

321309
13

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16-X-1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LA HIPOTECA MERCANTIL COMO CONTRATO ATIPICO Y CONEXO

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
LUIS ROBERTO HERNANDEZ RAMIREZ
ASESOR DE LA TESIS:
LIC. IVAN OCTAVIO RICARDO OLIVARES RODRIGUEZ
CED. PROFESIONAL No. 1368564



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

2000

DEDICATORIA

Esta parte de la tesis, que pareciera la más fácil, creo que no lo es, suena complicado en cuanto se tienen tantas cosas que agradecer, que se corre el riesgo de olvidar algo. En última instancia, este es el momento de pensar en las personas que han estado junto a mí en estos años y a Dios por supuesto, y que desde luego han contribuido en mucho para alcanzar esta meta juntos.

De esta forma, he querido *-con toda intención-*, aventurarme a utilizar esta forma de agradecimiento por texto, como si fuera una carta, aún cuando no paso desapercibido el que diversos autores sugieran que en las dedicatorias los autores plasmen sus expresiones con la mayor sobriedad posible, sin apasionamientos, ni sentimentalismos; criterio que no comparto, porque en principio, mi estilo no ha sido ni es respetar los esquemas que no cumplen con su cometido, o cuya finalidad se queda un tanto trunca por mantener cierto rigorismo que después de todo, se queda en eso; y porque además, si es voluntad del autor proyectar parte de su personalidad en una dedicatoria, debe tener la libertad de utilizar las palabras que juzgue convenientes, y no los vocablos fríos que pueden únicamente maquillar y mancillar su propia personalidad, pretendiendo obtener una sobriedad que esté lejos de sentir. Evidentemente, habrá quien considere pertinente lo primero.

Así pues, considero que esta es una oportunidad muy valiosa de decir algunas cosas que regularmente no hago, por no decir, que nunca he hecho; lo cual, además, conlleva una manera más precisa y menos simple de dedicar unas palabras, líneas, pensamientos, reflexiones, y cualquier cosa que pase por mi mente, influida necesariamente por recuerdos y sentimientos, y que es mi deseo, permanezcan grabados indeleblemente como un fiel reflejo de lo que significan para mí. Por ello, más que la típica dedicatoria, recurro a esta forma de expresión, a este agradecimiento por

texto, como una forma de "remediar" las cosas que he dicho sin quererlas decir, y tratar de "rellenar" los vacíos que he dejado cuando he querido decir otras muchas más, y no he dicho.

Naturalmente, quiero agradecer en primer término *-y aquí sí que lo hay, por excepción-* a mis padres Don Julio César Hernández Espinosa y Doña Leudith Ramírez López, con el amor más profundo que les profeso y que me inspiran, a quienes por si fuera poco con deberles la vida, quedaré en deuda eterna por lo bueno que pueda ser como hijo, persona, amigo, novio, esposo, compañero o como ser humano, y lo mucho o poco que tengo o pueda tener, hoy y siempre. Lo malo que pueda ser o tener en cualquier faceta, desde luego que corre por mi cuenta.

A ti mamá, mi abnegada madre, no sé si pueda existir un amor más grande, generoso y noble como el que tú nos tienes, gracias por tu compañía y tu comprensión, gracias por estar a mi lado en todos los momentos difíciles *-que no han sido pocos-* y por los que también he tropezado, no sé que hubiera hecho si no hubieras estado conmigo, y no sé si hubiera salido adelante si no te tuviera en mi vida, recuerdo perfectamente aquél momento de angustia en el que únicamente y sin merecerlo, únicamente confiaste en mí, para mi fortuna no te defraudé. A ti mamita, que has sabido dibujar en delicado lienzo, el amor, la paciencia y la comprensión *¿cómo devolvete yo algo de eso, si todo el oro del mundo es insuficiente?*, sólo espero que mi amor, mi ternura, mi cariño, mi preocupación, mis oraciones, mis ruegos y mi vida misma, colaboren en algo, para hacerte desde ahora imborrable en el corazón y en la mente de todos los tuyos. Mamá, mi vida y obra a ti te la debo y son tuyas.

Papá, estoy seguro que la frase que de algún lado leí, y se me quedó muy grabada por el símil que te representa y que dice "el pastor que se convierte en rey nos enseña el camino", ha coexistido con la brillantez de tu carrera profesional, tú que no eres hijo de ricos, ni aleccionado por maestros de renombre, has sabido explotar con ahínco la ventaja de ser hijo de padres humildes, diferencia que has sabido marcar, en tanto has puesto el trabajo adicional, porque fácil es llegar a la cima de la vida cuando se nace a la mitad del camino, pero quien empieza desde abajo, sólo al alcanzar a los demás los ha superado; así me permito resumir tu vida profesional, en cuanto al resto, *¿quién es el ser humano perfecto para enjuiciar sin tener él mismo fallas, y para garantizar que no se es igual o se puede ser peor?* A ti papá, mi maestro de toda la vida, licenciado en derecho por convicción, y abogado postulante por vocación, mi eterno agradecimiento por inculcarme "el amor a la camiseta", por tu energía y firmeza, por tu entereza, por mostrarme que la dignidad es lo último que puede perder un abogado, por hacer vivir en mí el sentido del honor, el amor a la libertad y el culto por el Derecho y, sobre todo, porque aún cuando hemos perdido tiempo para departir juntos, aún cuando has encontrado el tiempo necesario para estar a mi lado, estoy seguro que el "búnker" que has construido para mí, recobrará con creces esta aparente ausencia, gracias por tu inagotable generosidad y porque al dármele todo sé que no guardas esa memoria, y porque sé que lo poco con lo que te he correspondido no lo olvidas; gracias por dedicarnos tu vida, por ser mi orgullo y mi ilusión, por saber, como pocos, conservar tu independencia profesional y tu inigualable honestidad. Porque tus acciones dicen más que todas las palabras juntas, y de ello sé interpretar el inmenso amor que nos tienes, y porque hasta ahora, justamente eso, es con lo único que te puedo recompensar.

A ti Ivonne, mi hermanita linda, legataria de la bondad infinita de nuestra madre y la disciplina inflaqueable de nuestro padre, gracias por ser mi ejemplo, por estar pendiente de mí, por abrirme la "brecha" y hacerme la vida menos complicada, por entristecer y reír conmigo, porque estoy seguro que ocupo un espacio importante en tu mente y en tu corazón, tanto o más como tú en el mío.

A la bebé, a Fridita, porque su llegada no sólo representa una nueva luz en nuestro camino, sino además, significa la esperanza de recobrar una familia por siempre añorada.

A mi abuelita Valentina y a mi abuelito Glafiro, por sus ojos llenos de amor, por todos sus cuidados, porque "sencillamente" sin ellos no estaría aquí escribiendo todo esto, porque curiosamente al tratar de expresar algunas palabras las cosas me saltan a la vista borrosas, y por ello me es casi imposible expresar mi infinito agradecimiento; representantes de una cultura cuyo orgullo es invaluable, sus rostros reflejan el espíritu alegre, noble, gallardo y sin prejuicios de un sentimiento que sólo puede brotar de quienes nos muestran los derroteros, y de quienes hacen despertar primero el corazón al sentimiento que la inteligencia a la reflexión. Y porque en definitiva, estoy seguro que no se puede estar más cerca de Dios que cuando, generosamente, nos han dedicado su vida, sin condiciones, y sin esperar recibir nada a cambio.

A la memoria de mis abuelitos, Julio y Rosario, a quienes aún cuando en esencia no los pude conocer y entender, los tengo presentes por concebir y educar a mi padre.

A mi tía "Chabe", de quien nunca olvidaré todos sus cuidados y oraciones con los que me ha bendecido, a mis tíos "Pepe" y "Beto" por

mostrarme que se puede ser diestro y obrar con sabiduría, sin la arrogante necesidad de profesar una cultura, además de ser apasionado de algo por el sólo hecho de creer en ello.

A mis tíos Silvia y Ernesto, y a mis primos Donaji y Pavel, por hacerme sentir en ésta que no es mi tierra, parte del núcleo de su familia, por mostrarme que la felicidad inicia desde ahí, desde la unión familiar, y que la conciencia sólo es producto de la cultura y de la crítica, únicamente sumisos a su libre albedrío y garantes de su propia libertad ideológica.

A todos mis tíos, tías, primos y primas, especial mención a mis tíos Vilda y Alfredo, y sus hijos, mis primos, Juan Román, "Moi" y Alfredo, porque curiosamente, su compañía me permitió encontrar la salida a uno de tantos laberintos que la vida suele presentar, y porque saben evidenciar que la humildad material, es sólo una apreciación de la inalcanzable generosidad de su alma, porque aún en sus momentos difíciles, no tuvieron empacho alguno para compartir conmigo lo mejor de ellos.

A ti chiquita bonita, que te has sacrificado por esperarme y respetarme, que has permitido que no pierda la ilusión de tomarte de la mano, y de encontrar en ti la respuesta a todas mis ilusiones. A ti bonita, que con tu incomparable ternura has logrado desvanecer las nieblas de mi propia inseguridad, por lograr que mi ánimo se vuelva sublime para vislumbrar nuevos horizontes, y levantar en mi alma el afán inquieto de alcanzarlos. A ti negrita, que llenas con tu nombre mis suspiros y porque Rocío representa además de una brisa perfumada que riega el jardín de mis deseos, la dulzura infinita de una mujer enamorada; a ti que has renunciado a tu libertad por tan sólo conseguir una frase de amor de mi parte, gracias por esta ahí y por

haber logrado que mi corazón no pueda encerrar todas las palabras de amor juntas. Sólo Dios sabe cuánta falta me has hecho en todos estos años. .

A todos a quienes tengo en mi mente y en mi corazón, a mis incondicionales amigos, Fernan, Fernando, Ricardo, Ícaro, Gabriel, por tenderme siempre sus manos francas y confiar en que nunca haré algo para defraudarlos y por permitirme estar cerca de ustedes y llamarles amigos; especial dedicación a Verónica a quien no es coincidencia que en alguna ocasión le haya dicho que su cercanía, me ha permitido entender que los angelitos no necesitan ser alados; gracias, porque sin ti, nunca hubiera conocido unos ojos que destellen la inconmensurable bondad de un espíritu sensible, capaz de lograrlo y alcanzarlo todo, por creer y no perder nunca la fe en ello, por mostrarme que fácil es querer cuando se tiene algún motivo, pero cuando éste no existe, sólo se justifica cuando se tiene un alma pura y transparente, lo cual me ha permitido fortalecerme y mantener la cara levantada con el sólo hecho de creer en mí.

Con profundo respeto y reconocimiento, a los Sres. Licenciado Horacio B. Pérez Ortega, por darme la oportunidad de conocerme profesionalmente, por haberme tenido la confianza de delegarme la responsabilidad de mi primer empleo, y de potenciar mis aptitudes, aún cuan pocas; de quien además de tener la fortuna de haber sido su alumno, me ha forjado como diestro del valor civil, de la solidez cultural y de la profundidad en el estudio de nuestra ciencia. Gracias, asimismo, por mostrarme en la práctica que *"el derecho no debe ser motivo de medro para rábulas"*; Licenciados Javier Altamirano Magaña y José Ángel Echeverría Meléndez, por permitirme departir con ustedes mis inquietos criterios *-casi siempre equivocados-* de interpretación y aplicación de nuestro marco normativo, especialmente a este último, en tanto que ha confiado muy decididamente en mis criterios y, sobre

todo, por hacerme sentir parte de esta tierra que desde el encuentro con todos ustedes, ya no me parece tan incierta, ni tan extraña.

A los profesores de toda mi vida, que al conocer los caminos me han sugerido el derrotero, los que han sembrado y vigilado el brote de su enseñanza y por permitirme ver que la filosofía sólo surge con la reflexión y el diálogo.

A ti Señor, que estás en todos los cielos, que simplemente me has bendecido por permitirme mantener a mi lado a todos los que sin ellos, no sería yo, y por mostrarme la luz de lo incierto, la salida de lo escabroso y por mantenerme al margen de lo tenebroso. Aún cuando no he sido tu más ferviente siervo y servidor, estoy seguro que nunca se está tan lejos de ti, que cuando estás presente en mi mente y mi corazón.

De todo ello, es fácil advertir que todos ustedes conforman mi columna vertebral, mi propia sensibilidad, y que llevo un "cachito" de cada uno en mi corazón, yo, en una aparente correspondencia, solo tengo que darles las gracias a todos por dejar una huella perenne en mí, y aún cuando innecesario, reiterarles que mientras mi alma esté cubierta de mi piel, siempre encontraré el aliento necesario para poder manifestarles mi humilde agradecimiento. Para todos ustedes, esta mi tesis.

Dios los colme de bendiciones.

"Quizás algunos mercantilistas mantenga todavía la ilusión de los redactores de los grandes códigos de Comercio, quienes tuvieron la idea vana de aprisionar la materia mercantil, siempre variante y movедiza en las redes de un código llamado de comercio. En las cátedras hemos enseñado el Derecho mercantil, codificado del siglo XIX bajo el signo del capitalismo liberal. Un derecho fosilizado, en el que desfilan las momias de contratos que hace tiempo desaparecieron del mundo de los negocios, que han sido reemplazados por otros que los Códigos no registran."

JOAQUÍN GARRIGUES

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I	1
OBLIGACIONES MERCANTILES	
1. Aplicación supletoria del Código Civil al Código de Comercio	2
2. Concepto de obligación	8
3. Elementos de la obligación	8
3.1. Sujetos	8
3.2. Relación jurídica	10
3.3. Objeto	11
4. Derechos reales y personales	12
4.1. Teoría objetivista	12
4.2. Teoría clásica	13
4.3. Teoría de Bonnecase	13
4.4. Teoría personalista o subjetivista	14
4.5. Importancia de su distinción	16
5. Modalidades de las obligaciones	16
5.1. Puras, condicionales y a plazo	16
5.2. Conjuntivas y alternativas	17
5.3. Mancomunadas y solidarias	17
5.4. Divisibles e indivisibles	19
6. Cumplimiento de las obligaciones: pago	20
6.1. Principios rectores del pago	20
6.1.1. Identidad	20
6.1.2. Indivisibilidad	21
6.1.3. Oportunidad	21

6.1.4. Disponibilidad	23
6.1.5. Buena fe	24
6.2. Lugar de pago	24
6.3. Especie y calidad	25
7. Moneda de pago	26
8. Incumplimiento de las obligaciones	31
8.1. Mora	33
8.2. Efectos de la mora	34
8.3. Cláusula penal	35
CAPÍTULO II	37
TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO	
1. Normativa general	38
2. El convenio y el contrato	39
3. La autonomía de la voluntad	43
4. Elementos existenciales del contrato	46
4.1. Consentimiento	47
4.2. Objeto	51
4.2.1. Objeto-Cosa	53
4.2.1.1. Requisitos que debe satisfacer la cosa	53
4.2.1.2. Obligaciones de dar consistentes en un género	56
4.2.2. Objeto-Hecho	57
4.2.2.1. Obligaciones de medios y de resultados	61
5. Elementos de validez del contrato	63
5.1. Forma	64
5.2. Ausencia de vicios en la voluntad	67
5.2.1. Error	67

5.2.2. Dolo	70
5.2.3. Dolo civil y penal	72
5.2.4. Mala fe	74
5.2.5. Violencia	75
5.2.6. Lesión	76
5.2.6.1. Antecedentes históricos	77
5.2.6.1.1. Derecho romano	77
5.2.6.1.2. Derecho canónico	77
5.2.6.1.3. Derecho moderno	78
5.2.6.2. La lesión en materia mercantil	82
5.2.6.3. La lesión y el delito de usura	85
5.3. Objeto y motivo o fin lícitos	86
5.4. Causa	88
5.5. Capacidad	89
6. Clasificación de los contratos en nominados o típicos e innominados o atípicos	90
6.1. Concepto	90
6.2. Importancia de su distinción	93
CAPÍTULO III	95
LA HIPOTECA MERCANTIL COMO CONTRATO ATÍPICO Y CONEXO	
1. La hipoteca mercantil: contrato atípico y conexo	96
2. Efectos de su distinción	104
CONCLUSIONES	109
BIBLIOGRAFÍA	117

APÉNDICE LA HIPOTECA CIVIL	1
1. Evolución histórica	2
2. Concepto	4
3. Análisis del concepto	6
3.1. Contrato accesorio	7
3.2. Garantía real	7
3.3. Constituida sobre bienes ordinariamente inmuebles	11
3.4. Derecho de posesión	12
3.4.1. Acción de saneamiento por evicción	13
3.4.2. Acción de restitución	13
3.5. Derecho de persecución	14
3.6. Derecho de remate	15
3.7. Derecho de preferencia	20
4. Elementos	26
4.1. Personales	26
4.1.1. Constituyente (deudor o tercero)	26
4.1.2. Acreedor	28
4.2. Formales	28
*Notas sobre la forma que deben revestir las hipotecas bancarias	30
4.3. Reales	49
4.3.1. Bienes susceptibles de hipoteca	49
4.3.2. Contenido de la hipoteca	52
4.3.2.1. Accesorios del inmueble	52
4.3.2.2. Mejoras	52
4.3.3. Hipotecas generales	53
4.3.4. Crédito susceptible de garantía hipotecaria	56
5. Principios	58

5.1. Especialidad	58
5.2. Publicidad	58
5.3. Indivisibilidad	58
6. Duración	60
7. Prórroga	61
8. Transmisión	63
9. Extinción	66
9.1. Por vía directa	67
9.1.1. Parcialmente	67
9.1.2. Totalmente	67
9.1.2.1. Expropiación	67
9.1.2.2. Remisión expresa	67
9.1.2.3. Consolidación	68
9.1.2.4. Resolución	68
9.1.2.5. Prescripción	68
9.1.2.6. No presentar el crédito al plazo del quebrado	69
9.2. Por vía indirecta	69
9.2.1. Pago	69
9.2.2. Dación en pago	70
9.2.3. Compensación	70

INTRODUCCIÓN

La incesante adopción de nuevas formas mercantiles de contratar impone la necesidad de modificar o ampliar los esquemas legislativos, como medio de lograr, según la conocida frase de Joaquín Garrigues, que los nuevos hechos encuentren eco en el nuevo derecho, y de ese modo se facilite la composición de los intereses en juego. Por ello, y considerando la realidad que impera en nuestro país con respecto a las impugnaciones de los contratos de crédito con sus respectivas garantías por parte de los deudores, los movimientos sociales y los criterios jurisprudenciales que en esta materia han esgrimido nuestros tribunales federales, es pertinente distinguir a la hipoteca como la más interesante de las garantías reales (por la enormidad de las masas de los capitales que garantiza y por el considerable valor de las propiedades inmuebles que grava), por lo que hemos tenido el atrevimiento de incursionar en el análisis sobre este último contrato accesorio y conexo, partiendo desde luego, de las teorías de las obligaciones y del contrato en general, como sedes de su estructura y contenido, ambas materias en el ámbito del derecho mercantil.

Tal fenómeno se hace posible por el ejercicio racional de la autonomía de la voluntad, misma respuesta que atendería a Kant en cuanto cuestionaba: *¿qué es lo que hace posible al derecho?*

No hay que explorar mucho el mundo de lo jurídico, para poder percibir que el ejercicio racional de la autonomía de la voluntad es al derecho privado, lo que este último lo es con respecto al derecho en general. La autonomía de la voluntad que se refleja en el concepto jurídico de la obligación, así como los elementos, modalidades, efectos, medios que la extinguen, son algunos rasgos de las principales materias que constituyen la teoría general de las obligaciones.

Por su parte, las obligaciones no sólo dominan el ámbito del derecho, sino que su estudio y análisis estructura el criterio jurídico necesario para desentrañar el sentido y finalidad coherente de un precepto de derecho, tan necesitado en estos días. Asimismo, no se puede pasar desapercibido que dentro del género de las obligaciones, las mercantiles dominan el sector entero de la contratación privada, en virtud de que, en la práctica, el número de contratos puramente civiles es reducido, por lo que no es difícil apreciar la importancia que en la actualidad reviste esta materia.

Por otro lado, si el contrato es la más fecunda de las obligaciones, es fácil entender la razón por la que el legislador se preocupó por darnos a conocer, dentro de la teoría general de las obligaciones, una teoría de los contratos, definiéndonos los elementos esenciales de toda convención, las principales modalidades que pueden afectarla, las reglas de su interpretación, su obligatoriedad, etc., sin olvidar que estas materias se localizan como telón de fondo en el código civil, con razón de que el código de comercio no se ocupa en exponer, en toda su amplitud, la teoría de las obligaciones mercantiles (por lo inoficioso que sería la repetición de normas establecidas por el código común).

Así es como arribamos a la hipoteca como contrato accesorio de garantía, retomando para ello el giro de la tendencia moderna a consagrar una responsabilidad apoyada en derechos reales de garantía sobre bienes específicos, y dejando a un lado el principio de ley que reconoce al deudor como responsable con todos sus bienes respecto a la totalidad de sus deudas (obligaciones personales).

Contrato de hipoteca cuya naturaleza emerge del derecho mercantil como contrato atípico y conexo, pero con la denominación que le aporta el

derecho civil a partir de su codificación; y como tal, debe atender para su interpretación a las reglas generales de los contratos mercantiles, luego, a las estipulaciones de las partes y, finalmente, a las reglas de la hipoteca civil (como contrato nominado con el que guarda mayor semejanza).

Derivado de ello es el análisis que en esta tesis presentamos, tomando como premisa fundamental que la hipoteca como contrato de garantía, goza por accesoriadad y conexidad de la naturaleza propia de los contratos principales, o bien, por la analogía que guarda con los otros dos contratos de garantía que existen en nuestro derecho: la prenda y la fianza, para concluir válidamente que la hipoteca será mercantil cuando así lo sea el contrato principal que garantice, o por considerarse análogo al resto de los contratos mercantiles de garantía, pretendiendo con ello que las leyes, aun las constitucionales, se interpreten en concordancia y armonía atendiendo a la finalidad de las partes subyacente en los contratos.

Finalmente, se debe reconocer que la presente exposición no pretende descubrir el hálito de derecho inexplorado en cuanto a los temas que contempla; no obstante, resulta innegable que es pretensión del autor, despertar en quien la lea, la inquietud necesaria para profundizar en el estudio de estas áreas del derecho y, en su caso, para polemizar las afirmaciones planteadas, ello para procurar su correcto desempeño, práctica y ejecución dentro del marco de legalidad; por lo que, si se logra este cometido, resultarán satisfechas las expectativas.

CAPÍTULO I
OBLIGACIONES MERCANTILES

1. Aplicación supletoria del Código Civil al Código de Comercio

Fundamentalmente los principios que rigen a las obligaciones y a los contratos en general, se encuentran comprendidos en el Capítulo II, del Título primero, del Libro segundo del Código de Comercio, es decir, sólo doce artículos plasman algunos aspectos del derecho de las obligaciones que rigen en materia mercantil, independientemente de algunos otros que se encuentran dispersos en diversas leyes comerciales.

Esto es así, dado el carácter especial del Derecho Mercantil, con respecto al Derecho común, el Derecho Mercantil es un derecho especial, no privativo ni excepcional pues enuncia aspectos que se aplican en forma general y no en forma aislada.

La separación del Derecho comercial, obedece fundamentalmente a la necesidad de atender las exigencias del comercio, ágil por naturaleza, para lo cual el Derecho Civil se mostró insuficiente e inepto por su carácter formalista, incompatible con la movilidad y la celeridad con que se formalizan las obligaciones mercantiles.

No obstante la separación, cabe señalar que aún está vigente la reciprocidad con la que actúan estas dos ramas del Derecho, el Civil además de proveer al Mercantil de los fundamentos contractuales, lo colma de los principios tradicionales del derecho de las obligaciones, heredados del Derecho Romano, motivo por el que el cumplimiento y la ejecución de las obligaciones mercantiles, encuentran su fundamento lógico-jurídico en las obligaciones civiles.

Luego, en términos de los artículos 2 y 81 del Código de Comercio, debemos considerar aplicables en esta materia mercantil las disposiciones del derecho común, en cuanto la legislación mercantil nada disponga al respecto y no sean opuestas a lo establecido por ella, o a la naturaleza comercial de las transacciones. A este respecto, el artículo 2 del Código de Comercio (reformado el 24 de mayo de 1996, y en vigor sesenta días después), dispone que:

*"A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil **aplicable en materia federal.**"*

A su vez el artículo 81, dispone:

"Con las modificaciones y restricciones de este código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos."

Con la literalidad del citado artículo 2 del Código de Comercio, se intenta terminar la discrepancia que existía con respecto a qué disposición común resultaba supletoria a dicho código, si el Código Civil del Distrito Federal, o los de los Estados de la República.

En efecto, anteriormente el artículo reformado no especificaba cuál era el "derecho común" aplicable supletoriamente, lo cual provocó algunas confrontaciones entre destacados mercantilistas, unos al sostener la aplicabilidad del Código Civil para el Distrito Federal, y otros que al negar su supletoriedad consideraban aplicables los Códigos Civiles de las Entidades Federativas. Antes de su reforma, el artículo en comento expresaba lo

siguiente:

"A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común."

Así pues, de la redacción de este artículo, se vertieron las siguientes consideraciones:

Jorge Barrera Graf, en su momento argumentó que correspondía a las legislaturas de los Estados de la Federación dictar normas sobre el derecho común, por lo tanto, la ley supletoria del Código de Comercio, está configurada en materia sustantiva, por los códigos civiles de las Entidades Federativas, así, en sus palabras afirmó que:

*"En México, mientras que el derecho civil es local, en cuanto que por no estar concedido expresamente a la Federación por la Constitución, se entiende reservado a los Estados (art. 124 Const.); el derecho mercantil es federal, según se desprende del art. 73 fr. X *ibid*: El Congreso (de la Unión) tiene facultades, Fr. X, 'para legislar en toda la República sobre... comercio.' De esto se desprende que a falta de disposiciones del derecho mercantil -ley y costumbre- o sea, a falta de disposiciones de esta rama del derecho, que es federal, se acudiera al derecho civil, que es local; es decir, al **Código Civil del Estado o del D.F. que resulte ser el aplicable al caso concreto.**"¹*

Más adelante el mismo autor agrega:

"A pesar de lo irrefutable del argumento, razones de inercia y de conveniencia práctica han hecho prevalecer la otra tesis, o sea, que el derecho civil supletorio es el contenido en el C. Civ. D. F., y no el C. Civ.

¹ Jorge Barrera Graf, Instituciones de Derecho Mercantil, p. 65.

local, del lugar que el acto respectivo se celebre, o se ejecute, sin que a este respecto exista aún un criterio firme (jurisprudencia) de la Suprema Corte. "²

Al respecto, Arturo Díaz Bravo refutó acertadamente:

"...el claro mandamiento del art. 1o., C. Civ., en el sentido de que sus disposiciones '...regirán... en toda la República en asuntos del orden federal', carácter éste que, como es bien sabido, tiene la materia mercantil. Resulta indudable que el Presidente de la República, en funciones de legislador federal, al expedir dicho C. Civ. en el año de 1928, tuvo presente el carácter federal de la materia mercantil, particularmente del C. Com.,... por ello es sostenible que el único derecho común a que se refiere el art. 2o., C. Com. está configurado por las disposiciones derivados del mismo Código.

Es concluyente, además, -agrega- en apoyo de la opinión expuesta, la exposición de motivos del citado C. Civ. que, sobre este punto, expresa lo siguiente: 'El Código Civil rige en el Distrito y en los Territorios Federales'; pero sus disposiciones obligan a todos los habitantes de la República, cuando se aplican como supletorias de las leyes federales, ...y cuando expresamente lo manda la ley".³

Argumentos que han perdido vigencia, considerando que con la reforma al citado artículo 2° del Código comercial, el único Código Civil aplicable en materia federal es el del Distrito Federal; sin embargo, y aún cuando no es tema de este trabajo, consideramos pertinente hacer los siguientes apuntes, pues queda en duda la constitucionalidad del mencionado Código Civil (también cabe decir lo mismo con respecto al Código de Comercio), derivado de un excesivo ejercicio de facultades conferidas al Ejecutivo Federal a

² Idem, p. 66.

³ Arturo Díaz Bravo, Contratos Mercantiles, p. 7.

través de dos decretos expedidos por el Congreso de la Unión.

Sobre el particular, Ignacio Burgoa Orihuela⁴ al referirse a las "únicas" facultades extraordinarias previstas en la Constitución para legislar por parte del Ejecutivo, contempla lo siguiente:

"(f) Dentro de la situación de emergencia que prevé el artículo 29 constitucional descubrimos otra facultad legislativa del Congreso de la Unión, ya que sólo con su aprobación el Presidente de la República puede decretar la suspensión de garantías....."

"(g) Estas facultades son también susceptibles de atribuirse por el Congreso de la Unión en los casos contemplados por el segundo párrafo del artículo 131 constitucional,... Es importante destacar la gradación o jerarquía normativa que existe a propósito de la regulación de las materias sobre las cuales, en el caso que tratamos, pueden concederse facultades legislativas extraordinarias al Presidente de la República. Así, las normas fundamentales y supremas se establecen en el mismo artículo 131 constitucional, al configurar los límites en que se permite al Congreso de la Unión tal concesión **y fuera de los cuales cualquier autorización es jurídicamente inválida**; a su vez, la ley que consigne el otorgamiento de las consabidas facultades y las modalidades que en ellas se preceptúan tiene que ser acatada por las leyes en el desempeño de dichas facultades expida el Ejecutivo Federal, de donde resulta que la legislación que éste elabore se condiciona a la norma constitucional y a la norma congresional, y ésta a la primera según se dijo."

Así también, con respecto a las facultades que el mismo autor llama "político-administrativas" del Congreso de la Unión, argumenta en atención a

⁴ Ignacio Burgoa Orihuela, Derecho Constitucional Mexicano, p. 655 y 666.

que fue el mismo Congreso el que a través de dos "decretos" facultó al Ejecutivo a expedir el Código Civil para el Distrito Federal lo que sigue:

"Es inconcuso que la actividad del Congreso de la Unión no se agota en la función legislativa, ya que además de la competencia con que está dotado para expedir leyes, o sea, normas jurídicas abstractas, generales e impersonales en las materias someramente esbozadas con antelación, puede constitucionalmente realizar actos que en sustancia jurídica no son leyes sino actos administrativos en sentido lato, es decir, de contenido diverso: político, económico y administrativo en sentido estricto. Estos actos presentan los atributos contrarios a los de la ley, pues son concretos, particulares y personales, revistiendo la forma de decretos, y sin que entrañen la resolución de ningún conflicto o controversia, toda vez que en esta hipótesis se trataría de actos jurisdiccionales.

Respecto de las facultades político-administrativas del Congreso de la Unión rige el mismo principio consignado en el artículo 124 constitucional, en cuanto que sólo son ejercitables en los casos que expresamente prevea la Constitución Federal. Este ordenamiento, principalmente en su artículo 73, enumera tales casos, siendo los siguientes: admisión de nuevos Estados o territorios a la Unión Federal, erección de los territorios en Estados, formación de nuevos Estados dentro de los límites de los existentes, arreglo definitivo de las diferencias entre los Estados por lo que atañe a límites territoriales y cuando no tengan carácter contencioso, cambio de residencia de los poderes federales, declaración de guerra, etc.⁵

Ahora bien, por si se llegase a pensar que la expedición de tales leyes, corresponde al ejercicio de la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal,

⁵ Idem, p. 671 y 672.

dicha idea sería absurda, pues de ser así, el Congreso no tenía por qué concederle alguna facultad para expedir leyes, y porque además, en esencia jurídica, aún cuando los reglamentos son normas jurídicas abstractas, generales e impersonales, su objetivo estriba en pormenorizar o detallar las leyes que dicte el Congreso de la Unión.

2. Concepto de obligación

El concepto de la obligación mercantil se define de la misma forma que la obligación civil. Así, la obligación es la relación jurídica entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta con otra persona llamada acreedor, a una prestación o abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor.

3. Elementos de la obligación

3.1. Sujetos

El elemento subjetivo de la obligación es imprescindible, en virtud de que la obligación es el deber jurídico de una persona. Parece innecesario destacar que los sujetos son elementos de la relación o vínculo, pero la obligación *per se*, como deber jurídico (contenido), no podría explicarse mencionando sólo al deudor, porque la noción de deber es correlativa a la facultad y es así como participa el acreedor.

No obstante, existe una teoría que pretende despersonalizar a la obligación y demostrar que los sujetos ya no son elementos esenciales, y por lo tanto imprescindibles de la obligación. Esta teoría la sostiene Eugene

Gaudemet,⁶ cuando afirma que la obligación moderna permite el cambio de acreedor o deudor, en tanto que en el Derecho Romano no era factible. Si en la actualidad dice Gaudemet, se pueden cambiar al deudor y al acreedor de la obligación, quiere decir que los sujetos ya no son esenciales en la obligación.

La errónea apreciación -en nuestro concepto- es evidente, no se puede confundir la permisibilidad de cambio en el sujeto pasivo o el activo de la obligación, con la susceptibilidad de que una obligación subsista sin personas, lo cual no es admisible.

Por otra parte, respecto a este elemento subjetivo, se plantea la cuestión relativa a la determinación o indeterminación de los sujetos en la obligación. La tendencia en el derecho es que se considere que los sujetos se encuentren determinados al tiempo del cumplimiento de la obligación; sin embargo, esta determinación no es esencial en el momento del nacimiento de dicha obligación, pues puede constituirse una obligación en favor de un acreedor indeterminado (como en la declaración unilateral de voluntad), o se puede al mismo tiempo, que el deudor se encuentre indeterminado, pero sólo provisionalmente.

Respecto a la indeterminación de los sujetos Ernesto Gutiérrez y González⁷, y Manuel Bejarano Sánchez⁸, consideran que puede el declarante obligarse por su sola voluntad, pero como la obligación supone la existencia necesaria de un acreedor, mientras éste no surja -aunque se encuentre provisionalmente indeterminado-, habrá sólo un deber jurídico, esto es, la necesidad de obrar conforme a lo prescrito por la norma jurídica.

⁶ Eugene Gaudemet, Teoría de las Obligaciones, p. 28, 29 y 30.

⁷ Ernesto Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, p. 107 a la 111.

⁸ Manuel Bejarano Sánchez, Obligaciones Civiles, p. 9 y 10.

Textualmente Bejarano Sánchez, arguye: "..., creo en la validez permanente y actual del concepto clásico de la obligación como una relación jurídica entre dos extremos, el deudor y el acreedor, uno de los cuales puede estar provisionalmente indeterminado. Cuando falta definitivamente el acreedor -como ocurre en una promesa de recompensa donde la conducta solicitada es improbable- no existe obligación sino deber jurídico, esto es la forma de necesidad jurídica que no presupone la liga inter-partes sino el puro respeto de la norma de derecho, respeto que no se impone necesariamente en provecho de alguien sino en beneficio del orden jurídico o sea de la comunidad."⁹

Desde nuestro punto de vista, el contenido del derecho y de la obligación (estricto sensu), lo constituye el crédito que en su caso puede tener el acreedor y el débito que en su caso le corresponde al deudor, respectivamente, por lo tanto, en tanto el sujeto de la obligación se encuentre indeterminado, existe el derecho pero no el crédito o el débito según sea el caso, hasta que la obligación no sea exigible.

3.2. Relación jurídica

La relación jurídica es aquella que se encuentra protegida por el derecho objetivo, que otorga al acreedor la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación por parte de su deudor y, en su defecto, el ejercicio de una acción ante el órgano jurisdiccional, para obtener la prestación objeto de la obligación o su equivalente, siempre mediante la intervención del Estado (norma coercitiva). De esta forma, el vínculo jurídico es la relación entre el acreedor y el deudor que se encuentra tutelada por la ley. Esta relación surge hace con base en la autonomía de la voluntad y con fundamento en el

⁹ Idem, p. 11.

principio de derecho de la misma (tutela de ley).

Con respecto a las modalidades de las obligaciones, por la intervención de varios sujetos en la obligación, hay que mencionar que en un vínculo jurídico pueden existir varias obligaciones, es decir, la obligación presupone un vínculo, pero un vínculo presupone una o varias obligaciones, explicación que más adelante se expondrá.

3.3. Objeto

El objeto es la prestación que puede exigir el acreedor al deudor, que puede ser una conducta positiva o negativa, la conducta positiva está integrada por un hacer y un dar, y que también se conocen como "prestación"; y el hecho negativo que consiste en un no hacer, se le conoce como "abstención".

