acto que consigna no se pudiera dar por celebrado y perfeccionado. Este tiene plena eficacia, pero para que pueda ser oponible a terceros, debe tomarse nota del mismo en dicha Institución, a efecto de poderlo hacer del conocimiento del público en general.

Y ésta última característica es la que determina el principio civil y registral de la publicidad, que conlleva al de la inscripción, mismos que tienen un efecto específico, consistente en publicar la existencia de un acto, mediante la transcripción de un extracto de los elementos integrantes del acto.

Dicha finalidad se logra hasta que el interesado tiene conocimiento directo del acto inscrito, ya sea por solicitar información respecto de un inmueble o de la situación de una persona moral.

Por ello, este es uno de los principales razonamientos por los que las instituciones de crédito, previo al otorgamiento de un

préstamo, llevan a cabo las averiguaciones pertinentes en la citada dependencia para conocer la situación jurídica que guardan los bienes o la empresa del solicitante.

Dependiendo de la especie de crédito que se vaya a otorgar, será el registro del contrato que lo consigne, junto con las garantías que otorguen, v. gr., si se concede un crédito con garantía hipotecaria cuyo propietario es una persona física, con fundamento en el artículo 2919 del Código Civil, deberá ser inscrita para que sea oponible a terceros.

Por su parte, y con fundamento en el artículo 67 de la Ley de Instituciones de Crédito, si se trata de una hipoteca sobre la unidad industrial de una persona moral, tanto ésta como el contrato de crédito que garantizan, se inscribirán en el folio real del inmueble que la integre.

En los créditos de habilitación o avío y en los refaccionarios, que sólo consignen las garantías propias, para que estos puedan producir efecto contra terceros, deberán ser inscritos en el folio mercantil de la persona moral acreditada. Lo mismo sucedería para el caso del otorgamiento de una garantía prendaria, pero por lo que se refiere al caso específico del otorgamiento de la garantía colateral, nos vemos ante dos posturas:

Existen opiniones al respecto en el sentido de determinar que sería impráctica la inscripción de los documentos que consignen una garantía colateral, argumentando que dado que los derechos cedidos tienen un vencimiento, entonces cada vez que estos sean sustituidos y cada vez que se vaya a disponer del crédito, pasarían dos cosas: la primera, que tendría que cancelarse esa anotación de inscripción y efectuar una nueva en la que se indique nuevamente cuales son los derechos cedidos en garantía.

La segunda, que se tendrían que efectuar convenios modificatorios para que surtiera efectos la nueva cesión de derechos sin que se tuviera que dar por terminado anticipadamente el contrato de crédito, además de que se incurriría constantemente en gastos de inscripción y cancelación.

En nuestra opinión, este criterio no es del todo cierto ya que adoptamos una segunda postura, en la que consideramos que la celebración de convenios modificatorios puede evitarse si al momento de la celebración del contrato que consigna la garantía colateral, se elabora una relación de todos los posibles clientes cuyos derechos de cobro puedan ser cedidos, sin especificar su monto o vigencia e indicando el plazo del contrato de crédito.

E inclusive, consideramos que en la primera postura, sólo se está tomando en cuenta la situación de tener que cancelar e inscribir cada vez que los documentos se sustituyen, así como el gasto que generaría dicha situación, pero no están considerando que la falta de inscripción de un contrato con garantía colateral, implicaría que ésta careciera de publicidad y que le negaría la posibilidad de ser un crédito preferente.

Un claro ejemplo que podría ilustrar este supuesto, consistiría en el momento en que, con fecha posterior a la cesión de derechos en garantía, el acreditado obtenga un crédito con Institución distinta y como garantía hipotecara su unidad industrial. Aquí, dado que nunca se tuvo conocimiento de que éstos derechos estaban cedidos en favor de nuestra acreditante, el segundo podría devenir acreedor preferente e intentar embargarlos si hay incumplimiento de pago.

El problema que conlleva y que podríamos evitar con la inscripción del crédito con colateral, es en primer lugar, los gastos sucesivos de inscripción y cancelación al hacer uno solo, y en segundo, que esto integraría un beneficio para el acreditado, quien es el obligado a expensar dichos gastos.

