

389



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**

**EL SISTEMA DE CRÉDITO ADICIONAL COMO UN ACTO DE
SIMULACION RELATIVA DENTRO DE LOS CONTRATOS DE
APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTIA HIPOTECARIA.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:
MARTHA VERONICA REYES RAMIREZ

283890

ASESOR: LIC. LEOPOLDO GARCIA BERNAL

ESTADO DE MEXICO

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A DIOS

Gracias por la oportunidad de llegar a esta
Etapa de mi vida con la fuerza y esperanza que mi inspira
Para seguir adelante.

U.N.A.M. (CAMPUS ARAGON)

Gracias por que sin los medios profesionales que tu me
Brindaste, hubiera sido imposible, convertirme en
Licenciado en Derecho, como mi medio de subsistencia
Y máximo anhelo para enfrentar la vida y con el firme
Propósito de seguir adelante.

A MI MADRE

Porque cada minuto que tu le ganes a la vida,
Es un motivo mas para seguir adelante, gracias
Por tu comprensión y apoyo siempre incondicional
Que me brindaste y por ser siempre mi motivo de
Inspiración, para ti con todo mi cariño, esta dedicada
Esta tesis.

A MI PADRE

Gracias por tu apoyo económico, tu comprensión,
Y por tu fortaleza que haste el día de hoy me has
Transmitido, esperando nunca defraudarte.

A LUIS ALBERTO GOMEZ

Con todo mi cariño para ti, porque no hay
Palabras para expresarte mi agradecimiento por
Tu apoyo y comprensión siempre incondicional
Que me motiva a seguir preparándome.

A MIS HERMANOS

**MARIA DE LOS ANGELES, GLORIA,
AURELIO, GABRIEL, MARIA DE JESUS
Y GUILLERMO.**

Gracias por su apoyo en los momentos
Más difíciles, porque sin su ayuda hubiera sido imposible
Concluir esta tesis, con todo mi admiración y respeto.

A MIS HERMANOS

**PEDRO, YOLANDA,
LAURA, IRMA Y CECILIA.**

Gracias por su ejemplo de seguir adelante.

A MIS AMIGAS

**ARACELI PALMA BAÑOS
HORTENCIA CONTRERAS MARTINEZ
ALICIA APOLINEO FRANCO
MARIBEL PEÑA LOPEZ
GRACIELA VALDEZ ESCALONA**

Gracias por brindarme su amistad sincera.

LIC. LEOPOLDO GARCIA BERNAL

Gracias por su comprensión, dedicación
Y asesoría para la elaboración de esta tesis.

EL SISTEMA DE CRÉDITO ADICIONAL COMO UN ACTO DE SIMULACION RELATIVA DENTRO DE LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTIA HIPOTECARIA.

INTRODUCCION **PAG.**

CAPITULO 1. LA SIMULACION RELATIVA.

1.1	Concepto de Simulación.....	1
1.2	Diferencia entre Simulación Relativa y Simulación Absoluta.....	11
1.3	Definición de Simulación Relativa.....	13
1.4	Características de la Simulación Relativa.....	14
1.5	Efectos Jurídicos de la Simulación Relativa.....	18
1.6	Consecuencias Jurídicas frente a terceros.....	21
1.7	La Acción de Simulación Relativa.....	24

CAPITULO 2. LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTIA HIPOTECARIA.

2.1	Contratos de Apertura de Crédito (préstamo).....	32
2.1.1	Concepto.....	32
2.1.2	Definición de Apertura de Crédito.....	42
2.1.3	Elementos del Contrato de Apertura de Crédito.....	43
2.1.4	Partes del Contrato de Apertura de Crédito y sus obligaciones.....	44
2.1.5	Características del Contrato de Apertura de Crédito.....	48
2.1.6	Término del Contrato de Apertura de Crédito.....	49

2.2	Garantía Hipotecaria.....	51
2.2.1	Concepto.....	51
2.2.1.1	Definición de Garantía.....	63
2.2.1.2	Definición de Hipoteca.....	64
2.2.2.	Requisitos para que una Institución Bancaria otorgue un préstamo con Garantía Hipotecaria.....	64
2.2.3	Características de los créditos con Garantía Hipotecaria.....	67
2.2.4	Efectos jurídicos de los créditos con Garantía Hipotecaria.....	69
2.2.5	De la extinción y cancelación de los créditos con Garantía Hipotecaria.....	74

CAPITULO 3. SISTEMA DE CRÉDITO ADICIONAL.

3.1	Concepto de Crédito Adicional.....	77
3.2	Definición de Crédito Adicional.....	86
3.3	Concepto de Pacto de Anatocismo.....	88
3.4	Definición de Anatocismo.....	92
3.5	En que consiste el refinamiento de intereses.....	93
3.6	Que son las tasas de interés.....	95
3.7	La Intervención de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.....	106
3.8	La Intervención del Banco de México, en la determinación de las tasas de interés.....	109

**CAPITULO 4. LA DECLARACION DE LA NULIDAD RELATIVA EN LOS
CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARAN-
TIA HIPOTECARIA QUE CONTENGAN UN ACTO SIMULA-
DO EN LA CLAUSULA QUE DETERMINE LAS BASES DEL
CREDITO ADICIONAL.**

4.1	Concepto de Nulidad.....	117
	4.1.1 Diferencia entre Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa.....	128
	4.1.2 Definición de Nulidad Relativa.....	129
4.2	Elementos para declarar la Nulidad Relativa, cuando encierren un acto simulado.....	130
4.3	Consecuencias juridicas al determinar la Nulidad Relativa en los contratos de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria.....	133
4.4	La correcta interpretación del Artículo 363 del Código de Comercio.....	134
4.5	Aplicación del Artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, dentro contratos de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria.....	138
	CONCLUSIONES.....	142
	BIBLIOGRAFIA.....	146

INTRODUCCION

El presente trabajo de investigación documental, surgió de la idea de proporcionarle al deudor de la banca, una opción más para la defensa de su derecho ante el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; ya que dentro de mi práctica jurídica, pude apreciar la impotencia y desesperación de los deudores ante la decisión de los jueces de declinarse en favor de la banca; y con este resultado perder sus viviendas bajo la falsa bandera de que el anatocismo es legal.

A lo largo de los siguientes cuatro capítulos, pretendo demostrar la existencia de la simulación relativa o falsa apariencia, dentro de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, celebrados entre los particulares con las distintas instituciones bancarias.

En los capítulos segundo y tercero de la presente tesis, se tiene por objetivo que el deudor conozca con que elementos se integran este tipo de contratos, como y de que manera son determinados y calculados los intereses y comisiones. Así como también el concepto y la fórmula para calcular el tan temido crédito adicional o Refinanciamiento de intereses; contestándose el deudor a través de la lectura de esta tesis. ¿Por que su adeudo se ha incrementado considerablemente; Aún cuando usted, como acreditante a cumplido puntualmente con sus pagos mensuales?.

Además, se percatara del engaño sufrido por los funcionarios bancarios al haberle prometido que usted, liquidaría su adeudo con su salario mensual, siendo esto todo lo contrario.

Por ultimo, dentro del cuarto capitulo, se pretende explicar en que consiste la acción de nulidad relativa y como puede ejercerla el deudor bancario sin el temor a que el contrato celebrado con la institución bancaria, se declare nulo en su totalidad; ya que en este caso solo sería decidida como nula, la cláusula que se encuentre viciada en cuanto a la naturaleza, contenido o personas que intervienen en el contrato; subsistiendo las cláusulas que se encuentren ajustadas a derecho con todas sus consecuencias jurídicas.

Para finalizar con esta introducción, mencionare mi petición formal de que los juicios especiales hipotecarios y toda controversia entre particulares y la banca, donde exista una garantía hipotecaria; debe ser regulada por el Código Civil para el Distrito Federal y Código de Procedimientos Civiles. Ya que estamos hablando de que la vivienda es una necesidad para el sano desarrollo de la familia mexicana; y no un acto de comercio que por si solo se traduzca en una ganancia económica, por haberse celebrado este contrato con una institución bancaria.

CAPITULO 1. LA SIMULACION RELATIVA.

1.1 Concepto de Simulación.

1.2 Diferencia entre Simulación Relativa y Simulación Absoluta.

1.3 Definición de Simulación Relativa.

1.4 Características de la Simulación Relativa.

1.5 Efectos jurídicos de la Simulación Relativa.

1.6 Consecuencias jurídicas frente a terceros.

1.7 La acción de Simulación Relativa.

CAPITULO 1. LA SIMULACION RELATIVA.

1.1 CONCEPTO DE SIMULACION.

Etimológicamente **Simular**. “Proviene del latín **simulare**, término emparentado con **similis**, que significa semejante”. 1

De la palabra **simulación** existen varias definiciones y que a mi criterio son tres las más importantes, considerando prudente iniciar con la establecida por el maestro Francisco Ferrara; el cual define a la simulación, señalando. “Que es la **declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se a llevado acabo**”. 2

Así mismo el artículo 2180 del Código Civil para el D.F. en materia común y para toda la república en materia Federal define al acto simulado y que a la letra dice.

“Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas”.

1. - Boffi Boguero Luis María, Tomo 2, Argentina, Editorial: Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos. 1973, p. 464.

2. - Ferrara Francisco, La Simulación de los Negocios Jurídicos, Reimpresión, Madrid, Editorial: Revista de Derecho Privado, 1960, p.56.

Por último el maestro Guillermo A. Borda, define a la simulación señalando esta última. **“Ocupa un lugar importante en la vida humana, es un recurso de autodefensa y de escalamiento. Se simula carácter, coraje, virtud, conocimiento, talento, éxitos, se disimulan defectos, odios, fracasos. Muchos hombres, dice Ferrara, son verdaderos artistas en la escena de la vida”.** 3

Escrito lo anterior, puedo señalar que simular, significa aparentar algo que no existe, declarar una voluntad que no es verdadera y que se aleja de la realidad.

Algunos hombres simulan o engañan a la sociedad o a una tercera persona, argumentando conscientemente hechos falsos para fingir y bajo esa conducta esconder el hecho real y verídico.

Dentro del área jurídica, que es lo que más interesa, la simulación radica en un acto jurídico y se desarrolla principalmente dentro de los negocios jurídicos, cuyo elemento primordial y esencial de las partes es la voluntad, estas últimas han conocido el engaño y saben que su voluntad real la pueden aparentar y disfrazar, conviniendo entre ellas, algo que no existe o que parcialmente aparentan algunas cláusulas y hechos convenidos en forma distinta de las verdaderas y estableciendo de antemano la decisión de no revelar este acto de simulación y con el objeto primordial de perjudicar a una tercera persona, hablase de persona física o moral.

3. – Borda Guillermo A. Manual de Derecho Civil, 14ª Edición, Buenos Aires Argentina, Editorial: Emilio Perrot, Actualizada, 1989, p. 526.

Como ya se dijo al inicio del párrafo, las partes en forma consciente contribuyen a llevar acabo el engaño y son autores reales de la simulación del acto ocultado.

El dato característico de la simulación es la disconformidad entre lo declarado y lo realmente querido por las partes: Una declaración engañosa, falsa, y una voluntad cierta pero oculta, no manifiesta... en el acto simulado hay un propósito deliberado de engañar a todos aquellos terceros extraños al acto simulado y existe además un concierto o colusión entre las partes, para fingir ante terceros que se ha celebrado un acto jurídico que en realidad no existe. 4

Por último la simulación recae en el acto jurídico, en su contenido; es decir en sus cláusulas, o bien en las personas o partes que intervienen al celebrar el convenio o contrato, con el único objetivo de ocultar la verdad y aparentar algo que no existe; siendo esto su propósito general.

ELEMENTOS DE LA SIMULACION.

“ Los requisitos del negocio simulado son, por lo tanto los tres siguientes:

- 1. - Una declaración deliberadamente disconforme con la intención.**
- 2. - Concertada de acuerdo con las partes.**
- 3. - Para engañar a terceras personas.”⁵**

4. - Galindo Garfias Ignacio, Teoría General de los Contratos, Editorial: Porrúa, S.A. 1996, p.392

5. - Ferrara Francisco, Op. cit p. 44.

De los elementos de la simulación citados del catedrático Francisco Ferrara, puedo mencionar lo siguiente; en cuanto al primer elemento el cual consiste en una declaración deliberadamente disconforme con la intención, esta es una de las características más importantes de la simulación; porque siempre va a existir una oposición entre la voluntad interna, lo deseado en realidad por las partes, a lo aparentemente declarado en las cláusulas de un contrato; siendo por lo tanto este testimonio de voluntad, disconforme totalmente con la realidad.

Declaran las partes algo que no existe en lo absoluto o que parcialmente es distinto a su voluntad verdadera, con la intención de obtener un beneficio a su favor, porque realmente las partes no quieren el negocio, sino únicamente aparentar.

En cuanto al segundo elemento en donde existe un acuerdo concertado entre las partes, en este requisito las partes se ponen de acuerdo para ocultar su verdadera intención, manteniéndola en secreto, ya que como se dijo anteriormente su voluntad declarada va a prevalecer sobre su voluntad interna; por lo tanto la simulación recaerá siempre sobre acuerdos bilaterales, por consiguiente no puede aplicarse sobre declaraciones unilaterales de voluntad; ya que para que pueda existir la simulación, debe haber la concurrencia o concurso de dos o más voluntades y la existencia de derechos y obligaciones recíprocas derivadas del contrato firmado.

Y por último en cuanto al tercer elemento, consiste en la intención de engañar a terceros, este requisito es muy importante, ya que fue el que me dio la pauta para realizar esta tesis y obtener de esta manera mi licenciatura en derecho.

El objetivo primordial de la simulación al declarar un hecho totalmente distinto o aparente a su voluntad interna de las partes, es el de poder engañar a una tercera persona física, moral, al mismo público o a la Hacienda Pública. Esto, con el único fin de obtener un enriquecimiento ilícito por medio de la evasión de impuestos, el cobro de deudas impuestas por sus acreedores para aparentar socialmente bienes que no poseen ó para obtener algún tipo de crédito, etc.

Como se puede apreciar las partes pretenden hacer creer a los terceros, la existencia de un negocio jurídico falso y además con el firme propósito de que a través del engaño, incitar al error al tercero; mas nunca a la contraparte, porque a fin de cuentas el objetivo de la simulación y para lo que se utiliza al crear un negocio jurídico simulado; es buscar un perjuicio a terceros, de aquí podemos desprender que la simulación puede ser ilícita o lícita, de acuerdo a los fines que se propongan las partes para convenir el acto aparente.