Las obligaciones de dar, se definen en el Código Civil, como prestaciones de cosas, según el artículo 2011, que señala:

"La prestación de cosa puede consistir:

- I. En la traslación de dominio de cosa cierta;
- II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa debida.
- III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."

El incumplimiento de las obligaciones de dar, trae como consecuencia la ejecución forzosa de la obligación.

Las obligaciones de hacer, según el artículo 2027 del Código Civil, consisten en prestar un hecho, y en el caso de que el deudor no cumpla con su respectiva obligación, se puede exigir que un tercero lo cumpla a costa del deudor, pero sólo cuando la obligación no sea de las llamadas "intuitu

personae". En su defecto, la obligación de hacer trae como consecuencia un pago indemnizatorio, o lo que es igual, un pago por equivalente.

Las obligaciones de no hacer, consisten en una abstención por parte del deudor; por lo tanto, si se incumple, da lugar al pago de daños y perjuicios, tal como lo prevé el artículo 2028 del Código Civil.

Respecto al aspecto patrimonial de la obligación, hay que destacar que la prestación que constituye el objeto de la obligación, debe ser susceptible de valuarse en dinero. Esto no quiere decir que la prestación deba consistir siempre para el acreedor en un aumento efectivo de sus bienes económicos, sino basta que el objeto pueda cuantificarse.

4. Derechos reales y personales

Son de sobra conocidas las teorías que pretenden distinguir los derechos reales de los personales y viceversa, las cuales se pueden resumir de la siguiente forma:

4.1. Teoría objetivista

La teoría objetivista considera que la obligación tiene un carácter predominantemente objetivo, es decir, se considera que lo que tiene valor en la obligación es la prestación misma que constituye su objeto, siendo en la generalidad de los casos indiferente quién sea el deudor o el acreedor. El derecho personal, no es ya un derecho sobre la persona, es un derecho sobre los bienes, su única diferencia con el derecho real, es que no afecta privativamente a una cosa determinada, sino colectivamente a un patrimonio entero. El deudor y el acreedor no son sino representantes jurídicos de sus

bienes, se argumenta en su favor, que la obligación en la actualidad se ha despersonalizado gradualmente.

A esta teoría en síntesis se le critica lo siguiente:

Si la obligación es debida por los bienes o por el patrimonio, no por la persona, cómo se puede explicar que la obligación subsista cuando el individuo no tiene ningún bien y que después de que adquiere alguno, la obligación sigue vigente y, en consecuencia, su ejecutividad. Lo que sucede, es que la relación jurídica se da entre personas, independientemente de que en derecho moderno se permita provisionalmente la indeterminación del sujeto de la relación, y no entre una persona con cosas.

4.2. Teoría clásica

Para los autores de esta teoría, el derecho real se da cuando una cosa se encuentra sometida completa o parcialmente al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata oponible a terceros. Por lo tanto, en el derecho real se localizan solamente dos elementos: una persona o sujeto activo del derecho y una cosa objeto del derecho. En cambio, en el derecho personal, hay tres elementos: un sujeto activo, un sujeto pasivo y el objeto de la relación.

Comúnmente como crítica a esta teoría, se afirma que en el derecho real aún cuando el sujeto se encuentre indeterminado, el sujeto pasivo de la relación siempre existe.

4.3. Teoría de Bonaccase

Para este autor, el derecho real se traduce en la apropiación de una riqueza en el sentido de la cosa material, en tanto que la obligación o derecho de

crédito, es la expresión de la noción de servicio a cargo de un pasivo, de ahí que a esta teoría también se le llame "económica"¹⁰.

Al respecto hay que destacar, que en los derechos reales la obligación de entregar la cosa o de constituir el derecho es siempre de carácter crediticio, su objeto directo puede ser un dar o un hacer y su objeto mediato el derecho real a crearse o transmitirse. Por ejemplo, en el contrato de compraventa, el vendedor se obliga a transmitir el derecho real de propiedad y, como consecuencia, el bien que constituye el objeto indirecto del contrato.

4.4. Teoría personalista o subjetivista

Los autores que sostienen esta teoría, parten de la base de que no puede existir una relación de orden jurídico entre una persona y una cosa, todo derecho es una relación de persona a persona. En esta teoría, la diferencia fundamental entre los derechos reales y los obligatorios consiste en que mientras los primeros son derechos patrimoniales absolutos, los otros son derechos patrimoniales relativos. El derecho real importa un deber general negativo de respeto hacia el titular, el derecho de obligación por el contrario importa el deber particular de una persona de procurar una utilidad al acreedor.

Con relación a lo anterior, se arguye que en los derechos de crédito, también existe una obligación de respeto por parte de sujetos indeterminados, para no intervenir en el cumplimiento de la obligación. Castán Tobeñas citado por el Licenciado Miguel Alessio Robles, en un estudio publicado en la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, expresa: "*...el tercero no obligado no puede violar la*

¹⁰ Julien Bonnecase, Tratado Elemental de Derecho Civil, p. 468 y 469.

obligación; si impide por la fuerza que el deudor no pague o le quita la cosa que me debe, violará la libertad o la propiedad del deudor, pero no mi derecho de crédito, que le es ajeno."¹¹ El autor mexicano agrega que como consecuencia de ello, la obligación general de respeto en las relaciones personales, carece en absoluto de relevancia jurídica por no ser parte integrante de éstas.

La diferencia entre los derechos en mención, en opinión de Alessio Robles, se debe establecer atendiendo a la conducta ya sea del sujeto activo o del sujeto pasivo regulada por el derecho, *"habrá derecho real cuando la conducta regulada por la norma jurídica sea la del sujeto activo de la relación jurídica; habrá derecho personal cuando la conducta regulada sea la del sujeto pasivo de la relación jurídica.*"¹²

Añade, que de esta manera, *"puede válidamente considerarse que en todos los casos en los que la norma jurídica regule la conducta del sujeto activo de la relación, la posición del sujeto pasivo, determinado o indeterminado, será siempre igual y carecerá de contenido patrimonial.*

La norma jurídica reguladora de la conducta podrá ser la ley misma, cuando el derecho tenga en ésta su fuente directa o el pacto que cree dicho derecho, como consecuencia del principio de la autonomía de la voluntad."¹³

Doctrina que parece más convincente en cuanto a la distinción entre ambos derechos; no obstante, es notorio que dicha diferencia se basa en las consecuencias del acto y no en su esencia misma.

¹¹ Miguel Alessio Robles, Revista de Investigaciones Jurídicas, ELD, p. 41 y 42.

¹² Idem, p. 46.

¹³ Idem, p. 46 y 47.

4.5. Importancia de su distinción

La importancia de su distinción radica en lo dispuesto en los artículos 750, fracción XII, 754 y 759 del Código Civil, pues de ellos deriva el que todos los derechos son bienes incorpóreos y serán muebles o inmuebles según la naturaleza de su objeto indirecto (objeto-cosa). Así, si un derecho de naturaleza discutible posee el carácter de real, ese derecho será un bien mueble o inmueble según la naturaleza del bien sobre el que se ejerce; en cambio, si a tal derecho se le considera de naturaleza personal, será siempre un bien incorpóreo mueble, independientemente de la naturaleza jurídica de su objeto indirecto.

En consecuencia, si el derecho objeto del acto es un bien inmueble requiere, en términos generales, de mayor formalidades que las previstas para los actos cuyo objeto sea un bien mueble.

5. Modalidades de las obligaciones

Nuestro Código de Comercio, igualmente es omiso en cuanto a las modalidades de las obligaciones, por lo que tenemos que acudir supletoriamente al capítulo conducente del Código Civil del Distrito Federal, correspondiente a los artículos del 1938 al 2010. Así, basándonos en lo que establece el Código común, tenemos:

5.1. Puras, condicionales y a plazo

Son obligaciones condicionales cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto. En el primer caso estamos en presencia de la condición suspensiva, en el segundo de la condición resolutoria; en otras palabras, cuando la existencia de la obligación depende

del cumplimiento de la condición se dice que la condición es suspensiva, y es resolutoria cuando al cumplirse la condición se resuelve la obligación en forma retroactiva, volviendo las cosas al estado que tenían antes, como si la obligación no hubiese existido.

Son obligaciones a plazo, aquellas para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto y determinado.

5.2. Conjuntivas y alternativas

Derivado de los propios términos, la obligación es conjuntiva cuando el deudor se obliga a dar diversas cosas o a prestar distintos hechos, y debe dar todas las primeras y prestar todos los segundos; y será alternativa, si el deudor se ha obligado a uno de dos hechos o a una de dos cosas, o a un hecho o a una cosa, al prestar cualquiera de esos hechos o al entregar cualquiera de aquellas cosas, habrá cumplido su obligación. Salvo pacto en contrario, la elección de la cosa que debe entregarse o del hecho que debe prestarse corresponde al deudor.

5.3. Mancomunadas y solidarias

Cuando tratándose de una misma obligación, hay pluralidad de deudores o de acreedores, existe mancomunidad. En este caso, el crédito o la deuda se consideran divididos en tantas partes (presumidas iguales por la ley, salvo pacto en contrario) como deudores o acreedores haya, y cada parte constituye una deuda o un crédito distinto uno de otro.

La solidaridad puede ser activa o pasiva, según exista pluralidad de acreedores o deudores. La solidaridad es activa cuando dos o más acreedores tienen el derecho de exigir, cada uno por sí mismo, el

cumplimiento total de la obligación. Hay solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reportan la obligación de prestar, cada uno por sí mismo, la prestación debida en su totalidad.

Según el artículo 1988 del Código Civil, la solidaridad no se presume, para su existencia se requiere la declaración expresa de la ley o de la voluntad de las partes.

En tratándose de operaciones reguladas por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, según el artículo 4 se presume que los codeudores se obligan solidariamente en las operaciones de crédito que esa ley reglamenta.

Aún cuando lo anterior puede significar la excepción en materia mercantil, y por tal motivo, en todas las demás operaciones mercantiles no se debe presumir tal solidaridad, sino debe entenderse lo que dispone el artículo 1988 del Código Civil, Oscar Vázquez del Mercado en su obra "Contratos Mercantiles", sostiene lo contrario, es decir que en el Derecho Mercantil se presume la solidaridad en las obligaciones.¹⁴

Dicho autor sostiene: *"La razón de esta presunción se debe a que se considera que en el campo del comercio hay una mayor seguridad para el acreedor, de poder recuperar su crédito, dado que si un deudor no paga, puede lograr el pago con el otro deudor."*¹⁵ Advierte además que *"la solidaridad se presume cuando la obligación es mercantil para los codeudores, pues en el caso de un acto de comercio unilateral no existe tal presunción."*¹⁶

¹⁴ Oscar Vázquez del Mercado, Contratos Mercantiles, p. 151 y 152.

¹⁵ Idem, p. 151.

¹⁶ Ibidem.

Agrega que "aún cuando en el Código de Comercio no hay un precepto similar -se refiere al del Código Civil-, en algunas disposiciones de carácter mercantil se encuentran declaraciones que establecen la solidaridad. Así por ejemplo, en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito el artículo 4,... y en el artículo 154, señala que el aceptante, girador, avalista, endosante, se presumen solidariamente obligados; por su parte, el artículo 159 menciona que todos los que aparezcan en la letra se presumen obligados solidariamente.

En igual forma, la Ley General de Sociedades Mercantiles, el artículo 7 indica que las personas que realicen actos en nombre de la sociedad, antes del registro de ésta, responderán solidariamente por dichas operaciones; el artículo 21, señala la responsabilidad solidaria del administrador por no separar de las utilidades el monto debido para formar el fondo de reserva; los socios colectivos y comanditados son solidariamente responsables de las obligaciones sociales, según los artículos 25, 51 y 207, y así otras más disposiciones."¹⁷

Rafael de Pina Vara¹⁸, menciona que en el proyecto del Código de Comercio, sí se establece la solidaridad en las obligaciones como regla general, lo cual puede significar un argumento en favor de la opinión de Vázquez del Mercado, o bien, también puede significar lo contrario, según sostenemos nosotros.

5.4. Divisibles e indivisibles

Son divisibles las obligaciones, cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de ser cumplidas en forma parcial; a diferencia de las

¹⁷ Idem, p. 152.

¹⁸ Rafael de Pina Vara, Derecho Mercantil Mexicano, p. 203.

prestaciones divisibles que deben cumplirse en forma total, o por entero (no admite parcialidades).

6. Cumplimiento de las obligaciones: pago

Respecto al cumplimiento de las obligaciones mercantiles, salvo en algunas disposiciones especiales, el Código de Comercio es omiso, por lo que es necesario, acudir supletoriamente al Código Civil, para determinar cuando se entiende cumplida la obligación contraída.

En atención a lo enunciado por el artículo 2062 del Código Civil, pago es la entrega de la cosa o la cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiera prometido, obviamente que si estamos considerando las obligaciones mercantiles, debe entenderse que tales conductas deben pertenecer al ámbito comercial.

6.1. Principios rectores del pago

6.1.1. Identidad

Es el cumplimiento *in naturae* de la obligación, por lo que sólo en caso de excepción, el pago debe realizarse por equivalente. El artículo 2012 del Código Civil señala que el acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aún cuando sea de mayor valor. Asimismo, el artículo 2095 establece que la obligación queda extinguida, cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida. Al respecto, la contradicción entre ambos preceptos sólo existe en apariencia, pues los dos artículos regulan situaciones diversas; en efecto, el artículo 2095 del Código Civil prevé el supuesto de que en caso de incumplimiento, pueda pactarse otra

forma de pago, y la obligación primitiva renacerá cuando se sufra la evicción de la cosa.

6.1.2. Indivisibilidad

El pago debe hacerse por entero y no parcialmente, a menos que lo disponga la ley o por convenio expreso, según el artículo 2078 del Código Civil.

Sin embargo, existe un caso de excepción establecido en el citado artículo, el cual establece que si una parte de la deuda es líquida y la otra ilíquida, se puede exigir la primera, sin esperar el pago de la segunda.

6.1.3. Oportunidad

El pago debe realizarse en el plazo pactado o en el plazo que establece la ley comercial en el artículo 83 en los términos siguientes: *"las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este código serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución."*

Felipe de Jesús Tena,¹⁹ hace un análisis del precepto legal transcrito, y afirma que para reprobear el contenido del citado artículo, bastaría considerar que la mayor parte de las obligaciones mercantiles proceden del contrato de compraventa, y tales obligaciones, a falta de plazo fijado por las partes, son exigibles dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato las que incumben al vendedor, e inmediatamente, las que gravitan sobre el comprador, según se determina en los artículos 370 y 380 del Código de Comercio. Considera entonces, que el legislador estableció una regla general

¹⁹ Felipe de Jesús Tena, Derecho Mercantil Mexicano, p. 404 y 405.

que sólo en apariencia lo es, ya que son tantas las excepciones que sufre por virtud de los artículos mencionados, que en realidad éstos vienen a ser la regla y el artículo 83 la excepción.

En la actualidad, habría que considerar la gran cantidad de títulos de créditos que se encuentran vigentes, así como la gran cantidad de asuntos ejecutivos que se ventilan en los tribunales de justicia, para pensar justamente lo contrario.

Además –cuestiona Tena- *¿qué tiene que ver el carácter ejecutivo de una obligación con el plazo de la misma?* A una obligación se le imprime aquel carácter con el único fin de acelerar no su vencimiento, sino su efectividad, haciéndola al mismo tiempo más segura. Cuando dos comerciantes recurren a un corredor para celebrar un convenio, el título ejecutivo de la póliza servirá para afianzarlo; pero nada más. No hay razón ninguna para declarar exigibles desde el día siguiente las obligaciones que de ese título nacen, tan sólo porque constan en un título ejecutivo, de tal suerte que si el mismo convenio se hubiese otorgado sin la intervención del corredor ni de la póliza, la exigibilidad de las propias obligaciones quedaría por ello aplazada hasta diez días después. El criterio diferencial del artículo 83 es arbitrario; no nace de la naturaleza de las cosas, ni lo justifica tampoco ninguna conveniencia práctica; es extraño a los fines jurídicos de la división de las acciones en ejecutivas y ordinarias.²⁰

Hay que señalar que en caso de incumplimiento por parte del deudor, tendrá aplicación lo dispuesto por el artículo 85 del Código de Comercio, el cual analizaremos en el rubro referente al incumplimiento de las obligaciones.

A su vez, de acuerdo al artículo 84 del Código de Comercio, existe

²⁰ Idem, p. 405.

una rígida prohibición de reconocer plazos de gracia o cortesía, de tal forma que aún cuando el demandado se allane a la demanda, el Juez está impedido para concederle algún plazo "extra". Y la razón es lógica, tomando en cuenta que si se incumpliera esta prohibición, al rigor propio de la ejecución de las obligaciones mercantiles se opondría la inseguridad en cuanto al plazo del cumplimiento de la prestación debida.

Como complemento, respecto a la segunda parte del artículo 84 precitado, que indica que *"...en todos los cálculos de días, meses y años, se entenderán: el día, de veinticuatro horas, los meses, según están designados en el calendario gregoriano y el año, de trescientos sesenta y cinco días."*, Felipe de Jesús Tena afirma que es una disposición superflua en ese aspecto, pues aduce que dígalo o no el legislador, *"nosotros contaremos siempre los años, meses y días en la forma que nos señala"*.²¹

6.1.4. Disponibilidad

El deudor debe disponer de la cosa objeto de la operación mercantil, ya que si el deudor paga con cosa ajena, el pago será inválido, y por lo tanto no extinguirá el vínculo jurídico, y por consiguiente, la obligación. Sin embargo, si el pago con cosa ajena se hace con dinero, o algún bien fungible y el acreedor lo consume de buena fe, no se podrá repetir contra dicho acreedor, es decir, el pago se considerará como válido, según lo dispone el artículo 2987 del Código Civil, pero si dicho pago, no es realizado con dinero o cosa fungible y el acreedor no lo consume de buena fe, el bien será sujeto de una evicción y la obligación primitiva renacerá, y por supuesto, la obligación extinguida con la dación en pago quedará sin efecto.

²¹ Ibidem.

En resumen, si el pago no es válido, nunca se cumplió la obligación, solamente se cae en mora y no se extingue la obligación.

6.1.5. Buena fe

Se refiere a la espontaneidad en el pago. Desde que se celebran los contratos obligan a lo expresamente pactado (artículo 78 del Código de Comercio), de tal suerte que el cumplimiento de la obligación debe realizarse en forma espontánea y honesta. Cabe hacer énfasis que la buena fe no es sólo un principio del pago, sino que lo es de todos los actos jurídicos.

6.2. Lugar de pago

El artículo 86 del Código de Comercio, nos dice: "las obligaciones mercantiles habrán de cumplirse en el lugar determinado en el contrato, o, en caso contrario, en aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquéllas o arbitrio judicial".

Tena²², critica tal contenido, pues en su criterio dicho numeral es inconciliable con los artículos 1104, 1105 y 1107 del mismo Código de Comercio.

En efecto, al establecer nuestro propio Código de Comercio las normas procesales relativas a la competencia de los jueces, determina que cuando la acción sea personal el juez competente será el del lugar designado en el contrato para el cumplimiento de la obligación; en su defecto el del domicilio del deudor y, a falta de domicilio, el del lugar en que se celebró el contrato, o cuando la acción sea real, el de la ubicación de la cosa (artículos 1104, 1005

²² Idem, p. 409.

y 1107).

En este sentido, sostiene el citado autor que al definir el artículo 86 el lugar en que las obligaciones han de ejecutarse, cuando las partes nada han dicho en este respecto, define implícitamente el lugar en que el acreedor, llegado el caso, debe intentar su demanda judicial, ya que el lugar del cumplimiento del contrato es fuente que surte la competencia en favor del juez del mismo lugar. Luego, si el árbitro judicial llegare a decidir, ante el silencio de las partes, que en la ciudad de México, por ejemplo, debe cumplirse la obligación demandada, por ser ese el lugar más adecuado para tal efecto, los jueces de México serán los competentes para conocer la contienda a que de lugar el incumplimiento de la obligación, aún cuando el demandado tenga su domicilio en la ciudad de Toluca. Pero si esta conclusión parece conforme con el criterio del artículo 86, resulta insostenible en presencia de los artículos 1104, 1105 y 1107 antes citados, ya que éstos, si falta el convenio expreso de las partes, dan absoluta preferencia al lugar del domicilio del deudor para los efectos del cumplimiento de la obligación y, consiguientemente, para los de la competencia, concluye Tena.²³

6.3. Especie y calidad

El artículo 87 del Código de Comercio, enuncia que si en el contrato no se determina con precisión la especie y calidad de las mercancías que han de entregarse, al deudor no podrá exigírsele otra cosa que la entrega de mercancías de especie y calidad media, aun cuando el obligado a hacer la entrega tenga mercancías de mejor calidad.

²³ Idem, p. 410.

Con relación a la determinación del objeto materia del contrato, Tena²⁴ dice que el artículo en cita, se contrae a cosas determinadas individualmente, pero que se hallan comprendidas en una especie o grupo perfectamente conocidos o determinados. Ejemplos: mil sacos de harina, cien hectolitros de maíz, cincuenta novillos. La obligación del deudor en estos casos es una obligación seria, dado el carácter perfectamente limitado y conocido de la especie a que los individuos pertenecen; pero así como el acreedor no puede exigirle harina, maíz, o novillos de calidad suprema, tampoco podrá el deudor escogerlos de clase ínfima para librarse de su obligación. Cumple entregándolos de especie y calidad medias.²⁵

Es otra situación, cuando se fija con toda precisión la especie y calidad de las cosas, en cuyo caso no puede obligarse al acreedor a recibir algo distinto a lo establecido en el contrato.

7. Moneda de pago

De acuerdo con el artículo 7 de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos, la obligación de pago, de cualquier suma en moneda mexicana, se denominará invariablemente en pesos, y en su caso, sus fracciones. Dichas obligaciones se solventarán, mediante la entrega por su valor nominal de billetes del Banco de México o monedas metálicas.

Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago, según el artículo 8 de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Idem, p. 411.

Las prevenciones aludidas no son renunciables y toda estipulación en contrario será nula, así lo establece el artículo 9 de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.

Fernando Alejandro Vázquez Pando²⁶ critica muy enérgicamente al artículo 8 de la Ley Monetaria, al sostener la inconstitucionalidad del precepto y de la ley en general, en los siguientes términos:

"La disposición, al igual que la ley de la cual forma parte, pretende ser federal, y tal es el aspecto que debe ser analizado en primer lugar. Para ello, es conveniente diferenciar los tres grandes temas en los cuales resulta relevante el precepto, a fin de determinar si son o no materia federal. Esos grandes temas son:

- a) Curso de la moneda extranjera;*
- b) Validez de las obligaciones en moneda extranjera; y*
- c) Moneda de pago en el caso de obligaciones en moneda extranjera.*

El primer tema -afirma- parecería ser, de por sí, materia propia de la legislación federal. Sin embargo, la Constitución no da una base clara para llegar a tal conclusión. En efecto, únicamente cuatro preceptos constitucionales se refieren a cuestiones monetarias, y todos ellos son de alcance bastante limitado,... pues esa pluralidad de textos,... en su confusión no acierta a establecer con claridad lo necesario: que sea facultad del Congreso General legislar en materia de moneda y de cumplimiento de obligaciones dinerarias.

A falta de un texto expreso resulta difícil llegar a él por vía interpretativa,

²⁶ Fernando Alejandro Vázquez Pando, Derecho Monetario, p. 121 y 122.

especialmente por lo que se refiere al segundo de los aspectos mencionados: el del cumplimiento de obligaciones dinerarias. Sin embargo, parecería absurdo de que en un sistema federal la regulación de la moneda no estuviere encomendada al Congreso General.

Pero aun aceptando que el Congreso General tenga facultades para legislar en materia de moneda -a lo cual se podría llegar mediante una interpretación de la frac XVIII del art 73 constitucional, admitiendo que el término condiciones abarca todas las características de la moneda-, la diversidad de temas a que se refiere al art 8 de la LM plantea varios problemas, pues su contenido parece rebasar la materia monetaria.

En cuanto a la moneda extranjera, la Constitución se refiere a ella tan sólo en un texto relevante: la frac XVIII del art 73, el cual difícilmente es fundamento suficiente para abarcar el tema del curso legal. Sólo ha de aceptarse que, a pesar de la falta de un precepto expreso en el texto constitucional, la moneda es materia federal; puede encontrarse fundamento constitucional a la primera parte del art. 8 de la LM.

El segundo tema, relativo a la validez o invalidez de las obligaciones en moneda extranjera, plantea dificultades aún mas arduas, pues tales obligaciones pueden ser de muy diversa índole. Pueden, por ejemplo, encontrar su fuente en un contrato civil o mercantil, en una relación laboral, un ilícito civil o en un delito, etc ¿En qué medida una disposición federal puede regular materias locales? Una duda similar se plantea también y aún de forma más enérgica, en cuanto al tercer tema al que se refiere la disposición, pues éste es el de la moneda de pago de obligaciones en moneda extranjera; y es evidente que tal pago puede serlo de una obligación regulada por el derecho civil, el penal, el administrativo, el fiscal, etcétera.

*En el supuesto de un robo de moneda extranjera, delito regulado por el derecho penal local, la devolución de lo robado plantea un problema de responsabilidad regulado por el derecho local. ¿Es constitucionalmente correcto que una ley federal regule cómo debe cumplirse la obligación de restituir, por el solo hecho de que lo robado sea moneda extranjera? La misma pregunta cabe en el caso de un contrato civil: ¿puede una ley federal regular cómo ha de pagarse el precio de una compraventa civil, por el mero hecho de que el precio pactado lo sea en moneda extranjera?*²⁷

Posteriormente el mismo Vázquez Pando, insiste en la inconstitucional del cuerpo normativo federal en los términos siguientes:

*"¿Cómo fundamentar constitucionalmente el que una ley federal regule el cumplimiento de obligaciones en moneda extranjera, cuando tales obligaciones caen bajo la regulación del derecho local? No existe tal fundamento, y por lo mismo, el art 8 de la LM invade la esfera de competencia local, a menos que se le interprete restrictivamente, como referido tan sólo a las obligaciones de ramas del derecho en que el Congreso General es competente para legislar (como la materia mercantil, la bancaria, la laboral, etc., pero -se insiste- no la civil) Llegar a conclusión diversa parecería osado a partir de un texto tan parco como la frac XVIII del art 73 constitucional, y del sistema de distribución de competencias que tiene en el art 124 de la Carga Magna su principio fundamental."*²⁸

En el sentido de que no son válidas las operaciones mercantiles pactadas en moneda extranjera, se expresa Arturo Díaz Bravo:

²⁷ Ibidem.

²⁸ Idem, p. 128 y 129.

*"La validez jurídica de las obligaciones mercantiles en moneda extranjera frente a preceptos que aparentemente no han sido derogados, como los contenidos en los arts. 635 y 639, C. Com., ya citados, en cuyos términos todas las operaciones de comercio deben hacerse, en nuestro país, sobre la base del peso mexicano, y además, el papel, billetes de banco y títulos de deuda extranjera -y no cabe duda que la moneda extranjera lo es- no pueden ser objeto de actos mercantiles, sino considerados como simples mercancías; y ello en relación con el art. 8, LMEUM, también citado, cuya primera parte, a mi juicio, no ha sido cabalmente entendida y aplicada, pues su terminante y clara disposición en el sentido de que 'la moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo los casos en que la ley expresamente determina otra cosa', no ha impedido que dentro del territorio mexicano, y para surtir efectos en él, se celebren contratos de todo tipo en moneda extranjera, sin reparo alguno por parte de las autoridades monetarias y con pleno reconocimiento de su validez por parte de los jueces y aun de la SCJN. Téngase en cuenta, por una parte, de que con ello se ha venido tolerando que sean los particulares y no la ley, quienes impongan curso. . . ¿legal? a la moneda extranjera;... por último de que algunas obligaciones deben cumplirse, por disposición legal, precisamente mediante la entrega de dinero, como ocurre con el precio en la compraventa (art. 2248, C. Civ.), o con la asumida en una letra de cambio, un pagaré o un cheque (arts. 76-III, 170-II y 176-III, LGTOC)."*²⁹

Desde otro punto de vista, y con base en la autonomía de la voluntad, Oscar Vázquez del Mercado, sostiene que *"dada la libertad de contratación y el principio de que el contrato es ley entre las partes, nada impide que se estipule al arbitrio de las partes la moneda de pago; la forma y manera en*

²⁹ Arturo Díaz Bravo, op. cit., p. 41.

*que se hubiese pactado el pago, dice el artículo 2078 del Código Civil,...*³⁰

Al parecer, hizo caso omiso de lo dispuesto por el artículo 9 de la misma Ley Monetaria, además, agrega que la *"moneda extranjera no tiene curso legal en la República, por lo que las obligaciones de pago en moneda extranjera contratadas dentro o fuera de la República, para ser cumplida en ésta se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija al momento del pago; dice el artículo 8 de la Ley Monetaria y, por su parte, el Código de Comercio, artículo 638, dice que nadie puede ser obligado a recibir moneda extranjera. Cuando los bancos reciben por contrato de depósito de dinero, moneda extranjera, deben restituir la suma depositada en la misma especie, dice el artículo 267 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que el artículo 8 de la Ley Monetaria no es aplicable. No puede obligar al depositante a recibir moneda mexicana. En las obligaciones pecuniarias, esto es, que tienen por objeto una suma de dinero, se cumplen pagando la cantidad estipulada en el contrato respectivo, en la forma y términos del mismo.*

*Las partes son libres para fijar la moneda en que se comprometen.*³¹

8. Incumplimiento de las obligaciones

Con respecto al pago, se ha establecido que se encuentra regido por diversos principios, uno de los cuales es la oportunidad, el cual, se refiere a que el cumplimiento de la obligación se debe realizar en el plazo pactado, o en su defecto en el que dispone la ley. En consecuencia, si el pago no es oportuno, hay incumplimiento.

³⁰ Óscar Vázquez del Mercado, op. cit., p. 153.

³¹ Idem, p. 154.

Hay un incumplimiento total, si se frustra el motivo determinante de la voluntad que llevó a la contratación, y por ende, no se permite el cumplimiento ni siquiera en forma extemporánea.

El incumplimiento parcial, a diferencia del anterior, sí permite el cumplimiento aunque sea en forma extemporánea; también se le conoce como "mora".

En este sentido, si el deudor cumple voluntariamente su obligación, ésta se extingue por pago; pero cuando no respeta íntegramente su compromiso, el acreedor puede lograr que sea forzado a ello, contando con el auxilio de las autoridades correspondientes (ejecución forzada o forzosa), para lo cual, debemos distinguir el tipo de obligación que se ha pactado, para el caso de su cumplimiento *in naturae* o por equivalente.

En las obligaciones de dar una suma de dinero, siempre es posible obtener la ejecución forzada *in naturae*. Así, considerando que en Derecho existe el principio de que el deudor responde de sus obligaciones con todo su patrimonio (2964 del Código Civil), el obligado a prestar una determinada cantidad de dinero en efectivo que se resistiere a hacerlo, sufriría la ejecución sobre su patrimonio mediante el embargo de los bienes, los que al ser rematados permitirían disponer de la cantidad de dinero indispensable para satisfacer la deuda contraída.

Si la obligación de dar consiste en la entrega de una cosa determinada en su individualidad, el Juez dictará una orden de secuestrar la cosa misma y hacer entrega de ella al acreedor, pues sabemos que la propiedad se verifica por mero efecto del contrato, lo que hace que la obligación de dar se traduzca a una obligación de entregar; pero, si hubiese sido destruida u ocultada por el

deudor, sólo será posible un cumplimiento por equivalente, mediante el pago de daños y perjuicios, previa estimación del valor de la cosa.

Si se trata de bienes en especie, también será posible el cumplimiento *in naturae*, adquiriendo del deudor dichas cosas en donde puedan ser obtenidas.

En tratándose de obligaciones de hacer y de no hacer, es indispensable el consentimiento del deudor, quien no puede ser violentado para que proporcione el hecho o la abstención que debía conceder. No obstante, el cumplimiento *in naturae* es posible si el hecho puede ser proporcionado por un tercero, en este caso se realizará por éste con cargo al deudor; o si el hecho del que debió abstenerse el deudor produjo una obra material que pueda ser destruida, supuesto en el que la ejecución decretada por el Juez consistirá en borrar los efectos del hecho prohibido.

Empero, si se trata de obligaciones de hacer, *intuitu personae*, o de obligaciones de no hacer irremediamente quebrantadas, la satisfacción del acreedor sólo será posible por equivalente (indemnización compensatoria: dinero como sucedáneo de la obligación incumplida).

8.1. Mora

La mora, es el retardo en el cumplimiento de la obligación, es decir, cuando se debe una prestación y no se efectúa *oportunamente* el pago por el deudor. El moroso, sigue estando obligado al cumplimiento del acto pactado, más los efectos de la mora.

Según establece el artículo 85 del Código de Comercio, los efectos de la mora comenzarán a surtir, dependiendo del pacto establecido en el contrato. El sólo vencimiento del plazo, sin que la obligación se cumpla, trae,

ipso iure, aparejada la mora, sin que sea necesario que el acreedor realice alguna actividad; es decir, el vencimiento del plazo lo hace todo: "el día interpela por el hombre".

Si la obligación no está sujeta a ningún plazo, es decir, si no se pactó su vencimiento, es menester la interpelación del acreedor, ya sea judicial o extrajudicialmente ante escribano o testigos.

8.2. Efectos de la mora

Para conocer cuáles son los efectos de la mora, es pertinente remitirse nuevamente al Código Civil (capítulo denominado "Incumplimiento de las obligaciones").

Pretendiendo simplificar tales efectos, tenemos que el deudor moroso será responsable de los daños y perjuicios que por la misma se causen al acreedor. Por daño debemos entender la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación; y por perjuicio, la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación. Los daños y perjuicios deben ser consecuencia directa e inmediata del cumplimiento de la obligación, ya sea que se hayan causado o que necesariamente deban causarse.

Así también, si el cumplimiento se refiere a una obligación nacida de un contrato bilateral, el acreedor tendrá el derecho de resolver la obligación o exigir su cumplimiento, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos.

Finalmente, si la mora consiste en el retardo de la entrega de una cosa, cuando la cosa es objeto de un contrato traslativo de dominio, los riesgos de

ésta comenzarán a correr a cargo del deudor; es decir, deja de tener efecto el principio *res perit creditori*, para que se actualice el *res perit debitori*.

Asimismo, no hay que olvidar que según el artículo 2117 del Código Civil, los daños y perjuicios que se causen por el incumplimiento de una obligación consistente en pago de dinero no pueden exceder el interés legal, salvo que se pacte otra cosa.

Arturo Díaz Bravo nos dice que *"tal precepto es frecuentemente olvidado, por cuando existen numerosos contratos que suponen obligaciones en dinero y, sin embargo, es prácticamente desconocida en ellos la cláusula de daños y perjuicios con un interés superior al legal: así, los de seguro, los de arrendamiento de inmuebles, los de fianza de empresa.*

En ciertas pólizas de seguro se estipula un interés moratorio, a cargo de la empresa aseguradora, equivalente al que producen los Certificados de la Tesorería de la Federación -bonos emitidos por el Gobierno Federal-, más conocidos como CETES, o bien igual a los rendimientos prescritos por el Banco de México para los depósitos bancarios a noventa días.³²

8.3. Cláusula penal

El artículo 88 del Código de Comercio dispone que *"en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra".*

De la interpretación del artículo transcrito, se puede establecer que sólo

³² Arturo Díaz Bravo, op. cit., p. 48.

cuando el deudor *no cumpla* con la obligación contraída, podrá exigir el cumplimiento del contrato o la ejecución de la pena, pero no podrá demandarlas conjuntamente.

Sin embargo, en rubros anteriores mencionamos que el incumplimiento se puede presentar en dos formas, una en forma total, y otra en forma parcial, consideramos que sólo en el primer supuesto (incumplimiento total), se puede presentar la aplicación del artículo 88 en mención, ya que no prevé la posibilidad del segundo caso, en donde si aplicamos supletoriamente los artículos 1840 y 1846 del Código Civil del Distrito Federal, tenemos que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la obligación y la ejecución de la pena por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o porque ésta no se preste de la manera convenida, cuando se haya estipulado.

Así también, los artículos 1841 y 1843 del Código Civil, disponen que la nulidad del contrato importa la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de aquél, y la pena no podrá exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal.

CAPÍTULO II
TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO

1. Normativa general

Las disposiciones civiles son el Derecho general y el Código Civil es aplicable en todo caso, sin más excepción que aquellos supuestos reservados de manera expresa por otro ordenamiento de materia distinta, de tal modo que el Derecho Civil lo es todo, salvo lo que expresamente pertenezca o forme parte de otra disciplina, pero por así imponerlo esta última explícitamente.