Pero lo que estimamos de mayor importancia, es que evitaríamos con ello, que el acreditante tenga que demostrar en juicio que es acreedor de un crédito preferente en virtud de que le fueron cedidos estos derechos con fecha anterior a la de los posteriores acreedores y que por tanto los bienes (derechos cedidos) que integran su garantía, quedarían excluidos del gravamen impuesto con posterioridad al suyo.

Todo lo anterior tiene fundamento en los artículos 24 y 25 del Reglamento del Registro Público de Comercio, que establecen que el

efecto de la inscripción de un acto o contrato mercantil en el folio de una empresa, es darle publicidad registral y oponibilidad frente a terceros, a los documentos en los que consten, en razón a la fecha en que ingresen a la Institución para su calificación e inscripción, lo cual les dota de prelación con respecto a los demás documentos recibidos.

Y también con fundamento en los artículos 29 y 32 del citado reglamento, es que los créditos con esta clase de garantía pueden ser inscritos, ya que establecen qué tipo de documentos son inscribibles y el nuestro encuadra perfectamente en dos de sus supuestos, que son el instrumentarse en escrito privado, ratificado ante fedatario público, o en escritura pública, cuando implica una garantía que requiera de inscripción.

Aunque esta clase de garantía no está regulada y por tanto, no hay obligación legal de inscribirla, las Instituciones no estaban realizando su registro, pero consideramos que otro fundamento para efectuarlo es que con apego al artículo 39 del mismo reglamento, el cual estatuye que para inscribir un contrato, es necesario especificar todas sus características y naturaleza de los elementos que contienen; en ellos entraría el especificar que trae aparejada una garantía colateral.

Otro fundamento que podría apoyar que los créditos con colateral puedan ser inscritos y que con ello doten al acreedor de prelación, lo encontramos en los artículos 20 y siguientes del Código de Comercio, que determinan que el registrador está obligado a dar a los documentos inscritos un orden cronológico en relación al momento de su presentación.

Para ello, indica que cuando los contratos a registrar deban inscribirse en el Registro Público de la Propiedad conforme al derecho común, éstos surtirán también efectos en el ámbito mercantil, razón que ampara la inscripción de créditos hipotecarios sólo en el folio real y no en el mercantil, en caso de que el acreditado sea una persona moral.

Continúa reglamentando que aunque carecieran de inscripción en el folio mercantil los contratos registrables, éstos si producen efectos contra terceros cuando se refieren a derechos reales o a

bienes inmuebles, siempre y cuando éstos si se hayan inscrito en el área de propiedad.

El último fundamento que encontramos para la inscripción de los contratos que consignan una garantía colateral, lo encontramos en el artículo 31, que obliga a los registradores a inscribir cualquier documento mercantil que le sea presentado.

Pero no obstante que existe regulación supletoria para que se lleve a cabo el registro de los mismos contratos con cualquier clase de garantía, las Instituciones de crédito que los conceden, no lo llevan a cabo, en virtud de no existir obligación expresa para ello.

Es por ello que nos atrevemos a someter a su consideración, nuestra propuesta de reglamentar e inscribir los contratos que consignan una garantía colateral, para evitar el acudir totalmente a la aplicación supletoria de disposiciones de otros ordenamientos, y para dar mayor protección a los acreedores al celebrarlos, mismos que serían del tenor siguiente:

4.1.3. Proyecto de artículos que podrían regular la figura de la garantía colateral en la Ley de Instituciones de Crédito

- Artículo 67-A.- Las instituciones de crédito podrán tomar en garantía de los financiamientos que otorguen, las cuentas por cobrar que los acreditados tengan en su favor, y se consignarán bajo el rubro de garantías colaterales.
- Artículo 67-B.- Se entiende por garantía colateral, aquella forma de garantía real que implica una cesión irrevocable de derechos de crédito o de cobro específicos en favor de una Institución de crédito, cuya notificación se encontrará sujeta a la condición suspensiva consistente en el incumplimiento por parte del acreditado, del pago del principal y/o accesorios derivados de un contrato de apertura de crédito.