La simulación lícita para el Licenciado Manuel Borja Soriano consiste en que. **“Un acto jurídico puede a las veces ser determinado por motivos de orden moral, tales como evitar disensiones o conflictos con personas que se juzgan con derecho a idéntico beneficio, evitar indiscreciones o que el público se ponga al**

corriente de sus negocios, o bien por modestia o desinterés para conservar bajo anonimato los beneficios que practican.”⁶

Concluyendo, se puede decir que el móvil de la simulación lícita es no perjudicar a terceras personas, ni a persona alguna, así como tampoco violar la ley; ya que su fin o motivo, es prácticamente moral.

En cuanto a la simulación ilícita. Es aquella que busca lesionar los derechos de terceras personas, jamás a las partes, por lo que la meta primordial de la simulación es de origen fraudulento y contrario a la ley, siendo la causa por la cual las partes llevan a cabo un contrato ó negocio jurídico simulado.

El perjuicio realizado o no, en contra de los terceros o de las personas ajenas a las partes, es lo que determinará que la simulación sea lícita o ilícita.

LA SIMULACION Y SU DIFERENCIA CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS.

El Error.- La diferencia radica en que en la simulación existe una disconformidad entre lo declarado y la voluntad interna de las partes, la cual lo hace conscientemente y deliberadamente; en cambio en el error la divergencia se realiza en forma involuntaria o inconsciente e incluso casual.

6. - Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 12ª Edición, México, Editorial: Porrúa, S.A. 1991, p. 549.

El Dolo.- Va a radicar principalmente en una declaración unilateral de voluntad, solo una de las partes o incluso un tercero, va a actuar dentro del negocio jurídico con la intención clara de dañar a los demás, ya que existe maldad e intención de hacer daño. La diferencia con la simulación consistirá en que interviene dos o más voluntades en forma voluntaria, consciente y concertadamente; con el único fin de hacer caer en el engaño a una tercera persona, porque el propósito de la simulación es declarar lo que en realidad no se ha convenido entre las partes.

La Reserva Mental.- **“Se distingue de la otra en que la reserva se desenvuelve en el retiro secreto de la mente de uno de los contratantes, mientras que la simulación es la obra de uno, resulta del concierto de todas las partes. Por eso Schlossman, dice que la reserva es una simulación unilateral. Además en la reserva mental engañado es el otro contratante, aquel a quien se dirige la declaración en la simulación es el público. Finalmente, la reserva mental como eficaz, no ataca a la validación del negocio jurídico, y en cambio, la simulación anula el contrato, cuando menos entre las partes”.** 7

Finalmente podríamos agregar que en esta figura, la voluntad declarada será distinta a la voluntad interna, pero esta solo se concentrará en una sola de las partes, la cual guarda en secreto su verdadera intención o podría en un momento dado, en ambas partes; pero sin que exista una correspondencia de la verdadera voluntad.

7. – Ferrera Francisco, Op. cit. p. 56

Su fin es engañar a la contraparte y la diferencia radica, en que en la simulación están de común acuerdo las partes en declarar un acto que no convinieron, con el único objetivo de hacer caer en el engaño a una tercera persona.

El Fraude.- En cuanto a esta figura, señalaré que puede coexistir con la simulación, porque existe la intención de perjudicar a una tercera persona, una de las diferencias que resaltaría sería que en el fraude, se dice que la verdad en la simulación se finge, ya que por contrario que parezca, la figura del fraude es respetuosa de todos y cada uno de los preceptos legales.

Solo que las personas fraudulentas en su práctica diaria, los aplican en forma contraria a la ley, con el único fin de obtener sus propósitos. La conducta fraudulenta es clara, precisa y no necesita esconderse en una apariencia; su intención es dañar, provocar un perjuicio a la contraparte o a una tercera persona.

El Acto Indirecto o Aparente.- Esta figura **"Persigue con media técnico, un resultado no contrario al derecho. Es aparente pero no engaña a nadie, ni pretende ocultar los verdaderos objetivos. El acto es querido por las partes para lograr posteriormente un objetivo, que va más allá del medio empleado. Pero no obstante ese medio distinto del fin o propósito final querido, no disimula ante los terceros, pues nadie se va a confundir sobre el real significado del acto...Pero, en suma, el negocio indirecto es verdadero y querido por las partes, aunque con él se persiga un fin distinto del que normalmente realiza el tipo**

utilizado, mientras que el negocio simulado, no es sino un negocio aparente o ilusorio y no querido". 8

El Prestanombre o Mandatario Oculto (Testaferro). - Esto ocurre cuando una persona sin la ocurrencia de la otra, declara adquirir un bien para esta y con dinero de un tercero; cuando en realidad lo hace para sí y con dinero propio, la diferencia radicaría en que no hay concurrencia en dos o más voluntades.

El Acto Fiduciario.- El origen de este tipo de acto deriva de la palabra fiducia, que significa fe, este acto produce todos los efectos jurídicos de un contrato, hay semejanza en la práctica de los mismos y su objetivo es la transmisión de derechos para alcanzar un fin económico, sin que sea necesaria la transmisión de derechos, por ejemplo: El otorgamiento del endoso pleno de un cheque para su cobro o la transmisión de propiedades con fines de garantía, llamase hipoteca.

La diferencia con la simulación sería que esta última es fingida, aparente y no verdadera, siendo nula totalmente, en el caso del negocio fiduciario, este es querido realmente por las partes, es serio y formal en cuanto al legado de derechos y lo más importante es que buscan las consecuencias jurídicas, mas no el resultado económico propio del acto realizado.

8. - Santos Cifuentes, Negocio Jurídico, Argentina, Editorial: Astrea de Alfredo y Depalma Recardo, 1986, p. 496-497.

Ya que la consecuencia de este último, es que sea más económico de lo normal o de lo que equivaldría el acto en sí, incluyendo además el voto de confianza total que se brindan las partes.

La Falsedad.- Tiene por campo de operaciones el acto, como forma de testimonio probatorio; que ella fabrica totalmente o altera en su materialidad raspando, borrando, modificando lo escrito. Consiste en viciar, la materialidad de la escritura, la parte gráfica del documento cuya fuerza probatoria se quiere modificar. No así en la simulación, donde los contratantes fingen o alteran la verdad subjetiva del consentimiento manifestado, declarando una cosa no querida o no querida de aquel modo con lo cual la apariencia reside en el elemento espiritual del contrato invisible, impalpable, imperceptible. Mientras el falsario ataca el documento.

Los simuladores fingen su acuerdo con lo que en éste se atestigua. La falsedad es una alteración física de lo escrito la simulación, una alteración intelectual de lo querido". 9

La falsedad es una alteración física de lo escrito.

9. – Ferrara Francisco. Op cit. p. 101-102.

1.2 DIFERENCIA ENTRE SIMULACION RELATIVA Y SIMULACION ABSOLUTA.

Creo prudente iniciar con la establecida con el artículo 2181 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal y que a la letra dice: **“La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real y es relativo cuando a un acto jurídico se le da una apariencia que oculta su verdadero carácter”**.

Otra diferencia es la establecida por el profesor Giuseppe Stolfi en su teoría del negocio, jurídico y que a la letra dice: **“La simulación es absoluta cuando las partes fingen concertar un acto, mientras en la realidad no concertan ninguno; entonces estamos, por tanto, en presencia de un solo acto, que es el simulado. Al contrario, la simulación es relativa cuando las partes fingen concertar un acto, mientras que en realidad concluyen otro diverso del primero, ya por su naturaleza (por ejemplo: Una donación en lugar de venta), ya por el sujeto (aparentemente se arrienda a ticio en vez de a cayo), ya por el objeto (se dice vender un caballo, mientras se quiere enajenar un arado)”**.¹⁰

De lo citado anteriormente puedo señalar que la simulación absoluta desde su creación, trae aparejada una nulidad absoluta; ya que las partes aparentan un acto que nada tiene de real, por lo tanto carece de seriedad y autenticidad.

10. – Stolfi Giuseppe, Teoría Del Negocio Jurídico, Editorial, Revista de Derecho Privado, España, p. 158-159.

Aquí no existe una transmisión de derechos y obligaciones, simplemente porque no existe voluntariedad en las partes; ya que lo que pactan y expresan no es realmente lo que convinieron. En el contrato su fin es el de engañar y perjudicar a una tercera persona; se dice que este tipo de simulación es ficticio, ilusorio y de carácter fraudulento.

Esta figura jurídica se utiliza principalmente para el aumento y la disminución de pasivos, lo que se busca realmente, es la de evadir el cobro y pago de deudas contraídas con sus acreedores o bien por la Hacienda Pública.

En cuanto a la simulación relativa, que en los siguientes puntos de este capítulo se desarrollará ampliamente, por lo que brevemente solo mencionaré que *aquí las partes crean un acto aparente para que a través de este, se oculte el verdadero acto real, que desean y quieren las partes.* En esta figura se desarrollan dos conductas importantes, la 1ª. - Que es un acto real y regido por las partes y la 2ª.- Que ese acto verdadero está ocultado o disimulado para que las terceras personas desconozcan su existencia.

La simulación relativa puede recaer en una persona, en el objeto del contrato, en el contenido de las cláusulas del contrato. La mayoría de los autores señalan que *mientras los terceros no manifiesten que dentro el contrato celebrado existe una simulación relativa que les esté causando un perjuicio o un detrimento en su patrimonio, es perfectamente valido este contrato por la ley.* Porque mencionan que la

voluntad interna y secreta es un derecho de las partes, protegido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por último señalaré que la simulación relativa trae aparejada una nulidad relativa como resultado; es decir, solo se declarará nulo el acto aparente y persistirá el acto real con todas las consecuencias jurídicas que ello implica y buscando siempre la protección de los derechos del tercero de buena fe.

1.3 DEFINICION DE SIMULACION RELATIVA.

“La simulación relativa consiste en disfrazar un acto, en ella se realiza aparentemente un negocio jurídico, queriendo y llevando acabo en realidad otro distinto. Los contratantes concluyen un negocio verdadero, que ocultan bajo una forma diversa de tal modo que su verdadera naturaleza permanezca secreta. La figura aparente del negocio solo sirve para engañar al público; pero detrás de esa falsa apariencia, se esconde la verdad de los que las partes han querido realizar y substraer al conocimiento de los terceros”. 11

11.- Ferrara Francisco, Op. cit. p. 205

El Lic. Ernesto Gutiérrez y González, lo define como: “**La simulación relativa, es una conducta humana que no existe como acto jurídico; pero a lo que se le da la apariencia de un acto jurídico, para encubrir con esa falsa apariencia la otra conducta humana que sí es un acto jurídico, pero no se desea que se presente con su propia naturaleza**”. 12

A mí criterio a la *Simulación Relativa*, la definiría de la siguiente manera: Es una figura jurídica que consiste en llevar a cabo un acto jurídico real, verdadero y querido por las partes, disimulándolo, consciente y deliberadamente con otro acto jurídico ficticio y aparente; ya sea en su naturaleza, su objeto o las partes que intervienen, ocultando su verdadera intención a los terceros.

1.4 CARACTERISTICAS DE LA SIMULACION RELATIVA.

De la definición establecida en el punto anterior, puedo concluir que la figura de la simulación relativa, consta de dos elementos:

Primero.- La intención de las partes de que exista un acto jurídico real, es decir existe conocimiento y voluntariedad en las partes para la creación de dicho acto jurídico, el cual debe mantener en secreto, siendo un requisito esencial dentro de la simulación.

12. - Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, México, Editorial: Porrúa S.A. 1993 p. 733-734.

Segundo.- La presencia de un acto jurídico aparente y ficticio, el cual van a utilizar las partes para ocultar el acto jurídico verídico, a través de un acuerdo simulatorio; esto significa que las partes llegan a un resultado que realmente no convinieron, porque están ocultando el acto jurídico verdadero, el cual puede recaer en su naturaleza, en su objeto o en las partes que interviene; este acto simulado es el que van a mostrar las partes al público, a las terceras personas físicas o morales y a la Hacienda Pública.

La Simulación Relativa en cuanto a su Naturaleza.- “ Se simula la *naturaleza jurídica de un acto jurídico, cuando se celebra una convención distinta a la forma jurídica exteriormente empleada. Se dice vender, en cuanto a realidad, se dona, se permuta o celebra un mandato. La convención aparente es una convención diversa a la realmente celebrada por las partes*”. 13

Establecida su definición, solo abría que agregar que el ejemplo más clásico en este aspecto, es la figura de la donación; ya que desde cualquier punto de vista que se le vea, existe simulación y en este caso, uno de los ejemplos que en la práctica jurídica es muy frecuente, es la donación disfrazada de venta, en la cual puede existir un motivo lícito, cuando el donante no pretende defraudar a sus familiares que tienen derechos hereditarios legítimos.

13. - Díaz Duarte Raúl, La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno, Chile, Imprenta, Teatines 760, 1957, p.81.

La simulación relativa en cuanto a su contenido.- Aquí puede hablarse de una falsa apariencia en cuanto a la redacción de sus cláusulas, fechas, objeto del contrato, cantidades a pagar distintas de las realmente convenidas, sustrayendo de esa información las partes a los terceros o al público en general. Un ejemplo en cuanto el objeto del contrato sería, cuando Pedro y la Inmobiliaria Corsa, S.A., venden una casa al señor Sergio y haciéndolo creer en la simulación de que está adquiriendo una casa.

Otro ejemplo en cuanto al contenido de las cláusulas es en el caso de que el banco X, autorizado por la Hacienda Pública, conceda un contrato de crédito hipotecario a la familia Gómez, prometiéndola a esta última que el cobro de sus mensualidades será a diez años a pagar con una cantidad de \$300.00 (Trescientos pesos 00/100 M.N.) congeladas; confiada la familia Gómez firma el contrato, quien en forma anticipada y secreta, el banco X y la Hacienda Pública se ponen de acuerdo en agregar una cláusula en donde por concepto de préstamo les cobrarán una tasa de interés al 35% anual, hecho que no le comunican a la familia Gómez, simulando relativamente en contrato.

La simulación relativa en cuanto a las personas que intervienen en la celebración del contrato este caso en la práctica es muy común y se le conoce como interposición de persona, prestanombre o simulación de persona. En realidad es una contratación fingida para adquirir derechos y obligaciones a nombre de otro,

interviniendo este prestanombre en la celebración del contrato, no hay que confundir esta figura con la del mandato ya que como se menciona en el inciso A. de este capítulo, existe una gran afinidad, su diferencia principal radicaría en que el mandatario, actúa en su propio nombre, realizando de modo especial el encargo de una tercera persona; y en el caso de la simulación relativa la interposición de persona es aparente y fingido, con el objetivo de perjudicar a una tercera persona.