En consecuencia, el concepto de contrato y las normas generales aplicables a los contratos mercantiles están contenidos en ciertas disposiciones del derecho común. Este principio se enuncia en el artículo 81 del Código de Comercio, que expresa: *"con las modificaciones y restricciones de este código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos."*

Es importante hacer notar, que en virtud de la regla de supletoriedad general del Código Civil para la materia mercantil, según lo dispone el artículo 2 del Código de Comercio, comentado en el primer capítulo de esta obra, son aplicables todas las normas sobre el contrato en general, tales como las de clasificación, interpretación, nulidad, elementos y otras más, no sólo las que señala la disposición transcrita.

Es conveniente asimismo, recordar la importancia que tiene el estudio del presente capítulo, por lo que representa el contrato como la principal fuente de obligaciones en nuestro derecho.

2. El convenio y el contrato

Es trascendente para nuestro estudio empezar por la distinción entre convenio y contrato. Nuestro Código Civil, nos dice en su artículo 1792 que: *"Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."*

Y en el artículo 1793 que: *"Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."*

Sobre este punto, ordinariamente se ha manifestado que la relación entre el contenido y el contrato, es únicamente de género y especie, y que además, es inútil encontrarle alguna utilidad práctica en cuanto a su diferencia, incluso, hay quienes afirman que no obstante la relación de género y especie, el convenio tiende a generar efectos no necesariamente jurídicos, pues en la vida cotidiana realizamos diversos pactos que sin llegar a tener efectos de derecho, sirven para llevar a un acuerdo con respecto a algo, así, se dice de un acuerdo para acudir a una reunión, etc., y más todavía, hay otros que le restan toda importancia a su distinción, pues al final de cuentas, todos los principios relacionados a los contratos se aplican a todos los convenios, según lo dispone el artículo 1859 del Código Civil. Así, Ramón Sánchez Medal³³ sostiene que:

"..., la mencionada distinción no es ya reconocida en la actualidad, pues... nuestro mismo Código Civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios (1859), lo cual hace que en realidad sea ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato".

³³ Ramón Sánchez Medal, Contratos Civiles, p. 4.

Sin embargo, hay quienes ven en la distinción alguna importancia doctrinaria, y rechazan la opinión generalizada de la relación género y especie. Haciendo un análisis sobre el particular, Jorge Alfredo Domínguez Martínez³⁴ nos dice que no hay razón para considerar tal relación, pues, en su concepto, el artículo 1792 al describir que los convenios son el acuerdo entre dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, únicamente comprende a las obligaciones, pero en cuanto al contenido crediticio, pues no hace alusión alguna a la creación, transferencia, modificación o extinción de derechos reales. Estos últimos, en cambio, si quedan comprendidos en el artículo 1793, en tratándose de la creación o transferencia de derechos reales. En sus palabras dice:

"Así las cosas, resultan dos situaciones para tenérseles en cuenta. No hay, en primer lugar, utilización combinada de los dos sentidos, amplio y restringido, de obligación, en los dos preceptos ahora comentados; la realidad es que en ambos se alude a obligación como relación jurídica y en consecuencia, la referencia a 'derechos' no es como los créditos integrantes de las relaciones jurídicas, sino como los derechos reales. La segunda situación resultante, de considerable mayor trascendencia, consiste en la tan trillada relación género-especie aparentemente ofrecida por la combinación de los términos en que los preceptos estudiados están redactados, se queda en ello, es decir en una mera apariencia, la cual, muchos hemos aceptado e inclusive, es de reconocerse la habíamos considerado como un capítulo concluido. La realidad, bajo los supuestos indicados, es que si bien el contrato es en efecto una especie de convención, ello no encaja exactamente como consecuencia de la citada interpretación conjunta. En efecto, dados los términos del artículo 1792 en los que todos sus efectos recaen sobre

³⁴ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, Convenio y Contrato, p. 61 y 62.

relaciones jurídicas, no comprenden los derechos reales, los cuales pueden ser producidos o transferidos por el contrato, en función de lo previsto por el artículo 1793; por el contrario, éstos quedan fuera del 'género' contenido en el precepto anterior.

En esas condiciones, -afirma- los contratos por los que se crea o transmite un derecho real reconocen otro convenio como género, diverso del definido en el artículo 1792 citado.³⁵

No obstante lo anterior, el mismo autor, páginas más adelante reconoce la intrascendencia de la distinción entre las dos figuras al concluir lo siguiente:

"...el contrato, sea una concepción restringida como creador o creador y transmisor de derechos y relaciones jurídicas, o sea por el contrario en una manifestación más amplia tal como los Códigos italiano y peruano lo presentan, en todo caso y aún sin trascendencia y repercusión en la dinámica y aplicatoriedad jurídico-legal razonablemente apuntada por Sánchez Medal, hemos de aceptar que el contrato es una especie del convenio o convención. Así se asignen al contrato todas las manifestaciones en las cuales los efectos de un negocio plurisubjetivo pueden presentarse, siempre se tratará de un acuerdo, es decir, de un convenio, de una convención, o sea, de una convergencia de voluntades y esto lo hay no sólo en la figura contractual concebida en los términos de la ley civil.

Es así de considerarse que la inclusión en un Código Civil de la definición de convenio sale sobrando. Lejos de coadyuvar al entendimiento de lo jurídico y de lo legal, puede traer consigo dificultades de interpretación

³⁵ Ibidem.

por su escasa claridad y cortos alcances."³⁶

Pese a todo lo anterior, y en crítica al autor citado, en los Códigos civiles de Puebla, Tlaxcala y Quintana Roo, definen igualmente al convenio, e incluyen a la "*conservación de derechos y obligaciones*", como un efecto más de dicho acto.

Tal aportación, corresponde al intelecto del Licenciado Ernesto Gutiérrez y González, quien considera que la conservación de los derechos y obligaciones, pueden ser convenidos en el caso de un mutuo respeto o abstenciones al ejercicio de determinado derecho por parte de los contratantes, así, cita el ejemplo en que un adquirente de buena fe, es perturbado en su posesión, por quien dice tener mejor derecho, ambas partes, celebran un convenio de "conservación de derechos y obligaciones", para que el poseedor no promueva un interdicto de retener la posesión y el que no la tiene, se obligue a no perturbar más dicha posesión, en tanto no se defina por la vía judicial quien tiene un mejor derecho.³⁷

Al respecto, Jorge Alfredo Domínguez Martínez además de hacer una extensa crítica a tales argumentos, considera que tales deberes contraídos por los contratantes, no corresponden sino a dos obligaciones de "no hacer".³⁸

Nosotros consideramos que el convenir sobre el no ejercicio de algún derecho de carácter irrenunciable, más aún cuando se trate de derechos subjetivos públicos, es atentatorio de las garantías constitucionales que tutelan tales derechos.

³⁶ Idem, p. 73 y 74.

³⁷ Ernesto Gutiérrez y González, Derecho de las Obligaciones, p. 217 y s.

³⁸ Jorge Alfredo Domínguez Martínez, op. cit., p. 80.

En este sentido, en caso de que se llegue a pactar el no acudir a los tribunales en demanda de justicia y en ejercicio del derecho de acción, se estaría renunciando a tales derechos, lo cual es jurídicamente imposible, y en consecuencia, conculcatorio de las garantías constitucionales expresamente descritas en la Constitución General de la República.

3. Autonomía de la voluntad

En función de la autonomía de la voluntad o autonomía privada, las partes pueden crear relaciones jurídicas constituidas por derechos y obligaciones que tienen fuerza de ley.

El Estado a través del Derecho, como regulador de las conductas humanas, a través de las figuras jurídicas que se crean basadas en una realidad objetiva imperante, ha creado el contrato y en general el acto jurídico, como los medios por los cuales el hombre puede lograr dar satisfacción a sus necesidades patrimoniales. De esta forma, esa libertad de decisión exige limitaciones que la misma ley impone (derecho público y moral), y dentro de la cual la voluntad puede generar normas contractuales jurídicamente válidas.

Una vez ejercida la facultad de contratación, y en consecuencia el acto jurídico se perfecciona, ya no se puede hablar de libertad, sino de voluntades sujetas a la norma jurídica, cuyas consecuencias se encuentran designadas en ella misma.

La autonomía privada que alguna vez se hizo valer como poder absoluto de la voluntad de los contratantes no debe ser entendida como la protección legal a aquello que el individuo quiere, sin ninguna restricción, sino como el poder reconocido por el Derecho a los particulares, para crear

normas de conducta obligatoria conforme al orden jurídico previamente establecido.

En este contexto, si bien hay que reconocer que dentro de un sistema individualista y liberal la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por el orden público, también lo es que este mismo orden público, tiene entre sus fines garantizar y preservar la libertad y además, proteger a los desfavorecidos.

El derecho contractual sigue perteneciendo todavía al Derecho Privado, cuyas normas rigen las relaciones de los particulares, sin importar que hayan aumentado las disposiciones de orden público.

En consecuencia tal y como afirma Sánchez Medal, *"sin caer en las exageraciones del dogma de la autonomía de la voluntad, ni tampoco en las exageraciones opuestas de quienes ven la ley la única fuente de las obligaciones y consideran que el dirigismo contractual ha hecho desaparecer, por la intervención creciente del Estado, el carácter voluntario de las obligaciones contractuales; debe reconocerse que en nuestro derecho todavía existen los dos mencionados principios: el de la libertad de contratar, ...; y el de la libertad contractual,..."*³⁹

En concepto del mencionado autor, debe distinguirse entre la libertad de contratar y la libertad contractual, la primera radica en la libre determinación para contratar o para no hacerlo, y la segunda, consiste en la libre disposición en cuanto al contenido de las cláusulas del contrato, a su vez, la *"libertad contractual está consagrada en nuestro Derecho Civil tanto por lo que hace a la forma (1832 y 2014) como por lo que toca al fondo (1839*

³⁹ Ramón Sánchez Medal, op. cit., p. 11

y 1858) del contrato."⁴⁰

Al respecto, hay que mencionar que tanto la libertad para contratar como la libertad para estipular el contenido del contrato se contienen en la autonomía de la voluntad.

No obstante, dicho autor reconoce que existen limitaciones de carácter general y limitaciones expresamente diseñadas para cada contrato, así, "*Las limitaciones de carácter general están inspiradas en el interés público (6), o el orden público (1795-III y 1831) o en las buenas costumbres (1795-III, 1831 y 1910), o aún hasta en intereses políticos (Mazeaud y Trabucchi), como por ejemplo, la Ley de Congelación de Rentas...*

*Las limitaciones de carácter particular -nos dice-, son las relativas a cada contrato en concreto, como en la compraventa (2276, 2280, 2281, 2282, 2268 y 2311, in fine), en la donación (2333 y 2347), en el mutuo (2389, 2395 y 2396), en el arrendamiento (2433, 2448, 2448-A a 2448-K, 2451 y 2455), en la prestación de servicios profesionales (2608), en la aparcería (2741), en la prenda (2887), etc."*⁴¹

Tratando de esbozar los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho, Marcel Planiol⁴² nos enseña que son disposiciones de orden público: a) todas las leyes de derecho público, b) las disposiciones que se refieren a la organización de la familia, y al estado y capacidad de las personas, c) las normas que tutelan derechos de tercero, y d) las leyes que protegen a un contratante frente a otro.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Idem, p. 12 y 13.

⁴² Marcel Planiol y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil., Tomo I, número 292, p. 148.

Asimismo, habría que añadir por nuestra cuenta las normas de orden público o irrenunciables, las relativas a la moral y a las buenas costumbres. Específicamente dentro del Código Civil, encontramos el artículo 1839, que dispone que los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes, siempre que no sean contrarias a la naturaleza del contrato, al orden público o a las buenas costumbres; el artículo 6 del ordenamiento civil citado, nos dice que nadie puede por voluntad de los particulares eximirse de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla, y los derechos privados no pueden ser materia de renuncia, si con ello se afecta el interés público o los derechos de tercero, así también, de acuerdo con su numeral 16 tenemos que las personas no pueden usar o disponer de los bienes o derechos que les pertenezcan, en perjuicio de la colectividad.

Por otro lado, es de vital importancia destacar que ese poder de los particulares en cuanto a la autonomía de la voluntad, sólo puede ser ejercido para limitar la propia conducta de quien lo ejerce; y por lo tanto, no puede limitar la conducta de otro contratante o de un tercero. Y de esas recíprocas limitaciones nace el derecho de las partes para exigir el cumplimiento de las respectivas obligaciones contraídas por ellas.

Por lo anterior, no debe olvidarse que las partes al celebrar un contrato, no sólo pretenden o quieren la aplicación de normas generales, abstractas, obligatorias, aplicables al contrato específicamente celebrado; los otorgantes están ejerciendo un poder creador de normas particulares que nacen del contrato por ellas celebrado.

4. Elementos existenciales del contrato

El contrato tiene como características: (1) la intervención de dos o más personas, (2) un acuerdo de voluntades entre las partes, y (3) que tal acuerdo

o consentimiento sean tendientes a la producción o transmisión de derechos y obligaciones.

Para tal efecto, para que un contrato pueda tener vida y pueda ser válido, necesita que concurran en él, los elementos de existencia y de validez.

Los elementos de existencia son dos: el consentimiento y el objeto, los cuales deben existir conjuntamente ya que de lo contrario, ante la ausencia de cualquiera o de ambos, se impide la formación del contrato.

Los elementos de validez son la capacidad de las personas autoras del consentimiento, la forma libre o señalada por la ley para la exteriorización del consentimiento, la ausencia de vicios en la voluntad, y un objeto, motivo o fin lícito. Requisitos que debe reunir todo contrato para impedir su anulación, ya absoluta, ya relativa.

4.1. Consentimiento

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones. Este acuerdo debe versar sobre la naturaleza del acto y la identidad del objeto, a falta de cualquiera acarrea la inexistencia del acto.

El artículo 1803 del Código Civil establece que el consentimiento puede ser tácito o expreso. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito, en cambio, resulta de hechos o de actos que lo presupongan ó autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por la ley o por convenio de la voluntad deba manifestarse expresamente (como en la novación).

El consentimiento como acuerdo de voluntades se compone de dos partes o momentos: la oferta o policitud, y la aceptación. La policitud, es una declaración unilateral de voluntad cuyo contenido obligacional ha sido expresado por una persona determinada. La aceptación, a su vez, es otra declaración unilateral de voluntad, mediante la cual se expresa la adhesión a la propuesta inicial.

Ahora bien, los dos momentos descritos, pueden darse entre personas que se encuentren presentes o ausentes; en el primer supuesto, el oferente puede hacer la propuesta y puede darle cierto plazo al aceptante, tiempo durante el cual estará obligado a mantenerla; en cambio, si no le fija plazo de aceptación, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace de inmediato, en forma lisa y llana; y es lo mismo si la oferta se realiza por algún medio de comunicación en donde se tenga contacto directo e ininterrumpido.

El contrato entre ausentes, tiene lugar cuando la persona a la quien se dirige la oferta no está presente, ni está en contacto directo e ininterrumpido con el oferente. En este caso, como en el anterior, si el autor de la oferta pone un término de aceptación, queda obligado durante todo ese término. Pero si no fija ningún término, el Código Civil establece en su artículo 1806 que estará ligado por tres días, además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo o del medio de comunicación que exista o sea posible, a falta de correo público.

Por otro lado, con respecto a la consensualidad de los contratos, cabe destacar que en función de lo dispuesto por la primera parte del artículo 1832 del Código Civil y el 78 del Código de Comercio, se podría concluir que tales artículos consagran el consensualismo como forma válida para la existencia

de un contrato. Sin embargo, si los complementamos con los artículos 1833 y 1796 del Código Civil, y el 79 del Código de Comercio, resulta claro que el consensualismo citado no existe, sino en casos verdaderamente excepcionales, y que la regla general, es que para que el contrato pueda ser considerado como válido es necesario que revista la forma que determina la ley.

Tal conclusión aún cuando parece lógica, es importante precisar que en ambas codificaciones se acepta que aún cuando el acuerdo de los particulares no se haya expresado de acuerdo a la "forma" que exige la ley, si este acuerdo ha quedado establecido de manera fehaciente, cualquiera de ellos puede pedir que se le dé al contrato la forma legal exigida. Así pues, el "formalismo" que se exige en la ley, queda debilitado al reconocerse en la misma, la acción "pro forma" para revestir de las formalidades legales a aquellos contratos que se hubieran celebrado sin observarlas, según lo disponen los artículos 1833 in fine y 2232 del Código Civil aplicables supletoriamente al Código de Comercio.

Debe admitirse que para que el contrato que celebren las partes pueda oponerse a terceros, es indispensable su inscripción ante el Registro Público de la Propiedad, cuando así se requiera.

Volviendo al perfeccionamiento de los contratos entre ausentes, debe tenerse presente, que el Código Civil y el Código de Comercio, admiten cierta teoría con respecto a cuándo se debe entender que el contrato ha quedado perfeccionado.

Sobre el particular, existen diversas tesis que explican el tiempo de perfección del contrato entre personas ausentes, la primera es la de la declaración, que considera que el consentimiento se forma cuando el

destinatario de la oferta (aceptante) declara, en cualquier forma, su aceptación a la propuesta. A esta teoría se le critica que se le deja al arbitrio del peticionado el momento de la formación del contrato, lo cual acarrea inseguridad jurídica. La segunda teoría es la de la expedición, la cual considera que el consentimiento se forma cuando el destinatario de la oferta contesta al proponente y expide su mensaje por algún servicio de mensajería o paquetería, sea estatal o particular, propuesta que también conlleva inseguridad jurídica, dada la propia incertidumbre que tiene el enviar algún mensaje por algún servicio de mensajería o paquetería. La tercera teoría es la de la recepción, que considera que surge el consentimiento cuando el proponente recibe en su domicilio o buzón, la respuesta del aceptante. Y la cuarta teoría, la de la información, considera que el consentimiento surge cuando el proponente se informa -valga la repetición-, de la respuesta que contiene la aceptación.

El sistema de la expedición, es el adoptado por el artículo 80 del Código de Comercio y excepcionalmente también, con motivo de la donación, por el artículo 2340 del Código Civil.

Por su parte el Código Civil adopta el sistema de la recepción, según lo dispuesto en su artículo 1807.⁴³

La importancia de determinar el momento y el lugar en que se perfecciona el contrato entre ausentes, radica en cuanto a la competencia del tribunal para conocer de la interpretación o del cumplimiento de algún contrato, y cuáles son las formalidades que se debieron satisfacer. Y en cuanto al momento, es indispensable para precisar la capacidad de las partes, o para la aplicación de la teoría de los riesgos o para esclarecer si el

⁴³ Arturo Díaz Bravo, op. cit., p. 35.

contrato se celebró durante el periodo de concurso o de quiebra.⁴⁴

4.2. Objeto

Lo que nos interesa ahora, es conocer lo que constituye el objeto del contrato como fuente específica de esa especie de obligaciones (las que nacen del contrato) prescindiendo por ahora del objeto de las obligaciones que se originan de otras causas de obligar. De esta forma, tomando en cuenta lo que dispone el artículo 1794 del Código Civil, tenemos que para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 1793 del mismo ordenamiento civil, el efecto del contrato es la producción o transmisión de derechos y obligaciones; por consiguiente, el contrato no sólo es fuente de obligaciones, también es fuente de derechos entre las partes que lo celebren (como correlativos), y que constituyen el objeto directo del contrato.

Las partes, con base en su voluntad autónoma y con los límites que el ejercicio de ella implica, constituyen a través del consentimiento el contenido del objeto que determinan, objeto sobre el cual, recaen los derechos y las obligaciones pactadas. De tal forma que, el consentimiento y el objeto no se pueden considerar como independientes.

Reconsiderando, el objeto de la obligación es lo que el obligado debe dar, hacer o no hacer. El objeto del contrato es lo que crean o transmiten los contratantes, estas prestaciones forman el contenido de la voluntad de las

⁴⁴ Marty, citado por Ramón Sánchez Medal, op. cit., p. 30.

partes, de ahí que el objeto abstracto de la obligación se convierte en la prestación concreta, como materia del contrato. A través de lo que el obligado debe dar, hacer o no hacer, se cumplirá el objetivo del contrato.

En cuanto a la relación entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación Planiol nos enseña que el objeto no forma parte de la estructura del contrato.

*"Hablando propiamente un contrato carece de objeto a menos que por elipsis se pretenda atribuirle alguno. El contrato es un acto jurídico que produce efectos, y estos efectos consisten en la producción de diversas obligaciones y tales obligaciones son las que tienen un objeto y por brevedad se atribuye ese objeto al contrato mismo en forma directa. Así, cuando se hable del objeto de un contrato, se habla de la cosa o del hecho sobre el cual han convenido las partes que contratan."*⁴⁵

En este sentido Ramón Sánchez Medal, dice: *"Conforme a la definición legal del contrato (1793), el objeto directo e inmediato del contrato es la creación o la transmisión de obligaciones o derechos (sean éstos reales o personales); pero por una elipsis que viene desde el Código Napoleónico, se menciona como objeto del contrato lo que propiamente es el objeto de la obligación creada o transmitida por él. Este objeto indirecto o mediato del contrato, puede ser o la prestación de una cosa (2011) o la cosa misma (1824-I); o bien, la prestación de un hecho (2027 y 2028) o el hecho mismo (1824-II). A este particular resulta muy útil el empleo de la terminología objeto-cosa o de objeto-hecho del contrato (Cuna Concalves)."*⁴⁶

⁴⁵ Planiol Marcel y Georges Ripert, op. cit., Tomo V, Num. 997, p. 32.

⁴⁶ Ramón Sánchez Medal, op. cit., p. 33 y 34.

Considerado ya el objeto indirecto del contrato, la prestación de cosa puede consistir, según los artículos 2011, 2027 y 2028, en la enajenación de cosa cierta, en la enajenación temporal del uso o goce cosa cierta, en la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida (objeto-cosa); o bien, puede consistir en que el deudor haga o no haga algo (objeto-hecho).

4.2.1. Objeto-Cosa

Cuando por virtud de un contrato el deudor se obliga a dar una cosa, puede esa prestación revestir diversas hipótesis, el artículo 2011 del Código Civil especifica:

"La prestación de cosa puede consistir:

- I. En la traslación de dominio de cosa cierta.*
- II. En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta.*
- III. En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida."*

4.2.1.1. Requisitos que debe satisfacer la cosa

El artículo 1825 del Código Civil, dispone que la cosa objeto del contrato debe:

- I. Existir en la naturaleza.
- II. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.
- III. Estar en el comercio.

Respecto a la primera fracción, una cosa para que sea objeto del contrato debe existir en la naturaleza o ser susceptible de llegar a existir. Por

ello, la regla general es que no pueden ser objeto del contrato las cosas que no existen, ni las que no pueden llegar a existir, de ahí que, si el artículo 1826 establece que las cosas futuras pueden ser objeto del contrato, en este supuesto, la ejecución del contrato depende de que la cosa llegue efectivamente a existir, esto es, debe tratarse de un objeto que naturalmente habrá de existir.

Como excepción a lo anterior, no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento, la razón de ello obedece fundamentalmente a que el autor de la herencia mientras viva, no puede renunciar al derecho que le confiere el derecho de la propiedad (derecho subjetivo público) de disponer de sus bienes cuando así le plazca, de ahí que todo acto de disposición para después de la muerte, sea esencialmente revocable; otra excepción la constituyen los bienes futuros en una donación (artículo 2333).

Hay que destacar, que si uno de los contratantes tiene conocimiento de que la cosa no existe, y aún así celebra el contrato, será responsable del pago de daños y perjuicios que ocasione.

La segunda fracción del artículo transcrito, nos señala que la cosa debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie. Por lo tanto, en el momento en que se hace una propuesta, el oferente debe especificar con exactitud cuál es la cosa que desea forme el objeto del contrato, esto es, debe determinar cuál es el objeto de la convención. Asimismo, puede suceder que la cosa no esté determinada, pero puede estar sujeta a una determinación (determinable) en cuanto a su especie; es decir, en el contrato se deben establecer las bases para una determinación posterior, sin que se requiera un nuevo acuerdo de las partes al respecto.

Hay que agregar, que la cosa debe determinarse no sólo en cuanto a su especie, sino en cuanto a su género, a su calidad y cantidad, y si es posible, por su número de serie, hasta el grado de que en definitiva la cosa se *individualice*, pues sólo de esta forma se puede transmitir la propiedad de la cosa por mero efecto del contrato. En consecuencia, si la cosa no se ha determinado, ni tiene las bases para su determinación, el contrato deviene en inexistente por la falta de objeto que pueda ser materia de él.

Así también, la *"determinación de la cosa puede hacerse a través de un hecho que está por realizarse (2251), como por ejemplo, si se conviene comprar la pastura que coma un caballo durante una exposición o los vinos que se consuman en un festejo; o a través de la fijación que haga una tercera persona elegida por las partes (2251, in fine, a 2253)."*⁴⁷

Por último, el tercer requisito que debe tener la cosa, es que se encuentre en el comercio, recordemos que las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley. Por su naturaleza, están fuera del comercio las cosas que no pueden ser poseídas exclusivamente por alguien, se dice del aire, del sol, etc. Y están fuera del comercio por disposición de la ley, las cosas que han sido declaradas como irreductibles a propiedad particular, como los bienes de dominio público.

En otras palabras, el concepto "estar en el comercio" se refiere a la posibilidad de apropiación de un bien por los particulares.

Por otro lado, no es lo mismo un bien intransferible que está fuera del comercio y que por lo tanto no puede llegar a ser nuestro. A un bien inalienable, que siendo nuestro no podemos transmitirlo.

⁴⁷ Idem, p. 35.

Es interesante la opinión de Domínguez Martínez y García Villalobos, con respecto a los trasplantes de órganos, que nos dicen tanto *"la totalidad del cuerpo humano como sus órganos y tejidos en lo individual están fuera del comercio y por lo tanto no son susceptibles de apropiación exclusiva. De lo anterior se desprende que no tenemos el derecho de propiedad sobre tales órganos o tejidos, sino que ejercemos sobre ellos uno de los derechos de la personalidad que nos faculta para disponer de los mismos."*⁴⁸

4.2.1.2. Obligaciones de dar consistente en un género (cuando no hay determinación en cuanto a la especie)

Se entiende por género⁴⁹ un conjunto de bienes que poseen características que les son comunes, el artículo 1825 del Código Civil, establece que la cosa del contrato debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie, en este sentido, la cosa debe ser cierta e individualizada en la celebración del contrato; o bien, en él, se deben dar las bases para una futura determinación.

Luego, cuando estamos en presencia de la obligación de dar un género, sólo es exigible coactivamente a partir del momento en que la obligación genérica se hace determinada; es decir, cuando la cosa debida, se hace "cierta" mediante su especificación e individualización, momento en el cual se hace exigible al deudor.

Estas consideraciones revisten cierta importancia, considerando los efectos que se pueden producir con respecto a la pérdida de la cosa, y respecto a la traslación del dominio.

⁴⁸ Jorge Alfredo Domínguez Martínez y Alejandro García Villalobos, Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Órganos, p. 82.

⁴⁹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, p. 729.

Lo primero, porque si la obligación consiste en dar un género, el deudor no se libera, cuando perece la cosa con la cual él pensaba cumplir, en virtud del principio que se enuncia diciendo que los géneros no perecen.

Lo segundo, porque la transmisión de la propiedad de la cosa objeto de contrato, cuando se trata de género, no se realiza mientras ésta no se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor (artículo 2015 del Código Civil).

4.2.2. Objeto-Hecho

El objeto-hecho consiste en la conducta positiva o negativa que debe observar el deudor. Este hecho positivo o negativo, debe ser posible y lícito (1827 del Código Civil). Lo posible, significa que la conducta humana pueda tener existencia porque es conforme a las leyes naturales, o bien porque se ajusta a las normas del derecho positivo (artículo 1828 del Código Civil).

En otras palabras, un hecho es imposible físicamente cuando no puede realizarse porque es contrario a las leyes que rigen el orden del universo, y es imposible jurídicamente, cuando es contrario a una norma de derecho y constituye un obstáculo insuperable.

Ferrara citado por Borja Soriano⁵⁰, considera que el *"acto ilícito se realiza efectivamente, aunque violando la ley o la moral...; es lo posible, vedado o reprobado, pero no lo imposible... Imposible es aquello que no puede acaecer por una causa que excluye absolutamente su existencia. A la realización de la acción se opone un obstáculo insuperable; el hecho quedará siempre inejecutado, porque su ejecución es incompatible con una ley que debe regularlo necesariamente"*.

⁵⁰ Manuel Borja Soriano, Teoría de las Obligaciones, p. 146.

Es importante hacer notar, que con la acción jurídicamente imposible la ley no es violada o transgredida, sino que se intenta en vano substraerse a ella, por lo mismo, lo imposible jurídico se resuelve en una acción inútil.

Por su parte, Bejarano Sánchez⁵¹ afirma que no se debe confundir el hecho jurídicamente imposible con el hecho ilícito, *"...el primero no es hacedero, no puede suceder, el segundo es posible, pero está prohibido: es lo factible vedado. Hecho ilícito es aquel que contraría las normas de orden público y las buenas costumbres."*

Asimismo, el Lic. Gual Vidal considera que en el objeto posible deben existir presupuestos o supuestos lógicos jurídicos; es decir, hay leyes que contienen elementos esenciales de los actos jurídicos que si no se realizan hacen imposible el objeto. Así, -nos dice- en un contrato de compraventa es esencial el que una persona pueda transmitir la propiedad de la cosa, es esencial, pues, que yo sea dueño de la cosa dentro del sistema moderno para poder transmitirla; si yo pacto la venta de una cosa que no es de mi propiedad, normalmente debemos estar en presencia de una imposibilidad jurídica; si yo pacto por ejemplo la compra de una cosa que ya es de mi propiedad, en virtud de que no puedo adquirir lo que ya es mío, hay una imposibilidad jurídica, la razón: Porque es esencial la transmisión de la propiedad de la cosa.

Más adelante agrega que el artículo 1828⁵² al dar la noción exacta de la imposibilidad jurídica retomó los conceptos de Ferrara.

Respecto a la imposibilidad jurídica, debemos asimismo establecer que

⁵¹ Manuel Bejarano Sánchez, op. cit., p. 76.

⁵² "Es imposible el hecho de que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización."

debe ser en forma *absoluta*, es decir, que sea imposible realizar para todo el mundo (artículo 1829).

Por otro lado, el hecho de un tercero puede ser objeto de obligación, siempre que no se trate de un hecho que sólo pueda ser ejecutado por el obligado, atendiendo a sus cualidades y habilidades personales. Sin embargo, el deudor deberá obligarse a pagar por el acreedor una cantidad de dinero en caso de que ese tercero no acepte realizar la conducta debida (promesa de "port-fort", artículo 1841).

Si el hecho es personal del deudor de manera que no pueda prestarse por otro, y el deudor se niega a cumplir lo prometido, la ejecución forzosa de la prestación se llevará al cabo aplicando al obligado incumplido, los medios de apremio que establece el artículo 517 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. Si el obligado aún así no ejecuta lo que debe, la obligación contractual se resuelve y su incumplimiento como hecho ilícito, creará, a cargo del deudor, la obligación de reparar e indemnizar los perjuicios que se causen al acreedor por su negativa (artículos 1949 del Código Civil y 449, fracciones II y III, y 518 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal).

Ahora bien, cuando la obligación consiste en el otorgamiento de algún instrumento o en la celebración de un acto jurídico, el juez ejecutará por el obligado el acto respectivo expresándose así la rebeldía del deudor condenado (artículo 517, fracciones II y III del Código de Procedimientos Civiles). El importe de la responsabilidad civil por incumplimiento del obligado, los daños y perjuicios se fijarán por el acreedor, procediendo luego al embargo de bienes del deudor por dicha responsabilidad, pudiendo objetar el deudor tal suma, para lo cual se abrirá un incidente respectivo.

Cuando el obligado estuviese obligado a una obligación de no hacer; el incumplimiento se resolverá con el pago de daños y perjuicios, cuyo importe será fijado por el perjudicado para que se despache ejecución, según el artículo 524 del Código de Procedimientos Civiles.

Mencionábamos que la conducta positiva o negativa del obligado además de ser posible, debe ser lícita; en este contexto, es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres, según el artículo 1830 del Código Civil.

A diferencia de las normas privadas, las normas de orden público son irrenunciables y de carácter prohibitivo, además de que afectan a toda la sociedad. Las normas privadas en cambio, pueden ser modificadas y son renunciables, lo que permite distinguir igualmente al Derecho Público del Derecho Privado.

Además, las leyes de orden público significan limitaciones a la autonomía de la voluntad; las violaciones a las leyes de orden público traen como consecuencia la ilicitud en el objeto, así lo establece el artículo 8 del Código Civil, que enuncia: *"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."*

En consecuencia, una obligación de no hacer en contra del orden público y las buenas costumbres, estaría afectada de nulidad absoluta, excepto que una ley dispusiera lo contrario, o la acción de nulidad no reuniera las características propias de la nulidad absoluta que establece el artículo 2226 del Código Civil.

Por lo que hace al concepto de las *buenas costumbres* Sánchez Medai

apunta que el concepto *"no ha sido fijado en la ley, ni la doctrina le da un contenido uniforme. A las buenas costumbres se acude varias veces por el legislador (1830, 1831, 1910),... entre nosotros y demás países de civilización occidental, se aproxima el concepto de buenas costumbres al aspecto exterior de los principios de la moralidad cristiana (Ripert)"*⁵³.

Más adelante el mismo autor, pretendiendo dar las bases de una definición transcribe una sentencia dictada por un Tribunal Colegiado de Circuito; que en su parte medular establece que las buenas costumbres son *"las directivas y los conceptos morales en que se inspira nuestro actual derecho positivo y que coinciden con el sentir del común de las personas equilibradas, intelectual y emocionalmente maduras y de criterio sereno,... (ejecutoria del 18 de marzo de 1976, del 2 Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en el amparo en revisión 20/76 de Eros, Cía. Editorial S. A. y Editorial Posada, S. A. El mismo Tribunal sostuvo criterio similar en el amparo en revisión 196/76 al examinar el contenido de la revista 'Playboy')."*⁵⁴

Consideramos que las buenas costumbres es un concepto vago e impreciso, que cambia según la época y el lugar. En consecuencia, el arbitrio del juzgador deberá ser muy amplio y deberá analizar las circunstancias especiales de cada caso en concreto.

4.2.2.1. Obligaciones de medios y de resultados

En las obligaciones de hacer (cosa-hecho), se distinguen las que se agotan con la sola conducta del deudor, independientemente del resultado práctico perseguido por el acreedor; y las obligaciones que consisten en que no basta

⁵³ Ramón Sánchez Meda, op. cit., p. 39.

⁵⁴ Idem, p. 40.

que el deudor observe la conducta debida, sino que el deudor se obliga a obtener para el acreedor el resultado querido por éste. A las primeras se les denomina obligaciones de medios (Vgr. la prestación de servicios profesionales, en donde el obligado debe conservar una conducta diligente y cuidadosa), y a las segundas se les llama obligaciones de resultado (Vgr. el contrato de obra determinada, en donde la finalidad del contrato es la elaboración de la obra especificada por el cliente).

Esta distinción no es únicamente teórica, tiene cierta importancia práctica para determinar en uno u otro caso, la responsabilidad del obligado en caso de incumplimiento y sirve de pauta para resolver el problema de la culpa del obligado en la ejecución de la prestación pactada. En un procedimiento judicial, en el que se discuta si el deudor ha cumplido o no la obligación que le incumbe, cuando la obligación contraída es de medios, el deudor demandado sólo debe probar que en la ejecución del contrato, ha empleado la diligencia y el cuidado adecuados a la naturaleza del servicio contraído, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar y modo.

No así en las obligaciones de resultados, porque en éstas el deudor sólo queda liberado de responsabilidad por incumplimiento, si prueba en el juicio correspondiente, que el resultado obtenido es precisamente el que las partes convinieron a través del contrato, o que si el resultado previsto por las partes no se alcanzó no fue por culpa, negligencia o impericia de su parte, sino a una causa humanamente imprevisible o a un hecho que aun pudiendo ser previsto no pudo ser evitado humana y racionalmente (caso fortuito o fuerza mayor).