- Artículo 67-C.- Para que pueda consignarse una garantía colateral, bastará el consentimiento del cedente y cesionario, salvo por disposición en contrario que se exprese por Ley, en el sentido de que para efectuar la cesión de derechos se requiera la conformidad del deudor cedido. En todo caso deberán seguirse las siguientes reglas:

I. La cesión de derechos deberá hacerse constar por escrito, en documento privado firmado por cuadruplicado ante dos testigos y deberá ser ratificado ante notario o corredor público.

Constará en escritura pública la cesión de derechos que se otorgue para garantizar créditos en los que además exista una garantía que deba constar en instrumento de tal naturaleza.

II. Para que surta efectos contra terceros, deberá inscribirse en Registro Público de Comercio, el documento en que conste su otorgamiento, concediéndole al acreedor la prelación que corresponda frente a los demás acreedores del cedente.

Las hipotecas sobre la unidad industrial que se constituyan con posterioridad al otorgamiento de una garantía colateral, no comprenderán los bienes que esta última implique.

III. Para la guarda y custodia de los bienes otorgados en garantía colateral, la Institución acreditante deberá constituirse en depositaria, quien deberá efectuar todas las actuaciones inherentes a dicho cargo, para la conservación de los bienes que integran la garantía.

Sólo en los casos en que así lo convengan las partes, podrá ser depositaria la acreditada o un tercero, quienes deberán cumplir tanto con las obligaciones estipuladas por el contrato de que emanen, como las previstas por los artículos siguientes y las que le resultaren aplicables de otras leyes.

- Artículo 67-D.- Durante la vigencia del contrato de crédito garantizado de esta manera, la acreditada estará obligada a

mantener vigentes los derechos que integran la cesión en garantía.

En todo caso, estará también obligada a sustituir los derechos que le hayan sido pagados, por otros de la misma especie, calidad y cantidad, para que la garantía permanezca siempre íntegra.

A efecto de mantener actualizada la información respecto de los derechos que sean sustituidos, la acreditada deberá entregar a la acreditante o al depositario designado, según se haya pactado, una relación de los bienes que la integrarán.

- Artículo 67-E.- Hasta en tanto el acreditado no incumpla con sus obligaciones de pago del crédito y sus accesorios, no se integrará la condición suspensiva a que la notificación del otorgamiento de la garantía esta sujeta.

Para acreditar que éste ha incumplido en el pago del principal y los accesorios que genere, bastará el estado de cuenta emitido por contador autorizado de la Institución, el cual refleje el vencimiento del saldo deudor, y que deberá ser comunicado al acreditado en forma indubitable.

La acreditada gozará de un plazo de 48 horas posteriores a la noticia del incumplimiento de pago, para que éste sea efectuado o para comprobar si éste se realizó y por error la acreditante lo recibió en tiempo y no lo abonó.

- Artículo 67-F.- En caso de no realizar el pago dentro del plazo establecido en el artículo anterior, la acreditante procederá a notificar al primero de los deudores cedidos, con el objeto de obtener de éste el pago adeudado, misma que se hará bajo los siguientes lineamientos:

I. Podrá notificarse extrajudicialmente en forma indubitable, ante dos testigos o ante notario, la cual surtirá efectos al día siguiente en que se lleve a cabo; o bien

II. La notificación podrá efectuarse judicialmente, a elección de la acreditante, siguiendo las normas establecidas por el Código Fiscal de la Federación, y surtirá efectos al día siguiente en que se efectúe.

- Artículo 67-G.- En virtud de la notificación hecha conforme al artículo anterior, se tendrá por perfeccionada la cesión de derechos en garantía y producirá los siguientes efectos:

I. Si es verificado el incumplimiento y el acreditante fue nombrado depositario, éste gozará de un derecho de retención respecto de los bienes otorgados en garantía, hasta en tanto no reciba el pago adeudado, ya sea por el acreditado o por el deudor cedido.

II. En caso de que los bienes que integran la garantía, estén en poder del tercero designado por las partes, la acreditante podrá solicitarle extrajudicialmente y en forma fehaciente, la entrega de los bienes objeto de la garantía.