Un ejemplo es el caso del señor Ruiz que previamente se pone de acuerdo con su abogado X para salir del país, no sin antes otorgarle a este último un poder notarial amplio para vender su casa, este realiza todas las operaciones para disimular vender el inmueble, no solo a una familia, sino a cuatro mas y posteriormente, acude con el señor Ruiz a un país extranjero, para repartirse el dinero y huir de su responsabilidad civil, ya que lo que vendieron no fue su casa propia, sino varios departamentos, situación que no se les informo a los compradores.

Otro ejemplo muy conocido por todos es el caso del prestanombre, que por una buena cantidad de dinero, simula adquirir bienes inmuebles, que realmente son a favor de extranjeros, hecho que se encuentra prohibido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; aquí la tercera persona perjudicada es el pueblo de México.

1.5 EFECTOS JURIDICOS DE LA SIMULACION RELATIVA.

Como siempre, considero iniciar con los efectos establecidos en nuestra ley vigente a este respecto; el artículo 2182 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República, en materia Federal, y que a la letra dice: **“La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, este acto no será nulo si no hay ley que así lo declare”**.

Así mismo, el artículo 2184 del mismo ordenamiento legal señala: **“Luego que se anule un acto simulado, se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses si los hubiere, pero si la cosa o derecho han pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución.**

También subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe”.

De la anterior clasificación puedo agregar además que la simulación relativa, tiene como efectos jurídicos una nulidad relativa, una nulidad absoluta y también dependiendo de las circunstancias que rodean al acto disimulado, una rescisión, una revocabilidad, una disminución en cuanto a pago de intereses o simplemente ninguna acción legal.

Sin embargo el efecto más común es la nulidad pudiendo ser esta absoluta o relativa, por la sencilla razón de que la simulación al ser un acto aparente, trae aparejada una nulidad.

Ahora bien, con relación a la simulación relativa en donde existe un acto verdadero y querido por las partes, pero que mantienen oculto y en secreto con otro acto jurídico ficticio, en este caso, la nulidad recaería sobre el acto aparente, prevaleciendo el acto jurídico real, siempre y cuando se valore y se estudie que no existieron vicios de consentimiento, voluntad, capacidad, formalidad, etc. Si existieran estos defectos, traería como consecuencia la nulidad absoluta del acto.

Siendo por lo tanto el objetivo primordial de la simulación relativa la protección y tutela de los derechos de los terceros que intervienen en la celebración del contrato, pero que desconocen la forma en como las partes pactaron el contrato y la redacción del mismo.

A mi criterio, las partes no deben tener ningún derecho de impugnar la simulación; porque fueron ellas la que dieron origen al acto simulado, derecho que debe tutelar la ley solo para los terceros perjudicados.

La nulidad va a dejar sin efectos el acto simulado, prevaleciendo las consecuencias jurídicas que legalmente fueron queridas por las partes, es decir el acto real se va anular y el acto verdadero va a sobresalir su valor con todos sus

efectos jurídicos o lo que es igual las partes quedan obligados por efecto del acto real.

El Lic. Ignacio Galindo señala: “ De esta manera, descubierto el acto real, produce todos sus efectos, salvo que existan causas de invalidez que afecten su propia eficacia, pero ello ocurrirá, independientemente de la simulación “. 14

Por esto una vez descubierta y declarada la nulidad de la simulación relativa, deberá restituir, en forma pecuniaria los daños y perjuicios que las partes hubiesen ocasionado al tercero perjudicado, aún cuando prevalezca el acto verdadero de la simulación relativa.

Así mismo, solo se puede impugnar un acto simulado relativamente, cuando produzca daños o perjudique y lesione los derechos de los terceros o de las personas ajenas a las partes o bien viole y sea contrario a la ley; mientras no se den estas circunstancias, el acto simulado será válido porque las partes así lo quieren y por que el tercero no se ha dado cuenta de la simulación, siendo por lo tanto este acto legal; ya que no se puede obligar a impugnar un acto a las partes, ni a los terceros, es su voluntad secreta y mientras no la manifieste, ni les perjudique, el legislador no puede impugnarlo, concluyendo que el mantener secreto un vínculo jurídico contractual puede constituir un interés legítimo y respetable por la ley.

14. - Galindo Garfias Ignacio. Op cit. p. 401

1.6 CONSECUENCIAS JURIDICAS FRENTE A TERCEROS.

Empezaré por señalar que la simulación, ya sea absoluta o relativa, fue creada por la ley, para proteger los derechos de los terceros perjudicados, principalmente aquellos que hallan actuado de buena fe, lo que significaría que estos últimos son los que desconocerían la existencia de la simulación; los terceros son los principales perjudicados, porque a ellos va dirigida la simulación, son los verdaderos engañados y en el caso que nos ocupa que es la simulación relativa; aquí el tercero va a desconocer el verdadero acto real pretendido por las partes, porque estas últimas lo van ocultar a través de un acto jurídico aparente, una vez firmado el contrato simulado, el tercero sin saberlo adquiere derechos y obligaciones ficticias.

Con respecto a esto, la ley vigente considera que la simulación relativa no es oponible a terceros, es decir, que el acto aparente no producirá efectos en perjuicio de terceros, por lo tanto la ley señala que a los terceros de buena fe, el contrato simulado tiene validez y por lo tanto produce las consecuencias jurídicas del acto verdadero.

Queda claro que quien puede impugnar la simulación relativa es el tercero, una vez que se de cuenta que se están lesionando sus derechos o simplemente para establecer la verdad de los hechos dentro del contrato y que las partes han colocado un acto falso para ocultarle la verdad.

Una vez establecida la simulación relativa va a traer como consecuencia la nulidad relativa o absoluta o bien dependiendo de las circunstancias del caso, una rescisión del contrato, una revocabilidad o bien una disminución de los intereses contraídos por dicho contrato simulado, ya que hay que recordar que si bien se declara nulo el acto aparente, el acto real subsiste y en este caso las partes, solo cubrirían a los terceros, los daños y perjuicios que la simulación relativa les hubiese ocasionado, junto con los efectos jurídicos derivados del acto real.

Pero en el caso que se declare una nulidad absoluta del contrato simulado relativamente, se dará como resultado que el acto verdadero, estaba oculto con el acto falso, pero que además existen vicios de voluntad, consentimiento, formalidad, capacidad, lo que hace imposible la validez del acto verdadero y esto trae como consecuencia que los derechos y obligaciones contraídas de buena fe por el tercero perjudicado simplemente no existan, es este caso en particular, se realizaría la restitución de derechos y obligaciones entre las partes y los terceros, cubriendo además las partes los daños y perjuicios que con este contrato falso en su totalidad, les hubiese ocasionado.

Así mismo, esta la existencia del tercero de mala fe, al que le conviene la existencia de la simulación relativa, por lo tanto mantiene esta información en secreto, algunos autores consideran que debe aplicárseles la acción de simulación a los terceros de mala fe. A mi criterio considero que no, porque el secreto es un derecho protegido y tutelado por la ley.

Además de que la simulación se creó con el fin de perjudicar a una tercera persona y si esta no la impugna, el legislador no la puede impugnar, no hay que olvidar que la simulación, no puede ser invocada por las partes para perjudicar a terceros sea de buena o mala fe.

Quiero dejar claro que los efectos de la nulidad del acto simulado, traería consecuencias fatales para el tercero de buena fe y los más importantes son los sigue:

1. - Los derechos que se creían adquiridos como resultado del contrato firmado serían modificados y en el peor de los casos desaparecerían sus derechos y obligaciones, junto con sus proyectos e intereses.
2. - El comercio jurídico se ve afectado, porque existiría incertidumbre y desconfianza, para llevar a cabo la transmisión de derechos y obligaciones.

Por lo que, **“ No es posible dejar a los terceros a merced de las maquinaciones y engaños de las partes, sin protección jurídica y sintiendo pesar sobre su cabeza la amenaza de verse despojado en cualquier momento de sus derechos. Sí la ley consciente la simulación por parte de los contratos, a fin de no poner trabas a la libertad medida, en la tutela de la buena fe de los terceros.**

Esta solución se impone como una necesidad de política social ...Constituye este problema el punto central de la teoría de la simulación “. 15

1.7 LA ACCION DE SIMULACION RELATIVA.

Consiste en el derecho que tienen los terceros de hacer valer por la vía judicial, el esclarecimiento y el reconocimiento por parte del legislador de que la voluntad y el consentimiento manifestado y escrito por las partes dentro del contrato, es solo ficticio y aparente.

Raúl Díaz Duarte señala, **“La acción de simulación tiene por objeto, fundamentalmente establecer la voluntad real y verídica de las partes y hacerla primar, sobre la voluntad que falsamente expresada”.** 16

Por su parte el catedrático Francisco Ferrara, señala, que el objeto de la acción de simulación, **“Es la comprobación en vía judicial de la verdadera realidad jurídica, oculta bajo una falsa apariencia, a fin de preparar el camino a ulteriores acciones de pago o cumplimiento que en esa falsa apariencia encontraban incertidumbre u obstáculos”.** 17

15. - Ferrara Francisco. Op cit. p. 298

16. - Díaz Duarte Raúl. Op cit. p. 135

17. - Ferrara Francisco. Op cit. p. 401

Esta acción es preventiva y declarativa; la primera porque a través de un juicio preliminar se pretende prevenir un engaño, que traiga como consecuencia un detrimento o disminución del patrimonio del tercero perjudicado a través del tiempo y es declarativa porque como ya se manifestó, se pretende obtener un reconocimiento de que las declaraciones vertidas por las partes fueron falsas y engañosas para los terceros.

Por lo tanto la acción de simulación es la que tutela los intereses del conjunto de derechos que posee una persona al firmar un contrato, particularmente el tercero.

Así mismo la acción de simulación es de carácter personal, por la sencilla razón de que al declarar la simulación de un contrato, esta acción se hará valer en forma personal y con el objetivo primordial de conocer la verdad y destruir las apariencias engañosas contenidas en las cláusulas del contrato, además que con este acto falso que encubre al acto verdadero; trae como consecuencia lesionar los derechos del tercero.

CARACTERISTICAS JURIDICAS DE LA ACCION DE SIMULACION.

I. Francisco Ferrara señala, que es declarativa o de afirmación: **“ Ya que tiende a reconocer la inexistencia de una relación jurídica o la existencia de otra distinta. Con esta declaración judicial, se logra quitar incertidumbre al derecho**

y asegurar por anticipado su ejercicio contra un posible estado de hecho contrario.

Sirve al mismo tiempo para preparar el juicio: Condenatorio"... en la simulación hay simultáneamente reconocimiento positivo y negativo, porque con el de la inexistencia del contrato aparente se quiere obtener la declaración de existencia de otro contrato distinto, disfrazado o con distinto contenido, o con intervención de distintas personas". 18

Puedo agregar que la simulación es un juicio preliminar para sacar a la luz la apariencia engañosa de las partes y que por este acto o hecho jurídico, siga causando con el paso del tiempo más daño, particularmente al tercero perjudicado y al ser declarativa permite conocer la posición jurídica de las partes, protegiendo en este caso los derechos del tercero dentro de lo que sería, ya un juicio condenatorio.

II.- La segunda característica es la Imprescriptibilidad, teoría que apoya el maestro Francisco Ferrara y con la cual estoy de acuerdo, porque lo contrario significaría una lesión a los derechos de los terceros, no pudiendo ejercitar su acción en el momento de percatarse estos últimos que ha celebrado y firmado un contrato simulado después de mucho tiempo, por lo tanto no debe existir tiempo límite para ejercitar dicha acción.

18. - Ferrara Francisco Op cit. p. 405-406

Sin embargo, muchos autores consideran que si tiene prescripción la acción de simulación, manejando algunos el término de treinta años o bien de dos años en el caso de la simulación relativa, contados a partir del momento en que se tuvo conocimiento y que por consiguiente se causaría o se derivaría un perjuicio, en contra del tercero.

Por lo que el interés de demostrar la apariencia licticia y el derecho lesionado, es lo que origina y da pie a la existencia de la acción de simulación; simplemente sin interés no hay acción y mientras se tenga la intención de hacerla valer, esta no puede dejar de existir por el solo transcurso del tiempo, siendo por lo tanto el único requisito para ejercitar la acción de simulación en el actor.

III.- La tercera característica es la universalidad y la transmisibilidad, Francisco Ferrara describe que, **“ La acción no se dirige contra una persona determinada, sino contra cualquiera que dé lugar a la amenaza de lesión del derecho, creando una apariencia o que se ponga en relación con la cosa creando una apariencia o que se ponga en relación con la cosa que fue objeto el contrato simulado. En razón precisamente de ese carácter universal es explicable que el acreedor pueda accionar contra personas distintas de la del obligado y el contratante contra terceros que no sean sus causahabiente...”**

La acción de simulación no es estrictamente personal, por quedar reducida a la defensa de intereses económicos, es también transmisible, no solo a los herederos, sino por acto intervivos". 19

REQUISITOS.-

1. - Ser parte o tercero dentro de un contrato de contenido aparente y que de en forma engañosa haya firmado el tercero, comprometiéndose a cumplir como consecuencia una obligación distinta a la prometida por las partes, causando por consiguiente una lesión a sus derechos.
2. - Que derivado de un contrato simulado o aparente exista un perjuicio o daño, lo cual obligue al tercero a invocar la acción de la simulación.

TITULARES DE LA ACCION DE SIMULACION.

En cuanto a este apartado son dos los titulares que pueden ejercitar la acción de simulación que son; alguna de las partes y primordialmente el tercero perjudicado; como ya se había mencionado anteriormente el objeto de la simulación principal es la tutela y protección de los derechos del tercero.

19. - Ferrara Francisco. Op cit. p. 416-417

Ya que en la mayoría de los casos, este último va a resultar engañado y lesionado en sus derechos, por lo que es importante establecer quienes son los titulares de la acción de la simulación.

Concepto de Parte.- Son todos aquellos que participan en la elaboración de un contrato aparente, particularmente en la elaboración de las cláusulas, actúan a nombre propio, a través de un mandatario legal o representante legal y también son considerados los herederos a título universal. En conclusión son los creadores del contrato simulado.

Concepto de Tercero.- Es toda aquella persona que no es parte, es tercero; es decir, es la persona que se mantuvo ajena en la elaboración y concertación del contrato simulado, ya sea porque se adhirió al contrato posteriormente a la celebración del mismo o bien porque ya existía con anterioridad.

Porque hay que recordar que el tercero desconoce el acto verdadero, porque fue ocultado por las partes con un acto ficticio y al descubrirlo el tercero, su intención al ejercitar la acción de la simulación, será que las partes reconozcan y aclaren que habían celebrado con el tercero, un convenio ficticio.