Por último, con respecto a la conducta negativa del deudor, o abstención, se advierte que para que tal conducta pueda ser objeto del

contrato debe entenderse que no se trata de una genérica inactividad del deudor, sino que la obligación de no hacer debe referirse siempre a una concreta y determinada abstención, específicamente señalada por la ley o en el contrato, (en función de la determinación del objeto) como sucede con la obligación del depositario de omitir usar la cosa depositada.

Además, la inactividad del deudor debe corresponder a la satisfacción de un interés legítimo del acreedor, aún cuando no sea necesariamente pecuniario, sino de orden moral.

De esta forma, el artículo 2301 del ordenamiento civil sustantivo, sanciona con nulidad la cláusula en donde se imponga al comprador la obligación de que la cosa objeto del contrato, no pueda venderse a persona alguna (aún cuando se permita no vender a persona determinada). Tal disposición tiene aplicación al resto de los contratos traslativos de dominio por analogía, y porque además es imposible jurídicamente no ejercitar un derecho que por la naturaleza del bien es permisible.

5. Elementos de validez del contrato

El contrato una vez constituido con todos sus elementos de existencia, debe reunir, además, los requisitos o elementos de validez necesarios para ser perfecto y para que pueda producir efectos. Tales requisitos se contemplan en el artículo 1795 del Código Civil de la forma siguiente:

- 1. La voluntad debe exteriorizarse con la forma exigida por la ley;*
- 2. La voluntad debe estar exenta de vicios;*
- 3. El objeto del acto y el motivo o fin de su celebración deben ser lícitos, y*
- 4. Los autores o partes deben ser capaces.*

5.1. Forma

La forma es el modo de presentarse el acto frente a los demás, es su forma externa. La distinción entre contrato formal y no formal, se funda en la posición que adopta la ley respecto a la facultad de las partes de elegir una forma determinada, si la ley niega esa autonomía e impone al contrato una determinada forma, se dice que el contrato es formal, en caso contrario, si deja a los interesados en libertad respecto de la forma, se dice que el contrato no es formal.

La forma únicamente es requisito de validez del acto, su falta no impide que éste nazca a la vida jurídica pero es causa de nulidad relativa.

Ahora bien, del análisis del Código Civil (artículos 1832, 1833, 1796), se puede determinar que se exige la forma sólo como un medio de prueba del acto, la cual, por otro lado, es prescindible si por otros elementos de convicción se puede demostrar su celebración; en efecto, el contrato celebrado sin la forma legal, será válido siempre que se pruebe su celebración, ya sea porque conste la voluntad de las partes de modo "fehaciente" o de "manera indubitable". Dicha celebración puede acreditarse por otros documentos aun siendo diferentes de los exigidos por la ley, o, tácitamente, por el hecho del cumplimiento voluntario del contrato, el cual implica además una confirmación del contrato.

En estos casos, cualquiera de las partes puede exigir a la otra el otorgamiento del contrato en la forma legal y convalidar así el acto (acción "pro-forma"). Cabe señalar, que si una de las partes exige que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley y la otra demanda la nulidad del contrato, en función de los principios de conservación del contrato y del que nadie puede ir contra sus propios actos, debe prevalecer la primera; sin

embargo, si sucede que únicamente se demanda la nulidad del contrato por una de las partes y la otra no dice nada con respecto a la acción "pro-forma", debe entenderse que con esa tácita aceptación se reconoce la nulidad del contrato, en el fondo se da una retractación o rescisión del contrato (como causa de extinción).

En este sentido, la falta de formalidad exigida por la ley hace que el contrato pueda ser invalidado y que mientras no revista esa forma legal no será válido; no obstante, tal defecto de formalidad sólo produce la nulidad relativa del contrato, y en consecuencia, no impide que dicho contrato produzca provisionalmente sus efectos hasta que se declare su nulidad, razón por la cual, el cumplimiento voluntario de ese mismo contrato por pago, novación, o por cualquier otro modo, entraña la ratificación tácita del mismo y extingue la referida acción de nulidad, según resulta de la aplicación del artículo 2334 del Código Civil.

Hay que destacar igualmente, que la convalidación del contrato por cualquiera de los medios señalados, tiene como consecuencia que dicho acto surta sus efectos desde su celebración, es decir, los efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato, como si éste desde su origen hubiera sido completamente válido.

Los argumentos antes vertidos, resultan igualmente válidos con respecto a la forma que deben revestir los contratos mercantiles, dado que el artículo 78 del Código de Comercio tiene el mismo contenido que el artículo 1832 del Código Civil, al disponer que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Joaquín Garrigues⁵⁵ considera necesario hacer la distinción entre la forma como elemento de validez, y prueba del contrato, así, siguiendo la opinión de Navarrini expresa lo siguiente:

"Aunque el C. de c. -se refiere al Código de Comercio español- trata indistintamente de la forma y de la prueba de los contratos mercantiles, son cosas esencialmente distintas, de las cuales la primera regula la génesis, ejercicio y extinción de los derechos, en tanto que la segunda trata exclusivamente de su demostración en juicio. La forma se refiere al requisito -insustituible- para que el acto exista o produzca los efectos que le son naturales. La prueba mira al medio -sustituible- para que pueda demostrarse que el acto existe (NAVARRINI).

Claro que, ..., forma y prueba están ligadas por estrecha relación: donde se exija una forma determinada para la existencia de un contrato, éste no podrá ser probado por otros medios, no sería cierto que no podía existir sin aquella forma. Al contrario si se admite la prueba libre de un contrato, implícitamente se deduce que ese contrato no es formal.

Hay, sin embargo, una solución intermedia..., el poder compelerse recíprocamente los contratantes a llenar la forma, es ya un efecto del contrato, que se reputa válido y eficaz si concurrió el consentimiento, el objeto y la causa.

Normas de prueba y normas de forma, son, pues, distintas. Lo que ocurre es que las normas materiales sobre la prueba implican una coacción hacia la forma. Ejemplo: si dos personas reconocen que entre ellas existe un contrato verbal de venta de mercaderías por valor de 50.000 pesetas, ninguna puede excusarse de cumplirlo alegando la falta de forma. Pero si una

⁵⁵ Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, p. 21 y 22.

de ellas niega la existencia del contrato, la otra no puede valerse de la prueba de testigos..., que sería la más adecuada para probarlo. Esa norma de prueba estimula, pues, a dar forma escrita a ese contrato... para poder producir sus efectos el contrato habrá de constar su existencia por alguno de los medios que el Derecho civil tenga establecidos, y añadiendo que la declaración de testigos no será por sí sola bastante para demostrar la existencia de un contrato cuya cuantía exceda de 1.500 pesetas, a no concurrir con algún elemento probatorio; es decir, que esta limitación no afecta al aspecto de validez y sí solamente al principio de libertad de prueba, privando de eficacia la testifical,..."

5.2. Ausencia de vicios en la voluntad

La voluntad de las partes que celebran el acto debe estar exenta de defectos o vicios; asimismo, debe ser cierta y libre, es decir, debe corresponder al resultado de una determinación real y espontánea.

Si la decisión proviene de una creencia equivocada (error), ha sido obtenida o mantenida por engaños (dolo) o ha sido extraída con amenazas (violencia o temor) entonces es una voluntad viciada que anula el contrato. En tales supuestos, el agente manifiesta su intención de celebrar el acto jurídico, sólo porque su decisión ha sido desviada por causas ajenas a su voluntad, sin las cuales, el acto no se habría realizado; así, al otorgar su consentimiento por temor o por estar en una falsa creencia, ha proyectado su intención hacia un fin que no desea en realidad.

5.2.1. Error

El error es el falso conocimiento de una cosa (error propiamente dicho) o total desconocimiento (ignorancia) de ella, que provoca en el sujeto la formación

de su voluntad en un sentido distinto a aquél que se hubiera logrado, sin la existencia de esa circunstancia.

Sánchez Medal⁵⁶ reconoce cuatro tipos de error: *"el error obstáculo o error impediante (Mazeaud), cuando recae sobre la naturaleza del contrato o sobre la identidad de la cosa (el 'error in negotio' y el 'error in corpore' de que antes se habló) que hacen inexistente el consentimiento y, por tanto, el contrato (1794-I y 2224); el error-nulidad o error vicio, que hace anulable el contrato; el error indiferente, que no afecta a la validez del contrato; y el error rectificable, que tampoco anula el contrato, pero autoriza a una corrección o enmienda posterior del mismo."*

Según lo expresa el artículo 1813 del Código Civil, el error puede ser de hecho o de derecho, según recaiga sobre las condiciones materiales del negocio o que signifique un parcial o total desconocimiento de una norma jurídica, uno y otro, producen igualmente la invalidez del acto.

Con relación al citado precepto, para que el error ya sea de hecho o de derecho, produzca la invalidez del acto jurídico, ha de ser esencial o determinante. Así, el error será esencial o determinante y por lo tanto invalidará el contrato o lo hará inexistente, en los supuestos que se indican a continuación:

a. Cuando es radical y recae sobre la naturaleza misma del acto (error in negotio). Vgr. una persona piensa que la cosa que le están entregando es objeto de una donación y en realidad lo es de una compraventa.

b. Cuando recae sobre la identidad del objeto e influye radicalmente en la voluntad de modo que ésta no ha llegado a formarse (error in corpore).

⁵⁶ Ramón Sánchez Medal, op. cit., p. 47 y 48.

c. Cuando incide sobre las cualidades esenciales que determinan la función del objeto materia del acto (error in substancia). No es un error radical sino de gravedad media, que no impide la formación de la voluntad, simplemente la deforma.

d. Cuando el error recae sobre las cualidades personales del sujeto (error in persona). Es un error de gravedad media y como el error in substancia, vicia la voluntad sin destruirla.

Es claro que en los dos primeros supuestos, el error en el contratante influye en la voluntad, de tal forma que provoca que el consentimiento no se forme, lo que a su vez, produce la inexistencia del acto.

En cambio en los dos últimos supuestos, debe destacarse que si el error recae sobre el motivo determinante de la voluntad del contratante, el contrato será nulo, siempre que en el mismo contrato se haya establecido específicamente que se celebró en virtud de las características intrínsecas del objeto o por las cualidades de la persona, o bien, que se pruebe por las circunstancias del mismo contrato, que se celebró bajo un supuesto diferente al que lo motivó (artículo 1813 del Código Civil).

"No hay que confundir el anterior "motivo determinante" que se tuvo para celebrar el contrato, con el móvil interno que indujo a la celebración de tal contrato. Ejemplo: si vendo mi casa a Pedro porque creo que con el precio que obtenga podré comprar a Francisco un terreno, no podré anular aquella venta por el hecho de que Francisco no me venda a la postre tal casa. Sin embargo, si al vender aquella casa expresamente se hace constar que la operación se llevó a cabo con el único y exclusivo propósito de adquirir con el precio el terreno que Francisco me ofrece, ese pacto podría eventualmente

tener consecuencias de nulidad del contrato."⁵⁷

Frente a estos tipos de error esencial que vician el acto o lo hacen inexistente, tenemos una especie de error que no vicia la voluntad: el error accidental que se clasifica en error in quantitate o de cálculo, y el error in qualitate. El primero de ellos, se refiere únicamente a la cantidad de cosas que constituye el objeto del contrato, y sólo da lugar a su rectificación, y el segundo, recae sobre las cualidades secundarias (no substanciales) del objeto o del sujeto que interviene en el acto, el cual tampoco afecta la validez del contrato, y ordinariamente se reduce a contratar en condiciones más onerosas o desfavorables de las que se pensó, pero no al extremo de que de haberse conocido dichas circunstancias no se hubiera contratado (artículo 1814).

"Por analogía, puede aplicarse el mismo precepto a los errores de simple escritura. Por ejemplo: Cayo, dueño únicamente de la casa número sesenta de las calles de Hidalgo, vende a Sempronio dicha casa, pero en el contrato se anota por error de escritura que vende la casa número setenta en vez de la casa número sesenta."⁵⁸

El error "inducido" o "provocado" se divide en dolo y mala fe.

5.2.2. Dolo

Según establece el artículo 1815 del Código Civil, el dolo en los contratos es cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes.

De la redacción del citado artículo se deduce que las maquinaciones o

⁵⁷ Idem, p. 48 y 49.

⁵⁸ Idem, p. 49.

artificios, es decir el ánimo doloso exteriorizado, no basta para anular un contrato, es preciso que ese acto produzca el efecto de hacer incurrir en el error o bien de mantener en él al contratante que ya estaba en estado de error.

Ahora bien, debe distinguirse al dolo principal del dolo incidental. El primero es aquel que es determinante de la voluntad, es decir, el dolo que interviene para que el contrato se celebre, de tal suerte, que de no haber sido influenciado por esas maquinaciones o artificios no se hubiera celebrado. Por su parte, en el dolo incidental aún cuando existan esas maquinaciones o artificios no logran alterar el ánimo del contratante, sino sólo provocan contratar en condiciones más onerosas, y aún cuando no hubieran existido esas maquinaciones o artificios, de todos modos se hubiera celebrado el contrato.

El dolo principal afecta la validez del contrato, anulándolo, a diferencia del dolo incidental que no invalida el contrato, sino en todo caso, puede producir una rectificación en las prestaciones.

El dolo produce sus efectos también cuando procede de un tercero, en este caso, el contratante que se ve beneficiado con la intervención del extraño, debe tener conocimiento del dolo que provoca, para que el perjudicado pueda invocar la nulidad del acto; de lo contrario, consideramos que el contratante perjudicado puede alegar error.

Cuando el contrato se anule por dolo se puede exigir una indemnización (daños y perjuicios), por haber faltado al principio de la buena fe en la contratación (artículo 1817 a contrario sensu). Y si el dolo proviene de ambos contratantes, tiene aplicación el principio "pacta sunt servanda", y

en consecuencia no procede la nulidad del acto (artículo 1817).

Así también, si el contratante que se puede ver perjudicado por el dolo en el contrato, conoce de dicho vicio en su celebración, y aún así lo realiza, no puede alegar en lo sucesivo semejante vicio, pues según dispone el artículo 1822 del Código Civil es ilícito renunciar para lo futuro de la acción de nulidad proveniente del dolo, pero no dispone que no se pueda renunciar en el presente de dicho vicio.

Respecto a la prescripción para reclamar la nulidad del contrato por dolo, consideramos que en aplicación del principio de mayoría de razón de mayor a menor, la acción de nulidad fundada en dolo, si es conocida debe ejercitarse a los 60 días de conocido, y si no fuere conocido, se aplicarán los plazos de prescripción de las acciones reales o personales en su caso (2236 del Código Civil), de ahí también la importancia de su distinción.

5.2.3. Dolo civil y penal

"El robo, ya sea en sus formas violentas u ordinarias, ha sido sustituido en parte, especialmente en las grandes ciudades, por el fraude, delito de técnica más avanzada, que requiere en el defraudador una determinada superioridad intelectual sobre la presunta víctima para hacer que ésta sucumba al engaño o error... La civilización, también al alcance de los malvivientes, presta infinitos recursos a éstos para la consecución de lucros delictivos y aguza sus sentidos para encontrar formas y medios especiales de defraudaciones con el menor riesgo posible. Puede, en resumen, establecerse como tendencia general la de que a una mayor civilización corresponde una mejor calidad operatoria en el delito patrimonial; los atentados de simple apoderamiento, pacífico o violento, son sustituidos por

aquellos en que la víctima hace voluntaria entrega de sus bienes, que le son defraudados por el engaño que sufre o error que padece".⁵⁹

Sabemos que el límite entre la comisión de un delito a través de argucias o engaños, y la invalidez de un contrato por maquinaciones o artificios, es muy endeble. La razón se encuentra en la dificultad para poder diferenciar el dolo civil del dolo penal.

Al respecto Zamora Pierce⁶⁰ nos dice que *"la quiebra patente de todas las distinciones intentadas y el fracaso convicto de cuantos esfuerzos dialécticos se han hecho para fijar la distinción entre el llamado fraude civil y el denominado fraude penal, evidencia la imposibilidad de establecer una separación ontológica entre estas pretendidas provincias del amplio territorio de lo ilícito"*. Más adelante concluye el citado autor que la única forma de deslindar lo penal, la encontramos en el campo de la tipicidad, pues considera que ni la antijuridicidad ni la culpabilidad nos permiten marcar fronteras ni diferencias entre los ilícitos civiles o penales.⁶¹

Por su parte, López Betancourt y Porte Petit Moreno, se adhieren a lo afirmado por Zamora Pierce y citando a Rodríguez Devesa, consideran que *"la distinción entre el fraude penal y el ilícito meramente civil no ofrece dificultad si se parte de la idea de que el Derecho Penal acuña los tipos del injusto con sus propias fórmulas, de tal manera que no basta con un hecho antijurídico (ilícito) para general la responsabilidad criminal, sino que ha de estar tipificado en una ley penal."*⁶²

Por su parte, Eugenio Raúl Zaffaroni nos dice que sintéticamente "el

⁵⁹ Francisco González de la Vega, Derecho Penal Mexicano, p. 244 y 245.

⁶⁰ Jesús Zamora Pierce, El Fraude, p. 123.

⁶¹ Idem, p. 125.

⁶² Eduardo López Betancourt y Luis O. Porte Petit Moreno, El Delito de Fraude, p. 6.

*dolo es una voluntad determinada, que como cualquier voluntad, presupone un conocimiento determinado".*⁶³

El dolo nos dice el mismo autor, *"es el querer del resultado típico, la voluntad realizadora del tipo objetivo. Ahora bien: para que un sujeto pueda querer algo, como puede ser, el 'querer pintar la iglesia de Anvers' que había en la conducta de Van Gogh al pintarla, necesariamente debe también conocer algo: Van Gogh debía conocer la iglesia de Anvers y los medios que necesitaba para pintarla... Todo querer presupone un conocer."*⁶⁴

De los argumentos anteriores se puede concluir, que si bien para la comisión de un hecho delictivo, se requiere el querer realizar algo y el relativo conocimiento, de la misma forma, para realizar un ilícito civil, se necesita que el sujeto quiera la obtención de un beneficio y que presuponga el conocimiento de ello. Por tal motivo, al contener el tipo penal del fraude (art. 386 del Código Penal del Distrito Federal) al engaño o aprovechamiento del error y la obtención de un beneficio, y que en esencia son los mismos requisitos del ilícito civil, podemos concluir que cuando un contrato se celebre con dolo, y por virtud de él se obtenga un beneficio patrimonial, tal conducta también corresponderá a la comisión de un delito.

5.2.4. Mala fe

La mala fe es el aspecto negativo del dolo, se considera así debido a que no se realizan actos positivos (maquinaciones o artificios), sino que es una simple disimulación del error una vez conocido, pero que puede anular también el contrato si es motivo determinante de la voluntad.

⁶³ Eugenio Raúl Zaffaroni, Manual de Derecho Penal, p. 429.

⁶⁴ Idem, p. 428.

5.2.5. Violencia

Se llama violencia o intimidación, a toda coacción ejercida sobre la voluntad de una persona, sea por la fuerza material o por medio de amenazas, para determinarla a consentir un acto jurídico, incluso, es importante destacar que la violencia puede presentarse en sus diferentes formas, como la física, verbal, psicológica o moral, y, en todos los casos, es causa de invalidez del acto.

Así, la violencia produce en quien la sufre un temor bajo cuya influencia celebra el negocio jurídico. Por tal motivo, el vicio de la voluntad es la intimidación (en el sujeto pasivo) y no violencia en la conducta del sujeto activo.

Es indiferente que la violencia o intimidación provenga de alguna de las partes o de un tercero, pues los efectos son los mismos: la invalidez del contrato (Artículo 1818 del Código Civil).

La violencia puede ser de dos tipos: a) Vis absoluta, cuando se emplea la fuerza física, y aún cuando pudiera considerarse que este vicio ocasiona la falta de consentimiento y, en consecuencia del acto en sí mismo, el Código Civil⁶⁵ la sanciona con nulidad relativa (coactas volutas volutas est); b) Vis compulsiva, es la que se origina con amenazas, sancionada de la misma forma que la anterior.

Cabe señalar, que la amenaza debe ser seria, grave e injusta; es decir, debe existir la posibilidad de que el mal se realice de modo que la ejecución de la amenaza, importe un mal mayor del que resulte de la celebración del

⁶⁵ Artículos 1818, 1819 con relación al 1823.

acto, y que no entrañe el ejercicio de un derecho legítimo en contra del sujeto.

Según el artículo 2237 del Código Civil, cesada la violencia, la acción de nulidad prescribe a los seis meses.

El contrato celebrado con este vicio, puede ser confirmado cuando cese tal vicio, siempre que no concurran otras causas que invaliden la confirmación. Aún cuando puede discutirse si tal convalidación equivale a la celebración de un contrato (nuevo), por considerarse inexistente el anterior.

Por último, el temor reverencial es el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento, según lo dispuesto por el artículo 1820 de la codificación civil.

5.2.6. Lesión

En el Código Civil se encuentra un precepto que está colocado en las disposiciones preliminares y que es el artículo 17; este precepto contiene el concepto de la lesión, colocado especialmente en ese lugar como una disposición general de aplicación a todos los convenios que se pacten. La razón de ello, es que en el Código Civil de 1884, se encontraba regulado exclusivamente para el contrato de compraventa, y como tal, en el capítulo respectivo.

La lesión no tiene el sentido etimológico del término de daño, sino que en materia contractual la lesión significa una diferencia en las contraprestaciones en un contrato conmutativo que hace que una de las prestaciones no equivalga en valor a la otra prestación; es decir tiene la connotación de un desequilibrio significativo en las prestaciones.

5.2.6.1. Antecedentes históricos

5.2.6.1.1. Derecho Romano.

En el Derecho romano se ignoraba el concepto de lesión como se ignoraba también el concepto de vicios del consentimiento; en el Derecho Civil romano bastaba la solemnidad del contrato, para que por virtud de ella se subsanara cualquier vicio que pudiera existir en la manifestación de la voluntad y, en consecuencia, carecía de efecto el que las contraprestaciones no fueran equivalentes. Más adelante, por razones de equidad y de justicia se incluyó a la lesión para la compraventa, facultando al vendedor a obtener la rescisión de la venta, a menos que el comprador prefiriera pagarle el suplemento del precio.

Sin embargo, debe señalarse que en el Derecho romano, únicamente estaba contemplada la lesión para el contrato de compraventa de bienes inmuebles, y sólo en el supuesto de que el vendedor recibía por la cosa la mitad o menos de la mitad de su precio. De ahí que la acción o excepción sólo estaba prevista para el vendedor.

El sistema de la lesión en el Derecho romano, era pues un sistema restringido, pues sólo se refería al contrato de compraventa de inmuebles, y además, se tomaba en cuenta para determinarla, un criterio eminentemente objetivo, porque atendía exclusivamente a una diferencia planteada matemáticamente.

5.2.6.1.2. Derecho Canónico.

En este derecho encontramos una ampliación del concepto de lesión fundada en lo que el Derecho canónico se llama "teoría del justo precio", esto es,

todas las cosas tienen o deben tener un precio justo, y si no se paga ese precio; es decir, si en las contraprestaciones el justo precio de la cosa desaparece, el Derecho debe intervenir para equilibrar esas contraprestaciones otorgando acciones de nulidad.

5.2.6.1.3. Derecho Moderno.

En el Derecho moderno se pueden plantear en primer término dos grandes corrientes: una primera que considera que no debe admitirse la lesión como vicio de la voluntad, y otra que sostiene lo contrario.

a). Teoría Negativa de la Lesión o Teoría Individualista.- Esta teoría enuncia que la autonomía de la voluntad de los contratantes debe ser tomada en forma libre en cuanto a la fijación del precio de las cosas, y si una de las partes resulta lesionada, no debe atenderse a esa lesión para anular o rescindir un contrato. Debe dejarse a la autonomía de la voluntad y al libre juego económico como los elementos que determinen el precio de la cosa, y si con ello se provocan prestaciones desproporcionadas, debe dejarse (dejar hacer, dejar pasar). Conforme a esta doctrina la lesión no produce efecto alguno; es la tesis adoptada por nuestro Código de Comercio, según se expondrá más adelante.

b). Teoría que Admite los Efectos de la Lesión o Teoría Socialista.- Esta corriente sostiene que deben admitirse los efectos de la lesión para afectar el contrato, pues el no admitir la lesión en cualquiera de sus aspectos, significa un individualismo exagerado, y se deja a la parte débil en desventaja. Así pues, la ley y el Estado deben intervenir en la protección del interés social.

c). Estudio de la Lesión en el Código de 1884 (Sistema Objetivo).- Este Código admitía los efectos de la lesión siguiendo el sistema del Derecho

Romano y de las legislaciones latinas en general. El Código de 84 consideraba a la lesión como una causa de rescisión y no como una causa de nulidad del contrato, estaba limitada exclusivamente al contrato de compraventa, y únicamente existía en aquellos casos en que no había un avalúo en el momento de la celebración del contrato, sino que por un avalúo posterior aparecía la desproporción en las prestaciones, y por último, la figura en mención solamente se daba cuando una de las partes adquiría dos tantos más, o la que enajenaba adquiría dos tercios menos del justo precio o estimación de la cosa. Es decir, no bastaba que hubiera alguna diferencia, sino que ésta debía ser superior o inferior dos tercios del precio del que en realidad le correspondía como valor a la cosa.

d). Sistema Subjetivo de la Lesión.- Este criterio considera que la lesión es un vicio del consentimiento del mismo rango del dolo o de la violencia, que se produce por una indebida influencia derivada del parentesco, de la amistad o de cualquier otra forma, influencia que obliga a una persona a celebrar un contrato. Naturalmente, se requiere de una desproporción o desequilibrio en las prestaciones, pero sin que necesariamente tenga que relacionarse con alguna operación matemática; se tiene en cuenta principalmente el estado de ánimo del sujeto, es decir una posición de desventaja en su aspecto moral, en su aspecto subjetivo, y no el aspecto objetivo de la operación.

e). Sistema Ecléctico.- Que es la postura intermedia, y que acepta el sistema objetivo y subjetivo a la vez; es el sistema adoptado por nuestro Código Civil vigente de 1928.

En efecto, el artículo 17 del Código Civil dispone que:

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

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

Del análisis del precepto se desprenden las siguientes características:

- A. La lesión se aplica a todos los contratos en general.
- B. Exige la intervención de un elemento subjetivo; no se trata del error, ni del dolo, ni de la intimidación, ni siquiera se trata del concepto de la indebida influencia, sino que se actualizará semejante vicio, cuando se explote la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria, de una persona, esto es, para su configuración se necesita aprovecharse de un estado especial del sujeto.
- C. Por lo tanto, si se ignora ese "estado especial" del sujeto, no habrá lugar a la lesión, por la ausencia del aprovechamiento indebido.
- D. Así también, se exige un elemento objetivo, que consiste en la obtención de un lucro evidentemente desproporcionado a criterio del juzgador; por lo tanto, no se resuelve en una cuestión matemática.
- E. Debe haber una relación entre la explotación de aquella situación de desventaja y la obtención del lucro desproporcionado (relación directa entre el elemento subjetivo y el objetivo).
- F. La lesión debe consumarse al tiempo de la celebración del contrato.

Es muy importante destacar que al exigir el precepto legal como elemento subjetivo del que sufre la lesión, la suma ignorancia, la notoria

inexperiencia o la extrema miseria, debe probarse cualquiera de tales situaciones para que el perdidoso pueda invocar válidamente las acciones que surgen de dicho vicio. Lo anterior es de vital importancia, pues en la actualidad en el foro jurídico, diversos litigantes pretenden invocar la lesión como causa de nulidad, sin considerar siquiera los elementos subjetivos descritos en el sujeto pasivo.

Adviértase asimismo, que no es preciso que exista una exacta equivalencia entre las recíprocas prestaciones, lo cual en la práctica es en verdad muy difícil de conseguir; de tal suerte que, para que exista la lesión, debe haber una desproporcionada desventaja entre una de las partes que aprovecha la otra para lucrar excesivamente, y de manera inicua.

A la vez, el mismo precepto legal citado establece que la víctima de la lesión podrá optar por solicitar del juez una "reducción equitativa" de la obligación o la nulidad de la misma.

La primera posibilidad se funda en el principio de la conservación del contrato; esto es, por medio de la reducción de las prestaciones, éstas quedan validadas y se conserva en vigor el contrato reducido en sus prestaciones.

Por lo que hace a la nulidad por causa de lesión Sánchez Medal apunta que *"es una acción de nulidad relativa (2228), con las características propias ya anotadas -se refiere a que aún cuando el contrato está afectado de nulidad relativa no puede ser convalidado, que caduca en un año, y que no siempre tiene los efectos de la nulidad pues en ocasiones sólo origina la reducción equitativa- y aunque por ese motivo ha sido instituida sólo en beneficio del contratante perjudicado, único facultado para intentarla y no los terceros (2230); sin embargo, dicha acción no puede renunciarse (8), por ser*

*de interés público el fundamento de la misma, ...es... impedir la explotación del débil (Borja Soriano). Esta misma razón explica por qué no es susceptible de ratificación expresa (2233), ni de ratificación tácita por el cumplimiento voluntario el contrato afectado de lesión (2234)."*⁶⁶

Estas acciones alternativas de nulidad y de disminución del precio establecido en el contrato, caducan en un año computado a partir de la fecha de su celebración. La razón de este plazo de caducidad, es la seguridad y la protección de los terceros que hayan contratado con la parte que se beneficia indebidamente con el contrato lesivo.

El principio de que el contrato descansa en la libertad de las partes para estipular (desmesurada autonomía de la voluntad propugnada por la teoría negativa de la lesión o individualista), y por lo tanto debe ser respetado en sus cláusulas (pacta sunt servanda) no es aplicable en el caso de la lesión, porque frente a los dispuesto por el artículo 17 del Código Civil citado, carece de plena legalidad, y la coactividad de los pactos sólo es aplicable a los contratos legalmente celebrados (1796 del Código Civil).

5.2.6.2. La lesión en materia mercantil

En la actualidad es motivo de análisis el considerar si la lesión puede tener aplicación en materia mercantil, dada las características de contratación que distinguen a los contratos celebrados en esta rama y los convenios civiles.

Sobre el particular, quienes consideran que la lesión sí opera en materia mercantil⁶⁷, sostienen los siguientes argumentos:

⁶⁶ Ramón Sánchez Medal, op. cit., p. 60.

⁶⁷ Ernesto Gutiérrez y González, op. cit., p. 377 y s, Núm. 385.

a. El Código de Comercio en su artículo 385 dispone que *"las ventas mercantiles no se rescindirán por causa de lesión; pero el perjudicado, además de la acción criminal que le compete, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiera procedido con fraude o malicia en el contrato o en su cumplimiento."*

a.1. Por lo tanto, el texto anterior sólo dice que el contrato no se rescinde por lesión, pero no dice que no se sufra de lesión.

a.2. Tan es cierto que reconoce que hay lesión, que habla del "perjudicado", y le otorga acción para formular una denuncia de hechos ante el Ministerio Público, y una acción para demandar el pago de los daños y perjuicios que haya sufrido con motivo de esa operación.

a.3. Este artículo lo único que establece es que el contrato de compraventa, sólo el de compraventa, no puede ser declarado nulo, o "rescindido" como dice la norma.

b. Por otra parte, el artículo 2 del Código de Comercio dispone que a *"a falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal"*. Así también, el artículo 81 del citado ordenamiento dice que *"con las modificaciones y restricciones de este código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos."*

Al respecto, y siguiendo el mismo orden, cabe argüir lo siguiente:

a.1. Es evidente que en materia mercantil se exige la buena fe y la rapidez en la contratación, tan es así, que la creación del Derecho Mercantil

como rama autónoma del Derecho Civil, obedece fundamentalmente a la necesidad de atender las exigencias del comercio. Así también, es un derecho especial, pues fue creado para regular transacciones derivadas del comercio y a los comerciantes, por tal motivo, no es un derecho aplicable a relaciones puramente civiles. No obstante lo anterior, el negar que en la celebración de un determinado contrato, no puedan existir vicios que puedan invalidar el contrato, sería negar las características propias del ser humano, el Derecho no hace más que regular las relaciones interpersonales sin dejar de desconocer la realidad humana. De ahí que, si bien es cierto el artículo 385 del Código de Comercio, establece que las ventas mercantiles no se rescindirán por causas de lesión, y que probablemente en forma implícita reconozca la existencia de dicho vicio (como factibles en la conducta humana), también lo es que no le otorga ningún efecto nulificador, ni restitutorio.

a.2. El legislador no puede apartarse ni sustraerse de la realidad humana, de la facticidad imperante, por tal motivo, si en la concurrencia de un contrato civil es dable que exista la lesión, con mayor razón en la celebración de un contrato mercantil dada la astucia con que se celebran éstos, por ende es igualmente posible que cualquiera de las partes obtenga ventajas desproporcionadas, y si bien es cierto en el artículo 385 del Código de Comercio se expresa "el perjudicado", y le da a éste una acción criminal además de poder exigir los daños y perjuicios; no es menos cierto, que dicho artículo por ningún lado contempla la posibilidad de que el contrato pueda ser rescindido, invalidado, o que por lo menos, pueda pedirse la reducción de las prestaciones, como sí lo indica el Código Civil.

a.3. Según vimos en rubros anteriores, en lo que respecta a la tendencia de esta figura jurídica en la historia, nuestro Código Civil de 1884,

(contemporáneo al Código de Comercio de 1889), siguiendo desde luego la tendencia legislativa del Derecho Romano y su evolución, únicamente estaba prevista en los contratos de compraventa; por tal razón, cuando el Código de Comercio se elaboró, se prohibió terminante y expresamente la aplicación de la lesión únicamente en la compraventa mercantil, pues únicamente estaba prevista tal figura en la compraventa civil. Así pues, con la abrogación del Código Civil de 84 por el de 1928, y al cambiar la tendencia legislativa, la lesión civil se dispuso aplicable a todos los contratos en general, no así el Código de Comercio que desde su publicación ha permanecido incólume, por lo que hace a su artículo 285.

De ahí que sea lógico y jurídico considerar la inaplicabilidad de la lesión en las convenciones mercantiles.

b. Finalmente, no se discute lo dispuesto por el artículo 2 y por el 81 del Código de Comercio; sin embargo, debe destacarse que en los mencionados artículos se contempla la supletoriedad de la legislación civil, en lo no previsto o no regulado por las leyes mercantiles, de tal forma que, si en materia mercantil no está permitida expresamente la aplicación de los efectos de la lesión, como se conocen en la legislación común, no tiene porque aplicarse supletoriedad alguna. Es decir, no existe ninguna omisión, sino al contrario, existe una prohibición de aplicar los efectos comunes de dicha figura jurídica.

5.2.6.3. La lesión y el delito de usura

Según el tipo penal descrito en la fracción VIII del artículo 386 del Código Punitivo del Distrito Federal, comete el delito de usura quien valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtiene de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado.

El maestro González de la Vega nos enseña que:

"El Código Penal transforma en delito de fraude la usura, cuando se reúnen las siguientes condiciones legales:

a) Una ventaja usuraria, entendiéndose por ella la estipulación convencional de réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado...

b) La ventaja usuraria debe ser consecuencia de la ignorancia o de las malas condiciones económicas del deudor. No toda usura es constitutiva de delito aun cuando los réditos o lucros sean exageradísimos; se hace menester para la integración del fraude el abuso de la ignorancia del deudor, entendiéndose por tal su desconocimiento del negocio que se le plantea, su incultura, su inexperiencia, sea por razón de edad o por desconocimiento del ambiente económico, o las malas condiciones del mismo, debido a las cuales se ve urgentemente apremiado a aceptar pactos leoninos para solventar su angustiosa situación.⁶⁸

Por lo anterior, se distingue la lesión del delito de usura, únicamente en que la figura delictuosa prevista en el Código Penal, tiene lugar en los contratos de mutuo y no en otra especie de contratos. Por lo demás, es visible que la protección a los ignorantes y débiles se extiende al ámbito penal; asimismo, cabe considerar que no se exigen los calificativos - extremos- del Código Civil (suma, notoria y extrema).

5.3. Objeto y motivo o fin lícitos

La ley exige también como elementos para la validez del acto jurídico, que el objeto y el motivo o fin del acto sean lícitos.

⁶⁸ Francisco González de la Vega, op. cit., p. 266 y 267.

Debemos recordar que cuando analizamos el objeto del contrato, establecimos que cuando recae en una prestación de hecho, aquél debe ser posible y lícito; lo cual no debe confundirse con el motivo o fin en los contratos, que consiste en el propósito que tiene el contratante para la celebración del contrato; en otras palabras, es la razón que lo conduce a obligarse, el por qué se obliga.