III. Al momento de notificar, la acreditante deberá comprobar al deudor de los mismos, que fue efectuada la cesión de derechos en garantía, mediante la presentación al deudor cedido, del documento en que ésta se haya consignado y con la finalidad de que aquél efectúe el pago a que resulta obligado, el cual no excederá del valor que le corresponda, en razón al monto los derechos cedidos.

IV. En caso de que el pago efectuado por el deudor cedido sea por un monto mayor al del saldo insoluto exigido, y sólo a falta de convenio expreso, la acreditante podrá optar por devolver el remanente al acreditado o por abonarlo al crédito insoluto en calidad de prepago.

V. Para el caso de que el pago efectuado por el deudor cedido resultare insuficiente, la acreditante procederá a notificar en los términos establecidos, a cuantos deudores fuere necesario hasta cubrir el total del adeudo y los accesorios que éste genere.

- Artículo 67-H.- Una vez efectuada la notificación a los deudores cedidos, si éstos no pagaren, la acreditada informará esta situación al cedente, quien estará obligado a obtener su pago y a enterarlo a la cesionaria para que sea aplicado a la liquidación total o parcial del adeudo, según la parte que alcanzare a cubrir.

Para el caso de que los deudores ya hubieren pagado al acreditado, la Institución acreditante podrá optar por ejercitar sus acciones de cobro conforme a lo dispuesto en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que se refiere al cobro de los pagarés que amparen las disposiciones y en lo demás, por lo establecido en el artículo 72 de esta Ley.

- Artículo 67-I.- Para todo lo no previsto en estos artículos, y con apego a lo establecido en el artículo 6o. de esta Ley, se estará a lo dispuesto en la legislación de comercio y a la legislación civil, por cuanto le resultare aplicable.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Las garantías reales y personales son las formas más efectivas por las cuales un acreedor puede asegurar el cumplimiento de pago de un crédito y los accesorios que genere por parte del deudor.

SEGUNDA.- La necesidad de buscar facilidades para el acceso a los financiamientos bancarios, ha orillado a las Instituciones de Crédito a poner en práctica nuevas formas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones del deudor, dentro de las que se distingue la garantía colateral.

TERCERA.- La naturaleza jurídica de la cesión de derechos pura es la de un contrato cuyo efecto es transmitir los derechos de un acreedor a otro con respecto a su deudor, misma que se perfecciona por su notificación a éste último para que le pague al cesionario.

CUARTA.- El sustento para que la cesión de derechos se pueda tomar como garantía, lo podemos encontrar en que la principal característica de la cesión que se efectúa, es que al momento en que ésta se celebra, no se busca la transmisión plena de los derechos cedidos, pues si esto se verificase, ya no sería una garantía, sino una transmisión directa de los mismos.

QUINTA.- El mecanismo de aplicación de la figura de la cesión de derechos para que pueda utilizarse como garantía, consiste en ampliar el lapso existente entre el momento en que ésta se celebra y

el momento en que se perfecciona, mediante la sujeción de su notificación al cumplimiento de una condición suspensiva, consistente en el incumplimiento de pago por parte del acreditado-cedente.

SEXTA.- La consecuencia directa de la desnaturalización de esta forma de transmisión de obligaciones es que, debido a que no existe regulación específica al respecto, en la práctica han tenido que resolverse estas lagunas con la aplicación supletoria de disposiciones expresas del derecho común, pero que no siempre resuelven las controversias que se suscitan.

SEPTIMA.- Es necesario que al ponerse en práctica nuevas formas para garantizar las obligaciones de pago derivadas de un contrato de crédito, se prevea no sólo la forma en que surge el contrato que la consigna y el cumplimiento de las condiciones estipuladas en él, sino el mecanismo mediante el cual puedan ejercitarse dichas garantías en caso de incumplimiento.

OCTAVA.- Es conveniente que para el caso del otorgamiento de la garantía colateral, la acreditante sea nombrada depositaria de los bienes objeto de la cesión de derechos que la integra, para así no tener que requerir al acreditado la entrega de dichos bienes en caso de incumplimiento.

NOVENA.- Una de las características que hacen más completa a la cesión de derechos en garantía, es que ésta, además implica la transmisión al acreedor, de todos los derechos accesorios que traiga aparejados.