REQUISITOS PARA EJERCITAR LA ACCION DE SIMULACION.

Solo existe un requisito y es el interés jurídico de algunas de las partes o del tercero, de poner a la luz de la verdad la existencia de un contrato simulado, que ha provocado una lesión a sus derechos.

Así mismo, una vez declarada la simulación relativa del contrato, el tercero pretende que se detengan los daños y perjuicios ocasionados por la existencia del acto ficticio, motivo por el cual dio origen a ejercitar la acción de simulación.

PRUEBA DE SIMULACION.

Como ya se ha redactado, la simulación fue creada por la ley para proteger a una de las partes ocasionalmente porque son estos últimos por lo general los creadores de la simulación, por lo que su principal misión es la protección de los derechos del tercero que ha celebrado un contrato de contenido aparente y que este último haya firmado con engaños, comprometiéndose a cumplir una obligación distinta a la prometida por las partes, violando por lo tanto sus derechos.

Pero en algunos casos, cuando una de las partes, esta inconforme con el acto aparente, ya sea porque esta causándole un perjuicio a su patrimonio y derechos; o bien porque desea esclarecer la verdad del acto simulado y decide entonces impugnar en el caso de la simulación relativa; el acto aparente y para eso se

vale del contradocumento que es una escritura pública o documento que contiene tanto al acto verdadero como al acto ficticio; y que al analizarse como prueba se valora la voluntad y el consentimiento de las partes de mantener en secreto o no su voluntad; de la cual, mantiene ajeno de todo conocimiento al tercero y que por medio de este elemento de prueba, se pueda mostrar que el acto ha sido simulado.

En el caso de que el tercero desee impugnar el contrato simulado, es más complicada su labor porque carece de un contradocumento para ejercitar dicha acción, sabiendo de antemano que las partes le ocultarán la documentación para demostrar el acto simulado, por lo que se vale de la prueba presuncional, como todo abogado, sabe que esta prueba es muy débil, para demostrar los hechos verdaderos.

“Habrá que acudir a los demás medios de prueba, se confía en el interés de las partes interesadas y en la discreción judicial para descubrir la verdad, frente a los subterfugios de los simuladores, la amplitud ilimitada de pruebas utilizables y su entrega a la apreciación del Juez, da al procedimiento una gran agilidad y permite prescindir de reglas fijas sobre el valor de conjeturas y signos de sospecha; por lo que no está falto de razón el viejo dicho de que en esta materia domina la cuestión de hecho sobre la cuestión de Derecho”.²⁰

20. - De Castro y Bravo Federico, El Negocio Jurídico, España, Editorial: Civitas S.A. 1991, p. 367

CAPITULO 2. LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

2.1 Contratos de Apertura de Crédito (préstamo)

2.1.1 Concepto.

2.1.2 Definición de Apertura de Crédito.

2.1.3 Elementos del Contrato de Apertura de Crédito.

2.1.4 Partes del contrato de Apertura de Crédito y sus obligaciones.

2.1.5 Características del Contrato de Apertura de Crédito.

2.1.6 Término del Contrato de Apertura de Crédito.

2.2 Garantía Hipotecaria.

2.2.1 Concepto.

2.2.1.1 Definición de Garantía.

2.2.1.2 Definición de Hipoteca.

2.2.2 Requisitos para que una Institución Bancaria otorgue un préstamo con Garantía Hipotecaria.

2.2.3 Características de los créditos con Garantía Hipotecaria.

2.2.4 Efectos jurídicos de los créditos con Garantía Hipotecaria.

2.2.5 De la extinción y cancelación de los créditos con Garantía Hipotecaria.

CAPITULO 2. LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTIA HIPOTECARIA.

2.1 CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO.

2.1.1 CONCEPTO.

Al iniciar este tema considero conveniente establecer la definición de la palabra **crédito**; aún cuando a la mayoría de la gente o casi todas las personas al escucharla o leerla inmediatamente, sé nos viene a la mente el préstamo de dinero otorgado a un determinado plazo o tiempo por una persona física o moral, pero casi la mayoría de la población la relaciona con el préstamo que otorgan los bancos y los intereses que se tienen que pagar por dicho préstamo.

Dicho lo anterior, empezaré por establecer el significado etimológico. "La palabra **crédito** viene del latín, **creditum**, que significa tener confianza, tener fe en algo; en cuanto a su definición el Licenciado Miguel Acosta Romero, señala que el crédito es la transferencia de bienes que se hacen en un momento dado por una persona a otra, para ser devueltos a futuro, en un plazo señalado y generalmente con el pago de una cantidad por el uso de los mismos. Es de aclarar que el crédito no solo puede otorgarse en dinero, sino también en especie y en la posibilidad de disposición del dinero " 21

21. - Acosta Romero Miguel, Nuevo Derecho Bancario, 6a Edición, México, Editorial: Porrúa S.A. 1997, p. 479

Otra definición que considero importante mencionar es la establecida por el Licenciado Carlos Gilberto Villegas y que a la letra dice. **“El crédito es la transferencia temporal de poder adquisitivo o cambio de la promesa de reembolsar éste más sus intereses en un plazo determinado y en la unidad monetaria convenida”**. 22

De las anteriores definiciones podemos decir, que existen dos partes; el que da que en esta caso sería el banco, y el que recibe que será la persona física o moral y que al realizar esta operación se convierten posteriormente con el paso del tiempo en acreedor y en deudor respectivamente.

Otro hecho que sobresale de este tipo de operación es que al otorgar el crédito el banco, se entiende que concede una prestación de servicios o de dinero, el costo de este crédito a un plazo de tiempo determinado, va a hacer el pago de intereses que es igual a dinero o ganancias para la institución de crédito.

El crédito que otorgan los bancos tiene una relevancia financiera muy importante dentro del sistema económico de cualquier país, en virtud de que las pequeñas, medianas y grandes empresas, basan su producción en el manejo de estos créditos y sin estos últimos será imposible su crecimiento, ya que no existiría producción, ni consumo y lo más importante no existirían empleos, por lo tanto las personas no tendrían poder adquisitivo y no podrían comprar.

22. - Gilberto Villegas Carlos, El Crédito Bancario, Argentina, Editorial: Ediciones de Palma. 1988, p. 3

El crédito se clasifica en dos tipos de operaciones, el que presta el servicio o dinero (banco) que serían las operaciones activas y las que los reciben que son las operaciones pasivas:

Las operaciones activas consisten primordialmente en que el banco pone a disposición del cliente una determinada cantidad de dinero, servicios, bienes muebles o inmuebles a un plazo determinado, siendo una figura primordial dentro de este tipo de operación la apertura de crédito y que más adelante analizaremos en forma concreta por ser parte de este tema de tesis y por las distintas modalidades que posee; me permito reproducir la clasificación que establece el Licenciado Miguel Acosta Romero.

1. Con Garantía: Refaccionarios

De habilitación o avío

Hipotecarios

Prendarios

Fiduciarios

Hipotecario Industrial

Garantía de Ingresos Públicos

Avales

Garantía del Gobierno Federal y Municipios

2. Sin Garantía: Personales
Directos o quirografarios

3. Por su Duración: A corto plazo
A media plazo
A largo plazo

4. Por su Destino: Cuenta corriente
Hipotecario
Refaccionario
De habilitación o avío
Industrial
Agrícola
Ganadero
Comercial
De inversión
De consumo
Para exportación
Cartas de Crédito
Crédito documentario

Descuento y Redescuento

A la producción

Distribución

Consumo

5. Por el sujeto:

Activo o pasivo

Público y privado

Nacional e internacional

6. Por su forma de disponibilidad:

Para abono en cuenta de cheques

Para abono en cuenta de ahorros

Disposiciones parciales por giros

Entrega en efectivo

Resolvente

Pago a terceros

Cartas de crédito y crédito confirmado

Tarjeta de crédito

Crédito en libros

Descuento y redescuento

7. Por el origen de los recursos

con carga a pasivo:

- a) Del público**
- b) De otras instituciones o del gobierno**
- c) Con cargo a capital y reservas**

LOS SERVICIOS BANCARIOS.

1. Mandatos y comisiones por cuenta de terceros, los más importantes

a) Servicios de caja (sueldos) y Tesorería.

b) Pagos y cobranzas (teléfono, luz, impuestos, renta, derechos y servicios).

2. Servicios de custodia y administración: Bóveda y cajas de seguridad.

3. Cambios: De moneda

De divisas

Remesas sobre el:

a) Interior

b) Extranjero

4. Cheques de viajero

5. Fideicomiso

6. Realizar avalúos y peritajes (Ley del impuesto sobre la renta, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Instituciones de Crédito de 1990 y Ley de Hacienda del Departamento Del Distrito Federal).

7. Servicios de Información de Crédito (uso bancario).

8. Servicios de Asesoría Financiera.

9. Servicios de Ingeniería Financiera 23

En cuanto a las operaciones Pasivas: Son las captaciones de dinero que realizan las instituciones bancarias, a través de los ahorros del público y siendo varios los medios de captación, citaré lo establecido por el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito en seis de sus fracciones y que a la letra dice: **“Las Instituciones de crédito, solo podrán realizar las operaciones siguientes:**

I. Recibir depósitos bancarios de dinero:

23. - Acosta Romero Miguel, Nuevo Derecho Bancario, 6a Edición, México, Editorial: Porrúa, S.A., 1997, p. 484-486

- a) **A la vista;**
 - b) **Retirables en días preestablecidos;**
 - c) **De ahorro y**
 - d) **A plazo o con previo aviso;**
-
- II. Aceptar préstamos y créditos;**
 - III. Emitir bonos bancarios.**
 - IV. Emitir obligaciones subordinadas**
 - IX. Operar con valores en los términos de las disposiciones de la presente ley y de la ley del Mercado de valores.**
 - XI Operar con documentos mercantiles por cuenta propia.**

Una vez comprendida y establecida la definición de crédito y de los diferentes tipos que existen, continuaré con el tema y como ya se indico, la modalidad más importante del crédito en su carácter de operación activa es el contrato de apertura de crédito, porque en la práctica bancaria es muy común su utilización por todas las personas físicas o morales, pero primordialmente porque este tipo de contrato equivale a una promesa de crédito, es decir, desde el momento en que se firma el contrato, el banco que en este caso es el acreditante se obliga a poner a disposición de la persona física o moral, también llamado acreditado, una determinada cantidad de dinero y su importancia para el pequeño, mediano o grande empresario o simplemente un cliente; es la disponibilidad de dinero que requiera o

necesite en el momento preciso de adquirir ropa, comprar maquinaria, llevar acabo una negociación, pagar la nómina de sus trabajadores, etc.

El objetivo que persigue la institución bancaria al celebrar un contrato de apertura de crédito con un cliente, es que al poner a disposición de este último una cantidad de dinero, para utilizarla en el momento en que el cliente lo requiera, este deberá pagar intereses y comisiones para llevar acabo esta operación; es decir, además del crédito otorgado, deberá pagar el acreditado una cantidad de dinero adicional, esta siempre será determinada exclusivamente por el Banco de México.

El contrato de apertura de crédito se lleva acabo dentro del Sistema Financiero Mexicano a través de dos modalidades:

La primera en Crédito Simple: Que consiste en que el banco acreditante pone a disposición del cliente o acreditado una determinada cantidad de dinero para utilizarla también a un plazo determinado a cambio de pagar intereses y comisiones al banco por el dinero otorgado. Por ejemplo:

El banco X tras aceptar la solicitud del acreditado y utilizarla, le concede un crédito por \$100.00 (Cien pesos 00/100 M.N.) para gastarlo a un plazo de 30 días, este último al día 29 ha agotado solo \$80.00 (Ochenta pesos 00/100 M.N.), para el

día 32 quiere el acreditado utilizar los \$20.00 (Veinte pesos 00/100 M.N.) restantes, pero ya no es posible porque el contrato ha concluido.

La Segunda Modalidad es la Cuenta Corriente: Esta es la que comúnmente es utilizada por la mayoría de la población como usted o como yo, a través de la hoy temida y famosa tarjeta de crédito, la cual consiste en que el banco pone a disposición del cliente una cantidad de dinero, la cual puede utilizar cuantas veces sea necesario, siempre y cuando no agote el límite máximo de crédito y una vez que el cliente dispone del dinero, puede ir pagándolo a través de abonos parciales; es por eso que este tipo de contrato de apertura en cuenta corriente, no tiene un límite de tiempo definido, mientras el cliente no agote el crédito y regularmente realice pagos parciales a la cuenta, esta permanecerá urgente; no olvidando también que deberá pagar el concepto de intereses por la utilización de dicho crédito.

Por ejemplo el banco Y, presta a Luis \$200.00 (Doscientos pesos 00/100M.N.), este último dispone de \$150.00 (Ciento cincuenta 00/100 M.N.) y paga \$100.00 (Cien pesos 00/100 M.N.) posteriormente utiliza \$90.00 (Noventa pesos 00/100 M.N.) y paga \$140.00 (Ciento cuarenta pesos 00/100 M.N.) quedándolo un saldo nuevamente de \$200.00 (Doscientos pesos 00/100 M.N.).

El artículo 296 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, define esta modalidad y al respecto señala: “ **La apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor**”.

Por último debe quedar claro que aún cuando el crédito en cuenta corriente es usado generalmente por los bancos, no es exclusiva esta operación de estos últimos, sino también puede darse el caso de llevarse a cabo entre personas físicas o morales.

2.1.2 DEFINICION DE APERTURA DE CRÉDITO.

Escrito lo anterior, considero prudente transcribir la definición más completa de este tema, definida por la propia Legislación en el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y que a la letra dice: “ En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de este una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que

contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

2.1.3 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

A) El primer elemento consistiría en el poder adquisitivo que otorga la institución bancaria al usuario, por medio de una cantidad de dinero X; de la cual podrá disponer en cualquier momento, una vez que la institución bancaria autorice su crédito.

B) El acreditante se obliga a contraer por cuenta del cliente, una obligación con el objetivo de que pueda utilizar su crédito concedido; un ejemplo clásico es la tarjeta de crédito bancaria, en donde el banco se obliga a pagar por cuenta del cliente, el objetivo de la compra, con la promesa de que este último pagará además del costo del objeto comprado, los intereses ordinarios y moratorios generados.

C) El cliente se obliga con el acreditante a pagar, además de la suma de dinero otorgada, una cantidad de dinero adicional por concepto de intereses ordinarios, moratorios, comisiones etc. Como resultado de la utilización de dicho crédito.