*"Así, por ejemplo, en un contrato de obra a precio alzado un arquitecto se obliga a construir unas oficinas (objeto perfectamente lícito), pero el fin o motivo determinante que ambos contratantes se proponen de acuerdo con lo que declaran o hacen constar de otra manera, es establecer en tales oficinas una distribuidora de drogas enervantes (fin o motivo determinante ilícito del contrato)."*⁶⁹

Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. La ilicitud requiere de una transgresión a la ley o a la moralidad imperante en la sociedad, a contrario sensu, para que los actos sean lícitos, los mismos deben ser congruentes con el texto de la ley y con la moral social.

Bejarano Sánchez nos dice que *"el motivo o fin es la razón decisiva determinante de la celebración del acto, la cual es diferente en cada caso. Es el móvil concreto individual y variable que en un caso determinado ha incitado e inducido a las partes a contratar (Josserand) o, según Bonnecase, el fin concreto que los autores del acto jurídico se esfuerzan por alcanzar (el objetivo concreto, mediato, susceptible de ser diferente en los actos jurídicos de la misma categoría, el móvil determinante. Es el fin o motivo determinante*

⁶⁹ Ramón Sánchez Medal, op. cit., p. 65.

*de la voluntad (Leon Duguit)."*⁷⁰

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

Asimismo, el objeto y el motivo determinante de la voluntad, no debe confundirse con la teoría de la causa en los contratos.

5.4. Causa

Sobre este punto, conviene señalar que nuestro Código Civil si bien emplea el término "causa" en algunos conceptos como el "enriquecimiento *sin causa*", es importante puntualizar que la referida codificación común es acausalista, en virtud de que no contempla propiamente a dicho concepto en la configuración y validez de los contratos.

De esta forma, nuestro Código Civil aún cuando utiliza el término "causa", no admite su noción clásica, aún cuando sí exige el móvil o el motivo determinante de la voluntad como elemento de validez de los contratos, así lo establece el artículo 1795, fracción III.

De ahí que sea preferible denominarle a nuestro Código Civil como "acausalista".

Por último, *"para que el fin o motivo determinante del contrato tenga trascendencia jurídica, es menester que se haya declarado expresamente tal motivo al celebrarse el contrato, o bien que de las circunstancias que rodean la celebración del contrato, aparezca que se celebró por este motivo y no por otro.*

⁷⁰ Manuel Bejarano Sánchez, op. cit., p. 119.

En vista de lo anterior, para que el fin o motivo ilícito produzca la nulidad o sea causa de invalidez del contrato, es menester que las dos partes y no una sola de ellas hayan coincidido y hayan exteriorizado el mismo fin o propósito, bien sea porque así lo hayan declarado expresamente, o porque de las circunstancias que acompañaron al contrato resulte que fue ese el único motivo que se tuvo en cuenta por ambas para contratar.⁷¹

Cabe agregar que lo anterior (al igual que en el caso del error), se debe a razones de seguridad jurídica en la contratación.

5.5. Capacidad

La capacidad es otro requisito de validez para el acto jurídico, y consiste en la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones y poder ejercerlos.

La capacidad puede ser de goce o de ejercicio. La capacidad de goce, es la aptitud jurídica del sujeto para ser titular de derechos y obligaciones, la capacidad de ejercicio corresponde a la aptitud de derecho para poder ejercitar esos derechos y esas obligaciones.

La regla sobre la capacidad en materia contractual la definen los artículos 1798 y 1799 del Código Civil. El primero señala que son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley; y el segundo, dice que la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común.

Lo anterior, también tiene aplicación en materia mercantil, dado el reenvío que hace el Código de Comercio en el artículo 81.

⁷¹ Ramón Sánchez Medal, Ramón, op. cit., p. 68 y 69.

Así también, "a las incapacidades -minoría de edad y estado de interdicción- prescritas por el Código Civil (artículos 23, 413 y 635), han de agregarse las siguientes limitaciones de naturaleza mercantil:

a. La prohibición de ejercer el comercio que pesa sobre los corredores, quebrados no rehabilitados e individuos condenados en sentencia firme por delitos contra la propiedad (Arts. 12 Fr. I del Cod. Com.).

b. La circunscripción de las operaciones que pueden realizar las sociedades mercantiles, sólo a las inherentes a su objeto social (arts. 10 LGSM y 26 del Cod. Civil).

c. Las taxativas impuestas por la Ley de Inversión Extranjera a ciertos actos y contratos celebrados por personas o unidades cuyas inversiones se consideran extranjeras por la propia ley.

d. La prohibición controvertida, a los comerciantes casados bajo el régimen de sociedad conyugal, de hipotecar o gravar los bienes de la sociedad, sin licencia del otro cónyuge (Art. 9 del C. Com.).

e. La posibilidad de restringir el ejercicio del comercio a los extranjeros, de modo general o dentro de ciertas áreas, por razones de política interior o de tratados internacionales (Art. 13 del C. Com.)".⁷²

6. Clasificación de los contratos en nominados o típicos e innominados o atípicos

6.1. Concepto

⁷² Arturo Díaz Bravo, op. cit., p. 36 y 37.

Para los efectos que nos ocupan en la presente tesis, es preciso dividir a los contratos en nominados o típicos e innominados o atípicos, con independencia de las demás clasificaciones que también se han esgrimido.

"Los contratos atípicos -como concepto negativo de los típicos- son aquellos cuyo contenido no tienen regulación o disciplina en la legislación. Sin embargo, algunos de estos contratos, sin dejar de ser atípicos, pueden tener una denominación otorgada por la ley (nominados) o por la doctrina. Sobre estos contratos pueden aparecer también algunos usos o normas de la costumbre y criterios de la jurisprudencia que los caractericen y reconozcan (tipicidad social).

...

Los conceptos de contratos nominados e innominados pueden aplicarse, conforme a su significación gramatical, a los contratos con nombre o sin nombre en la legislación. Pocos autores sostienen esta distinción y, en general, no hay acuerdo de la correcta denominación de estos contratos, por ejemplo, para Lozano 'no tiene absolutamente ningún interés práctico, ninguna trascendencia jurídica'. Si aplicamos esta distinción entre nominados y típicos, podemos encontrar contratos que son atípicos, por no estar regulados en la ley positiva y que, sin embargo, están nombrados por alguna ley. Por tanto, de acuerdo con estas ideas dichos contratos son atípicos y nominados.⁷³

Siguiendo la opinión de Arce Gargollo⁷⁴, los contratos nominados y típicos son aquellos que por su importancia práctica, de uso más frecuente, han merecido la atención especial del legislador, por lo que han sido

⁷³ Javier Arce Gargollo, Contratos Mercantiles Atípicos, p. 46 y 47.

⁷⁴ Ibidem.

regulados en forma particular por el derecho positivo. Por ende, los nominados y típicos son todos los que reglamenta el Código Civil, Código de Comercio, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, etc.

Si los particulares en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad y con fundamento en los artículos 1832, 1858 y 1859 del Código Civil, pueden crear nuevas figuras jurídicas no conocidas por el ordenamiento positivo como contratos "atípicos" (no porque carezcan de una denominación particular, sino porque están faltos de una disciplina legislativa especial), con mayor razón, con referencia a los citados preceptos de aplicación supletoria al Código de Comercio, pueden celebrar contratos mercantiles atípicos, siempre en ejecución de su voluntad autónoma que consagra el artículo 78 del Código mercantil (de idéntico contenido al numeral 1832 del Código común).

Así pues, los artículos del Código Civil que contemplan la posibilidad de celebrar contratos atípicos rezan:

"Artículo 1858. Los contratos que no estén especialmente reglamentados en este Código, se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento."

"Artículo 1859. Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se oponga a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

La autonomía de la voluntad en cuestión, únicamente tiene como frontera irrebasable los límites que fijan las leyes prohibitivas o de orden público y la moral pública (Arts. 6, 8, 1830 y 1841 del Código Civil). En otras palabras, el legislador aún cuando reconoce en el artículo 78 del Código de Comercio la autonomía de la voluntad para la celebración de los contratos mercantiles, advierte que las convenciones ilícitas no tienen eficacia jurídica.

Al efecto, el citado precepto comercial, contempla:

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

6.2. Importancia de su distinción

La importancia y trascendencia de distinguir los contratos atípicos de conformidad al precitado artículo 1858 del Código común, radica en el orden de regulación al que se encuentran sujetos⁷⁵. Un cuadro comparativo con las normas preferentes ayudará a entender más claramente lo anterior:

⁷⁵ "La aplicación de normas supletorias al contrato atípico debe buscarse en los principios y normas generales que regulan las obligaciones, más que en los contratos típicos específicos. Esto supone, en una evolución del derecho de las obligaciones, una reducción de las normas especiales de cada contrato típico y una ampliación de la regulación de los principios de las obligaciones y de la teoría general del contrato. Así, en un contrato atípico concreto debemos descomponer sus prestaciones y obligaciones para interpretarlas de acuerdo con la normativa general de cada tipo de obligación. Abstracción hecha de a qué contrato típico corresponde, debemos ubicar a cada obligación como transferencia de propiedad, pago de precio, transmisión temporal de uso, rendición de cuentas, etc., y agregar las características propias del contrato en que se ubica: unilateral, bilateral, gratuito, oneroso, de ejecución instantánea, etcétera." Idem. P. 52.

ORDEN DE REGULACIÓN	
CONTRATOS ATÍPICOS	CONTRATOS TÍPICOS
Por las normas generales de los contratos.	Por las disposiciones específicas a las que se encuentren sujetos.
Por las estipulaciones de las partes, siempre que no contravengan principios de orden público, ni sean contrarias a las buenas costumbres.	Por las reglas generales de los contratos.
Se aplican supletoriamente las disposiciones del contrato con el que guarden más analogía de los contemplados en algún texto legal vigente.	Por las estipulaciones de las partes que se pronuncien a fin de modificar las normas renunciables.

Asimismo, Lozano Noriega⁷⁶ sostiene que desde el punto de vista práctico es muy importante este agrupamiento, dado que, tratándose de los contratos típicos o nominados, basta con unas cuantas cláusulas sin que las partes tengan que agotar los términos de su convención, supuesto que el Código Civil o el ordenamiento legal aplicable en forma supletoria fija las reglas de ejecución. A diferencia de los contratos atípicos o innominados, en los que necesariamente la redacción tiene que ser más detallada y más precisa.

Es importante reiterar, que cuando un contrato no guarda analogía con ninguno de los reglamentados en la ley comercial, puede presentar afinidad con otro reglamentado en una ley diferente, como el código civil.

⁷⁶ Francisco Lozano Noriega, Cuarto Curso de Derecho Civil: Contratos, p. 52, 53 y 54.

CAPÍTULO III

LA HIPOTECA MERCANTIL COMO CONTRATO ATÍPICO Y CONEXO

1. La hipoteca mercantil: contrato atípico y conexo

Por lo expuesto en el último apartado del capítulo anterior, no es difícil arribar a la conclusión de que cuando un contrato de hipoteca tenga como finalidad garantizar un acto mercantil⁷⁸ o un acto celebrado por una negociación mercantil (en función del artículo 75 del Código de Comercio) tendrá naturaleza mercantil,⁷⁹ y considerando que dicho contrato no está regulado específicamente por la codificación comercial (para hacer congruente la regulación con la naturaleza propia de este tipo de contrato), se trata de un contrato atípico.

En efecto, parece innecesario recordar que la naturaleza de los contratos no depende de la designación que le hayan dado las partes, la cual puede no ser la más afortunada, sino de los hechos y actos consentidos por las mismas en función de la finalidad que se persigue con su celebración, el deseo y la voluntad externada a través de la forma que exige la ley en los

⁷⁸ "...la legislación mercantil hace mucho tiempo abandonó el carácter subjetivo para convertirse en un derecho regulador, no sólo de los comerciantes y de los actos derivados de esta calidad, sino, también de aquellos actos cuya realización tenga un propósito de especulación comercial o se realice con el propósito directo y preferente de traficar, o cuyo objeto lo constituya una cosa mercantil; en otros términos, se trata ya de un derecho objetivo." Soyla H. León Tovar, La Reforma a la Legislación Mercantil, p. 160 y 161.

⁷⁹ La importancia de destacar la naturaleza mercantil del contrato accesorio que nos ocupa, obedece a dos razones básicas: "En primer lugar, a la aplicación de determinadas normas sustantivas especiales para las obligaciones y contratos mercantiles, reglas especiales que derogan a las normas civiles de carácter general. El segundo motivo importante es la vía procesal para el caso de conflicto, que implica que las normas aplicables a cada procedimiento son también diferentes. Además, el juez competente es en un caso el juez federal (mercantil) y en el otro el juez local (civil). La Const. Autoriza a los jueces locales a aplicar la materia federal sólo cuando se afecten intereses de particulares (art. 104-I); es decir, les permite utilizar la llamada "jurisdicción dual" (Herrera y Lasso). Javier Arce Gargollo, op. cit. p. 18.

contratos principales, y cuya naturaleza se transmite por accesoriadad a los contratos que los garantizan.

De tal suerte que los actos jurídicos que existen sólo en virtud de los que preceden, acompañan o siguen, serán mercantiles siempre que lo sea el negocio con el cual están vinculados⁸⁰.

Rocco citado por Mantilla Molina⁸¹, señala que el vínculo comercial de un acto con otro, puede resultar de tres maneras:

- Por la prueba directa de la conexión;
- Porque la ley establezca por medio de una presunción *iuris tantum* y,
- Porque legalmente se cree una presunción *iuris et de iure* de tal conexión.

El citado autor mexicano, agrega:

"En el primer caso se encuentran los actos accesorios de uno de comercio, o los directamente relacionados con él, celebrados por quien no es comerciante. La ley menciona en concreto: las operaciones de comisión mercantil (frac. XII del art. 75), las operaciones de mediación en negocios mercantiles (frac. XIII), los depósitos por causa de comercio (frac. XVII), el préstamo (art. 358) y el transporte (art. 576, frac. I). La LTOC derogó el art. 605, que declara mercantil el (sic) 'la prenda constituida para garantizar un acto de comercio'; pero aunque la nueva ley no cuidó de declarar cuándo la prenda es comercial, la regla debe considerarse subsistente. La hipoteca también cuando es para garantizar una obligación mercantil, como en el caso de una emisión de obligaciones (art. 214 LTOC), o en el caso de la llamada

⁸⁰ Roberto L. Mantilla Molina, Derecho Mercantil, p. 77.

hipoteca de unidad industrial, agrícola, ganadera o de servicios, otorgadas a favor de bancos o de instituciones auxiliares de crédito (arts. 67 LIC y 50 LOA). (Énfasis añadido)

...

En todo caso, el que sostenga la mercantilidad del acto debe asumir la carga de probar que es accesorio de un acto de comercio principal; sólo ante esta prueba deberá declararse la comercialidad. (Énfasis añadido)

...

88. Se presume iuris tantum la conexión con otro acto de comercio en todos los que son celebrados con intervención de un comerciante: las obligaciones de los comerciantes son declaradas comerciales por la fracción XX, a no ser que se pruebe que derivan de una causa extraña al comercio.

La prueba, ahora, a diferencia del caso anteriormente estudiado, recaerá sobre quien sustenta el carácter civil del acto, pues la ley presume que lo tiene mercantil; y deberá consistir en la demostración de que el acto, aunque celebrado por un comerciante, no lo ha sido en conexión con su comercio...

Así, un arrendamiento, un préstamo, celebrados por un comerciante son actos de comercio, salvo que se pruebe, por ejemplo, que el local arrendado se destina a habitación, o el dinero obtenido en préstamo, a la adquisición de bienes para el propio consumo.

89. No es admisible la prueba de la falta de conexión con otros actos de comercio, cuando las dos partes son comerciantes: entonces sólo habrá de

⁸¹ Ibidem.

aplicarse la ley civil si el acto tiene, por esencia, este carácter (adopción, donación propter nuptias, etc.)."

En esta misma tesitura, don Genaro David Góngora Pimentel con motivo de un Coloquio celebrado a efecto de analizar "La Reforma de la Legislación Mercantil"⁸², reconoció la existencia del contrato de arrendamiento mercantil en los términos siguientes:

"Como ejemplo de ello, podemos mencionar los contratos de arrendamiento redactados por las inmobiliarias, que son de este tenor:

El arrendador concede al arrendatario el uso o goce temporal del local señalado, quedando a salvo de toda responsabilidad en caso de existir demora en dicha entrega, pero si la misma se retrasa más de 5 meses, quedará a elección del arrendatario continuar con este contrato o darlo por terminado, sin responsabilidad alguna para las partes; el arrendatario pagará la renta mensual estipulada, por adelantado, desde el momento de la firma del contrato y se obliga a no retener dicha renta, por ningún motivo, renunciando a lo dispuesto por el artículo 2445 del Código Civil, del que manifiesta conocer su texto.

Y si atendemos a lo dispuesto por el artículo 78 del Código de Comercio, que a la letra dice: 'En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse...', resulta que las cláusulas del contrato en comento son lícitas, a pesar de que violentan su naturaleza jurídica." (Énfasis añadido)

Más adelante, agrega:

⁸² La Reforma a la Legislación Mercantil, p. 151 y 155.

"Igualmente sobre el arrendamiento mercantil, cabe mencionar que no existen normas relativas al mismo, ni cuando el objeto material consiste en bienes muebles, ni cuando consiste en bienes inmuebles, por lo que se aplican las disposiciones de la ley civil, insuficientes en la actualidad, tomando en cuenta los miles de contratos que se celebran dando en arrendamiento automóviles, máquinas fotocopiadoras, etcétera, así como los que celebran las inmobiliarias sobre los complejos comerciales, contratos a los que también ya nos hemos referido."

De esta forma, es claro que la existencia de un contrato con naturaleza comercial, no depende de si se encuentra o no regulado expresamente por el cuerpo legislativo mercantil, sino que es producto, de la finalidad perseguida por las partes⁸³.

⁸³ ACTO DE COMERCIO, NATURALEZA DEL. LA MATERIA DE LA CONTRATACION Y NO SÓLO LA CALIDAD DE LOS CONTRATANTES, ES LO QUE LA DEFINE. El acto mercantil puede depender de la calidad de las personas que en él intervienen, del fin o motivo perseguido o del objeto sobre el que recae el acto. Si en la especie uno de los celebrantes del contrato de reconocimiento de adeudo con garantía hipotecaria lo fue una Institución Bancaria, cuyas operaciones persiguen un fin de especulación comercial, y si la fracción XIV del artículo 75 del Código de Comercio da a las operaciones de bancos la naturaleza de actos de comercio, tales circunstancias restan toda significación al hecho cierto de que una de las partes celebrantes no tenga la calidad de comerciante ni de banco o banquero, pues basta la calidad de su contraparte para que su relación jurídica se reputé como acto de comercio. TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMOSEXTO CIRCUITO. Amparo directo 575/87. Rocío Morales de Barrera y coagraviados. 29 de septiembre de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero.

"ACTO DE COMERCIO Y ACTO CIVIL. Conforme a la fracción XXI del artículo 75 del Código de Comercio, la ley reputa actos de comercio las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil; y sólo pueden conceptuarse actos esencialmente civiles aquellos cuya naturaleza intrínseca repudia toda idea de mercantilidad, tales como los actos de derecho público, las donaciones ante-nupciales, el testamento, etc.; por ello, la sola posibilidad de que la compraventa de algún objeto pueda tener carácter mercantil impide considerarlo como acto esencialmente civil." Amparo directo 743/56. J. de la Torres e Hijos, Sucs., S. A. 5 de abril de 1957. Mayoría de tres votos. Ponente: Mariano Azuela. Instancia: Tercera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época.

No pasamos desapercibido la complicación que representa distinguir cuándo estamos en presencia de una hipoteca de naturaleza civil o de naturaleza mercantil; no obstante, en materia bancaria el problema se minimiza, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, fracción XIV, del Código de Comercio que reputa mercantil: las operaciones de bancos, pero para los contratos que celebran personas que no son instituciones de crédito, el problema es un tanto más complejo, pues debemos reconocer que la hipoteca tiene como función garantizar una operación principal, que no siempre tendrá un propósito especulativo, comercial o de lucro.

No obstante esto último, encontramos el fundamento en la fracción XXIV del precitado artículo, en cuanto que dispone que tendrán carácter mercantil los actos análogos a los contemplados en dicha codificación, y nosotros agregaríamos a los demás ordenamientos mercantiles, en virtud de que del Código de Comercio se han extraído diversos actos para ser regulados específicamente en otras legislaciones de igual naturaleza (Vgr. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito).

La analogía constituye pues, "un criterio de interpretación de la norma comercial (analogía legis), pero también un método de integración y complementación del sistema de nuestro derecho mercantil (analogía iuris)."⁸⁴

La analogía iuris nos dice Barrera Graf, es una fuente del derecho comercial, a la que se acude para integrar el derecho mercantil, tomando en cuenta los principios que le son propios (intermediación, lucro) y que lo

⁸⁴ Jorge Barrera Graf, Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades. Derecho de la Empresa. Sociedades, p. 78.

distingue de otras disciplinas jurídicas.⁸⁵

No hay que confundir la aplicación de la analogía para detectar la mercantilidad de un acto jurídico, con la analogía que resulta de aplicar las disposiciones jurídicas de una figura jurídica al convenio con el que guarda mayor similitud (contrato atípico), pues son dos momentos de integración distintos, como ya se mencionó, uno es para determinar la mercantilidad de un acto, y el otro surge (como contrato atípico) para aplicar en último lugar, las disposiciones que deben suplir las cláusulas pactadas por los contratantes, cuando éstos no han sido explícitos en sus obligaciones, y cuando en primera instancia, el contrato se ha interpretado de conformidad con las normas generales de los contratos mercantiles. Por lo que, si el problema de interpretación o integración se subsana con los dos primeros órdenes (por las reglas generales de los contratos y por sus estipulaciones particulares), será innecesario aplicar por analogía las disposiciones del contrato con el que se guarde mayor similitud.

De ahí que es válido extraer, para el último supuesto planteado en el párrafo anterior, la mercantilidad de la hipoteca como contrato accesorio de garantía, análogo a la fianza y a la prenda mercantiles, y aplicar supletoriamente, en su caso, las disposiciones del Código Civil que regulan específicamente a la hipoteca.

Roberto Luis Mantilla Molina con alusión al arrendamiento mercantil comenta:

"80. La reventa, arrendamiento o subarrendamiento, merced al cual se pretende obtener el lucro buscado, es también acto de comercio, según

⁸⁵ Ibidem.

resulta de la letra de la fracción I del artículo 75. Su mercantilidad depende de su fin: consumir la especulación emprendida.

81. De acuerdo con la letra de la fracción II del artículo 75, aplicable a los inmuebles, sólo son mercantiles las compras y las ventas que recaigan sobre ellos. El suprimir los alquileres y las voces genéricas adquisiciones y enajenaciones no parece fortuito, y habrá de negarse carácter mercantil a la adquisición mediante permuta de un terreno, aunque se haga con el evidente propósito de venderlo obteniendo una ganancia; tampoco es mercantil el arrendamiento de un edificio para subarrendar sus apartamentos con el consiguiente lucro. Soluciones conforme a la letra de la ley, pero sin suficiente base económica y lógica.

Pero es ir más allá de la letra de la ley, negar la posibilidad de que el arrendamiento de un inmueble adquiera carácter comercial en virtud de preceptos legales diversos de la fracción que estamos comentando. Por ejemplo, el arrendamiento de un local por un comercial para establecer una sucursal de su negociación, **evidentemente es un acto de comercio por conexión.**

...

81-a. BARRERA GRAF (num. 94, pág. 133) niega, en general, la posibilidad de que sea mercantil el arrendamiento inmobiliario. Para ello se basa en la fracción II del artículo 75 del Código de Comercio, no obstante que considera que dicha fracción puede interpretarse analógicamente. Pero el motivo decisivo para discrepar de su tesis, es que **la mercantilidad del acto puede resultar, bien de que esté expresa o implícitamente previsto en alguna de las fracciones del artículo 75, o en otro precepto legal equivalente, bien de su conexión con otros actos de comercio, y la**

consecuente aplicación de las fracciones XX y XXI del mencionado artículo 75. Ninguna razón da BARRERA GRAF para excluir la mercantilidad en los casos en que existe tal conexión, y él mismo señala, en nota, cómo su opinión discrepa de la mayoría de la doctrina; especialmente interesante a este respecto es la doctrina italiana elaborada sobre el Código de Comercio, que inspiró al nuestro, y en el que existe una disposición del todo equivalente a la fracción II del artículo 75, lo cual no ha impedido que la generalidad de dicha doctrina considere mercantil el arrendamiento del local para establecer una negociación, como habrá de considerarse mercantil el arrendamiento celebrado por un comerciante, salvo los casos de excepción previstos en las mismas fracciones XX y XXI a que se ha hecho referencia." (Énfasis añadido).⁸⁶

Congruente con lo anterior, Arturo Díaz Bravo⁸⁷ con motivo de la fianza mercantil retoma los conceptos de Mantilla Molina y cuestiona: "El punto de partida es claro. Toda fianza de empresa es mercantil: 'Las fianzas y los contratos que en relación con ellas otorguen o celebren las instituciones de fianzas, serán mercantiles para todas las partes que intervengan... excepción hecha de la garantía hipotecaria' (art. 2º, LFIF -se refiere a la Ley Federal de Instituciones de Fianzas-).

En modo alguno se justifica esta última excepción. Si otras garantías, como la prenda y la propia fianza, fecundadas por el comercio se han reproducido por bipartición -según símil biológico antes empleado-, ninguna razón hay para que el legislador se niegue a admitir que los mismo ha ocurrido con la hipoteca, luego debe reconocerse que en la actualidad, al lado de la civil, se da la hipoteca mercantil, a despecho de la carencia de

⁸⁶ Roberto L. Mantilla Molina, op. cit., p. 72 y 73.

⁸⁷ op. cit., p. 240 y 241.

específicas disposiciones para ella, del mismo modo que existen arrendamientos mercantiles (art. 75-I, C. Com), sin que obste a ello la falta de regulación de los mismos en las leyes mercantiles: ¿qué razón sería, aparte el capricho legal, podría aducirse para sostener la civilidad de la hipoteca constituida en garantía de pago de una emisión de obligaciones, o de la hipoteca sobre la unidad completa de una empresa, para garantizar el pago de un crédito bancario, según la prevé el art. 67, LIC -alude a la Ley de Instituciones de Crédito-?

Es válido reiterar que tanto la hipoteca como contrato de garantía (cuya finalidad consiste en asegurar el cumplimiento de una obligación principal), como el contrato principal que le da origen, son contratos conexos en tanto que el primero es accesorio frente al contrato cuyo cumplimiento es asegurado.

2. Efectos de su distinción

No es difícil advertir que la hipoteca comercial como contrato atípico-conexo, según hemos expresado antes, tiene un orden de regulación diferente a la hipoteca civil (contrato típico). Así, el orden jurídico de aplicación, obedece en primera instancia, a las reglas generales de los contratos mercantiles (no específicos) como fuente de obligaciones, en seguida a las estipulaciones de las partes y, finalmente, al contrato de hipoteca civil como contrato nominado con el que tiene mayor semejanza.⁸⁸

Por lo anterior, consideramos que al resolver todos los criterios de contradicción que se suscitaron entre los distintos Tribunales Colegiados del país, se debió considerar a la hipoteca bancaria, como una hipoteca

⁸⁸ "A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común". Art. 2° del Código de Comercio.

comercial atípica y conexas, para atender válidamente a los criterios de interpretación y de aplicación legal que deben servir a este tipo de contratos, pues el no atender a este contrato en su naturaleza comercial, pugna con una congruente aplicación de la ley y, en consecuencia, se vulneran las garantías constitucionales de legalidad y de seguridad jurídica.

No es óbice para dejar de considerar lo anterior, el hecho de que se asimile a la hipoteca como una operación de crédito (asimilable por analogía a la prenda mercantil, por encontrarse inmersa en la legislación comercial y considerando que ni la hipoteca ni la prenda, se encuentran definidas por la legislación civil como contratos), y, en consecuencia, obtener la aplicación de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (en forma supletoria en el tercer orden de regulación como contrato atípico).

Teoría de la cual nos apartamos, en virtud de que si bien es verdad que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito contempla el término "operaciones mercantiles", tal término es a efecto de evitar señalar la naturaleza jurídica de determinados actos, tales como el fideicomiso o el reporto; no obstante, a todos los contratos mercantiles aún cuando estén encasillados en el Título Segundo "De las operaciones de crédito" de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es dable reconocer su contenido contractual en los artículos 293, 294, 302, 321, 326.

Consideramos que la prenda mercantil presenta un obstáculo insuperable al contemplar mediante sendos mecanismos, dos formas para que el acreedor prendario haga efectiva la prenda ante el incumplimiento de la obligación principal. Esto es:

- La autorización que otorga el juez para vender judicialmente el bien

prendario, de conformidad con el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y

- El "pacto comisorio" que autoriza al acreedor para hacerse dueño de la prenda en caso de que el deudor incumpla con la obligación principal, siempre que el consentimiento del deudor se exprese por escrito y con posterioridad a la constitución de la prenda, según dispone el artículo 344 de la citada Ley.

Respecto a la primera posibilidad, consideramos aún cuando su constitucionalidad fue reciamente debatida en la propia Corte Suprema, a juicio del suscrito es completamente válida en tratándose del contrato de prenda mercantil, no así para la hipoteca inmobiliaria, en virtud de que esta última contiene características propias de constitución y de ejecución, técnicamente mayor dotadas en la legislación civil; sin perder de vista igualmente el considerable valor de las propiedades inmuebles que grava, y que garantiza una enormidad de masas de capitales, por lo que el régimen hipotecario es una cuestión económica y social de primer orden. Misma razón que impera en cuanto a la segunda de las opciones, habida cuenta que los artículos 2887 (de la prenda) y el 2916, segundo párrafo del Código civil, lo prohíben.

Reiterando el criterio por el que sostenemos que la hipoteca como contrato mercantil atípico debe atender en cuanto a su interpretación, en primer término a las reglas generales de los contratos mercantiles (teoría general del contrato mercantil) como fuente de obligaciones, enseguida a las estipulaciones de las partes y, finalmente, al contrato de hipoteca civil como contrato nominado con el que tiene mayor semejanza, es conveniente acudir entonces, al análisis de este contrato dentro de su apartado en el Código

Civil, como última fuente supletoria de interpretación, y considerando igualmente la trascendencia que tiene su estudio en la actualidad.

Por ello, como suplemento hemos preparado como apéndice unos breves apuntes sobre la regulación que la hipoteca tiene en el derecho común.

CONCLUSIONES

El Derecho Mercantil como disciplina especial, se colma por los fundamentos contractuales del Derecho Civil, de ahí que si el Código de Comercio no expone en su total dimensión la teoría de las obligaciones mercantiles, es por lo superfluo e inoficioso que resultaría la repetición de las normas que contempla el Código Civil.

La obligación en el Derecho es propiamente su columna vertebral, generadora de las relaciones vinculativas, y que produce su propia evolución.

La relación jurídica es el reconocimiento que le otorga la ley a las obligaciones pactadas, cuyo objeto debe ser susceptible de valuación o cuantificación monetaria.

El objeto en una relación jurídica es el contenido mismo de ella, es la prestación exigible a un deudor.

Todos los derechos son bienes incorpóreos y serán muebles o inmuebles según la naturaleza de su objeto indirecto (objeto-cosa), por lo que, si este último es inmueble, requerirá en términos generales de mayores formalidades en su regulación. Un derecho personal será siempre un bien incorpóreo mueble, independientemente de la naturaleza de su objeto indirecto. En ello radica la importancia de la distinción entre derechos reales y personales.

Las modalidades de las obligaciones constituyen por sí mismas, una forma de garantizar la efectividad en el cumplimiento de las obligaciones.

El pago es el cumplimiento oportuno y efectivo de la obligación asumida que extingue.

El incumplimiento de las obligaciones tiene como consecuencia su ejecución forzada por el imperio del Estado, la cual dependerá siempre de la naturaleza de la obligación (dar, hacer o no hacer).

La mora es el incumplimiento oportuno de la obligación pactada, retardo que produce el pago de daños y perjuicios por parte del deudor, o bien, su responsabilidad cuando se trate de una obligación de dar, cuyos efectos se inician a partir del plazo fijado o, en su defecto, a partir de la interpelación judicial o extrajudicial del acreedor.

Sólo cuando exista incumplimiento total de la obligación pactada, el acreedor podrá exigir el cumplimiento del contrato o la cláusula penal pactada; en el supuesto de la mora, será procedente la ejecución de ambos.

El Derecho Civil lo es todo, salvo lo que expresamente pertenezca o forme parte de otra disciplina, por lo que al Derecho Mercantil son aplicables todas las normas sobre el contrato en general, tales como las de clasificación, interpretación, nulidad, etc., y no sólo las que señala el artículo 2 del código de Comercio.

Al establecer el Código Civil que las reglas de los contratos se aplicarán a todos los convenios, la distinción entre convenio y contrato se torna estéril y bizantina.

La autonomía de la voluntad o autonomía privada es el eje motriz de las relaciones jurídicas; en otras palabras, es el poder reconocido por el Derecho

a los particulares para crear normas de conducta obligatoria conforme al orden jurídico previamente establecido.

La autonomía de la voluntad se manifiesta a través del consentimiento y tiene como contenido (pretensión) el objeto que pueda ser materia del contrato, sobre el cual recaen los derechos y obligaciones pactados; por lo que, consentimiento y objeto no pueden considerarse como independientes.

Para que un objeto-cosa pueda ser materia de un contrato se requiere la precisión y la exactitud en cuanto a la prestación convalidada (traslación de dominio, uso o goce temporal, o en la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida) y en cuanto a su corporeidad. En tal virtud la obligación de dar un género sólo será exigible cuando se hace cierta mediante su especificación e individualización.

El objeto-hecho como conducta positiva o negativa que deberá observar el deudor en la relación jurídica, debe ser posible y lícito, en términos absolutos y generales. Lo imposible implica lo vedado o prohibido, en tanto que lo ilícito lo que va en contra de la moral o buenas costumbres, definición que dependerá del arbitrio del juzgador para cada caso en específico.

Para determinar la responsabilidad del obligado en caso de incumplimiento, en tratándose de obligaciones de hacer (cosa-hecho), deberá atenderse a si dichas obligaciones son obligaciones de medios o de resultado. De ahí la importancia de su distinción.

La forma, objeto motivo o fin lícitos, ausencia de vicios de la voluntad y capacidad, aún cuando no constituyen la esencia misma del contrato, son requisitos sin los cuales el acto no tiene validez.

La forma es el modo de que un acto se presenta ante los demás, de la ley dependerá que dicho acto se plasme en una forma determinada, su ausencia provoca la invalidez del contrato hasta en tanto no revista la forma legal exigida o se ejecute voluntariamente (entraña la ratificación del mismo).

La voluntad de los contratantes debe encontrarse exenta de vicios, debe ser libre y cierta; es decir, debe ser el resultado de una determinación real y espontánea.

El error es un falso conocimiento de una cosa o su total desconocimiento, que provoca la distorsión en la formación de la voluntad de una persona; el grado de error dependerá la existencia o la validez del contrato.

El error inducido, provocado o disimulado se divide en dolo y mala fe. El dolo principal afectará la validez del contrato, el incidental, sólo producirá una rectificación en las prestaciones. La mala fe es sólo el aspecto negativo del dolo (disimulación del error). Actualmente no existe una clara limitante para distinguir ambos vicios del campo de lo civil y del penal:

La violencia produce en quien la sufre un temor bajo cuya influencia celebra el acto de derecho. Por tal razón, el vicio es la intimidación en el sujeto pasivo y no la violencia en la conducta del activo. Vicio que no debe confundirse con el temor reverencial, pues este último no afecta el consentimiento.

La lesión es un desequilibrio desproporcionado en las prestaciones de un contrato conmutativo que restringe la autonomía de la voluntad, y con ello, hace inaplicable uno de los principios pilares de los contratos: *pacta sunt*

servanda (este último, sólo es aplicable en los contratos legalmente celebrados).

El artículo 385 del Código de Comercio no contempla la posibilidad de que los contratos puedan ser rescindidos, invalidados, o que por lo menos, pueda pedirse la reducción de las prestaciones, como sí lo indica el Código Civil. Por lo que, la lesión en materia mercantil no existe.

Los artículos 2 y 81 del Código de Comercio contemplan la **supletoriedad** de la legislación civil, en lo no previsto o no regulado suficientemente por las leyes mercantiles, de tal forma que, si en materia mercantil no está permitida expresamente la aplicación de los efectos de la lesión, como se conocen en la legislación común, no existe una razón jurídicamente válida para que se aplique supletoriedad alguna (se suple la deficiencia, no la ausencia).