DECIMA.- El efecto de la inscripción de los contratos que consignan esta clase de garantía, es darle publicidad y oponibilidad frente a terceros, además de fijarle prelación a la operación en relación a las celebradas con otros acreedores, respecto de los documentos cuyos derechos fueron cedidos.

DECIMA PRIMERA.- A efecto de obtener una regulación específica respecto del otorgamiento y ejecución de la garantía colateral, proponemos en el presente trabajo, la inserción en la Ley de Instituciones de Crédito de los artículos contenidos en la última parte del Capítulo Cuarto.

B I B L I O G R A F I A

ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario: Panorama del Sistema Financiero Mexicano. 5a. ed. Porrúa, México, 1995.

BARRERA GRAF, Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa. Sociedades. 2a. ed. Porrúa, México, 1991.

BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. 3a. ed. Harla, México, 1984.

BIALOSTOSKY, Sara. Panorama del Derecho Romano. 3a. ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1990.

CARVALLO YAÑEZ, Erick. Nuevo Derecho Bancario y Bursátil Mexicano: Teoría y Práctica Jurídica de las Agrupaciones Financieras, las Instituciones de Crédito y las Casas de Bolsa. 2a. ed. Porrúa, México, 1997.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. Títulos y Operaciones de Crédito. 14a. ed., 2a. reimpr. Herrero, México, 1994.

DAVALOS MEJIA, Carlos Felipe. Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Tomo I y II: Derecho Bancario y Contratos de Crédito. 2a. ed. Harla, México, 1995.

DE PINA VARA Rafael. Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. 23a. ed. Porrúa, México, 1992.

DIAZ BRAVO, Arturo. Contratos Mercantiles. 6a. ed. Harla, México, 1996.

GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. Parte General. Personas. Familia. 3a. ed. Porrúa, México 1979.

GIORGANA FRUTOS, Víctor Manuel. Curso de Derecho Bancario y Financiero. Porrúa, México, 1984.

HERREJON SILVA, Hermilo. Las Instituciones de Crédito: Un enfoque jurídico. Trillas, México, 1988.

LOZANO NORIEGA, Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos. 5a. ed. Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1990.

MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil. 29a. ed. Porrúa, México, 1996.

MARGADANT S. Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano como Introducción a la Cultura Jurídica Contemporánea, 12a. ed. Esfinge, México, 1983.

MOLINA BELLO, Manuel. La Fianza: cómo garantizar sus operaciones con terceros. 3a. ed. Mc Graw Hill, México, 1994.

MUÑOZ, Luis. Derecho Bancario Mexicano. Cárdenas, México, 1974.

OLVERA DE LUNA, Omar. Contratos Mercantiles. 2a. ed., Porrúa, México, 1987.

PEREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. Derecho Notarial y Registral, 5a. ed., Porrúa, México, 1991.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. Derecho Bancario: Introducción, Parte General, Operaciones Pasivas. Porrúa, México, 1993.

SANCHEZ MEDAL, Ramón. De los Contratos Civiles: Teoría General del Contrato. Contratos en especial. Registro Público de la Propiedad. Porrúa, México, 1991.

TENA, Felipe de J. Derecho Mercantil con exclusión del Marítimo. 16a. ed. Porrúa, México, 1996.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles. 3a. ed. Porrúa, México, 1989.

LEGISLACION CONSULTADA

Circulares de Instituciones de Crédito diversas.

Código de Comercio y Leyes Complementarias. Porrúa, México, 1997.

Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal, Porrúa, México 1997.

Legislación Bancaria. Porrúa, México, 1997.

Ley del Notariado para el Distrito Federal. Porrúa, México, 1997.

Ley de Adquisiciones y Obras Públicas. Porrúa, México, 1997.

PUBLICACIONES

Manuales de crédito diversos.

Catálogo de Cuentas de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA Rafael. Diccionario de Derecho. 20a. ed. Porrúa, México, 1994.

Diccionario Larousse Ilustrado. 17a. ed., 3a. reimpr. Ediciones Larousse, México, 1993.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Driskill, Buenos Aires, 1991.