D) Este tipo de crédito es otorgado a un plazo determinado, o por un tiempo indeterminado, en ambas situaciones las partes o el banco determinarán la resolución del contrato.

E) El tipo de moneda con el que se celebra el contrato de acuerdo al sistema monetario y financiero del lugar donde se conceda el crédito.

F) Este tipo de contratos siempre serán pactados con una garantía personal o con una garantía real la cual se extenderá dependiendo del uso que haga el cliente de las cantidades establecidas dentro del límite de crédito.

2.1.4 PARTES DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO Y SUS OBLIGACIONES.

Al ser un contrato bilateral; son dos las partes que intervienen en la celebración de este contrato y de acuerdo al tema que estoy desarrollando; una de las partes es el banco, acreditante o acreedor y la otra parte sería el cliente o acreditado y que después de un tiempo, si no cumple con la obligación de pagar se convertiría en deudor.

Iniciaremos este estudio con el tema siguiente:

EL BANCO Y SUS OBLIGACIONES:

La institución bancaria o acreditante, es la persona moral o física que una vez que ha investigado y autorizado la solicitud de crédito presentada por el cliente y habiendo celebrado el contrato de apertura de crédito, pone a disposición de este último una determinada cantidad de dinero, así como de tener fondos suficientes para garantizar el crédito concedido; siendo esta la obligación fundamental y más importante del acreditante.

Otras obligaciones que será importante señalar, son las siguientes:

- 1. Entrega en efectivo de las cantidades que solicite el acreedor dentro del límite de crédito convenido.**
- 2. Pago en nombre y por cuenta del acreditado de deudas contraídas por este (recibos, facturas, etc.).**
- 3. Pago de cheques que el acreditado le gire. (La provisión de fondos va implícito en la disponibilidad que nace del contrato de apertura de crédito).**
- 4. Descuento de letras de cambio que el acreditado le presente como tomador.**

5. **Aceptación de letras de cambio para facilitar al cliente el descuento en otro banco o para permitirle realizar por medio de las letras el pago del precio de la compra de mercancías; o para cualquier otra finalidad similar.**

6. **Constitución de fianzas a favor el cliente, sea bajo la forma de depósitos de garantía, sea bajo la forma específica el aval, garantizando el pago de las letras libradas o aceptadas por el cliente.**

7. **Otorgamiento al cliente de la prórroga de una deuda vencida.**

8. **Facilitando al cliente una carta de crédito.** 24

EL CLIENTE Y SUS OBLIGACIONES.

El cliente o acreditado una vez que el banco le autoriza el crédito y tiene la disponibilidad de utilizarlo, tiene por consecuencias las siguientes obligaciones:

a) Pagar la suerte principal otorgada por el banco, es decir que una vez que el cliente haya agotado la cantidad líquida de dinero concedido, tiene la obligación de restituirlo en el plazo y en los términos que haya pactado con la institución bancaria o que esta última previamente haya establecido.

24. – Garrigues Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, 6ª Edición, Tomo II, México, Editorial: Porrúa S.A. 1979, p. 168

b) Tiene la obligación de pagar una comisión traducida en una cantidad de dinero adicional por concepto de tener derecho de disponer de dinero en el momento en que el cliente la requiera, quedando claro que esta comisión la deberá pagar, utilice o no el crédito.

c) Tiene la obligación de pagar intereses ordinarios y moratorios en caso de que se atrase en su pago, calculados estos intereses sobre la cantidad de dinero utilizado y en base a una tasa de intereses o parámetro financiero que siempre determinará el Banco de México, cada mes o plazo en que deba realizar su pago el cliente o acreditado.

d) Establecer las garantías ya sean reales o personales pactadas dentro del contrato a fin de que quede debidamente respaldado el crédito otorgado por el banco. (Mas adelante abarcaré más ampliamente este tema).

Y algo muy importante para las partes y que no debemos olvidarlo, es que **“Las obligaciones recíprocas de las partes del contrato de apertura de crédito son meramente convencionales y no tienen en principio, otro límite que la libre autonomía de la voluntad, legalmente expresada”**.²⁵ Con fundamento en los artículos 78 y 81 del Código de Comercio.

25 - Dávalos Mejía Carlos, Titulos y Contratos de Crédito, Quiebras, México, Editorial: Harla, S.A. 1984, p. 295.

2.1.4 CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

A). - Como ya se había mencionado el contrato de apertura de crédito, es bilateral; porque para la celebración de este contrato se requieren de dos partes o más voluntades.

B). - Es un contrato que se supone es consensual; es decir, que queda debidamente perfeccionado con el consentimiento de las partes, sin que exista una transferencia o entrega física del dinero entre el banco y el cliente.

C). - Es un contrato comercial; porque las operaciones bancarias se encuentran reguladas por el artículo 75 del Código de Comercio en su fracción XIV, en donde se contempla como acto de comercio y por lo tanto se encuentra regulado por las leyes mercantiles.

D). - Es un contrato oneroso, porque implica obligaciones en dinero o pecuniarias para ambas partes, desde el momento en que el banco capta los recursos o ahorros del cliente para posteriormente convertirlos en créditos que otorgará a personas físicas o morales y que por la utilización de dichos créditos; el banco cobrará intereses ordinarios y en caso de atraso moratorios, además de otras comisiones al acreditado siendo esta su ganancia final.

E). - Es un contrato principal, es decir autónomo porque no depende de ningún otro para su celebración y vigencia.

F). - Es un contrato de Duración Continua.- Porque la disponibilidad del dinero por parte del cliente se consume en diversas etapas, pudiéndose extender el plazo para su utilización.

G). - Es un contrato que para que se otorgue requiere de una garantía real o personal a fin de que el cliente garantice que cumplirá con el pago puntual del crédito Otorgado y en caso de no hacerlo la institución bancaria se extenderá sobre la garantía otorgada (Casos, automóviles, fábricas, etc.).

2.1.6 TERMINO DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

En cuanto al término o extinción de este tipo de contrato, ya se había mencionado que se establecía a un plazo determinado en el caso de la modalidad del crédito simple o plazo indeterminado, como en el caso de la cuenta corriente o simplemente dentro de algunos contratos no se establece límite de tiempo.

En el primer supuesto se establece un plazo determinado del contrato y una vez que se cumple, queda extinguido totalmente este contrato, siempre y cuando no exista un adeudo pendiente de pagar por parte del cliente si lo hubiera se tendría que liquidar junto con las comisiones en intereses generados sobre la cantidad utilidad.

En el segundo y tercer supuesto en donde el plazo es indeterminado o no lo establecen dentro del contrato, se sobrentiende que una de las partes en forma unilateral o ambas lo darán por terminado en el momento en que consideren propicio para sus intereses, debiendo notificar debidamente este acto a la parte que le ignora y si existiera un remanente pagar junto con los intereses y comisiones generados.

Escrito lo anterior, me permito transcribir el artículo 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con el objetivo de que quede claro cuales son las causas de extinción de este tipo de controles y que a la letra dice: **“El crédito se extinguirá, cesando en consecuencia el derecho del acreditado a hacer uso de él en lo futuro:**

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

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

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

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

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

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

2.2 GARANTIA HIPOTECARIA

2.2.1 CONCEPTO

Para poder iniciar con este tema, es conveniente hacer un paréntesis para conocer los derechos reales de garantía, estos últimos son muy importantes para las personas físicas y morales; principalmente para las instituciones bancarias que otorgan créditos elevados a sus clientes, estos derechos tienen como objetivo, asegurar que el cliente al cual se le otorga el crédito, cumplirá con la obligación contraída con el banco o con la persona física o moral de pagar el dinero y en caso

de no hacerlo, se le afectará en su totalidad el bien inmueble que el cliente haya otorgado como garantía de cumplir su promesa de pago.

Este inmueble deberá cubrir la totalidad de la cantidad de dinero que la institución de crédito entregó al cliente, junto con los intereses ordinarios que se hubiesen generado.

Los derechos reales de garantía en este caso vienen a fortalecer la confianza de los bancos de otorgar créditos de cantidades de dinero considerables o empresas o personas físicas con la seguridad de que si estas últimas incumplen con la obligación de pagar, tiene el afianzamiento de un bien inmueble de cubrir la cantidad prestada.

Las modalidades de derechos reales de garantía son los siguientes: La prenda con y sin desplazamiento y la hipoteca mobil e inmobiliaria.

Escrito lo anterior, considero prudente iniciar con el tema de la garantía, el Lic. Guillermo Cabanellas en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, la define de la siguiente manera: **“ Garantía.- Afianzamiento, fianza, prenda, caución, obligación del garante. Cosa dada para seguridad de algo o alguien.**

Protección frente a un peligro o contra un riesgo. Confianza que inspira la intervención de una persona o que la misma figure en un gobierno, junta

gestora u otro puesto, donde la capacidad, la honradez sean más importantes aún que en la generalidad de los casos, por los intereses en juego.”²⁶

La garantía como ya se menciona al principio del tema es la promesa de pago puntual del acreditado y esta va a surgir de la desconfianza o incertidumbre que nace en nuestro caso, cuando la institución bancaria concede créditos, traducidos estos en cantidades de dinero al público, ya que se ha comprobado que sin una garantía, es difícil la recuperación del dinero por parte del banco.

La garantía anteriormente se concedía en forma verbal y escrita, actualmente se concede en forma escrita dentro de un crédito donde las partes tienen que cumplir con los derechos y obligaciones y que en caso de no hacerlo el acreedor tiene la garantía para recuperar la cantidad del dinero prestado al deudor, ya que con la garantía lo obliga a cumplir con la obligación.

Las garantías se clasifican en legales cuando son establecidas por la ley, a través de una sentencia definitiva y son convencionales cuando son propuestas y establecidas por las partes.

26. – Cabanellas Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 21a Edición, Tomo IV, F-I, Argentina, Editorial: Heliasta S.R.L. 1989.

También existen las Garantías Reales y Personales:

Las Garantías Personales.- Es cuando la persona física o moral se compromete al estampar su firma dentro de un contrato o documento con carácter de ejecutable a cumplir con la obligación contraída con el banco o con otra persona física o moral y que consiste en liquidar en forma puntual la cantidad de dinero otorgada.

La Garantía Personal.- Es mucho más amplia que la garantía real; porque la primera se va extender sobre todos los bienes del deudor y la real solo sobre la prenda o hipoteca detallada en el contrato.

La garantía personal solo se le concede o permite a aquellas personas que tienen solvencia económica y moral. Así mismo la garantía personal se puede extender a una tercera persona que garantice el cumplimiento del pago del deudor y en caso de no hacerlo este último, el tercero deberá responder con todo su patrimonio para pagar el adeudo.

Existen dos modalidades de la garantía personal y son, el aval y la fianza:

“La Fianza.- Es un contrato por el cual una de las dos partes, el fiador (tercero, desde el punto de vista de la operación crediticia), se obliga por el deudor, siendo aceptado por el acreedor. La obligación es accesoria, ya que la principal es la del prestatario, por lo tanto es exigible si este no cumple. De ser así responde solidariamente con el deudor y con todo su patrimonio, pues – repetimos- no se afecta bien alguno es especial. El banco interpelará

judicialmente al prestatario y entrances podrá ejecutarlo a él o al fiador. Si este es quien afronta el pago podrá exigir su importe al deudor junto con los interés y gastos pertinentes. El compromiso del fiador se extingue al mismo tiempo que la obligación principal.

El Aval.- Es de naturaleza cambiaria, por el cual el analista asegura el cumplimiento de la obligación asumida por el librador, firmante, aceptante o endosante de un pagaré, letra u otro papel. Se extiende en el mismo documento, bajo la impresión “por aval” u otros similares o en otro papel, en el que se individualizará claramente el documento garantizado. El aval -como la fianza- puede extenderse con los mismos alcances que tienen la obligación principal o en forma restringida”. 27

Las Garantías Reales.- Consiste en muebles o inmuebles que otorgan en nuestro caso el acreditado a un tercero en favor de este último a la institución bancaria, para garantizar el cumplimiento de que a un plazo determinado se liquidara la cantidad de dinero entregado y que en caso de no hacerlo, el banco podrá poner a la venta el inmueble a través de una subasta pública, dos ejemplos clásicos de este tipo de garantías que ya se había mencionado al inicio de este tema son la prenda y la hipoteca.

27. - Rodríguez Alfredo C, Técnica y Organizaciones Bancarias, Argentina, Editorial: Ediciones Macchi, 1993, p. 228-229.

La prenda.- Como garantía real va a poner a disposición de la Institución de crédito la propiedad de bienes muebles, como por ejemplo; maquinaria, mercaderías, automóviles, documentos que traigan aparejada una ejecución, etc., estos bienes pueden entregarse físicamente al banco o quedarse con el propietario, dependiendo de los términos jurídicos en que hayan quedado las partes dentro del contrato.

El artículo 2856 la define de la siguiente manera: **“La prenda es un derecho real constituido sobre un bien inmueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”**. A continuación seguiremos con uno de los temas primordiales de esta tesis; y que es la hipoteca:

La Hipoteca.- **“ Esta palabra, de etimología griega, significa gramaticalmente, suposición, como acción o efecto de poner una cosa debajo de la otra, de sustituirla, añadirla o emplearla. De ahí que hipoteca venga a significarlo mismo que sostener, apoyar y asegurar una obligación ... Inspirándose en la garantía que sobre bienes ajenos tome un acreedor, hipoteca se llama a las bases y plazas que las vencedoras se reservan para seguridad las cláusulas de un tratado, armisticio o tregua”**. 28

Otras definiciones que considero importante citar son las siguientes:

28. - Op Cit. Cabanellas Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, p. 282

El Lic. Rafael Rojina Villegas, señala.- **“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”.** 29

El abogado Carmelo Díaz González, señala: **“La hipoteca es un derecho real que se constituye gravando bienes inmuebles o derechos reales establecidos sobre inmuebles, de ajeno propietario que no salen del poder del dueño de ellos, para garantizar una obligación principal mediante la venta forzosa de los bienes, cuando la obligación está vencida y no ha sido satisfecha”.** 30

Por último citaré la establecida por el artículo 2893 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia Común y para toda la República en materia Federal y que a la letra dice: **“La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a este, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecida por la ley”.**

29. - Rodríguez Alfredo C, Técnica y Organizaciones Bancarias, Argentina, Editorial: Ediciones Macchi, 1993, p. 228-229.

30. -Díaz González Carmelo. Iniciación a los Estudios de Derecho Hipotecario, Tomo III, España Editorial: Revista de Derecho Privado. 1967, p. 2

Existen dos clases de hipoteca y son, la voluntaria y la legal.- La primera caracterizada por que esta garantía es establecida de común acuerdo entre las partes que celebran el contrato o bien en forma unilateral por parte de una de las partes, que en nuestro caso sería el banco y la legal, que es la establecida por la ley, a través de una resolución judicial, el Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal, las define de la siguiente manera:

Artículo 2920. - “Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestos por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen”.