Se distingue la lesión del delito de usura, únicamente en que la figura delictuosa prevista en el Código Penal, tiene lugar en los contratos de mutuo y no en otra especie de contratos. Por lo demás, es visible que la protección a los ignorantes y débiles se extiende al ámbito penal; asimismo, que no se exigen los calificativos -extremos- del Código Civil (suma, notoria y extrema). El motivo o fin en los contratos, consiste en el propósito que tiene el contratante para su celebración; en otras palabras, es la razón que lo conduce a obligarse.

La capacidad como requisito de validez en los contratos, garantiza que las partes que intervienen en su celebración tienen la aptitud necesaria para comprometerse.

Si los particulares en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad y con fundamento en los artículos 1858 y 1859 del Código Civil, pueden crear nuevas figuras jurídicas no conocidas por el ordenamiento positivo (como contratos atípicos), con mayor razón se pueden celebrar contratos mercantiles atípicos, siempre en ejecución de su voluntad autónoma que consagra el artículo 78 del código mercantil (de idéntico contenido al numeral 1832 del código común).

La importancia y trascendencia de distinguir los contratos atípicos de conformidad con el artículo 1858 del código común, es el orden de regulación al que se encuentran sujetos.

Cuando un contrato no guarda analogía con ninguno de los reglamentados en la ley comercial, puede presentar afinidad con otro reglamentado en una ley diferente, como el código civil.

Cuando un contrato de hipoteca tenga como finalidad garantizar un acto mercantil o un acto celebrado por una negociación mercantil (en función del artículo 75 del código de comercio) tendrá naturaleza mercantil, y considerando que dicho contrato no está regulado específicamente por la codificación comercial (para hacer congruente la regulación con la naturaleza propia de este tipo de contrato), se tratará entonces de un contrato atípico.

Los actos jurídicos que existen sólo en virtud de los que preceden, acompañan o siguen, serán mercantiles siempre que lo sea el negocio con el cual están vinculados son conexos.

La existencia de un contrato con naturaleza comercial, no depende de si se encuentra o no regulado expresamente por el cuerpo legislativo mercantil, sino que es producto, necesariamente, de la finalidad perseguida por las partes.

El fundamento para determinar la mercantilidad del contrato de hipoteca en los términos expuestos, la aporta el artículo 75, fracción XXIV, del código de comercio, en cuanto dispone que tendrán carácter mercantil los actos análogos a los contemplados en dicha codificación, y nosotros agregaríamos a los demás ordenamientos mercantiles, en virtud de que del Código de Comercio se han extraído diversos actos para ser regulados específicamente en otras disposiciones de igual naturaleza (Vgr. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley de Instituciones de Crédito). Por su parte, la razón lógica se extrae asimismo, de su accesoriadad y conexidad con el contrato principal que garantiza.

La hipoteca como contrato mercantil atípico debe atender en cuanto a su interpretación, en primer término a las reglas generales de los contratos mercantiles (teoría general del contrato mercantil) como fuente de obligaciones, en seguida a las estipulaciones de las partes y, finalmente, al contrato de hipoteca civil como contrato nominado con el que tiene mayor semejanza.

BIBLIOGRAFÍA

1. Leyes y códigos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código de Comercio y Leyes Complementarias. Colección Porrúa, Sexagésima Tercera Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1995.

Colección Mercantil. Segunda Edición, México, Ed. Depalma, 1997.

Código Civil para el Distrito Federal. Colección Porrúa, Quincuagésima Novena Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1991.

Código Civil Concordado. Jorge Obregón Heredia. México, Ed. Porrúa, S.A., 1988.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Quincuagésima Cuarta Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1999.

Código Penal para el Distrito Federal, Quincuagésima Sexta Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1996.

Ley del Notariado para el Distrito Federal, Colección Porrúa, Décimo Quinta Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1995.

Legislación de Banca, Crédito y Actividades Conexas. Quinta Edición, Ed. Depalma, 1995.

2. Diccionarios

Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Reimpresión. Editorial Temis S.A., Colombia, 1987, IV Tomos.

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Octava Edición, Ed. Porrúa, S.A., México, 1995, IV Tomos.

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Vigésima Primera Edición, España, 1994, p. 1513.

3. Libros y textos

ALESSIO ROBLES, Miguel, Dualidad: Derechos Reales y Personales, Revista de la Escuela Libre de Derecho, Escuela Libre de Derecho, México, Año y número 14, 1990, p. 33 a la 63.

ARCE GARGOLLO, Contratos Mercantiles Atípicos. Tercera Reimpresión, México, Ed. Trillas, 1994. p. 270.

BARRERA GRAF, Jorge, Instituciones de Derecho Mercantil. Tercera Reimpresión, México, Ed. Porrúa, S.A., 1999, p. 866.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles. Tercera Edición, México, Ed. Harla, 1991, p. 621.

BONNECASE, Julien, Tratado Elemental de Derecho Civil (Traducción y Compilación por Enrique Figueroa Alfonso). México, Ed. Harla, 1993, p. 1048.

BORJA SORIANO, Manuel, Teoría de las Obligaciones. Décima Cuarta Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1996, p. 735.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano. Novena Edición, México, Ed. Porrúa S.A. , 1994, pp. 1068.

DÁVALOS MEJÍA, L. Carlos, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras. México, Ed. Harla, 1994, p. 652.

DE PINA VARA, Rafael, Derecho Mercantil Mexicano. Vigésimoquinta Edición actualizada por Juan Pablo de Pina García, México, Ed. Porrúa, S.A., 1996, p. 569.

DE JESÚS TENA, Felipe. Derecho Mercantil Mexicano. Decimoquinta Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., p. 606.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, Convenio y Contrato Replanteamientos sobre sus respectivos conceptos en el Código Civil para el Distrito Federal. México, Ed. Porrúa, S.A., 1996, p. 99.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo y **GARCÍA VILLALOBOS**, Alejandro, Algunos Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Organos. México, Ed. Porrúa, S.A., 1993, p. 134.

DÍAZ BRAVO, Arturo, Contratos Mercantiles. Cuarta Edición, México, Ed. Harla, 1994, p. 348.

GARRIGUES, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil. Sexta Edición Revisada con la colaboración de Fernando Sánchez Calero. Quinta Reimpresión, México, Ed. Porrúa, S.A., Tomo II, 1999, p. 759

GAUDEMET, Eugene, Teoría de las Obligaciones. Décima Quinta Edición, México, Ed. Porrúa S.A., 1997, pp. 622.

GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, Derecho Penal Mexicano. Los Delitos. Vigésima Segunda Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1996, p. 473.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, Derecho de las Obligaciones. Decimaprimer Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1996, p. 1225.

Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando, Colección Foro de la Barra Mexicana de Abogados, México, Ed. Themis, 1996, p. 269.

La Reforma a la Legislación Mercantil, México, Ed. Porrúa, S.A., 1985, p. 454.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo y **PORTE PETIT MORENO**, Luis O. El Delito de Fraude. Reflexiones. Segunda Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1996, p. 142.

MANTILLA MOLINA, Roberto L, Derecho Mercantil. Vigésimo Novena Edición, Sexta Reimpresión, México, Ed. Porrúa, S.A., 1999, p. 548.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Contratos Civiles. Cuarta Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1996, p. 401.

PETIT, Eugene, Derecho Romano (Traducido de la novena edición francesa y aumentado con notas originales por D. José Ferrández González). Séptima Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1990, p. 717.

PLANIOL, Marcel y **RIPERT**, Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo VI, Contratos de Garantía, Privilegios e Hipotecas (Traducido por el Lic. José M. Cajica Jr., de la décimo segunda edición francesa). Segunda Edición, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, p. 541.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Contratos. Vigésima Quinta Edición, México, Ed. Porrúa S.A., 1998, p. 548.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Contratos Civiles. Decimotercera Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1994, p. 617.

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, Contratos Mercantiles. Quinta Edición, México, Ed. Porrúa S.A., 1994, p. 587.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. Derecho Monetario. Segunda Edición, México, Ed. Harla, 1991, p. 215.

VENTURA SILVA, Sabino, Derecho Romano. Trigésima Novena Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1996, p. 310.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal. Parte General. Primera Reimpresión, México, Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, p. 857.

ZAMORA PIERCE, Jesús, El Fraude. Octava Edición, México, Ed. Porrúa, S.A., 1998, p. 383.

APÉNDICE
LA HIPOTECA CIVIL

1. Evolución histórica

La hipoteca se deriva de la institución denominada *pignus*, en virtud de la cual se otorgaban cosas muebles o inmuebles como garantía de un crédito.

La palabra *hypotheca*, se empleaba en **Grecia** para significar la ausencia de desposesión, al parecer dicho término, etimológicamente, tenía el sentido de poner debajo⁹⁰, derivado de la circunstancia de colocar en los precios pignorados un madero que contenía la noticia del gravamen, quedando así el inmueble "puesto bajo tal avisto", "madero", "seguridad" o "gravamen" ("caja" sería la traducción literal de *theque*; de donde; *hipo*, bajo; *theque*, caja: "bajo caja" o "bajo seguridad").

Así pues, la hipoteca tiene su origen en Grecia, de ahí viene la etimología de su nombre que significa poner debajo; existió como una garantía real en favor del acreedor, pero sin conceder a éste el derecho de proceder a la enajenación de la cosa hipotecada. Es decir, había garantía real, sin derecho de vender o *ius distrahendi*.

En **Roma**, el deudor respondía del cumplimiento de sus obligaciones no con sus bienes, sino con su persona misma; de ahí aquella institución de derecho romano conocida como "*manus injectio*" que permitía al acreedor, si el deudor no pagaba, tomarlo, hacerlo encarcelar, o bien, reducirlo a esclavo.

Más adelante la obligación se despersonalizó, permitiendo que el patrimonio del deudor pudiera servir de garantía para el cumplimiento de las obligaciones. Para tal efecto, un determinado bien se destinaba al

⁹⁰ Bernardo Pérez Fernández del Castillo, Contratos Civiles, p. 347.

cumplimiento de la obligación, pasando al dominio del acreedor a través de la institución "*mancipatio cum fidutia*" que no era sino una enajenación acompañada de un pacto de fidutia, por el cual se establecía que si el deudor cumplía la obligación readquiría la cosa; por lo tanto, el acreedor estaba plenamente garantizado, porque el acreedor se hacía dueño de la cosa antes de que el deudor dejase de cumplir con su obligación.

Más adelante, esta figura de garantía evoluciona a tal grado, que para garantizar el cumplimiento de determinada obligación se afectaba una cosa al cumplimiento de dicha obligación y aparece el contrato de prenda, el "*pignus*"; sin embargo, esta figura no impide que el deudor se vea desposeído de la cosa, y, en consecuencia, su capacidad de pago disminuye porque no se encuentra en posibilidad de usar y aprovechar los frutos que la cosa puede producir.

En estas condiciones, y en plena evolución, los pretores con motivo del arrendamiento de predios rústicos, autorizaron que los ganados y los utensilios agrícolas llevados al fundo por el colono, estuvieran afectos al pago del arrendamiento por una simple convención y sin que se privase al colono de su posesión, de esta forma se permitía que la prenda quedase en poder del deudor.⁹¹

Así, el arrendatario (colono), garantizaba el cumplimiento puntual de las obligaciones a su cargo, emanadas del contrato de arrendamiento, con la prenda que constituía sobre los bienes que introducía al predio rústico para su labranza.⁹²

Por lo tanto, es dable observar que en esa época, prenda e hipoteca se

⁹¹ Eugene Petit, Derecho Romano, p. 297, 298

⁹² Ventura Silva, Derecho Romano, p. 227 y 228.

hallaban confundidas.

Posteriormente, la prenda sin desposesión no era una seguridad completa, dado que si quedaban las cosas en poder del deudor, éste podía ocultarlas o bien hacerlas desaparecer, por lo que era indispensable desposeer al deudor de la garantía.

Ahora bien, con respecto a los inmuebles objetos de garantía, por su naturaleza, no era muy factible que el acreedor accediera a poseer el bien, como si fuera propietario del mismo, pues tal situación se traduciría a remontarse a los orígenes de esta institución (desposeer al dueño). Por lo que se tuvo la necesidad de instituir una forma de publicitar que dicho bien se había otorgado en garantía de una obligación y así, los terceros tuvieran la posibilidad de conocer con certeza la situación jurídica del bien respectivo, la que se organizó a través del Registro Público.⁹³

2. Concepto

Para don Rafael Rojina Villegas⁹⁴ la hipoteca es "... un derecho real, que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación".

Dicha definición enuncia básicamente las características de la hipoteca en su fase de derecho real.

⁹³ Francisco Lozano Noriega, Cuarto Curso de Derecho Civil: Contratos, p. 602.

⁹⁴ Rafael Rojina Villegas, Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Contratos, p. 392.

Por su parte Ramón Sánchez Medal⁹⁵, como eminente contractualista, define a la hipoteca como el *"Contrato por el que el deudor o un tercero, concede a un acreedor el derecho a realizar el valor de un determinado bien enajenable, sin entregarle la posesión del mismo, para garantizar con su producto el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago."*

Destacando desde luego, la naturaleza contractual del contrato, que no distingue si se trata de bienes muebles o inmuebles y los derechos que surgen por su celebración.

De ahí que la hipoteca pueda estudiarse de dos formas, atendiendo directamente al derecho real que representa, o bien, contemplando la naturaleza contractual que reviste. Para efectos del presente, nos apegaremos a la segunda opción.

Para Planiol, la hipoteca *"es una garantía real que, sin desposeer actualmente al propietario del bien hipotecado, permite al acreedor ampararse de él a su vencimiento, para rematarlo, cualquiera que sea la persona en cuyo poder se encuentre, y obtener el pago de su crédito con el precio, con preferencia a los demás acreedores."*⁹⁶

Definición análoga a la establecida por nuestro código civil en su artículo 2893, cuando establece que la hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.

Es importante destacar, que el concepto referido por la ley no

⁹⁵ Ramón Sánchez Medal, De los contratos civiles, p. 479.

⁹⁶ Marcel Planiol, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo VI, p. 133.

circunscribe a dicha hipoteca como una garantía que se constituya sobre bienes inmuebles.

Por nuestra parte, la definición que aportamos, no puede variar en gran medida de las antes expuestas, no obstante, por cuestión de estilo nos permitimos definir a la hipoteca de la forma siguiente:

"Contrato accesorio que otorga una garantía real sobre bienes ordinariamente inmuebles que no dejan de estar en posesión del deudor y que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quien se halle, para hacerlo rematar en caso de que el deudor no pague el crédito principal, a efecto de que éste sea cubierto con el producto del remate, con preferencia a los demás acreedores."

3. Análisis del concepto

De esta forma, y pretendiendo hacer un análisis de cada uno de los elementos comprendidos en la definición aportada, tenemos lo siguiente:

- Es un contrato accesorio.
- Que otorga una garantía real.
- Sobre bienes ordinariamente inmuebles.
- Que no dejan de estar en posesión del deudor.
- Que concede al acreedor el derecho de perseguir el bien gravado en poder de quien se halle.
- Para hacerlo rematar en caso de que el deudor no pague el crédito principal, a efecto de que éste sea cubierto con el producto del remate.
- Con preferencia a los demás acreedores.

3.1. Contrato accesorio

En principio, debemos recordar que la hipoteca es un **contrato accesorio** de garantía; es decir, es un acuerdo de voluntades que tiene por objeto proteger a los acreedores contra la insolvencia de las personas como deudoras, relación jurídica que deriva de un contrato principal. Por ende, la hipoteca, *-al igual que la prenda y la fianza-* es un contrato que otorga al acreedor la garantía o la seguridad de que el deudor en caso de incumplimiento del contrato principal responderá con el bien afecto a la hipoteca.

3.2. Garantía real

De la **garantía real** que se constituye a través de la hipoteca, se derivan una serie de facultades; a saber:

El propietario del bien gravado no pierde su posesión, no obstante ser propietario de este bien y conservar su posesión, está obligado a respetar los derechos ajenos establecidos sobre él, si atenta contra el mismo, es responsable de los daños ocasionados y, en consecuencia, debe restituir el objeto cosa y, en su defecto, pagar una indemnización. Al respecto, el Código Civil señala:

"Artículo 2903. La hipoteca constituida sobre derechos reales, sólo durará mientras éstos subsistan; pero si los derechos en que aquélla se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios. Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo y éste concluyere por voluntad del usufructuario la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en que el

usufructo hubiera concluido, al no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin."

Así, los únicos deterioros de que puede ser declarado responsable son los que provienen de su negligencia o, por lo menos, de sus hechos. Aquellos que tienen una causa fortuita, que no les son imputables, son soportados por los acreedores (nadie está obligado al caso fortuito).

"Artículo 2910. Si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio u otro caso fortuito, subsistirá la hipoteca en los restos de la finca, y además el valor del seguro quedará afecto al pago. Si el crédito fuere de plazo cumplido, podrá el acreedor pedir la retención del seguro, y si no lo fuere, podrá pedir que dicho valor se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo. Lo mismo se observará con el precio que se obtuviere en el caso de ocupación por causa de utilidad pública o de venta judicial."

Por reciprocidad, el poseedor tiene derecho a una indemnización, cuando ha realizado mejoras al inmueble, pues los acreedores hipotecarios se enriquecerían a costa suya si pudieran aprovecharlas, sin indemnizarlo, de la plusvalía que ha procurado al inmueble por sus trabajos, y hay que recordar el principio jurídico que reza: *nemmen cum aterioris detrimento et injuria fieri locupletiozem* (nadie debe enriquecerse con detrimento e injusticia de otro, de tal manera que lo empobrezca sin causa legítima alguna).

Sobre este punto, el poseedor sólo puede repetir sus gastos, hasta la concurrencia de la plusvalía, pero cabe preguntarse ¿qué acontecería en caso de que se hubieren realizado gastos necesarios hechos por el tercero, para la conservación del inmueble?

"Artículo 2985. Del precio de los bienes hipotecados o dados en prenda, se pagará en el orden siguiente:

Los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de esos bienes;

Los gastos de conservación y administración de los mencionados bienes;

La deuda de seguros de los propios bienes;

Los créditos hipotecarios de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2982, comprendiéndose en el pago los réditos de los últimos tres años, o los créditos pignoratícios, según su fecha, así como sus réditos, durante los últimos seis meses."

De lo expuesto, válidamente se puede concluir que únicamente los gastos de conservación y de administración de los bienes hipotecados deben remunerarse al que los hubiere hecho, los gastos accesorios o de lujo que permiten aumentar el precio del bien, no deben ser reintegrados; esto, considerando que no existe una razón fundada que permita incorporar dichas erogaciones como gastos de conservación, sino quedan como un ornamento adicional a costa del que los hizo. Finalmente, el punto para decidir si el gasto fue hecho para conservar la cosa, o bien, si corresponde a una erogación meramente ornamental, debe decidirse a juicio de peritos.

HIPOTECAS, PAGO DE GASTOS DE CONSERVACIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES SUJETOS A.

Es cierto que la ley no hace distinción alguna al establecer que se paguen con preferencia a los créditos hipotecarios, con el precio de la finca

hipotecada, los gastos de conservación y administración de la finca, y que habiéndose establecido el privilegio, atendiendo a que tales gastos redundan no sólo en beneficio del deudor, sino también en beneficio del acreedor, es justo y equitativo que se paguen con preferencia al mismo crédito hipotecario, existiendo esta razón, tanto cuando se trata de gastos de conservación o hechos con posterioridad a la fijación de la cédula hipotecaria, como de los gastos que se efectúen antes de la fijación de la cédula, pero con posterioridad a la constitución de la hipoteca; sin embargo, la legislación portuguesa, en que parece que se inspiró el legislador mexicano, para establecer el privilegio de que se trata, lo limita con relación a tales gastos, en cuanto a su monto, previniendo que se paguen los gastos de conservación hechos en los últimos tres años y que no excedan de la quinta parte del valor del inmueble. En estas condiciones, si la fuente en que se inspiró nuestro legislador establece una limitación completamente razonable, evitando que esos gastos de conservación queden prácticamente ad libitum del deudor, quien podría, en caso contrario, hacer gastos muy costosos, y burlar mediante diversas maniobras, la garantía real que representa todo crédito hipotecario, y como por otra parte, nuestro legislador no dio razón alguna para suprimir esas limitaciones establecidas por el código portugués al tratar el privilegio que nos ocupa, es conveniente que la Suprema Corte de Justicia, se oriente en el sentido de que el privilegio de referencia, se refiere a los gastos hechos a partir de la fijación de la cédula hipotecaria, de acuerdo con el espíritu que informa el artículo 1934 del Código Civil de 1884; pues desde esa fecha la cosa está sujeta al juicio, y hay un control para que los gastos sean reducidos a lo necesario, ya que no queda en manos del deudor, el hacerlos, sino que el juez nombra un administrador, que está obligado a rendir cuentas y que tiene que presentar los presupuestos de las obras que se proponga emprender en el inmueble, para que el propio juez los autorice.

Tomo XVIII. Pág. 3433. Ortiz Sainz. Jr. Y Cía. 29 de Junio de 1936.

Instancia: Tercera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte : XLVIII. Tesis: Página: 3433

Por lo que hace al derecho de abusar del bien, o de dominio, el deudor hipotecario puede hipotecar de nuevo el bien o enajenarlo pero en este último caso el gravamen pasa por ley con dicho bien al adquirente. Lo anterior, de conformidad con los artículos 2901 y 2894 que disponen:

"Artículo 2901. Pueden también ser hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente, aunque sea con el pacto de no volverlos a hipotecar, salvo en todo caso los derechos de prelación que establece este Código. El pacto de no volver a hipotecar es nulo."

"Artículo 2894. Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero."

3.3. Constituida sobre bienes ordinariamente inmuebles

Se constituye sobre **bienes ordinariamente inmuebles**, en virtud de que aún cuando el código civil no lo especifique, lo que distingue a la hipoteca es su esencia registral a diferencia de la prenda, cuya publicidad es consecuencia de la desposesión que sufre el otorgante de ella. Tal como lo señalábamos en los antecedentes de este capítulo, no es la naturaleza mueble o inmueble de la cosa gravada lo que distingue a dichos contratos, sino el que haya o no desplazamiento de la posesión del propietario. Por tal razón, aún cuando se permita la hipoteca sobre algunos bienes muebles como las embarcaciones o sobre negociaciones comerciales, *"...la verdad es que no hay hipotecas civiles sobre muebles, dado que la garantía real sobre*

*muebles que no se entregan al acreedor, sino que los conserva el deudor, es siempre prenda (2856 y 2859) y nunca hipoteca, por lo que en realidad la hipoteca civil siempre recae sobre bienes inmuebles o sobre derechos reales sobre inmuebles que también son bienes inmuebles (750-XII)."*⁹⁷

3.4. Derecho de posesión

El **derecho de posesión** del acreedor hipotecario comienza hasta que la obligación garantizada se incumple por el deudor, se hace exigible y se ejercita el cobro del crédito a través de la acción hipotecaria (artículo 2893 del Código Civil).

Desde el emplazamiento, el deudor se constituye como depositario judicial respecto de la finca hipotecada, de sus frutos y de todos los objetos que con arreglo al contrato y conforme al Código Civil, deban considerarse como inmovilizados y formando parte de la misma finca, y siempre que lo pida el acreedor, se formará inventario para agregarlo a los autos (artículo 481 del Código de Procedimientos Civiles).

Por tal motivo, la acción hipotecaria debe ejercitarse contra el poseedor material de la cosa hipotecada⁹⁸.

Ahora bien, si se trata de un tercero poseedor de un inmueble hipotecado, cuando se le priva de tal derecho, posee una doble acción:

- Contra el anterior propietario, de quien recibió el inmueble.

⁹⁷ Ramón Sánchez Medal, op. cit., p. 485.

⁹⁸ "Se intentará la acción hipotecaria para constituir, ampliar y registrar una hipoteca, o bien para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice. Procederá contra el poseedor a título de dueño del fundo hipotecado y, en su caso, contra los otros acreedores. Cuando después de anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad y contestada ésta cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio." Artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles.

- Contra el deudor del crédito que ha motivado el procedimiento.

3.4.1. Acción de saneamiento por evicción.

Procede la acción de saneamiento para el caso de evicción, contra la persona que le transmitió el inmueble hipotecado. Esta acción se le concede si ha adquirido el inmueble a título de compraventa; en cambio, no gozará de ella, si lo ha recibido por donación, ya que el donante no responde de la evicción, a menos que se haya obligado expresamente a ello (artículo 2351 del Código Civil).

3.4.2. Acción de restitución.

La acción de restitución contra el deudor del crédito se concede siempre a la persona que ha pagado una deuda ajena, aún sin estar obligado a ello, a menos que el pago se haya hecho con la intención de hacer una liberalidad al deudor; es decir, de liberarlo gratuitamente de su deuda que tiene con el acreedor; por lo tanto, si el tercero poseedor se encuentra en esta situación puede repetir contra el deudor u obligado principal.

HIPOTECA. La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago; la acción real puede entablarse contra cualquier poseedor, si es que la hipoteca no se ha extinguido por ninguno de los medios que la ley previene. Cuando el deudor primitivo, o sea, el que constituye la garantía hipotecaria, ha enajenado el predio que constituye la garantía; en contra de él solamente queda el ejercicio de la acción personal, más la acción real puede intentarse en contra de cualquier poseedor del inmueble hipotecado. Tomo XXVII. Urrutia Miguel Y Coags. Pág. 2064. 25 De Noviembre De 1929.

Instancia: Tercera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Quinta Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte : XXVII. Tesis: Página: 2064.

3.5. Derecho de persecución

Con respecto al quinto elemento de la definición que nos permitimos aportar, se puede observar que la hipoteca concede al acreedor, quien no adquiere la posesión de la cosa, un derecho real en virtud del cual puede **perseguir** el bien otorgado en garantía, en poder de quien se halle.

De esta manera, el acreedor provisto de la garantía que le otorga la celebración de un contrato de esta naturaleza, tiene la seguridad de que su deudor, sin importar las enajenaciones de bienes que realice con respecto a su patrimonio, tiene el derecho de persecución, es decir, de recuperar el bien de que se trate cuando se encuentre en poder de terceros en caso de que haya sido enajenado.

A este tipo de derecho provisto de una acción real, se oponen los acreedores quirografarios que son detentadores de un título de crédito. Estos se distinguen de los primeros, en virtud de que se encuentran reducidos a una mera acción personal contra el deudor, en tanto que las primer categoría posee, además de esta acción que pertenece a todo acreedor, una acción real: la hipotecaria.

Asimismo, el ejercicio del derecho de persecución contra un tercero adquirente supone que la deuda sea exigible, de tal suerte que el tercero adquirente del inmueble sólo puede ser perseguido después de que el crédito se venció. La hipoteca es un derecho accesorio, que sufre los efectos de las

modalidades que afecta al crédito o contrato principal, como se verá más adelante.

3.6. Derecho de remate

Por lo que hace al sexto elemento de nuestra definición, es decir el derecho del acreedor hipotecario para rematar el inmueble en caso de que el deudor no pague el crédito principal, a efecto de que éste sea cubierto con el producto del remate, conviene reiterar que a diferencia de lo que sucede con el derecho de garantía general (garantías no reales), el derecho de los acreedores sobre los bienes de su deudor se extingue por efecto de una enajenación (lo que sale del patrimonio del deudor sale de la garantía de los acreedores), salvo el efecto de la acción pauliana⁹⁹ (en caso de fraude); a diferencia de la hipoteca que le garantiza al acreedor que aunque el deudor enajene sus bienes, podrá seguir el inmueble en manos de quien se halle y lo embargará para cobrarse con el producto de su remate, aún cuando haya dejado de pertenecer al deudor y haya entrado en el patrimonio de una persona que nada le debe.

Ahora bien, el derecho que tiene el acreedor hipotecario a pedir la venta de la cosa hipotecada (jus distrahendi), y cobrarse con el producto de su remate, para realizar el pago de ésta, debe ejercitarse a través de la venta judicial que regulan los artículos 12, 486 y 487 del Código de Procedimientos Civiles y 2916 del Código Civil, a diferencia del contrato de prenda que en atención a lo dispuesto por el artículo 2884 de este último ordenamiento común, puede por convenio expreso venderse extrajudicialmente.

⁹⁹ "Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor, pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción, es anterior a ellos." Artículo 2163 del Código Civil.

Es importante no pasar por alto, que el artículo 2916 del Código Civil, establece la facultad del acreedor hipotecario de adquirir el inmueble de que se trate en remate judicial, o bien por adjudicación en el supuesto de que no se presenten postores, pero no permite que en caso de incumplimiento se adjudique al acreedor la propiedad del bien al precio fijado a la cosa en la escritura correspondiente sin necesidad de remate (extrajudicialmente). A diferencia de la prenda, que a través del "pacto comisorio" permite al acreedor prendario adjudicarse el bien objeto del contrato, sin necesidad de la venta judicial antes señalada, y cuya constitucionalidad ha sido recientemente debatida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

PRENDA, EL ARTÍCULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO ES INCONSTITUCIONAL POR VIOLACION A LA GARANTIA DE AUDIENCIA.

El procedimiento establecido en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por virtud del cual el acreedor prendario puede obtener la autorización judicial para la venta del bien dado en prenda, con el propósito de sustituir dicho bien por su valor en numerario, es contrario a la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, porque sólo permite al deudor oponerse a la venta mediante la exhibición del importe del adeudo, sin darle oportunidad de oponer y acreditar todas las defensas y excepciones que le asistan para demostrar la improcedencia de la solicitud del acreedor, sin que sea el caso de considerar que esta deficiencia de la norma de que se trata pueda ser colmada mediante la aplicación supletoria de las reglas del Código de Comercio que establecen las formalidades propias de un juicio, pues los términos empleados por el legislador revelan con claridad su intención de establecer un procedimiento privilegiado incompatible, por su propia naturaleza, con las normas aplicables a los juicios

mercantiles. La violación a la garantía de audiencia se produce aunque el acreedor adquiriera un derecho real sobre la cosa dada en prenda, pues el contrato de prenda no le transfiere la propiedad del bien, sino que ésta permanece en la esfera del deudor quien conserva para sí los poderes de dueño, excepto el de la tenencia material de la cosa cuando así se pacte, e incluso puede, el deudor, enajenar la cosa a un tercero, conservando la garantía; en este sentido, de acuerdo con el artículo en cuestión, la autoridad judicial autoriza al acreedor a vender una cosa ajena, sin darle oportunidad al dueño de ser oído y vencido en juicio antes de ser privado del derecho a disponer de la cosa de su propiedad y, como consecuencia, del derecho de usar y disfrutar de la misma, lo cual significa una violación a la garantía de audiencia considerando que dicha privación no podía ser reparada mediante el juicio que eventualmente se promoviera en relación con el cumplimiento y pago de la obligación principal garantizada, pues, aun si el fallo fuera favorable al deudor, éste no recuperaría la cosa, sino sólo el producto de su venta.

Amparo en revisión 1613/94. Jorge Amado López Estolano. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de seis votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: José Luis Alducín Presno. Amparo en revisión 1742/94. María del Refugio Frago Valenzuela. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de seis votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: Homero Fernando Reed Ornelas. Amparo en revisión 184/95. Felipe Gutiérrez Seldner. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de seis votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz. Amparo en revisión 201/95. Artemisa Velázquez Verdín de Velasco. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de seis votos. Ponente: José de Jesús Gudíño Pelayo. Secretario: Jorge Careño Rivas. El Tribunal Pleno en su sesión privada

celebrada el veintitrés de noviembre en curso, por unanimidad de once votos de los ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número CXXI/1995 (9a.) la tesis que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y cinco.

Instancia: Pleno. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Novena Época. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Parte : II, Diciembre de 1995. Tesis: P. CXXI/95. Página: 239.

En otras palabras, es válido el pacto por virtud del cual se fija un precio a la finca hipotecada, a fin de que, con sujeción al mismo, se saque a remate. De esta forma, el artículo 2916 del Código Civil sólo prohíbe que al constituirse la hipoteca, se convenga en que el acreedor se adjudique el bien hipotecado extrajudicialmente por el precio que se le fije en ese acto. Por tanto, debe respetarse la cláusula consignada en una escritura hipotecaria, por virtud de la cual se señala precio para el remate.

Por su parte, el artículo 568, último párrafo, del Código de Procedimiento Civiles, establece que los acreedores que aparezcan en el certificado de gravámenes, no tendrán derecho para nombrar a su costa perito valuador, si ya la valorización se hizo por otros medios, lo que claramente revela que la ley admite la posibilidad de que el avalúo, para los efectos del remate, se convenga entre las partes desde la constitución de la

hipoteca, este es el mismo sentido del artículo 511 del Código de Procedimientos Civiles que textualmente prevé:

"Si los bienes embargados no estuvieren valuados anteriormente, se pasará al avalúo y venta en almoneda pública, en los términos prevenidos por este código.

No se requiere avalúo cuando el precio conste en instrumento público o se haya fijado por consentimiento de los interesados o se determine por otros medios, según las estipulaciones del contrato a menos que en el curso del tiempo o por mejoras, hubiere variado el precio."

En atención a lo anterior, es válido sostener lo fundado que resulta pactar desde la constitución de la hipoteca el valor de la cosa al tenor de lo dispuesto por el artículo 511 del Código de Procedimientos Civiles, pues como se puede apreciar, por regla general, en ejecución de sentencia se requiere la práctica del avalúo de los bienes embargados para sacarlos a remate; pero por excepción, no es necesario cuando existe un convenio al respecto; sin embargo, la citada excepción, no opera cuando el precio de los bienes ha variado por el solo transcurso del tiempo o por mejoras hechas a éstos, en cuyo caso se actualiza la regla general de practicar el avalúo, por lo que es viable advertir que el ordenamiento legal en comento, permite revaluar dichos bienes, aun cuando previamente ya se les hubiera determinado un precio fijo¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Noviembre de 1998 Tesis: I. 6o. C.152 C Página: 509 Materia: Civil. Tesis aislada.

3.7. Derecho de preferencia

El derecho de preferencia otorga el orden en que deben ser pagados los acreedores hipotecarios del mismo deudor, por lo que en esencia supone un conflicto entre los acreedores hipotecarios del deudor, y se ejercita sobre el precio del inmueble.

Sobre este particular, los artículos 2893, 2981 y 2982 del Código Civil respectivamente indican:

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

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

"Si hubiere varios acreedores hipotecarios con los mismos bienes, pueden formar un concurso especial con ellos, y serán pagados por el orden de fechas en que se otorgaron las hipotecas, si éstas se registraron dentro del término legal, o según el orden en que se hayan registrado los gravámenes, si la inscripción se hizo fuera del término de la ley."

De la interpretación sistemática a dichos preceptos, se colige que la preferencia de un crédito hipotecario no dimana de la fecha en que se expide y registra la cédula hipotecaria, sino de su constitución misma, porque ésta es una garantía real que en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, otorga el derecho a ser pagado con el valor de los bienes, en el

grado de preferencia establecido por la ley; preferencia que se encuentra dispuesta, para los acreedores hipotecarios, en el capítulo II, del título primero, de la tercera parte, del libro cuarto del Código Civil, al tenor del criterio jurisprudencial que dice:

REGISTRO PÚBLICO, EFECTOS DE LAS INSCRIPCIONES EN EL ACREEDORES HIPOTECARIOS Y QUIROGRAFARIOS, PRELACIÓN.

La Suprema Corte ha sentado la tesis de que la concurrencia de derechos sobre un elemento determinado del patrimonio del deudor, y que se resuelve atendiendo a los datos del Registro Público de la Propiedad, sólo puede tener lugar entre titulares de derechos reales que graven la misma, o sea, entre acreedores de igual calidad; pero no entre un acreedor hipotecario y un acreedor quirografario, por más que este último haya embargado y registrado su embargo antes de la inscripción de la hipoteca, pero con posterioridad a su constitución, ya que el embargo no constituye un derecho real; y si bien limita o modifica el derecho de la propiedad, tal limitación no puede oponerse a quien invoca una causa de preferencia, sino cuando el embargo se ha registrado con anterioridad a la fecha de la celebración del contrato en que el tercero funda su preferencia porque, en el caso, el tercero ha estado en posibilidad de conocer la situación real del inmueble o elemento determinado del patrimonio de su deudor, en atención al cual ha contratado; tesis que tiende a rectificar un error muy generalizado, que atribuye al Registro Público de la Propiedad efectos que son propios de la naturaleza del derecho real, y rectifica también el falso concepto de tercero para efectos del Registro.