Artículo 2931. - “ Llámese necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores”.

A continuación el artículo 2935 señala que personas tienen derecho de pedir la hipoteca necesaria para seguridad de su crédito:

L- El coheredero o partícipe, sobre los inmuebles repartidos, en cuanto imparten los respectivos saneamientos o el exceso de los bienes que hayan recibido.

II.- Los descendientes de cuyos bienes fueron meros administradores los ascendentes, sobre los bienes de éstos, para garantizar la conservación y la devolución de aquéllos, teniendo en cuenta lo que dispone la fracción III, del artículo 520.

III.- Los menores y demás incapacitados, sobre los bienes de sus tutores, por lo que estos administren.

IV.- Los legatarios, por el importe de sus legados, si no hubiere hipoteca especial designada por el mismo testador.

V.- El estado, los pueblos y los establecimientos públicos sobre los bienes de sus administradores o recaudadores, para asegurar las rentas de sus respectivos cargos

En cuanto a la duración de la hipoteca legal o necesaria, esta durará el mismo tiempo que la obligación que con ella se garantiza. En cuanto a la duración de la hipoteca voluntaria, esta podrá variar ya que dependerá de acuerdo que hayan celebrado las partes, por lo que podría darse los términos de diez, quince o veinte años de duración, pero para el caso de que no se haya establecido, el Código Civil para el Distrito Federal en materia común, en su artículo 2927 señala.-“La hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obligación que

garantice, y cuando esta no tuviere término para su vencimiento; La hipoteca no podrá durar más de diez años.

Los contratantes pueden señalar a la hipoteca una duración menor que la de la obligación principal”.

De las partes.- Son tres las partes que intervienen en la celebración de este tipo de contratos; el primero es el banco o acreedor hipotecario que es aquel que otorga el crédito ya sea para adquirir una casa, realizar mejoras a su vivienda o simplemente obtener un crédito para su empresa o cualquier otro servicio o pago de una deuda por parte del cliente y que posteriormente al no dar cumplimiento al contrato se convierte en deudor, en muchos de los casos interviene la tercera persona, que es la que va a constituir la garantía, viene a reforzar el cumplimiento de la obligación.

Uno de los requisitos fundamentales para celebrar este tipo de contratos, es que las partes que en este caso serían el deudor y el tercero, tengan la capacidad de enajenar bienes inmuebles de su propiedad, ya que es un requisito indispensable para llevar a cabo la inscripción de la hipoteca en el Registro Público de la Propiedad y que en caso de que el deudor no cumpla con la obligación de pagar, el acreedor hipotecario pondrá a la venta en subasta pública el bien hipotecado, pudiendo extenderse esta obligación a los bienes del tercero siempre y cuando estén inscritos

también en el Registro Público de la Propiedad; ya que de no estarlo no producirá efectos.

DE LOS OBJETOS QUE PUEDEN SER HIPOTECADOS.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común no es muy claro al señalarlo en su artículo 2895 y que a la letra dice: **“ La hipoteca solo puede recaer sobre bienes especialmente determinados”**.

Para complementar la idea señala en su artículo 2896 del mismo ordenamiento legal, **“La hipoteca se extiende aunque no se exprese:**

- I. A las accesiones naturales del bien hipotecado.**

- II. A las mejoras hechas por el propietario de los bienes gravados.**

- III. A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menos cabo de esta o deterioro de esos objetos.**

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

Lo que es muy importante mencionar y resaltar es que todos los bienes susceptibles de hipotecarse, deben tener los requisitos indispensables de poderse enajenar e inscribir en el Registro Público de la Propiedad.

Ahora bien, que bienes no son susceptibles de hipotecarse, el artículo 2898 del precepto legal anteriormente citado señala, **“No se podrán hipotecar:**

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

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

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

- IV. El derecho de percibir los frutos en el uso fructo concedido para este código a los ascendentes sobre los bienes de sus descendientes**

- V. El uso y la habitación.**

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

Por último mencionaré que la propiedad que esta en condominio solo podrá hipotecarse, cuando todos los propietarios autoricen dar su consentimiento para llevar acabo tal operación, especificando la naturaleza y condiciones de su porción, para en el momento en que se aplique el gravamen a dicha propiedad.

2.2.1.1 DEFINICION DE GARANTIA

A mi criterio, es un derecho real que otorga el beneficio de un crédito y que puede ser una persona física o moral, con el objeto de asegurar el cumplimiento del pago de la cantidad de dinero otorgada por el banco, poniendo a disposición de este último un bien mueble, inmueble o a una tercera persona que garantice con sus bienes el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor dentro del contrato.

2.2.1.2 DEFINICION DE HIPOTECA.

Es un derecho real de garantía, para asegurar una obligación por parte del beneficiario de un crédito, a través de sus bienes, que en su mayoría son inmuebles, susceptibles de enajenarse e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y que en caso de incumplimiento por parte del deudor, el acreedor hipotecario podrá poner a la venta el inmueble, a través de una subasta pública a efecto de que liquide la obligación principal y sus intereses y el sobrante se entregaría al deudor o a sus acreedores en caso de que existieran.

2.2.2 REQUISITOS PARA QUE UNA INSTITUCION BANCARIA OTORQUE UN PRESTAMO CON GARANTIA HIPOTECARIA.

En la práctica los requisitos que a continuación mencionaremos, no se llevan en su totalidad principalmente en cuanto a sus antecedentes bancarios y su solvencia económica del beneficiario del crédito y que la institución bancaria tiene la obligación de investigar antes de autorizar la solicitud de crédito con garantía hipotecaria solicitada por el acreditado.

El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, cita los siguientes requisitos y que a la letra dice: **“Para el otorgamiento de sus financiamientos, las**

instituciones de crédito deberán estimular la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de estos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Los montos, plazos, regímenes de amortización, y en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados.

La Comisión Nacional Bancaria vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el presente artículo”.

Otros requisitos que son realmente importantes para la existencia de este tipo de créditos hipotecarios, son:

1º. - Que el cliente ponga a disposición del acreedor hipotecario un bien inmueble de su propiedad.

2º. - Que el titular, beneficiario del crédito, tenga la capacidad de enajenar e inscribir en el Registro Público de la Propiedad el bien inmueble que previamente y a través de un contrato se puso a disposición del acreedor hipotecario, siendo un elemento primordial de la hipoteca.

3º. - Que el propietario del inmueble tenga libre disposición de este.

4º. - Que el contrato de garantía hipotecaria celebrado entre el acreditante y el banco, se le dé el carácter de escritura pública.

5º.- En cuanto al bien inmueble dado en garantía, debe precisarse las características físicas del mismo y su ubicación.

6º. - El bien inmueble puesto a disposición del banco, debe garantizar la obligación principal y sus intereses.

7º. - El importe de la obligación deberá ser fijada en moneda nacional o su equivalencia en moneda extranjera.

8º. - Lugar y último en el caso de que el titular beneficiario del crédito estuviere casado, bajo el régimen de banco separados o mancomunados, deberá contar con la aprobación y consentimiento de su cónyuge, en muchos casos, este último funge como aval.

2.2.3 CARACTERISTICAS DE LOS CREDITOS CON GARANTIA HIPOTECARIA.

I. Es Convencional.- Porque se crea a partir de la celebración de un contrato, en donde van a interferir en la elaboración de las cláusulas, respecto a las condiciones de pago, contenido y objeto el contrato dos o más voluntades, pero en la práctica diaria al estudiar este tipo de contratos, podemos apreciar que está redactado por una sola de las partes y que esta última esta compuesta, no solo por la institución bancaria a la cual se le solicitó el crédito; sino además por organismos gubernamentales como la Secretaria de Hacienda o el Banco de México, que son los que verdaderamente determinan el contenido del contrato.

II. Es Accesorio.- Porque la hipoteca de un bien inmueble esta sujeta a una obligación principal, es decir, si el beneficiario del crédito hipotecario cumple puntualmente con liquidar la obligación contraída con el banco; simplemente esta obligación termina junto con la garantía hipotecaria.

III. Es Indivisible.- Porque desde el momento en que el garante pone a disposición del banco un bien inmueble como garantía de que cumplirá su obligación, este inmueble junto con sus accesorios y todo lo que exista dentro de él, amparará la totalidad de la obligación contraída, aun cuando el deudor hiciera pagos parciales a la institución bancaria. El gravamen impuesto sobre dicha casa no desaparecería, hasta la completa liquidación del adeudo contraído.

IV. Es pública.- Porque al celebrarse un contrato con garantía hipotecaria, se solicita por parte de la institución bancaria a que este se eleve a escritura pública, misma que deberá gravarse e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, con el objetivo primordial de que los terceros ajenos a la celebración de este contrato, sepan de la existencia del gravamen impuesto sobre dicho inmueble.

“La exposición de Motivos del Código Civil dice: La falta de registro, de los actos o contratos por los cuales se adquiere, trasmite o modifica, grava o extingue el dominio de los derechos reales sobre inmuebles hace que no produzca ningún efecto jurídico. Tratándose de otros actos o contratos la falta de registro hace que no produzcan efecto contra terceros”. 31

V.- Principio de Especialidad.- Este principio radicaría propiamente en las características físicas, así como en las condiciones en que se encuentra el bien inmueble al momento de otorgarse en garantía y ponerse a disposición del banco, debe especificarse la ubicación, medidas, colindancias, etc. También dentro de este principio se estaría detallando dentro del contrato a que cantidad ascendió el crédito autorizado y el titular beneficiario del crédito a que plan de pagos, realizará la liquidación de la cantidad de dinero entregada, este es un requisito que deberá detallarse minuciosamente dentro de la escritura pública.

31. Muñoz Luis, Derecho Mercantil, 1ª- Edición, Tomo IV, México, Editorial: Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1974, p. 89.

2.2.4 EFECTOS JURIDICOS DE LOS CREDITOS CON GARANTIA HIPOTECARIA.

Son varios los efectos jurídicos derivados de un contrato con garantía hipotecaria, los cuales se dividen en dos etapas: La primera cuando se autoriza el crédito con garantía hipotecaria derivándose derechos y obligaciones para ambas partes. Y la segunda cuando por falta de pago por parte del constituyente o deudor, el acreedor hipotecario se ve en la necesidad de iniciar un procedimiento Civil para recuperar la garantía otorgada, iniciando así, un Juicio Ejecutivo Mercantil o un Juicio Especial Hipotecario; en este último caso al hacer valer su acción hipotecaria, el acreedor empieza con el Registro y fijación de la cédula hipotecaria, cabe recordar que esta acción prescribe a los diez años.

De lo anterior describiré los efectos derivados antes del Registro de la Cédula Hipotecaria.

I. Actos de dominio.- Una vez autorizado la solicitud del crédito hipotecario al titular del crédito, el banco entrega a este último la cantidad de dinero pactado, sin que el constituyente entregue la posesión del inmueble dado en garantía, por lo tanto el titular puede, mas no debe, vender el inmueble, traspasarlo, etc. Por lo que tiene la libertad absoluta para llevar acabo todos los actos de dominio sobre el inmueble hipotecado, siempre y cuando no perjudique los derechos del acreedor; ya que este

último tiene el derecho de hacer valer la acción persecutoria, el artículo 2894 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, señala:

“Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de tercero”, es decir que el acreedor hipotecario puede ejercitar, perseguir y ejecutar dicha acción aún contra terceros, o quien ostente la posesión del inmueble y la obligación contraída.

II.- Disminución de Garantía.- En el caso de que el inmueble dado en garantía hipotecaria sufra un menoscabo o pérdida total de la finca por causas ajenas al deudor, como son un terremoto, incendio, inundación, etc. Aún cuando este asegurado se va a ver disminuida la garantía otorgada, porque no respondería a la cantidad de dinero entregado por el banco al deudor, por lo que este último tiene la obligación de hacer las mejoras pertinentes al inmueble a efecto de que no disminuya su valor; ya que en caso contrario el deudor tendría que ofrecer un inmueble, propiedad de un tercero que garantice el pago del deudor; al respecto son aplicables los siguientes artículos del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y que a la letra dicen:

“Artículo 2907. - Si el inmueble hipotecado se hiciere, con o sin culpa del deudor, insuficiente para la seguridad de la deuda, podrá el acreedor exigir que se mejore la hipoteca hasta que a juicio de peritos, garantice debidamente la obligación principal.

Artículo 2908. - En el caso del artículo anterior, se sujetará a juicio de peritos la circunstancia de haber disminuido el valor de la finca hipotecada hasta hacerla insuficiente para responder de la obligación principal”.

III.- En cuanto a los actos de administración como en los actos de dominio, el titular del crédito puede administrar la finca como lo considere necesario y pertinente, porque simplemente tiene la posesión siempre y cuando, como ya se mencionó no deba perjudicar los derechos del acreedor hipotecario, como en el caso del arrendamiento otorgado a un plazo largo; si llega a perjudicar al acreedor hipotecario, porque en el caso de incumplimiento del deudor, el acreedor no podrá vender el inmueble, hasta que no terminara el arrendamiento dado al tercero de buena fe, viéndose por lo tanto lesionado en sus derechos.

En cuanto a la percepción de frutos, el deudor tiene toda la libertad de percibirlos, ya que no tienen la obligación de rendir cuentas al banco, salvo pacto en contrario de que así lo hubiesen especificado en el contrato.

2ª ETAPA: DESPUES DEL REGISTRO DE LA CEDULA HIPOTECARIA.

“El juicio hipotecario se sigue conforme a lo establecido en el artículo 468 y siguientes del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal.

El artículo 468 del Código de Procedimientos Civiles, dispone que se tramitará en la vía sumaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación o división y registro de una hipoteca, así como su cancelación, o bien, el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.

Cuando se entable el pleito entre los que contrataron la hipoteca, procederá el juicio hipotecario sin necesidad del requisito de registro; siempre siendo condición indispensable para inscribir la cédula que este registrado el bien a nombre del demandado y que no haya inscripción de embargo o gravamen a favor de tercero.

La fijación de la cédula hipotecaria, contendrá una relación sucinta de la escritura y concluirá en estos términos: "En virtud de las constancias que preceden, queda sujeta la finca ... de la propiedad de ... a juicio hipotecario, lo que se hace saber a las autoridades y al público, para que no se practique en la mencionada finca ningún embargo, toma de posesión, diligencia precautoria, o cualquier otra que entorpezca el curso del presente juicio o viole los derechos en él, adquiridos por C. (Nombre del actor) " artículo 478 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal". 32

32. - Treviño García Ricardo, Los Contratos Civiles y sus Generalidades, 5a Edición, México, Editorial Mc. Graw Hill, 1995, p. 31.

Escrito lo anterior los efectos jurídicos procesales derivados de esta etapa son:

“1. El deudor o el tercero constituyente de la hipoteca, pasan a ser por ministerio de ley, depositarios del inmueble hipotecado.

2. Los frutos y todos los muebles que, según el Código Civil, se hayan incorporado a la finca, o sean inmuebles por destino, quedan inmovilizadas por la cédula.

3. Registrada la cédula, no se podrá practicar en la finca, embargo, toma de posesión o cualquier otro acto que perjudique los derechos del acreedor; salvo el caso de que por sentencia ejecutoria, debidamente registrada, con anterioridad a la demanda y relativa a la misma finca, se hubieren decretado dichos actos.

4. El deudor puede liberarse de ser depositario judicial declinando esa responsabilidad para que se nombre otro depositario”. 33

33. - Op. cit. Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, p. 555.

2.2.5 DE LA EXTINCION Y CANCELACION DE LOS CREDITOS CON GARANTIA HIPOTECARIA.

En cuanto a la extinción de la hipoteca, el Código de Procedimientos Civiles Vigente para el Distrito Federal a los siguientes, artículos y que a la letra dicen:

Artículo 2940. - La hipoteca produce todos sus efectos jurídicos contra tercero mientras no sea cancelada, su inscripción.

- I. Cuando se extinga el bien hipotecado.
- II. Cuando se extinga el derecho del deudor sobre el hipotecado.
- III. Cuando se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecado.
- IV. Cuando se expropie por causa de utilidad pública el bien hipotecado, observándose lo dispuesto en el artículo 2325.
- V. Cuando se remate judicialmente la finca hipotecada, teniendo aplicación lo prevenido en el artículo 2325.

VI. Por la remisión expresa del acreedor.

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

En cuanto a la cancelación de hipoteca, este acto es totalmente necesario, porque de lo contrario no podría extinguirse la hipoteca, porque dicho gravamen seguiría inscrito en el Registro Público de la Propiedad, por lo tanto dichas figuras jurídicas deben llevarse acabo conjuntamente y al respecto el artículo 3033 del mismo ordenamiento legal señala: **“Podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total:**

- I. Cuando se extinga por completo el inmueble objeto de la inscripción.**
- II. Cuando se extinga, también por completo, el derecho inscrito o anotado.**
- III. Cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud, se haya hecho la inscripción o anotación.**
- IV. Cuando se declare la nulidad del asiento.**

- V. **Cuando sea vendido judicialmente el inmueble que reporte el gravamen en el caso previsto en el artículo 2325 y**
- VI. **Cuando tratándose de cédula Hipotecaria o de embargo hayan transcurrido dos años, desde la fecha del asiento, sin que el interesado haya promovido en el juicio correspondiente”.**

Para concluir este tema sugeriré la siguiente recomendación al usuario que celebra este tipo de contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria. Que una vez que se concluya, por cualquiera de las razones antes mencionadas dentro de este subtema; este deberá verificar junto con un abogado de su confianza, que el inmueble objeto de este tipo de contratos, sea liberado del gravamen hipotecario dentro del Registro Público de la Propiedad y del Comercio.

A este respecto se debe aplicar el artículo 3036 del ordenamiento legal anteriormente citado y que a la letra dice: **“Cancelado un asiento, se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere”.**

Debido a que en la práctica esta situación es omitida, prevaleciendo en algunas ocasiones el gravamen sobre dicho inmueble; y del cual solo se da cuenta el acreditado hasta que va a realizar una donación, venta, traspaso, etc. del mismo. Lo que se traduce en una pérdida de tiempo y dinero para el usuario que en ese momento no pueda llevar a cabo dicha operación.

CAPITULO 3. SISTEMA DE CRÉDITO ADICIONAL.

- 3.1** Concepto de Crédito Adicional.
- 3.2** Definición de Crédito Adicional.
- 3.3** Concepto de Pacto de Anatocismo.
- 3.4** Definición de Anatocismo.
- 3.5** En que consiste el refinamiento de intereses.
- 3.6** Que son las tasas de interés.
- 3.7** La Intervención de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.
- 3.8** La Intervención del Banco de México, en la determinación de las tasas de interés.

CAPITULO 3. SISTEMA DE CRÉDITO ADICIONAL

3.1 CONCEPTO DE CRÉDITO ADICIONAL

Tal vez al leer el encabezado de este capítulo, se encuentren familiarizados con estas palabras; tanto usted como yo, a partir del popularmente llamado error de diciembre de 1994. En el caso de que usted lo desconozca, lo invito a analizar la presente tesis, que tiene por objetivo de que sí en un futuro, desea adquirir un crédito con garantía hipotecaria; este consciente de los efectos jurídicos, económicos e incluso físicos; en caso de que no se asesore de un buen licenciado en Derecho al momento de firmar este tipo de contratos con la Institución Bancaria de su preferencia.

Escrito lo anterior, “En el año de 1994, existía un crecimiento de la economía mexicana de 4.5 por ciento, inflación de un solo dígito – de 7.02 por ciento -, un tipo de cambio semifijo y tasas de interés en niveles de 18.51 por ciento, México ya tenía un lugar en el llamado “Club de los países ricos”, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Para 1995, México era otro país; el producto interno bruto (PIB) cayó 6.2 por ciento, la inflación fue de 51.97 por ciento. Las tasas de interés crecieron a niveles de 80 por ciento y el peso se devaluó hasta cotizarse por arriba de 8 pesos por dólar”³⁴

34. – Flores Leonor, EL Financiero S.A, Diario, 18 de octubre de 1998. p. 42.

Esta devaluación del peso mexicano trae como consecuencias las altas tasas de interés que inmediatamente se ven reflejadas en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria; pero no solo en este tipo de contratos, sino también en otras modalidades de contratos hipotecarios, créditos quirografarios, automotrices, las tarjetas de crédito, etc.

Los beneficiarios de estos créditos, simplemente se preguntaban, ¿Cómo liquidarían sus deudas con el banco?. Porque estas sencillamente se habían convertido en impagables.

En el caso concreto de nuestro tema, muchas parejas al casarse tienen la ilusión de tener una casa propia o si tienen un terreno, deciden solicitar un préstamo al banco para construir o para mejorar su vivienda, conscientes de que su sueldo cubre la mensualidad requerida por el banco.

Un caso real fue el de la familia Valdez que a mediados de 1994, deciden celebrar con el Banco Nacional de México, S.A. o con el banco que usted prefiera; un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, con un término de 15 años a pagar la cantidad de \$200,000.00 (Doscientos mil pesos 00/100 M.N.) actualmente, ya que debe recordar el lector que anteriormente se manejaban millones de pesos; como suerte principal, por a mediados de 1995 se van dando cuenta que a pesar de que han pagado sus mensualidades, su saldo se ha duplicado a \$400,000.00 (Cuatrocientos mil pesos 00/100 M.N.); por lo que su mensualidad que era antes de

\$3,000.00 (Tres mil pesos 00/100 M.N.) ahora es de \$18,000.00 (Dieciocho mil pesos 00/100 M.N.), cantidad que es imposible pagar por la familia Valdez. Ante esta situación deciden acudir a la sucursal de Banamex más próxima, para buscar una solución a su problema, y el gerente del banco les dice que no puede hacer nada; porque al firmar el contrato, la familia Valdez autorizó una cláusula que se denomina Crédito Adicional. De la cual, ni los representantes legales del banco, ni el Notario Público tuvieron la delicadeza de explicarles los alcances jurídicos de dicho contrato y ahora tienen dos opciones: pagar o reestructurar en UDI's.

“Las UDI's se dieron a conocer por decreto del 4 de abril de 1995, publicado en el Diario Oficial de la Federación, que se complemento por decreto del 14 de junio de 1995, publicado en el mismo órgano, en el que se definieron los siguientes conceptos:

UDI's es la unidad de cuenta de valor real constante en la que se denominarán las obligaciones de pago en moneda nacional que se convengan o generen con motivo de los actos jurídicos...

Valor UDI.- Es el valor en moneda nacional de la Unidad de Inversión que el Banco de México, publica cada día en el Diario Oficial de la Federación conforme el procedimiento para el cálculo y publicación del valor en moneda nacional de la UDI dado a conocer el día 4 de abril de 1995.

Al solicitar el cliente una estimación del aumento de las UDI's a futuro, se le entregaba una hoja sin membrete, en el que se establecía la siguiente leyenda o nota:

El presente estudio es una simulación basada en expectativas de inflación, que según su comportamiento histórico permite realizar el cálculo aproximado de las amortizaciones a pagar, en el entendido de que la inflación puede sufrir una variación inesperada y dar como resultado un pago mensual diferente.

Por ello, este ejercicio se realiza a petición del cliente y, por lo tanto, no significa una autorización de crédito, no implica responsabilidad alguna, ni constituye una obligación para el banco sujetarse al mismo”³⁵

De lo escrito se desprende que las UDI's o Unidades de Inversión son un engaño a los deudores y al público en general, porque bajo la promesa de quitas del 30 por ciento sobre la totalidad del adeudo, y estamos hablando de capital e intereses vencidos. Convencen a los deudores de firmar un convenio de reestructura en UDI's, reduciendo por lógica la mensualidad pactada con el banco, similar a la que tenían antes de venirse la devaluación.

35. - Urbina Nandayapa Arturo, Como defender su Deuda Bancaria, 1ª Edición, Editorial: Sistemas de Información Contable y Administrativa Computarizados, S.A. de C.V., 1996, p. XXVIII.

Esta situación inicialmente fue un alivio para los deudores, pero ahora después de cuatro años se han dado cuenta que cometieron el error más grande de su vida, porque actualmente deben a las instituciones bancarias con este sistema de apoyo a deudores, tres veces mas de la cantidad que inicialmente les fue otorgado; por lo que para terminar este tema, transcribo una investigación que realizaron los periodistas Antonio Sandoval y Rodrigo Venegas dentro del periódico "El Financiero S.A." y que a la letra dice:

"El programa de Apoyo Inmediato a Deudores de la Banca (ADE) no ha logrado a cumplir su objetivo esencial de evitar el crecimiento de la cartera vencida de las instituciones bancarias a través de un esquema de certidumbre para los deudores, representado por las Unidades de Inversión (UDI).

En un estudio del área de Análisis Económico del periódico "El Financiero" realizado con información estadística de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), se encontró que el saldo total de la cartera vencida de la banca múltiple creció 70.86 por ciento desde 1995 a la fecha y mientras que la capacidad real de pago de los deudores se redujo 18.4 por ciento real, las UDI acumularon un crecimiento de 54.42 por ciento en promedio.

El problema de morosidad e insolvencia de los deudores bancarios no se ha eliminado por completo, pues el alza de las tasas de interés en México, durante agosto hace prever que el escenario de los créditos hipotecarios se

complicará en los próximos meses, debido a que la tasa de inflación acumulada cercana al 10 por ciento, con una depreciación cambiaria de 24 por ciento y tasas de interés promedio de 25 por ciento anual, provocarán presiones adicionales en el costo del dinero, sobre todo porque la deuda denominada UDI, avanza a un ritmo más rápido, propiciando que se llegue a una situación de morosidad y de alta cartera vencida hipotecaria.

El problema a corto plazo para los deudores de la banca en un futuro, según datos de la CNBV, es que el 82 por ciento de los que reestructuraron sus créditos en UDI's, tenían entre 37 y 45 años, con plazos reestructurados que van de 20 a 25 años. Según la pirámide laboral, el nivel máximo en la remuneración salarial de un individuo se alcanza precisamente entre los 45 y 50 años, para empezar a descender posteriormente. Eso indica que la gran mayoría de los deudores podrían cargar con una deuda incluso mas allá del momento que se jubilen, lo que presentaría una deuda heredada.”³⁶

Como puede darse cuenta el lector, el Programa de Apoyo a Deudores de la Banca a través de la llamada reestructuración en UDI's; mas que un beneficio, fue totalmente un desastre. Trayendo como consecuencia que cientos de personas estén interponiendo sus demandas en contra de los bancos, aún cuando la figura del Anatocismo fuese declarada jurídicamente legal, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que más adelante estudiaremos.

36. - Sandoval Antonio y otro, El Financiero S.A. Diario, 31 de Agosto de 1998. , p.10

Porque esta decisión ha sido tomada por los bancos como bandera para demandar a los deudores por la vía especial hipotecaria y que en la mayoría de los casos en forma injusta les han quitado su único patrimonio a los deudores, que es su casa.

Volviendo al ejemplo de la familia Valdez, podrá deducir el lector que simplemente no tiene opciones. Pero sin embargo si las tiene, ya que puede defender sus derechos ante el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ya que el deudor tiene seis meses desde el momento en que sé de cuenta de que ha caído dentro de un contrato simulado, porque al firmar el contrato, ni el banco, ni el Notario Público les explicaron los efectos jurídicos del llamado Crédito Adicional, mismo que fue previamente autorizado por el Banco de México y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y que en la mayoría de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria se redacta esta cláusula de la siguiente manera:

“Quinta.- El “acreditado” podrá disponer del crédito adicional en las fechas en que se deba cubrir los intereses pactados en la cláusula séptima, mediante disposiciones mensuales cada una de ellas hasta por la cantidad que resulte de restar al importe de los intereses ordinarios que mensualmente se causen, la erogación neta mensual a que este obligado el acreditado a cubrir, según la cláusula octava, siempre que el banco haya recibido el pago correspondiente por este concepto.”

El crédito adicional al que se refiere esta cláusula será hasta por quinientos por ciento del importe del crédito original, equivalente a un mil ciento punto veintisiete veces el salario mínimo diario general del Distrito Federal, elevado al mes y se dispondrá en un plazo máximo de nueve años contados a partir de la fecha de este instrumento.

El acreditado al ejercer las disposiciones previstas en esta cláusula instruye al banco para que la aplique al importe del pago de los intereses devengados.

Cada una de las disposiciones bajo el sistema de crédito adicional se documentarán mediante asientos contables que hará el banco sin necesidad de que el acreditado suscriba documento alguno.

En caso de que el acreditado no desee efectuar las disposiciones citadas, deberá dar al banco el aviso correspondiente por escrito cuando menos con treinta días de anticipación a la fecha en que se realice la erogación neto mensual y por lo tanto pagará al banco los intereses correspondientes a ese mes por el importe total.