Amparo directo 1060/73. María Patrocinio Paredes vda. de Romo y coags. 24 de julio de 1974. 5 votos. Amparo directo 3114/73. Ricardo Llanos

Vázquez. 22 de julio de 1974. 5 votos.* Amparo directo 207/73. Fernando Mercenario Solís. 10 de julio de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Solís López. Quinta Época: Tomo LXV, pág. 921. Amparo civil directo 3840/39/2a. Mederos Lorenzo José Manuel. 20 de julio de 1940. 5 votos.*
 NOTA: La prelación de precedentes ha sido corregida y se elimina la leyenda "Sostiene la misma tesis". *En la publicación original se omite el nombre del ponente.

Instancia: Tercera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Fuente:

Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Parte : 67 Cuarta Parte. Tesis: Página: 59.

Asimismo, con respecto a la preferencia, es relevante observar lo siguiente:

ALIMENTOS. LOS CRÉDITOS POR CONCEPTO DE, NO SON PREFERENTES FRENTE A UN ACREEDOR HIPOTECARIO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA).

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2887 del Código Civil del Estado de Puebla, en tratándose de un crédito hipotecario, el acreedor de esta naturaleza tiene preferencia para el pago de su crédito, sobre cualquier otro acreedor, por disposición de la ley, pues así lo establece dicho precepto; inclusive, no está obligado a entrar al concurso de acreedores, ya que el artículo 2971 del mismo código, define que los acreedores hipotecarios no entrarán en concurso, y pueden deducir las acciones que les competen en virtud de la hipoteca, en el juicio respectivo, a fin de ser pagados con el valor de bienes que garanticen sus créditos; inclusive los acreedores hipotecarios

tienen preferencia sobre los créditos de alimentos, porque no existe precepto alguno en contrario, en el que se establezca que los alimentos tienen preferencia sobre cualquier otro crédito. Aún más, por el contrario, en el capítulo de graduación de acreedores que se contiene en el Código Civil en cita (artículos 2959 a 2984), se establece quiénes son los acreedores preferentes, sobre determinados bienes, y se advierte en el artículo 2980 que tienen en primer lugar preferencia los adeudos fiscales, con el valor de los bienes que los hayan causado, y después de otros ocho acreedores preferentes en su orden, aparecen en décimo lugar los créditos anotados en el Registro Público de la Propiedad en virtud de mandamiento judicial por embargo, que es la hipótesis en la cual se ubican los embargos por alimentos, pues el embargo deriva de un mandamiento judicial, sin que interese que sea por alimentos, porque en las ocho fracciones anteriores no aparecen los créditos para garantizar alimentos. Además, para que jurídicamente pudiera admitirse lo contrario, o sea, que los créditos de alimentos tienen preferencia en el pago sobre cualquier otro crédito es indispensable un texto expreso de la ley que así lo establezca, como el referente a los salarios de los trabajadores, o a la protección del patrimonio familiar, que se contienen en el artículo 123, apartado A, fracciones XXIII y XXVIII, de la Constitución. Cabe agregar que el artículo 507 del Código Civil del Estado de Puebla, sólo establece que el deudor alimentario deberá asegurar, conforme al artículo 31 el pago de los alimentos; y este último precepto establece la forma en que puede otorgarse la garantía; pero ninguno de esos preceptos establece que los créditos alimenticios tengan preferencia sobre un crédito hipotecario. Sostener lo contrario, equivaldría a minar y desorganizar el sistema de crédito inmobiliario, y a dar margen a multitud de litigios simulados por alimentos. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 281/98. Luis Raúl Vázquez Juárez y otro. 19 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: José Luis Vázquez Camacho. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo CXVIII, página 660, tesis de rubro: "ALIMENTOS, LOS CRÉDITOS POR CONCEPTO DE, NO SON PREFERENTES." y tesis VI.4o.20 C, en la página 818 de esta misma publicación.

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Agosto de 1998 Tesis: VI.4o.19 C Página: 822 Materia: Civil Tesis aislada.

No está por demás señalar, que de conformidad con la fracción XXIII, apartado A, del artículo 123 del Código Político, 113 de la Ley Federal del Trabajo y 2989 del Código Civil, los créditos de los trabajadores por salarios o indemnizaciones del último año y por indemnizaciones son preferentes al crédito hipotecario.

Los citados preceptos legales, textualmente disponen:

"Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos y, de una manera general, todo contrato de trabajo:

...

XXIII. Los créditos en favor de los trabajadores por salario o sueldos devengados en el último año, y por indemnizaciones tendrán preferencia sobre cualesquiera otros en los casos de concurso o de quiebra.

..."

"Artículo 113. Los salarios devengados en el último año y las indemnizaciones debidas a los trabajadores son preferentes sobre cualquier otro crédito, incluidos los que disfruten de garantía real, los fiscales y los a favor del Instituto Mexicano del Seguro Social, sobre todos los bienes del patrón."

"Artículo 2989. Los trabajadores no necesitan entrar al concurso para que se les paguen los créditos que tengan por salarios o sueldos devengados en el último año y por indemnizaciones. Deducirán su reclamación ante la autoridad que corresponda y en cumplimiento de la resolución que se dicte, se enajenarán los bienes que sean necesarios para que los créditos de que se trata se paguen preferentemente a cualesquiera otros."

Al respecto, existe la siguiente tesis aislada:

CRÉDITOS LABORALES PREFERENTES

Una interpretación armónica de los artículos 123, fracción XXIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 49, 50 y 113 de la Ley Federal del Trabajo, permite establecer que los conceptos de indemnización consistentes en veinte días de salario por cada uno de los años de servicios prestados, y salarios vencidos, que se comprenden en las fracciones II y III del citado numeral 50 de la legislación obrera, si son créditos laborales preferentes con respecto a otros créditos, entre ellos los reales; pues los referidos numerales 123, fracción XXIII, de la Constitución, y

113 de la Ley Federal del Trabajo, establecen que los créditos por "indemnizaciones" en favor del trabajador tienen preferencia sobre cualesquiera otro, sin que tales preceptos limiten esa preferencia sólo respecto a determinadas indemnizaciones, por lo que su interpretación debe ser en el sentido de que se incluyen todas aquellas prestaciones que la Constitución o la ley laboral ordinaria califiquen como "indemnización".

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo directo 289/98. Víctor Rocha Hernández y otros. 15 de mayo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Humberto Valencia Valencia. Secretario: Felipe Sifuentes Servín. Véase: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo V, Primera Parte, página 53, tesis P. XXXIII/90, de rubro: "TRABAJO. EL ARTÍCULO 113 DE LA LEY RELATIVA, QUE PREVÉ QUE LOS CRÉDITOS DE LOS TRABAJADORES SON PREFERENTES, ES CONSTITUCIONAL".

Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Agosto de 1998 Tesis: IV.5o.4 L Página: 844 Materia: Laboral Tesis aislada.

4. Elementos

4.1. Personales

4.1.1. Constituyente (Deudor o Tercero)

Respecto a la capacidad para convenir hipotecas, el artículo 2906 del Código Civil establece que sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados.

De dicho precepto se infiere que para constituir válidamente una hipoteca, se necesita tener capacidad para enajenar, esto es indispensable porque la constitución de hipoteca confiere al acreedor el poder de enajenar, de privar de la propiedad al deudor para transmitirla a un tercero: **jus distrahendi**.¹⁰¹

De esta forma, para enajenar válidamente un bien se necesita ser mayor de edad y no hallarse bajo interdicción judicial. Esta es la regla, pero tal capacidad se presume, corresponde a quien alegue la incapacidad demostrarla, no obstante, no puede ser alegada por las personas con quienes el incapaz haya contratado, ni por los fiadores que se hayan dado al constituirse la obligación¹⁰².

Asimismo, el código común al exigir para hipotecar la misma capacidad que para enajenar, hay que hacer extensivas las inhabilidades para vender a la hipoteca, tales como la de los administradores de establecimientos públicos, al quebrado, a los mandatarios, etc.

En este orden de ideas, si la hipoteca es constituida sobre un bien que no pertenece al constituyente, la hipoteca es inexistente o nula (diferencia meramente doctrinaria según la Corte), porque no se puede disponer de bienes ajenos. Sobre este particular, los artículos 2269 y 2270 del Código Civil, disponen textualmente:

"Artículo 2269.- Ninguno puede vender sino lo que es de su propiedad."

¹⁰¹ Además de la capacidad, se requiere ser propietario de la cosa que va a hipotecarse o mejor dicho, es menester ser titular de la propiedad o del derecho real que va a hipotecarse, porque por la hipoteca se concede al acreedor hipotecario el "jus distrahendi", consistente en la facultad de realizar el valor de la cosa mediante su venta, facultad que ciertamente no tiene sino el titular del derecho a disponer de la cosa, "nemo dat quod non habet". Ramón Sánchez Meda, op. cit., p. 482.

¹⁰² Artículos 636 y 637 del Código Civil.

"Artículo 2270.- La venta de cosa ajena es nula..."

Empero, para efectos de la venta, el artículo 2271 establece que el contrato quedará revalidado, si el vendedor adquiere antes de que tenga lugar la evicción, la propiedad de la cosa vendida.

De ahí que si bien puede establecerse análogamente tal disposición con respecto a la hipoteca, de tal forma que si el constituyente llega a ser propietario del inmueble, por cualquier causa legítima, ya nada se opone a la validez de la hipoteca (convalidación), a pesar de tal argumento, el principal obstáculo que se encuentra para que se pueda hablar de una probable convalidación es que no se permite a un deudor hipotecar sus bienes futuros, es decir, aquellos que adquiera en un futuro, por lo que no es dable trasladar la figura de la convalidación de la venta -de cosa ajena- a la hipoteca.

La nulidad de la hipoteca establecida sobre cosas ajenas, es una nulidad absoluta; en consecuencia, toda persona interesada tiene el derecho de oponerla al acreedor, y no puede cubrirse por una confirmación que, suponiéndola posible, debería emanar del verdadero propietario de la cosa y consistir en una aprobación dada por él a la constitución de la hipoteca. Sin embargo, esta aprobación equivale como un acto nuevo, no como confirmación retroactiva de un acto anterior.

4.1.2. Acreedor

Baste decir que también requiere de la capacidad general para contratar.

4.2. Formales

Como contrato formal, debe celebrarse en escrito privado firmado por las

partes y dos testigos; sin embargo, si el crédito excede de 365 veces el salario mínimo, se debe constituir en escritura pública.

De conformidad con el artículo 2917 del Código Civil, para constituir créditos con garantía hipotecaria se deben observar las formalidades que establecen los artículos 2317 y 2320 del mismo Código. Ambos preceptos refieren que la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta al equivalente a trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratificarán ante notario, juez competente o Registro Público de la Propiedad.

En tal virtud, cuando dichos actos excedan del equivalente a trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, deberá otorgarse en escritura pública.

Cabe señalar, que ya sea que el contrato de hipoteca, según sea el caso, se celebre en escritura privada o pública, para que surta efectos contra terceros deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad que corresponda. Distinguiendo que en el primero de los supuestos, es decir, cuando el contrato se otorgó en escritura privada para que sea susceptible de registro, es indispensable que los contratantes ratifiquen sus firmas en presencia de un notario público, un registrador, corredor público o juez competente. Esto último de conformidad con la fracción III, del artículo 3005 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 78 de la Ley del Notariado establece:

“Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor, según avalúo bancario sea mayor de treinta mil pesos y la constitución o transmisión de derechos reales estimados en más de esa suma o que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada, deberán constar en escritura ante notario, salvo los casos de excepción a que se refieren los artículos 730, 2317 y 2917 del Código Civil para el Distrito Federal.”

*** Notas sobre la forma que deben revestir las hipotecas bancarias**

Es importante hacer mención, que en tratándose de las hipotecas que se constituyen con instituciones financieras (bancos), al tiempo de elaborar la presente tesis profesional, se han esgrimido dos criterios jurisprudenciales contradictorios, pendientes de resolver por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los cuales se considera por un lado que para que proceda la acción hipotecaria, es necesario que el título en que se apoya, conste en escritura pública debidamente registrada¹⁰³, en contrapartida, se argumenta fundamentalmente que los contratos mercantiles con garantía hipotecaria

¹⁰³ "JUICIO SUMARIO HIPOTECARIO IMPROCEDENCIA DEL. Resulta inexacto que de acuerdo con los artículos 76, fracciones I y II de la Ley de Instituciones de Crédito y del diverso dispositivo 326 fracción III, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las instituciones de crédito estén facultadas para intentar la vía sumaria hipotecaria cuando sustenten su acción en un contrato privado en donde conste un Crédito Refaccionario celebrado con el acreditado en presencia de dos testigos, y ratificado ante el encargado del Registro Público de la Propiedad y del Comercio; cuanta habida que esas disposiciones no son las aplicables en el caso particular, ya que las mismas no regulan el trámite del juicio sumario hipotecario cuando se reclama el pago de un crédito garantizado con hipoteca, sino que el procedimiento respectivo se contiene en el artículo 457, del Código de Procedimientos Civiles del estado en vigor, el cual exige para la procedencia de la vía en comento, que el crédito otorgado conste en escritura debidamente registradas. Por tal motivo, debe estarse a las exigencias que en tal precepto se establecen por ser la ley especial aplicable: por ende, es inconcuso que la institución de crédito que promueva el juicio sumario hipotecario, debe exhibir en escritura debidamente registrada el crédito de que se trata, pues, de no hacerlo así, resulta improcedente la vía sumaria hipotecaria referida." SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO. Octava Epoca.- Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación.- Tomo XIV-Noviembre.- Tesis: XV. 2º. 12 C.- Página: 464."

pueden constar en escritura privada y demandarse su cumplimiento en la vía sumaria civil¹⁰⁴.

Al respecto, y a reserva de lo que en su momento declare la Corte, considerando la importancia que reviste la controversia en cuestión, nos permitimos aportar los siguientes razonamientos de derecho:

No hay que abundar mucho para notar que la **Ley de Instituciones de Crédito** constituye el ordenamiento jurídico vigente y por tanto aplicable a las instituciones de banca múltiple, dicha Ley faculta expresamente a las citadas instituciones de crédito, entre otras cosas, para otorgar préstamos o créditos bajo los lineamientos ahí establecidos, incluyendo, por supuesto los refaccionarios.

¹⁰⁴ "CONTRATOS MERCANTILES CON GARANTÍA HIPOTECARIA. PUEDEN CONSTAR EN ESCRITURA PRIVADA Y DEMANDARSE SU CUMPLIMIENTO EN LA VÍA SUMARIA CIVIL (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). La disposición general contenida en los artículos 2822 y 2845 del derogado Código Civil del Estado de Jalisco (artículos 2517 y 2519 del vigente), referente a que cuando la garantía hipotecaria recaiga sobre inmuebles y exceda de dos mil pesos debe constar en escritura pública, no rige tratándose de contratos mercantiles con garantía hipotecaria constituida en bienes raíces, debido a que atendiendo tanto a que toda ley especial debe prevalecer sobre la norma general, como a la circunstancia de que los referidos contratos mercantiles fueron celebrados por un banco cuyos actos son de comercio, la acción derivada de su cumplimiento debe resolverse aplicando las normas especiales que regulan a dichas instituciones y a los actos de que se habla, como son la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyos artículos 72 (de la primera legislación) y 326, fracciones III y IV (de la segunda) autorizan a las susodichas instituciones para ejercitar sus acciones en la vía ejecutiva, en la vía ordinaria mercantil, o bien, en la que en su caso corresponda (como la sumaria hipotecaria que eligió la demandante), así como a que la constitución de una garantía hipotecaria pueda otorgarse en contrato privado. Sin que sea óbice que el artículo 669 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco (en su redacción anterior), señalara en su segundo párrafo, que: "Cuando se trate del pago o prelación de un crédito hipotecario, es requisito indispensable que conste en escritura debidamente registrada ...", dado que el vocablo "escritura" que ahí se contiene debe entenderse como sinónimo de documento escrito pero no de "escritura pública". TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VII, Marzo de 1998 Tesis: III.3o.C. J/13 Página: 639 Materia: Civil."

De esta forma, las instituciones de banca múltiple constituyen personas jurídicas colectivas que prestan el servicio de banca y crédito sujetas a la autorización que les otorgue la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como a las disposiciones legales y administrativas que regulen sus actividades.

Normatividad toda ésta que viene a conformar el **derecho bancario, rama autónoma y especial, derivada del derecho mercantil**, cuyo establecimiento se encuentra reservado al Congreso de la Unión, pues a éste corresponde en exclusiva legislar en materia de intermediación y servicios financieros, conforme a la fracción X del artículo 73 constitucional, y **que se caracteriza por encontrarse embuida, por una parte, de los principios que rigen la materia mercantil, que buscan fomentar los procesos productivos y comerciales mediante una adecuada intermediación financiera y, por otra, de los propios que distinguen a la regulación de carácter administrativo, cuya finalidad esencial radica en tutelar el interés público.**

Así, entre la regulación que forma parte del referido **derecho bancario**, a la que deben someterse las instituciones de banca múltiple, destaca, además de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley del Banco de México, y **necesariamente la Ley de Instituciones de Crédito.**

Más aún, el contrato de crédito es un contrato mercantil, máxime cuando en él participa una institución de crédito; hipótesis en la que tiene la característica de ser un **contrato bancario**, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 75, fracción XIV, del Código de Comercio, los que disponen:

"Artículo 1° ... Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio."

"Artículo 75. La ley reputa actos de comercio:

XIV. Las operaciones de bancos."

Lo anterior, pone de manifiesto que las normas legales que regulan el contrato de crédito refaccionario **bancario** se localizan en la **Ley de Instituciones de Crédito**, y por remisión expresa de ésta por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Al respecto, los artículos 66 y 72 de la referida Ley de Instituciones de Crédito enfatiza muy claramente el derecho expedito de las Instituciones de Crédito para celebrar contratos de crédito a la producción e intentar la vía hipotecaria cuando es la hipoteca el contrato con garantía real el que ha servido para garantizar el crédito celebrado.

No está por demás comentar que en nuestro derecho los únicos contratos con garantías reales son: la prenda, la fianza y la **hipoteca**. Así está reconocido por nuestra legislación, por nuestra doctrina y por nuestra jurisprudencia obligatoria.

Al efecto, los citados numerales textualmente disponen:

Artículo 66.- Los contratos de crédito refaccionario y de habilitación o avío, que celebren las instituciones de crédito, se ajustarán a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y a las bases siguientes:

Se consignarán, según convenga a las partes y cualquiera que sea su monto, en póliza ante corredor público titulado, en escritura pública o en escrito privado, que en este último caso se firmará por triplicado ante dos

testigos y se ratificará ante notario público, corredor público titulado, juez de primera instancia en funciones de notario o ante el encargado del Registro Público correspondiente.

Sin satisfacer más formalidades que las señaladas en la fracción anterior, se podrán establecer garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, además de los que constituyen la garantía propia de estos créditos, o sobre la unidad industrial agrícola, ganadera o de servicios con las características que se mencionan en el artículo siguiente;

Haciendo un análisis del artículo 66 de la Ley de Instituciones de Crédito tenemos:

Es más que evidente que el referido precepto legal, en su primer párrafo regula la forma en que se deben constituir los contratos de crédito refaccionario y de habilitación o avío que celebran las instituciones de crédito.

Inmediatamente después, en la fracción II, se establecen las formalidades a que se deben someter las garantías reales sobre muebles o inmuebles, la cual a consideración expresa del propio numeral, **no deben ser más que las señaladas en la fracción anterior**, a saber y, según convenga a las partes y cualquiera que sea su monto:

- En póliza ante corredor público titulado,
- En escritura pública,
- **En escrito privado, el cual se firmará por triplicado ante dos testigos y se ratificará ante notario público, corredor público titulado, juez de primera instancia en funciones de notario o ante el encargado del Registro Público correspondiente.**

Cuando dicho precepto establece que **"se podrán establecer garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, además de los que constituyen la garantía propia de estos créditos,"** se refiere obviamente a los contratos accesorios con garantías reales que se pueden pactar, que a juicio de nuestros más importantes tratadistas¹⁰⁵ en la materia y según se puede advertir en diversos criterios jurisprudenciales, se trata de la prenda, fianza o hipoteca; además de las garantías reales que se constituyen en forma natural con los contratos refaccionario o de habilitación o avío (bienes que se adquieren con el crédito).

A mayor abundamiento, es importante destacar que por virtud de estos contratos de crédito, el precepto en comento indica que están garantizados -

¹⁰⁵ "Los accesorios más usuales son: fianza, prenda e hipoteca: Tienen por objeto crear derechos accesorios de garantía de obligaciones." Manuel Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones, p. 118.

"El contrato accesorio -en principio- no tiene existencia independiente; se explica referido a otro contrato (o acto) del cual es apéndice. Sólo se justifica como parte complementaria de otro acto.

Tales son los contratos de fianza, prenda o de hipoteca (artículos 2794, 2856 y 2893 del C.C.); son contratos de garantía cuya celebración presupone la existencia presente o futura de una deuda originada por otro acto jurídico principal -o hecho jurídico principal- que van a asegurar." Manuel Bejarano Sánchez, Obligaciones Civiles, p. 43.

"Naturaleza y clasificación de los contratos de crédito

Desde luego esta denominación evoca una clasificación por objetivos, es decir, el objeto de análisis se clasifica en función de los distintos objetivos que se puedan perseguir. Sobre el particular Uría (con quien Cervantes Ahumada se muestra de acuerdo) clasifica los contratos mercantiles de acuerdo a su objetivo en contratos de: ... garantía (fianza, hipoteca, etc.); ... L. Carlos Dávalos Mejía, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, p. 292.

"Para fines didácticos en la exposición que se hará de cada uno de los contratos en particular, resultará conveniente observar, con algunos retoques o modificaciones, la clasificación que suelen hacer algunos autores españoles de los contratos en estas ocho categorías: ... g) Contratos de garantía: fianza, prenda, hipoteca y promesa;..." Ramón Sánchez Medal, op. cit., p. 114.

"CONTRATOS DE GARANTÍA REALES Y PERSONALES.- Estos contratos de garantía pueden ser de dos clases, de dos tipos: personal y real. La primera la dan las personas mismas; la segunda la dan ciertos bienes. Nuestros códigos derogados señalaban cuatro contratos de garantía: fianza, anticresis, prenda e hipoteca, en nuestro código vigente se ha suprimido la anticresis." Francisco Lozano Noriega, op. cit., p. 602.

naturalmente- con las materias primas y materiales adquiridos, y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes (Art. 322, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

A su vez, los créditos refaccionarios se garantizan simultánea o separadamente, con las fincas, construcciones, edificios, maquinaria, apeos, instrumentos, muebles y útiles y con los frutos o productos, pendientes o ya obtenidos, de la empresa (Art. 324 de dicha Ley).

Por lo expuesto, es claro que en estos contratos las garantías se constituyen con los bienes adquiridos con el dinero prestado, a las que se denominan garantías naturales, dichas garantías, se constituyen con total independencia de que los contratantes puedan garantizar dicho crédito a través de otros contratos con garantía real, como lo es el contrato de hipoteca.

Así como el artículo 325 de la citada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, dispone como garantías personales que el acreditado puede dar como garantía complementaria del crédito, pagarés a la orden del acreditante a medida que vaya disponiendo del crédito.

Está más que claro, que de la redacción de la fracción II, del artículo 66 de la Ley de Instituciones de Crédito, el legislador previó la posibilidad de que las instituciones bancarias pactaran la celebración de contratos de crédito con garantía real, y para la consignación de estos últimos, dispuso que no se exigieran más formalidades ni más requisitos que para la configuración de los contratos principales: contratos refaccionario y de habilitación o avío.

Lo anterior es lógico, si consideramos que de nada serviría establecer tal beneficio a los contratantes con respecto a los contratos principales (refaccionario y de habilitación o avío), si de todas formas, en la configuración de los contratos accesorios -reales-, se exigiera otras formalidades, como podría ser la celebración del contrato de hipoteca respectivo en escritura pública. Pues hay que señalar, que **la eficacia de una norma jurídica consiste en la posibilidad de que mediante ella se logre el fin para el que ha sido establecida la norma**, de tal suerte que, el beneficio concedido en la fracción I, del artículo 66, perdería su eficacia si se impusieran mayores formalidades a los contratos con garantía real, lo que repercutiría en la inoperancia de tal beneficio y del precepto en sí, lo que desde luego, no fue voluntad del legislador.

El afirmar lo contrario, haría nugatorio el derecho deducido de este tipo de operaciones mercantiles en la que se constituye la hipoteca como garantía del cumplimiento de la obligación principal, lo que implicaría consecuentemente una violación flagrante a la garantía constitucional de legalidad.

Asimismo, es pertinente destacar que los preceptos de un cuerpo normativo no deben fraccionarse, sino deben obligadamente interpretarse armónica o sistemáticamente a efecto de desentrañar su contenido real y efectivo, ya que el fraccionar dicho ordenamiento jurídico, sólo trae como consecuencia la inaplicabilidad e ineficacia del dispositivo jurídico, este es el sentido que con relación a la interpretación sistemática de la ley, don Genero David Góngora Pimentel, ha señalado:

INTERPRETACIÓN GRAMATICAL DE LAS LEYES. DEBE REALIZARSE EN RELACIÓN CON EL MÉTODO SISTEMÁTICO.

La interpretación gramatical o letrista de las leyes es un método que si bien no debe proscribirse por el intérprete, sólo ha de aplicarse en relación con el método sistemático, según el cual el entendimiento y sentido de las normas debe determinarse en concordancia con el contexto al cual pertenecen, pues fraccionar el contexto (Capítulo, Título, Libro), de un ordenamiento jurídico para interpretar los artículos que lo configuran en forma aislada y literal, sólo trae como resultado, en muchos casos, la inaplicabilidad de unos en relación con otros, porque el legislador al elaborar las leyes puede emplear la técnica de la llamada regla general y de los casos especiales y en estas condiciones al interpretar un artículo que contenga un caso especial en relación con la regla general, podría traer como consecuencia la inoperancia de la misma o viceversa. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 813/89. Rafael Ibarra Consejo. 21 de junio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: María Guadalupe Saucedo Zavala.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte : III Segunda Parte-1. Tesis: Página: 420.

Dicha tesis, aún cuando constituye una resolución vertida en un Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, dicho criterio ha sido recogido por nuestro máximo tribunal en las resoluciones que sobre contradicción de tesis en materia bancaria ha esgrimido, así como los Tribunales Colegiados en materia civil, como el que a continuación se cita:

INSTITUCIONES DE CRÉDITO. ESTÁN FACULTADAS PARA CONVENIR GARANTÍAS HIPOTECARIAS.

La interpretación sistemática de los artículos 46, fracción VI, y 72 de la Ley de Instituciones de Crédito, permite concluir que las instituciones de crédito están facultadas para convenir garantías hipotecarias, toda vez que si conforme al primero de los preceptos en mención, dichas instituciones pueden otorgar préstamos o créditos, dentro de esta facultad expresa, se encuentra implícita la de convenir una garantía real como la hipoteca, para garantizar el cumplimiento de alguna obligación, ya que el segundo de los preceptos referidos, se establece que cuando el crédito tenga garantía real, el acreedor podrá ejercer sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario, o "el que en su caso corresponda". NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 11529/97. Ezequiel Bibbins Alvarado. 19 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: José Castro Aguilar. Secretarop: Héctor Enrique Hernández Torres.

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: VIII, Noviembre de 1998 Tesis; I.9º.C.51 C Página: 536 Materia: Civil: Tesis aislada.

Es trascendente insistir en que la Ley de Instituciones de Crédito, como disposición especial **federal**, de aplicación primordial en tratándose de contratos en donde participa una institución bancaria, dispone muy enfáticamente **la forma** en que se deben constituir los contratos que consigna en su artículo 66 (refaccionario y de avío, y los contratos con garantías reales, como la hipoteca) por lo que cualquier reenvío a otra disposición común como el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, ambos de carácter general y local, es ilegal y atentatorio de nuestro orden jurídico constitucional.

En efecto, es principio aceptado y reconocido recientemente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por los conflictos suscitados por las contradicciones de tesis en distintos Tribunales Federales en materia de contratos bancarios, que **la norma especial prevalece sobre la norma general**, de tal forma que el contrato refaccionario se encuentra regulado igualmente en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, específicamente del artículo 321 al 333 de dicha ley, y, **de acuerdo con el artículo 2 de la misma, las operaciones de crédito regladas en la misma se rigen por lo dispuesto en esta ley, y en las demás leyes especiales relativas**. Por su parte, y en el mismo sentido, el artículo 640 del Código de Comercio establece expresamente que **las actividades de las instituciones de crédito se regirán por una ley especial**.

De ahí que, en total congruencia con lo anterior, el legislador reguló dichas operaciones en leyes especiales, es decir, en la Ley de Instituciones de Crédito y en la Ley del Banco de México, por lo que, el hecho de que el Código de Civil, el Código de Procedimientos Civiles, y aún, el Código de Comercio, sean legislaciones generales y **la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley del Banco de México, sean especiales, hace que la aplicación de los primeros sólo proceda cuando así se señale expresamente o bien cuando haya laguna que colmar**, pues la supletoriedad sólo se autoriza para el caso de "defecto" de la ley que se debe aplicar con preferencia, y en consecuencia, no procede que la regla general y supletoria, prevalezca sobre la norma especial y de carácter principal.

Lo anterior, de conformidad con las jurisprudencias que enuncian:

SUPLETORIEDAD DE LEYES. CUANDO SE APLICA.

La supletoriedad sólo se aplica para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes. Cuando la referencia de una ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en los supuestos no contemplados por la primera ley que la complementará ante posibles omisiones o para la interpretación de sus disposiciones. Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones. La supletoriedad expresa debe considerarse en los términos que la legislación la establece. De esta manera, la supletoriedad en la legislación es una cuestión de aplicación para dar debida coherencia al sistema jurídico. El mecanismo de supletoriedad se observa generalmente de leyes de contenido especializado con relación a leyes de contenido general. El carácter supletorio de la ley resulta, en consecuencia, una integración, y reenvío de una ley especializada a otros textos legislativos generales que fijen los principios aplicables a la regulación de la ley suplida; implica un principio de economía e integración legislativas para evitar la reiteración de tales principios por una parte, así como la posibilidad de consagración de los preceptos especiales en la ley suplida. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 173/91. María Verónica Rebeca Juárez Mosqueda. 3 de abril de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Guadalupe Margarita Ortiz Blanco. Amparo directo 983/95. Guillermina Luna de Rodríguez. 18 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Alfredo Soto Villaseñor. Secretario: Jacinto Juárez

Rosas. Amparo directo 1103/95. Afianzadora Lotonal, S.A. 1o. de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Alfredo Soto Villaseñor. Secretaria: Andrea Zambrana Castañeda. Amparo directo 1233/96. Nacional Financiera, S.N.C. 16 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Lanz Cárdenas. Secretario: Vicente Román Estrada Vega. Amparo en revisión 1523/96. Jaime Levy Alcahe. 24 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Alfredo Soto Villaseñor. Secretaria: Silvia Elizabeth Morales Quezada.

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: V, Enero de 1997 Tesis: I.3o.A. J/19 Página: 374 Materia: Común

JUICIOS MERCANTILES, SUPLETORIEDAD DE LA LEGISLACIÓN LOCAL EN LOS. PROCEDENCIA.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1051 del Código de Comercio, la aplicación supletoria de la legislación local en los juicios mercantiles no debe entenderse de un modo absoluto, sino con las restricciones que el propio numeral señala; es decir, procede sólo en defecto de las normas del Código de Comercio y únicamente con respecto de aquellas instituciones establecidas por este ordenamiento, pero no reglamentadas o reglamentadas deficientemente, en forma tal que no permitía su aplicación adecuada. Todo ello a condición de que las normas procesales locales no pugnen con las de la legislación adjetiva mercantil.

Amparo directo 7337/81. César Jiménez Sedano. 20 de agosto de 1982. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. NOTA: Esta tesis también aparece en: Informe de 1982, Tercera Sala, tesis 51, pág. 70

(apareció con el rubro: "JUICIOS MERCANTILES, APLICACION SUPLETORIA DE LA LEGISLACION LOCAL EN LOS CUANDO PROCEDE.") Apéndice 1917-1985, Tercera Sala, tesis relacionada con jurisprudencia 179, pág. 536.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte : 163-168 Cuarta Parte. Tesis: Página: 61.

Amén de lo anterior, es decir, de la preeminencia de la ley especial federal (Ley de Instituciones de Crédito) sobre las Legislaciones Locales de carácter general (Código Civil y Código de Procedimientos Civiles), es importante comentar que cierto es que existe una divergencia en cuanto a la **formalidad** que se exige en los contratos hipotecarios como accesorios o de garantía de un contrato de crédito o principal.

Efectivamente, comparativamente las legislaciones locales requieren que el contrato de hipoteca conste en escritura pública cuando el crédito exceda de quinientos pesos, en tanto que la ley federal y especial (Ley de Instituciones de Crédito), no exige semejante formalidad según lo hemos analizado anteriormente; no obstante, y además de esto último, es claro que existe una incompatibilidad entre los dos cuerpos legislativos, por lo que, en todo caso, y en tratándose de bancos, también debe entenderse que la legislación local a este respecto, es decir, a la forma que deben revestir los contratos con garantías reales conducentes (accesorios de los contratos de refaccionarios y de avío), quedó derogada por la legislación especial y posterior como lo es la Ley de Instituciones de Crédito.

Lo anterior, en atención a lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto dispone que: "**La ley sólo queda**

abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior." (Énfasis añadido).

De ahí que, tenga total aplicación la tesis de jurisprudencia que se cita a continuación y por analogía la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia del tenor literal siguiente:

LEYES, DEROGACIÓN DE DISPOSICIONES FEDERALES Y LOCALES, GENERALES Y ESPECIALES.

Una disposición general no deroga tácitamente a una anterior disposición especial, aunque sí puede derogarla expresamente, siendo de notarse que no se debe atender tanto a si las leyes son generales o especiales, cuanto a si las disposiciones en conflicto, de esas leyes, prevén situaciones especiales o generales. Pero todo esto se ha dicho, cuando se trata de normas de la misma jerarquía. **Pues tratándose de una ley federal y de una ley local, las disposiciones de aquélla, generales o especiales, no pueden ser contrariadas por la de ésta, en ningún caso, pues este es el sentido del artículo 133 constitucional, cuyo fin es establecer la prelación del orden federal sobre los órdenes locales, en una república federal.** PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Revisión fiscal 975/70 (418/65). Salvador Hernández Landa. 9 de agosto de 1971. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Guzmán Orozco.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Parte : 32 Sexta Parte. Tesis: Página: 58.

PRESCRIPCIÓN CONSUMADA EN MATERIA MERCANTIL. RESULTA IMPROCEDENTE SU RENUNCIA. INAPLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS DISPOSICIONES DE LOS CÓDIGOS CIVILES.

En términos generales, puede considerarse que gran parte de las disposiciones en materia mercantil encuentran sus orígenes en las leyes civiles; sin embargo, debe atenderse también a los principios de derogación tácita, que resultan de la incompatibilidad entre los preceptos expresos del Código de Comercio y aquellos que se prevean en el derecho común, que darán motivo a la improcedencia de la supletoriedad en materia mercantil. Así entonces, debe establecerse si para la prescripción consumada de acciones mercantiles, puede acudir a dicha supletoriedad. El artículo 1039 del Código de Comercio preceptúa: "Los términos fijados para el ejercicio de las acciones procedentes de actos mercantiles serán fatales, sin que contra ellos se dé restitución." En este aspecto, resulta menester acudir al significado gramatical de la palabra restitución, que procede del latín restitutio, que tiene por acepción la acción y efecto de restituir: la reintegración de un menor o de otra persona privilegiada, en todas sus acciones y derechos. Los antecedentes del artículo 1039 del Código de Comercio vigente, que se encuentran plasmados en el precepto 1039 del Código de Comercio del año de mil ochocientos ochenta y cuatro y en el numeral 942 del Código de Comercio español de veintidós de agosto de mil ochocientos ochenta y cinco, evidencian la voluntad del legislador de excluir la posibilidad de regeneración del derecho de ejecutar una acción mercantil, extinguida por la actualización de la prescripción mercantil, consumada por el transcurso total del término previsto legalmente para su instauración. Tales presupuestos determinan que acudir a la supletoriedad de las disposiciones sustantivas civiles, que establecen

la figura de la renuncia tácita a la prescripción ganada, no es válida por haber incompatibilidad con una norma expresa del código mercantil invocado.

Por estas razones, la actual integración de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se aparta del criterio sustentado por la anterior Tercera Sala, en la tesis de jurisprudencia que bajo el número 321, se encuentra publicada en las páginas 216 a 218 del Tomo IV, Materia Civil, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación que comprende los años de 1917 a 1995, que textualmente dice: "PRESCRIPCIÓN GANADA EN MATERIA MERCANTIL, RENUNCIA DE LA.- El Código de Comercio dedica el título segundo del libro cuarto a tratar 'De las prescripciones'; pero no contiene un conjunto sistemático y completo de normas. Contempla únicamente algunos supuestos aislados de prescripción, entre los que no hay alguno que se refiera a la renuncia a la prescripción ganada o consumada. Ante esa falta de disposición, es aplicable el derecho común, con arreglo al artículo 2o. de la citada ley mercantil, y siendo ésta de carácter federal, resulta obvio que la ley sustantiva supletoria es la civil federal y no la de los Estados. Así pues, en lo que a esta cuestión concierne debe observarse la regla contenida en el artículo 1141 del Código Civil para el Distrito Federal, que rige en toda la República en asuntos del orden federal con términos de la parte final de su artículo 1o. Según el artículo 1141 del precitado Código Civil, las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar de la prescripción ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo. Además, el artículo 1142 del mismo ordenamiento establece que la renuncia de la prescripción es expresa o tácita, siendo esta última la que resulta de un hecho que importa el abandono del derecho adquirido. Aunque de las fechas de inscripción de los gravámenes sobre los inmuebles y la en que fue presentada la demanda de prescripción negativa habían transcurrido más de los diez años que fija el artículo 1047 del Código de Comercio para la

prescripción ordinaria en materia mercantil, sin embargo debió tenerse por renunciada la prescripción ganada, de acuerdo con los artículos 1141 y 1142 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, porque en los títulos de propiedad que exhibieron los hoy terceros perjudicados con su demanda mercantil aparece que éstos manifestaron estar conformes en pagar los gravámenes que reportaban los predios adquiridos, lo que implica una renuncia de la prescripción, consumada al tiempo en que se celebraron las operaciones de compraventa correspondientes. Acerca de este punto, vale decir que si bien es verdad que el artículo 1038 del Código de Comercio dispone que las acciones que se deriven de actos comerciales se prescribirán con arreglo a las disposiciones de ese ordenamiento, no es menos cierto que en dicho cuerpo de leyes no hay disposición alguna relacionada, como ya se dijo anteriormente, respecto a la renuncia de la prescripción ganada o consumada; pero eso, se repite, no quiere decir que de ello debe deducirse rectamente que tal renuncia no puede existir en derecho mercantil. La prescripción es, en su origen, una institución del derecho común, que ha sido adoptada en todas las ramas del derecho sin excepción, entre ellas el mercantil, para consolidar situaciones jurídicas. En tal virtud, es indudable que cuando en las disposiciones propias de alguna parte del derecho no está previsto ni reglamentado algún aspecto relacionado con la prescripción, se debe acudir, para resolverla en justicia, a las disposiciones del derecho común y a las reglas generales del derecho que deben aplicarse supletoriamente para los casos de omisión. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho en ocasiones anteriores que en materia mercantil 'nada se opone, doctrinalmente, a esta renuncia retrospectiva de la prescripción ganada. La ley común la prevé expresamente, y si bien es cierto que en la especie la prescripción se rige por las disposiciones del Código de Comercio

y que en él no se contiene precepto alguno que contemple la renuncia de la prescripción ganada, también lo es que en ausencia de semejante disposición, es supletoriamente aplicable, en lo que a esta cuestión concierne, la regla del artículo 1141 del Código Civil vigente en el Distrito Federal y en toda la República en Materia Federal.'. No está por demás subrayar aquí que la quejosa expresó con claridad meridiana en el párrafo marcado con el número 4 de su escrito de contestación a la demanda mercantil promovida en su contra, lo siguiente: '4. Además, en las escrituras de compraventa que celebraron los actores, éstos reconocieron el adeudo que tienen los vendedores con mi representado, y ellos tácita y expresamente se subrogaron al adeudo, por lo que no procede la acción intentada y además han caído en la excepción de falta de acción que también la interpongo.'. Efectivamente, esta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado la tesis de que el reconocimiento del adeudo implica una renuncia sobre la prescripción consumada, es decir, cuando ya vencido el término prescriptivo se reconoce la vigencia de la obligación."

Contradicción de tesis 29/96. Suscitada entre los Tribunales Colegiados Segundo en Materia Civil del Séptimo Circuito y Segundo del Décimo Primer Circuito. 26 de febrero de 1997. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Guillermo Campos Osorio. Tesis de jurisprudencia 12/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de doce de marzo de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo, previo aviso a la Presidencia.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Novena Epoca Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: V, Marzo de 1997 Tesis: 1a./J. 12/97 Página: 312 Materia: Civil.

No es exigencia de ley el que los contratos de hipoteca que garanticen un crédito bancario deban constar en escritura pública debidamente registrada, sino que es suficiente que se encuentre en escrito privado, firmado por triplicado ante dos testigos y ratificado ante notario o corredor público titulado, juez de primera instancia en funciones de notario o ante el encargado del Registro Público correspondiente.

4.3. Reales

4.3.1 Bienes susceptibles de hipoteca

Como hemos establecido, el artículo 2906 del código civil permite sostener que la regla general es que para que un bien pueda ser hipotecado, es necesario que sea enajenable, puesto que la hipoteca no es otra cosa que la concesión del derecho de enajenar (jus distrahendi) conferido al acreedor por el propietario del bien.

Así, aún cuando la hipoteca no permite al acreedor actuar materialmente sobre la cosa, como lo haría en virtud de los derechos reales ordinarios de propiedad, de servidumbre o de usufructo, el acreedor lo que encuentra al contratar una hipoteca, es el derecho que el deudor tiene sobre la cosa (jus distrahendi). En tal virtud, la hipoteca es un derecho real, que se instaura sobre otro derecho real.

Además de la hipoteca que se constituye sobre bienes ordinariamente inmuebles o raíces, nuestra legislación regula la hipoteca marítima,

considerando para tal efecto, el hecho de que los barcos al tener un puerto base (como si fuera su domicilio), pueden inscribirse en los registros de ese puerto, llevados por la administración de las aduanas. Asimismo, con respecto a la hipoteca de las aeronaves matriculadas.¹⁰⁶

Específicamente, por lo que hace a los derechos reales susceptibles de hipoteca, hemos comentado que lo que una persona hipoteca, es más bien el derecho que tiene sobre las cosa que la cosa misma, derecho del cual será privado por el acreedor hipotecario en el caso de que se incumpla la obligación principal y se ejecute la garantía.

Puede decirse que todos los derechos reales (la propiedad y sus diversas desmembraciones), son con tres excepciones, susceptibles de hipotecarse. A saber: (1) la servidumbre¹⁰⁷, (2) el uso y la habitación¹⁰⁸, salvo que se hipoteque conjuntamente con el predio dominante y (3) el usufructo de los titulares de la patria potestad sobre el 50% de los bienes adquiridos por los hijos que no sean producto de su trabajo (Arts. 2898, 2900 al 2902 y 2906 del Código Civil).

Otros bienes susceptibles de hipotecar:

¹⁰⁶ Artículo 90 de la Ley de Navegación.

¹⁰⁷ Las servidumbres no pueden ser hipotecadas; no es posible una constitución de hipoteca, que recaer principal y aisladamente sobre un derecho de servidumbre; la servidumbre es un derecho accesorio, que nunca puede encontrarse en estado aislado; es inseparable del predio a que aprovecha, y ha de considerársele en este estado de anexión absoluta al predio dominante. Ahora bien, en este último supuesto sí es susceptible de ser hipotecada quedando comprendida en la hipoteca del predio dominante, del cual es inseparable, de esta forma y, en su caso, es hipotecada y rematada al mismo tiempo que él (Art. 2898, Fr. III del Código Civil).

¹⁰⁸ Los derechos de uso y de habitación son de la misma naturaleza que el usufructo, de los que no son sino diminutivos. Por tanto, como él, deberían ser susceptibles de hipoteca; pero son derecho inalienables y que no pueden rematarse. Esta excepción es realmente única, pues lo que llamamos "habitación" no es otra cosa que el derecho de uso aplicado a una casa, ambos derechos no constituyen sino uno solo, se concede por la calidad de la

Aviones, barcos, ferrocarriles. Este último caso comprende concesión, vía férrea, la máquina, el dinero en caja y créditos.

Los bienes muebles incorporados en forma permanente por el propietario a las fincas y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos (Artículo 2896, fracción III, del Código Civil).

Los derechos litigiosos, siempre que la demanda se haya inscrito preventivamente en el Registro Público de la Propiedad.

La nuda propiedad, misma que se extiende al usufructo cuando éste se consolida con aquélla en la persona del propietario (Artículo 2900 del Código Civil).

El usufructo. La hipoteca dura mientras exista el usufructo y extinguido éste se tiene que sustituir la garantía siempre que se hubiere extinguido por culpa del que los disfrutaba (Artículo 2903 del Código Civil).

El derecho de copropiedad. Lo que se hipoteca es la parte alicuota, pues para hipotecar el bien objeto de la copropiedad se necesita el consentimiento de los demás copropietarios (Artículo 2902 del Código Civil).

La servidumbre. Para que proceda es necesario que también se hipoteque el predio dominante (2898, fracción III del Código Civil). "Por razones semejantes, no pueden hipotecarse los muebles adheridos permanentemente a los inmuebles, a no ser que se hipotequen conjuntamente con estos últimos (2898-II y 750-III a VIII)."¹⁰⁹

persona, por lo tanto, ésta no puede transmitir dicho derecho a una diferente (Art. 1050 del Código Civil).

¹⁰⁹ Ramón Sánchez Medal, op. cit., p. 485.

Un bien hipotecado. Éste puede volverse a hipotecar en segundo y tercer lugar aún cuando se haya pactado el no volverlos a hipotecar (Artículo 2901 del Código Civil).

4.3.2. Contenido de la hipoteca

4.3.2.1. Accesorios del inmueble

Cuando un bien inmueble es hipotecado, la hipoteca que afecta la cosa principal, afecta al mismo tiempo todas las que se consideran accesorias a ella, de tal suerte que, los inmuebles por destino, se consideran inmuebles por estar unidas a un inmueble (artículo 2896, fracciones III y IV del Código Civil).

Los frutos y rentas pendientes quedan gravados con la hipoteca, mientras permanezcan adheridos al inmueble; su separación que tiene por objeto volverlos muebles, los sustrae a la acción hipotecaria, salvo en caso de fraude (artículo 2898, fracción I, a contrario sensu).

La servidumbre no es un derecho separable del predio, por lo que, necesariamente se encuentra comprendida en la hipoteca que grava a dicho inmueble.

4.3.2.2. Mejoras

La hipoteca establecida sobre un inmueble se extiende naturalmente de una manera inevitable a todas las mejoras de que sea objeto, a los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados (artículo 2896, fracciones II y IV).

No se trata aquí de un simple aumento en el valor comercial del inmueble que resulta de una alza de las rentas; sino de que el acreedor se aproveche de este aumento puramente económico, de la misma manera que sufriría el efecto de una disminución de su valor.

Si se hipoteca una construcción levantada en terreno ajeno, dicha hipoteca no comprenderá el área; no obstante, en el supuesto contrario, es decir, cuando el deudor construye en un terreno hipotecado, las nuevas construcciones serán gravadas con las mismas hipotecas que el terreno, al cual están incorporadas por efecto de la accesión (la construcción no forma una propiedad distinta del suelo). Lo anterior, en atención a lo dispuesto por los artículos 2896, fracción IV, 2899, 895 y 896 del Código Civil.

Asimismo, de conformidad con los numerales 908 y 2896, fracción I, del mismo código, la hipoteca se extiende sobre las accesiones naturales del bien hipotecado como los aluviones. Sin embargo, se trata entonces de un aumento de superficie, más bien que de una simple mejora del predio.

Es importante no confundir las mejoras del bien raíz y la hipótesis de una adjunción, que supone la adquisición hecha por el propietario deudor de un nuevo terreno que se encuentre junto al primero. En este caso, cada uno de los dos inmuebles así reunidos conserva su individualidad en el punto de vista hipotecario, es decir, cada uno de ellos soporta únicamente las hipotecas que los gravaban antes de la reunión.

4.3.3. Hipotecas generales

Con relación a las hipotecas generales (aquella que se extiende a todos los bienes del deudor, no solamente a los que posee en el momento en que se obliga -bienes presentes-, sino a todos los que puede adquirir en lo sucesivo -

bienes futuros-, cabe mencionar que nuestro Código Civil las prohíbe en su precepto 2895, de la forma siguiente: "*La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados.*"

Tampoco pueden hipotecarse los bienes futuros, esto es, los que el deudor espera adquirir en el futuro por donación, por herencia o por otra causa, sobre los que de momento no tienen ningún derecho (ni siquiera de carácter condicional).

Cabe señalar, que la hipoteca de bienes futuros constituye una etapa más avanzada de hipoteca de bienes ajenos, pues grava los bienes que en su oportunidad pueden llegar a ser del pleno dominio del constituyente (Vgr. la herencia).

De igual forma, tampoco debe confundirse la hipoteca de un bien futuro, con la idea de derecho eventual; pues en éste existe un germen, un embrión del bien respectivo: es la cosecha en perspectiva, es el feto que el animal lleva en su vientre.

El bien futuro, es un bien completamente indeterminado y ajeno al constituyente, en el momento de otorgarse el gravamen; sobre él no se tiene ni siquiera un derecho eventual, entre otras cosas, porque no se sabe cuál será ese bien, ni si llegará a realizarse.

Sin embargo, no es descabellada la idea de que si el principio en examen está contenido en el espíritu general del Código, puesto que si este permite ratificar la nulidad del gravamen con efectos retroactivos a la fecha de la inscripción del mismo (Art. 2940 del Código Civil), con mayor razón debe admitir que la confirmación que hace el verdadero dueño, del gravamen constituido por otro, produzca efectos desde el registro de la hipoteca, y que

la adquisición del dominio del bien por el hipotecante, con posterioridad al acto hipotecario, haga este oponible a todos, como si aquél hubiera sido dueño al momento de otorgarlo, salvo los derechos de terceros de buena fe.

No es óbice para dejar de considerar lo anterior, el hecho de que sólo se pueda hipotecar una cosa determinada, pues tal determinación puede existir en la hipoteca de un bien determinado sobre el cual no se tiene ningún derecho presente, pero que en un futuro se adquirirá.

Amén de lo anterior, es importante no pasar desapercibido el contenido moral del que se nutre nuestro Derecho, de tal forma que son sumamente válidos los conceptos que sobre el particular, vertieron en su momento Planiol y Ripert, de la forma siguiente:

"Es contrario a todo principio que un hombre pueda disponer de una propiedad que no tiene y que quizás no tendrá nunca, además, de que es también inmorál si se trata de la esperanza de una sucesión futura; y de que la facilidad de consumir por anticipado sus esperanzas, frecuentemente vanas e ilusorias, es un principio de desorden de la edad de las pasiones y de desesperanza en la edad madura agotada por las locuras de la juventud, razones que bastan para proscribir para siempre este sistema."¹¹⁰

"Se ha preguntado si el deudor que no tiene bienes presentes podía hipotecar sus bienes futuros. La equidad y el buen sentido responden afirmativamente, y esto parece resultar, con mayor razón, del texto de la ley: si quien no tiene suficientes bienes merece esta concesión, el que no los tiene en lo absoluto la merece aún más. Sin embargo, la opinión general se pronuncia en sentido contrario, porque la hipoteca de los bienes futuros sólo

¹¹⁰ Marcel Planiol y Georges Ripert, op. cit., Tomo VI., p. 184 y 185.

está autorizada a título subsidiario, como complemento de una hipoteca realmente establecida sobre ciertos inmuebles."¹¹¹

Ahora bien, con respecto a las hipotecas establecidas sobre derechos resolubles, se puede observar de conformidad con el artículo 2905 del Código Civil que si se tiene sobre un inmueble solamente un derecho suspendido por una condición, o resoluble en ciertos casos, o sujeto a rescisión, únicamente puede conceder una hipoteca sometida a las mismas condiciones o a la misma rescisión, siempre que se declare de esta forma en el contrato.

Lo anterior, suena lógico si consideramos que toda hipoteca está necesariamente afectada de las mismas causas de resolución, de extinción o de anulación que el derecho sobre el cual recae.

4.3.4. Crédito susceptible de garantía hipotecaria

De conformidad con el numeral 3061, fracción IV, del Código Civil, los asientos de las hipotecas (para efectos de su registro), deberán contener la obligación garantizada; la época en que podrá exigirse su cumplimiento; el importe de ella o la cantidad máxima asegurada cuando se trate de obligaciones de monto indeterminado; y los réditos, si se causaren, y la fecha desde que deban correr.

Por su parte, el precepto 2915 del mismo Código, indica que la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses, no garantiza en perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de tres años, salvo que se haya pactado expresamente que garantizará los intereses por más tiempo, con tal de que no exceda del término para la prescripción de los

¹¹¹ Idem., p. 187.

intereses (de cinco años según el artículo 1164 del citado ordenamiento legal), y de que dicha estipulación se haya registrado públicamente.

La lógica de que se indique en la inscripción del contrato de hipoteca el monto del capital garantizado, y no tanto en la constitución del mismo, es que los terceros necesitan conocer -con cierta precisión- el monto del pasivo hipotecario que soporta el inmueble.

Como comentario adicional, es meritorio resaltar *-por la realidad imperante en nuestro país con respecto a las impugnaciones de los contratos de crédito con sus respectivas garantías por parte de los deudores, los movimientos barzonistas y los criterios jurisprudenciales que en materia bancaria han esgrimido nuestros tribunales federales-*, que la hipoteca es la más interesante de las garantías reales, por la enormidad de las masas de los capitales que garantiza y por el considerable valor de las propiedades inmuebles que grava, de ahí que sea conveniente precisar, que históricamente los bancos han gozado de ciertos beneficios en cuanto al desarrollo de sus actividades; empero, esto lejos de llevar a pensar que se tratan de privilegios injustificados, debe considerarse que dichas actividades constituyen la columna vertebral de nuestro sistema financiero, de la economía nacional.

Lo cual, ha llevado al legislador a tener en cuenta que por las necesidades propias del funcionamiento del crédito y las circunstancias económicas del país, se hace necesario e indispensable que las leyes, aun las constitucionales, se interpreten en concordancia y armonía con la época en que deben aplicarse, sin desatender a las variantes y modalidades que presenta el progreso económico. De ahí que, las formalidades especiales que se consagran en las leyes bancarias, únicamente tienen como objetivo y

finalidad el desarrollo de una importante rama de la economía nacional, y no el desquebrajamiento de una estructura social ni la inseguridad jurídica que puede representar su olvido, ni mucho menos puede tener como finalidad el exterminio de la sociedad, el cual sí se puede presentar por el desacatamiento injustificado e ilegal de una norma jurídica, abstracta, genérica, impersonal y obligatoria.

5. Principios

5.1. Especialidad

La hipoteca y los créditos que se garantizan, sólo pueden recaer sobre bienes especialmente determinados (Art. 2895 del Código Civil).

La hipoteca puede garantizar varios créditos o gravar varios inmuebles sin dejar por ello de ser especial, si cada uno de estos créditos o cada uno de estos bienes, es objeto de una designación singular.

5.2. Publicidad

La publicidad de las hipotecas se obtiene por medio de registros, llevados por funcionarios especiales y que toda persona puede consultar, de esta forma, su constitución, modificación y extinción, se inscribe en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra terceros (aún cuando entre las partes sí surta efectos, independientemente de su registro).

5.3. Indivisibilidad

El artículo 2911 del Código Civil, establece que la hipoteca subsiste en forma íntegra aunque por pago o por cualquier otro modo de extinción se reduzca la

obligación garantizada, y asimismo gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que queden, aunque el resto de ellos hubiere desaparecido.

De lo legislado, se colige que cada parte del inmueble hipotecado, por pequeña que sea, garantiza la totalidad de la deuda; sin embargo, al tenor del artículo 2913 del código común, si el predio gravado es susceptible de ser fraccionado, se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones. Para tal efecto, se pondrán de acuerdo el dueño de la finca y el acreedor o, en su defecto, dicha distribución se hará por decisión judicial, con la intervención previa de peritos. Misma situación, en el caso de que existan varias fincas gravadas (artículo 2912 del Código Civil).

No obstante, si la deuda está garantizada por la totalidad del inmueble y el acreedor muere y deja varios herederos, o hay varios coacreedores, la división del crédito entre éstos no incide sobre la hipoteca, la cual continúa garantizando en toda su integridad la porción del crédito atribuida a cada heredero o a cada coacreedor.

Asimismo, la tesis de que la hipoteca es indivisible, consideramos que tiene otra excepción notable en caso del abuso del derecho. Así, cuando sean varios los inmuebles gravados con una primera hipoteca y sobre uno de ellos pese igualmente una segunda garantía, no puede el acreedor caprichosamente perseguir el crédito sobre el doblemente gravado, con exclusión de los demás, ya que siendo estos más que suficientes para la completa solución de la deuda, la acción en este caso carece de un interés serio para el acreedor hipotecario y no tiene más fundamento que el deseo de perjudicar al acreedor de segundo grado; por lo que válidamente, se podría intentar alguna acción a efecto de reducir la hipoteca constituida en primer término (reducción no divisibilidad). Aún cuando esta postura pueda

resultar muy discutible en atención a uno de los principios pilares de los contratos: "*pacta sunt servanda*".

6. Duración

Tanto la hipoteca voluntaria, como la necesaria, duran el mismo tiempo que dura la obligación que con ella se garantiza; con la salvedad de que la voluntaria, si no se fijó plazo, no podrá durar más de 10 años.

La hipoteca puede durar menos que la obligación garantizada pero no más, por ser accesoria, según Rojina Villegas¹¹². Las obligaciones, por regla general, duran 10 años (Art. 1159 del Código Civil).

La acción hipotecaria prescribe en 10 años, contados a partir de que pueda ejercitarse con arreglo al título inscrito (artículo 2918 del Código Civil). Los intereses, según ha habíamos comentado, por ser pensiones periódicas, una vez vencidos, prescriben en cinco años (Art. 1162), y no garantiza intereses respecto de terceros sino por tres años, salvo que se haya pactado un plazo mayor. Por ejemplo, en un crédito cuyo plazo de pago es de cinco años, la hipoteca podrá durar cinco años más (10 años que es el plazo máximo en que prescribe dicha hipoteca).

En cuanto a los intereses, la hipoteca responde por los que se causen por tres años, pero si se pactó que responde por los intereses de cinco años, que es el plazo de pago (obligación), responderá hasta por los que se causen en estos cinco años, pero no puede haber plazo mayor, en virtud de que los intereses prescriben precisamente a los cinco años de su vencimiento.

¹¹² Rafael Rojina Villegas, op. cit., p. 480.

Según comenta el jurista Rafael Rojina Villegas¹¹³, no se justifica que el código fije términos independientes de prescripción a la hipoteca y a la obligación principal. Por ejemplo, la acción de pago por prestación de servicios prescribe en dos años; si se otorgó hipoteca para garantizar ese contrato, tal hipoteca prescribe en esos dos años.

En suma, a nuestro juicio, la hipoteca está vigente todo el tiempo que dure la obligación principal y 10 años después, a partir de que tal obligación se hizo exigible. No hay que esperar a que la obligación principal prescriba para contar los 10 años; desde que dicha obligación se hizo exigible, la hipoteca sólo durará 10 años. Si el plazo de pago es de cinco años, ése es el plazo de vencimiento de la obligación principal, por lo que contando a partir de que vence el plazo de pago (cinco años), tengo 10 años para ejercitar la acción hipotecaria, es decir, quince años.

7. Prórroga

De vital importancia resulta este tema, en virtud de la gran cantidad de reestructuración de pasivos o de convenios modificatorios de créditos anteriores, o de ampliación de créditos que las personas celebran con los organismos de crédito. La prórroga de la hipoteca la regulan los artículos 2928, 2929 y 2230 del Código Civil.

El primero de dichos artículos, establece:

"Artículo 2928.- Cuando se prorrogue el plazo de la obligación garantizada con la hipoteca, ésta se entenderá prorrogada por el mismo término, a no ser que expresamente se asigne menor tiempo a la prórroga de la hipoteca."

¹¹³ Idem, p. 481.

Por ejemplo, el crédito vence el 28 de febrero de 2000: la hipoteca durará hasta el 28 de febrero de 2000; pero si se le amplía el plazo a dos años más para pagar; entonces la hipoteca se amplía por el mismo plazo adicional de dos años. Ahora bien, si el deudor hipotecario es un tercero, éste válidamente podría aceptar que la prórroga sea menor y no por dos años.

Así, si antes de que expire el plazo se prorrogare por primera vez, durante la prórroga y el término señalado para la prescripción, la hipoteca conservará la prelación que le corresponda desde su origen (artículo 2929).

Al conservarse la prelación no se violan derechos de terceros, que ya saben, en primer lugar, que está gravada la finca; no les afecta en nada, sólo tienen una mera expectativa de que se llegue a liberar.

En este contexto, de conformidad con el artículo 2929 del código civil, si el crédito vencía hoy, pero ocho días antes de que venza se amplía por primera vez el plazo de pago por un año, durante el lapso comprendido entre ese año de prórroga y el plazo de diez años de prescripción de la acción hipotecaria, el acreedor conserva la prelación que ya tenía desde la escritura en que originalmente se constituye la hipoteca. No obstante, si la hipoteca se prorroga por segunda o más veces sólo conservará la preferencia derivada del registro de su constitución por el tiempo a que se refiere el artículo anterior; por el demás tiempo, o sea, la segunda o ulterior prórroga, sólo tendrá la prelación que le corresponda por la fecha de su último registro. Lo mismo se observará en el caso de que el acreedor conceda un nuevo plazo para que se le pague su crédito (artículo 2930).

Sobre el último enunciado, Rafael Rojina Villegas¹¹⁴ dice que: "Si la hipoteca es prorrogada por segunda vez, se impide que los terceros con

¹¹⁴ Idem, p. 481.

derecho real a gravamen experimenten algún perjuicio en sus intereses, por lo que la prelación sólo se extiende al término de la primera prórroga, más el de prescripción; supongamos una obligación principal por un término de 10 años; esto significa que durante 10 años, más el plazo de prescripción que es de 10 años, o sea, durante 20 años tendrá preferencia la hipoteca constituida en primer lugar; pero si luego se prorroga por cinco años más la obligación, ello no quiere decir que la hipoteca mantenga su prelación durante 25 años gracias a una segunda prórroga, la preferencia se mantiene sólo 20 años; si a los 20 años no se exige el pago, pierde su prelación.”

8. Transmisión

El artículo 2926 del Código Civil establece:

“El crédito puede cederse, en todo o en parte, siempre que la cesión se haga en la forma que para la constitución de la hipoteca previene el artículo 2917, se dé conocimiento al deudor y sea inscrita en el Registro.

Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro. La hipoteca constituida para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito.”

Es de suma importancia este artículo, en virtud de que en la actualidad hay instituciones financieras extranjeras o mexicanas que al adquirir a otros, lo hacen conjuntamente con la cartera vencida, por lo que, la validez de dicha operación, dependerá del cumplimiento cabal del artículo en comento.

Al respecto, se considera importante la opinión del jurista Rafael Rojina Villegas, cuando dice:

"Frecuentemente, un acreedor hipotecario colocado en segundo o tercer lugar desea adquirir el crédito colocado en primer término. Puede hacerlo mediante un contrato de cesión, pero si el primer acreedor no quiere cederlo, puede todavía lograr su objeto por la simple subrogación legal, pagando y sustituyéndose al primer acreedor, el pago del crédito hipotecario sólo puede efectuarse cuando sea exigible, de modo que el segundo acreedor no podría subrogarse si el pago aún no fuera exigible: en este caso, sólo puede adquirir el crédito mediante un contrato de cesión. Una vez que el pago se hace exigible, puede subrogarse todo aquel que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación."¹¹⁵

Por otra parte, conviene no olvidar que recientemente se ha mencionado sobre la bursatilización de la cartera vencida de los bancos, por lo que suena muy interesante la opinión que sobre este asunto, vertió don Luis Robles Mejía en el "Homenaje a Fernando Alejandro Vázquez Pando"¹¹⁶, de donde nos permitimos extraer lo siguiente:

"1. CONSIDERACIONES INICIALES

INTRODUCCION

De conformidad con lo establecido en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 'toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.'

La gran mayoría de los mexicanos identificamos el derecho convenido en la norma programática citada con el derecho a adquirir una vivienda, lo que se traduce, por regla general, en el otorgamiento de un crédito destinado

¹¹⁵ Idem, p. 478.

¹¹⁶ Colección Foro de la Barra Mexicana de Abogados, p. 189 a la 207.

a tal adquisición, el cual tradicionalmente ha sido otorgado por los órganos estatales la banca.

...

La experiencia en otros países ha demostrado que las fórmulas tradicionales de financiamiento, particularmente las vinculadas con la banca comercial, han resultado insuficientes para atender las necesidades de vivienda de los pueblos...

Por otro lado, el pasado ha demostrado la incapacidad del Estado para satisfacer por sí sólo los requerimientos de financiamiento que son necesarios para atender las necesidades de vivienda de la población.

Así las cosas, ha sido necesario desarrollar fórmulas financieras novedosas que han permitido ampliar significativamente el número de individuos que han podido adquirir una vivienda, así como las personas o entidades que financian a dichos individuos.

CONCEPTO

La 'bursatilización' de cartera hipotecaria puede definirse jurídicamente como el conjunto de actos que permiten a una institución el colocar créditos hipotecarios de su propiedad en el mercado de valores a través de la transmisión de dichos créditos a un vehículo jurídico que, a su vez, coloca entre el público de valores que dan derecho a participar del rendimiento de los referidos créditos.

En este sentido, la 'bursatilización' es un conjunto de actos jurídicos que se traducen en la enajenación o afectación fiduciaria de la cartera hipotecaria de una institución... por una contraprestación o precio. Lo anterior, a través

de un fideicomiso o una sociedad cuyo fin único es participar en el proceso de 'bursatilización', adquiriendo la cartera con el producto de la emisión y colocación en el público inversionista de valores que básicamente dan derecho a sus titulares a recibir una parte alícuota del rendimiento de dicha cartera.

...

...

..., para los usuarios de los créditos hipotecarios, la 'bursatilización' representa un aumento de la oferta de dichos financiamientos y, consecuentemente la reducción de los costos de los mismos.

Etc."

Para abundar más sobre este tema, es preciso remitirse al texto íntegro del artículo en cita, del cual igualmente, es importante transcribir la conclusión final: *"la 'bursatilización' podrá desarrollarse en México en la medida en la que los jueces apliquen correcta y oportunamente la ley en los procesos de ejecución de garantías hipotecarias."* El suscrito agregaría que el orden de nuestra sociedad en su conjunto, depende de ello.

9. Extinción

Siendo la hipoteca un derecho accesorio se extingue de dos maneras:

- ✓ Por vía directa, cuando se extingue el derecho real de hipoteca, y deja intacto el crédito.
- ✓ Por vía indirecta, cuando se extingue el crédito (lo accesorio sigue la suerte de lo principal).

9.1. Por vía directa

9.1.1. Parcialmente

En virtud del principio de indivisibilidad, la hipoteca subsiste.

9.1.2. Totalmente

Cuando la cosa gravada perece, el acreedor hipotecario pierde *-por lógica razón-*, el derecho que tenía sobre ella. Pero este hecho provoca dos situaciones:

Cuando la hipoteca es convencional, el acreedor tiene el derecho de reclamar el pago inmediato, o que se le otorgue una nueva garantía.

El inmueble destruido puede encontrarse sustituido por una indemnización en dinero, y al respecto consideramos que el derecho de los acreedores se transmite sobre esta indemnización, como si se tratara del precio de venta del inmueble.

9.1.2.1. Expropiación

En este caso la indemnización es para el pago del crédito.

9.1.2.2. Remisión expresa

La persona que puede disponer del crédito puede disponer también de la hipoteca y renunciar a ella, porque ésta no es sino accesoria y garantía de aquél; para ello, se requiere la capacidad de disponer de un inmueble, porque la hipoteca es un derecho que recae sobre un inmueble.

La renuncia puede ser expresa o tácita; asimismo, no se requiere de la aceptación de la renuncia por quienes deben aprovecharse de ella, por tal motivo, y por seguridad jurídica, el acreedor no puede retractarse (aun antes de todo acto de adhesión de los interesados), su renuncia es irrevocable tan pronto como se hace.

9.1.2.3. Consolidación

La consolidación es la reunión en la misma persona del derecho de hipoteca y de la propiedad del bien hipotecado. La hipoteca se extingue, entonces, porque el propietario no puede tener como garantía su propio bien, salvo que existan otros acreedores hipotecarios sobre el mismo inmueble.

9.1.2.4. Resolución

Se da cuando se extingue el derecho de dominio que poseía el constituyente en virtud de ciertas causas que obran retroactivamente, como la nulidad o la rescisión del acto jurídico por el cual adquirió dicho constituyente, o la pérdida del dominio que poseía de modo limitado o eventual.

9.1.2.5. Prescripción

Prescribe el derecho real (la acción hipotecaria prescribe a los 10 años si nada se pactó).

Respecto de si se trata de una prescripción extintiva o de una prescripción adquisitiva, se pudiera pensar que se trata de una prescripción positiva o usucapión; incluso, esta prescripción se funda en la posesión. No obstante, si se toma en cuenta que el tercero poseedor, que prescribe contra la hipoteca, no adquiere en realidad ningún derecho y que sólo escapa a una

probable evicción, se puede concluir válidamente que se trata de una prescripción negativa o liberatoria.

9.1.2.6. No presentar el crédito al plazo del quebrado (224 de la Ley de Quiebras).

9.2. Extinción por vía indirecta

Cuando el crédito se extingue desaparece la hipoteca, en tal virtud, los actos que extinguen las obligaciones, producen al mismo tiempo la extinción de la hipoteca: pago, novación, compensación, confusión, remisión de deuda, etc.

9.2.1. Pago

La hipoteca se extingue hasta en tanto se extinga en su totalidad el crédito, de ahí que, si sólo ha habido una extinción parcial, como consecuencia de un pago parcial, la hipoteca, que es indivisible, subsiste totalmente para garantizar el excedente del crédito (Artículo 2911 del Código Civil).

9.2.2. Dación en pago

Esta figura la regulan los artículos 2942 y 2943 del Código civil, "la hipoteca extinguida por dación en pago revivirá, si el pago queda sin efecto ya sea porque la cosa dada en pago se pierde por culpa del deudor y estando todavía en su poder, o bien, porque el acreedor la pierde por evicción". Ahora bien, si el registro de la hipoteca se hubiera cancelado (por dación en pago), la hipoteca revivirá solamente a partir de la fecha de la nueva inscripción, y en todo caso, el acreedor conserva el derecho a que se le indemnice por los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado.

Un ejemplo puede ser cuando se paga con un cheque, el cual se entiende recibido salvo buen cobro, de tal forma que, si se pagó con cheque y el acreedor liberó la hipoteca, pero no tenía fondos, el deudor no queda liberado, pues la hipoteca revive.

Sin embargo, aún cuando pudiera argumentarse que la hipoteca se extingue definitivamente, y que no revive después de la evicción de la cosa dada en pago, porque la operación implica una novación "tácita" por cambio de objeto (título de crédito por hipoteca), de tal manera que ésta sólo pudo haberse conservado por un pacto expreso, es pertinente destacar que en atención a lo dispuesto por los artículos 2220, 2221 y 2222 del Código Civil, la novación siempre debe manifestarse en forma expresa, y no sólo ello, sino que se requiere, necesariamente, del animus novandi (intención de cambiar por otra, la obligación primitiva).

En otras palabras, la novación extingue la hipoteca como a todas las garantías accesorias al antiguo crédito, y el nuevo nace desprovisto de ellas, -salvo que haya reserva expresa de estas garantías, a efecto de que la hipoteca y las demás garantías, continúen como accesorias del nuevo crédito-, siempre que la voluntad de las partes se manifieste de una manera expresa y exista el ánimo de novar.

9.2.3. Compensación

Por vía de compensación, se da en el supuesto de que siendo dos personas respectivamente deudoras una de otra: una de ellas, ignorando el crédito que existe en su favor contra la otra, le paga lo que le debe. Su deuda se encontraba ya extinguida antes del pago, por efecto de la compensación, que según la ley opera de pleno derecho (artículo 2186 del Código Civil).