De lo escrito, se puede apreciar que el banco con autorización del Banco de México y de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y con la del mismo acreditante que bajo una falsa apariencia o error, firma un contrato simulado, en donde el mismo autoriza sin darse cuenta por no ser un perito en contabilidad o financiero; que al paso de los años le quiten su patrimonio, porque además de pagar

una deuda por la suerte principal que le entrego el banco. Además tiene que liquidar una cuenta adicional al capital vencido y que esta constituida por los intereses que el deudor no pudo pagar en su momento y que son calculados sobre el saldo insoluto; pero este hecho es falso, porque además de que el deudor tiene que pagar cada mes capital e intereses ordinarios y el interés compuesto que no es otra cosa que el crédito adicional que tendrá que pagar se atrase o no, en el pago que marque el estado de cuenta y que muchas veces, este último no explica como determinaron o calcularon los intereses y comisiones. Por lo que da como resultado que este sea impreciso y violatorio.

Porque el banco junto con las autoridades del gobierno, está consciente que con este esquema financiero del llamado Crédito Adicional, con el paso de los años puede traer como consecuencia la perdida total del patrimonio de las familias mexicanas, como es su vivienda; lesionando así sus garantías, particularmente las contenidas en los artículos 1 y 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que a la letra dice:

“Artículo 1. - En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

Artículo 4. - ...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...".

3.2 DEFINICION DE CRÉDITO ADICIONAL.

En cuanto a la definición, la mayoría de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, dan la siguiente definición:

Sistema de Crédito Adicional.- Se entiende este como medida tanto de carácter jurídico como económico, a través de la cual el "acreditado" puede disponer de sumas adicionales al importe de crédito destinado a la adquisición del inmueble que se hipoteca y que se utilizará para completar el pago de los intereses que no alcancen a cubrir con el importe de la erogación neta, sobre el crédito original, así como sobre las cantidades dispuestas del crédito adicional, "el cliente" pagará intereses de tal forma que en el presente contrato se pacta el sistema comúnmente llamado de interés compuesto.

Esta definición significa que este sistema financiero fue creado desde un punto de vista económico, siempre en beneficio del banco y de ningún modo se descuido el sentido jurídico que protegiera a ambas partes por la siguiente razón:

Este crédito adicional se creó para que el cliente dispusiera de una cantidad que mes a mes el banco añadiría a la suerte principal, en caso de que el cliente no pudiera cubrir oportunamente la erogación neta requerida, entendida esta última como el pago mínimo mensual que exige el banco. Así mismo se señala dentro de esta definición que el acreditante pagará intereses, tanto por el crédito original concedido, como por el crédito adicional que mes a mes genera.

Como se puede apreciar este acto es simulado, porque el Banco de México, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y los bancos, establecieron con este sistema de Crédito Adicional, un perjuicio a los terceros perjudicados que es el público y en forma particular el acreditante, porque se creó en base a disposiciones de dinero que el mismo banco determina, a través de movimientos contables que refleja en un estado de cuenta impreciso.

Quiero remarcar, que la cantidad de dinero del Crédito Adicional en ningún momento es entregada físicamente al cliente; por el contrario aún cuando este último cumpla puntualmente con su pago mínimo mensual, se le aplicará de todas formas el Crédito Adicional. Además de los intereses ordinarios, moratorios y comisiones que generen esta cantidad de dinero y la suerte principal; dando como resultado que el acreditado, pierde su casa entregada en garantía al banco; ya que las cantidades requeridas en forma mensual por la institución bancaria simplemente son imposibles de pagar.

3.3 CONCEPTO DE PACTO DE ANATOCISMO.

La palabra anatocismo para el lector le va a resultar totalmente conocida por la difusión que tuvo a través de los distintos medios de comunicación, como los periódicos, la televisión, las revistas, etc. Con el único objetivo de ventilar la problemática de los deudores de la banca, que al día de hoy no se ha resuelto y que sin embargo durante 1998, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tras un análisis; daría su resolución jurídica para determinar si era legal o no el anatocismo.

Desgraciadamente para muchos deudores, el día 8 de octubre de 1988, determinaba la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que si era legal el pacto de anatocismo dentro del llamado Sistema de Crédito Adicional, practicado por la banca, es decir que esta última, está en su legítimo derecho de capitalizar los intereses a todos aquellos acreditados que hayan celebrado un contrato de apertura de crédito.

Pero, ¿Qué significa anatocismo?. La enciclopedia jurídica Omeba en su tomo I, señala que etimológicamente, anatocismo “viene del griego ana, reiteración, y tokimós, acción de dar interés. En el lenguaje jurídico designa el pacto por el cual se conviene pagar intereses de intereses vencidos y no satisfechos”.

De la anterior definición se determina que “el pacto anticipado o realizado en el momento de la contratación para convenir que los intereses no pagados se capitalicen automáticamente (pacto de anatocismo) es nulo y por lo tanto de acuerdo con el artículo 77 del Código de Comercio, no produce acción ni obligación, de conformidad con las siguientes, consideraciones:

a) Que en el contrato se incluya el pacto, cláusula o convención entre las partes, de que los intereses no pagados, se capitalicen o se sumen al capital para que a su vez generen intereses.

b) Que sin estar contenido en el contrato, ese pacto anticipado de capitalización de los intereses y para pretender ocultar la violación a lo establecido por la ley, el banco lo realice al emitir el estado de cuenta *incluyéndolo como una nueva partida de cargo”* 37

De la lectura de las consideraciones se desprende, que tanto el Sistema de Crédito Adicional, el Refinamiento de Intereses, la Comisión por Prepago, no son otra cosa que pactos de anatocismo, debiendo considerarse como un acto nulo y prohibido por la ley. Porque no se puede convenir que de antemano se capitalicen los intereses en este tipo de contratos, con el único objetivo de que el cliente o acreditante sufra un detrimento total o parcial en su patrimonio y en sus ingresos.

37. - Fentanes Méndez Cesar, Los Actos Ilícitos de los Bancos y los Jueces, 2ª Edición, Tomo 3. Editorial, Ediciones Del Autor, Mc Allen, Tx U.S.A. p. 227

A este respecto el artículo 363 del Código de Comercio señala: **“Los intereses vencidos y no pagados no devengaran intereses, los contratantes podrán, sin embargo capitalizarlos”**

De la simple lectura del artículo se desprende que esta prohibido capitalizar los intereses, posteriormente a la celebración del contrato principal puede celebrar con la institución bancaria, un convenio de reestructuración o de capitalización de intereses en caso de incurrir en mora.

Pero en caso de que no exista esta autorización por escrito del deudor, la banca esta cometiendo una violación a la ley, y a este respecto el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, señala: **“Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses”**.

Cabe aclarar que aún cuando todos los contratos celebrados con la banca son considerados como actos de comercio, con fundamento en el artículo 75 fracción XIV Del Código de Comercio; debe el Juzgador considerar la finalidad del contrato y establecer una diferencia entre préstamo mercantil y préstamo civil. Es este último que a mi criterio, debería ubicarse a los créditos hipotecarios, aplicándosele supletoriamente las Normas de Derecho Civil.

Para finalizar este tema y establecer si tuvo o no, justificación la Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre la legalidad de la capitalización de intereses dentro del Sistema de Crédito Adicional. A mi opinión resulta que esta no es legal, debido a que es un acto contrario a la ley, con fundamento en el artículo 8 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y que a la letra dice:

“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”.

Y por último me permito reproducir la opinión del Dr. Ignacio Burgoa Orihuela, dentro de la entrevista concedida a la Lic. Guadalupe Torres García, contenida en la publicación Estrategia Legal y que a la letra dice:

“Considero que la Corte cometió un error omisivo muy grave, incurrió en la omisión de no distinguir –como debió hacerlo- entre préstamos de carácter mercantil y préstamos de índole civil; usted sabe muy bien que el artículo 398 del Código de Comercio, define lo que es aquel en el que el dinero se destina a actos de comercio a contrario sensu, cuando una persona obtiene dinero para satisfacer sus necesidades personales, por ejemplo la habitación de él y su familia, entonces el préstamo no es mercantil, sino civil, aunque lo otorgue una institución de crédito, pero hay que tomar en cuenta la naturaleza de la

operación, el préstamo, no la naturaleza de la persona, que otorga el crédito, que es un banco.

Ahora, tratándose de un préstamo mercantil el mismo Código de Comercio autoriza a cobrar intereses sobre intereses, siempre y cuando haya un pacto expreso por parte del deudor consintiendo en ese cobro, o sea que no es ilícito si ese pacto se encuentra en todos estos contratos, un tanto cuanto leoninos que se celebran entre los bancos y sus deudores. Tratándose de un préstamo de carácter civil, el anatocismo está totalmente prohibido bajo pena de nulidad de las cláusulas en que se establezca, esa es la situación del anatocismo que a mí parecer es muy clara". 38

3.4 DEFINICION DE ANATOCISMO

Es la capitalización de intereses vencidos y no pagados, si la parte deudora no paga los intereses atrasados que se generaron del capital al acreedor, estos intereses se sumarán a la suerte principal y nacerán nuevos intereses.

38. - Lic. Torres García Guadalupe, Estrategia Legal, Publicación Bimestral, México, Edición de Autor, Abril-Mayo, 1998, p. 16-17

3.5 EN QUE CONSISTE EL REFINANCIAMIENTO DE INTERESES

El Refinanciamiento de Intereses es otra modalidad de Crédito Adicional, del Interés Compuesto o de la Comisión por Prepago. El banco en este caso otorga un financiamiento o préstamo adicional al acreditante con el objeto de que liquide los intereses vencidos que no hayan sido cubiertos con el pago mínimo requerido por el banco y debiendo ser pagados por el acreditado; pero aquí existe una contradicción del banco y demuestra su mala fe.

En primer lugar, porque el pago mínimo es establecido por la institución bancaria y se supone que abarca por lo menos los intereses y comisiones. Por lo que, independientemente de pagar la erogación neta mensual el acreditante; el banco paga a cuenta de él una cantidad adicional por intereses vencidos, mismos que se sumaran a la suerte principal. Y esta última al próximo mes, generará otros nuevos intereses, dando como resultado un Refinanciamiento Automático de Intereses.

Esta operación contable el banco lo hace aparecer en un estado de cuenta, simulando que otorga una suma de dinero, para posteriormente recibirlo para sí mismo, sin entregar físicamente el dinero al acreditado. Lo que convierte en esta operación en ilícita, no produciendo como consecuencia ni obligación, ni acción; siendo por lo tanto nulo dicho acto.

Por otro lado, el banco al celebrar en Contrato de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria con el acreditado, jamás se le informa a este último la existencia de una cláusula, que contiene el Refinanciamiento Automático de Intereses de su contrato; mismo que se va a desglosar mes a mes en su estado de cuenta, partiendo como base la suerte principal. Si no además, por el contrario, el funcionario bancario promete al deudor o acreditante que pagará su adeudo en un lapso no mayor de 20 años, esto basándose en una fórmula matemática financiera, diseñada por el banco, a través de la cual se simula al acreditado que su pago mínimo mensual, solo abarcará el 30 por ciento de sus ingresos mensuales.

Pero la realidad es otra, el adeudo contraído se triplica, las mensualidades requeridas por el banco abarcan el 100 por ciento del ingreso neto mensual percibido por el deudor, lo que trae como resultado que no pueda liquidar su adeudo. Ya que se necesitaría ser un Licenciado en Actuaría o un Físico-Matemático para poder comprender los alcances económicos financieros del sistema, que contiene la fórmula matemática financiera diseñada por el banco, aunado a este la existencia de dos elementos favorables a este esquema y son:

“I.- La tasa de inflación esperada o resultante, para que no pierda poder adquisitivo el dinero prestado, que en todos los controles de crédito se expresa en CETES, CPP, Intercambiaría, UDI's, etc. a la que se le suma:

II.- La tasa real o ganancia real que cobra el Banco". 39

Concluyendo de esta manera que es un acto ilícito, porque el banco presenta al acreditado, una simulación o falsa apariencia de los alcances económicos y jurídicos del Contrato de Apertura con Garantía Hipotecaria. Cometiendo este último, un error determinante que se puede remediar solo con la nulidad parcial o total del contrato, dependiendo de las circunstancias que rodeen al mismo

3.6 QUE SON LAS TASAS DE INTERES

Al celebrar el acreditante un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria con el apoderado legal del banco, en ningún momento le explica este último, el comportamiento de las tasas de interés dentro del esquema financiero mexicano. El cual ha sido creado por el Banco de México junto con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y los bancos.

Ya que solo se le proporciona al acreditante, una definición de las tasas de interés que serán calculadas dentro de la escritura pública, a la cual, le da fe un Notario Público y que junto a este, el apoderado legal del banco le promete al acreditante que el crédito otorgado a diez, quince, o veinte años, dependiendo del

39. - Lic. Pérez Güemes Jesús, Solo para Deudores, 3ª Edición, México, Editorial: Cárdenas. Editor y Distribuidor, 1996

plazo que hayan pactado las partes; lo podrá liquidar en ese periodo de tiempo, convirtiéndose de esta manera, en propietario de su casa.

Pero la realidad es otra, a partir de la inflación de 1995, entendida esta como el incremento generalizado y sostenido de los precios de los bienes y servicios del país. La Banca con la autorización del Banco de México incrementa las tasas de interés a todos los créditos concedidos al público por los bancos.

Dando esto como resultado que muchas familias mexicanas en aquel tiempo y todavía hoy en día, corran mucho peligro en lo que se refiere a la posesión de lo que podría ser tal vez, su único patrimonio; sino es que en algunos casos ya han sido despojados de dichos bienes inmuebles.

Por lo que puedo concluir que los únicos perjudicados con la inflación y el tan popular error de diciembre que se puede volver a repetir por nuestro gobierno, fueron las familias mexicanas, que su único error fue desear tener una casa.

Ante las altas tasas de interés, establecidas por las instituciones bancarias, la Comisión Nacional Bancaria, como órgano descentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con fundamento en el artículo 1º del Reglamento Interior de la Comisión Nacional Bancaria. Donde tiene la obligación de supervisar, inspeccionar y vigilar a las instituciones de crédito; por lo que cualquier violación a los derechos de

los usuarios por parte de los bancos, la Comisión Nacional Bancaria tendría que intervenir para defender los derechos del público usuario; pero desgraciadamente las pocas veces que ha intervenido ha sido a favor de los bancos.

Pero, ¿Qué son las tasas de interés?. Por “tasa”, podemos entender, que es el valor que se le da a un bien, servicio o inversión durante un periodo determinado.

Por “interés”: **“Es el precio de un préstamo expresado en dinero o en otra forma, la diferencia entre la suma que se entrega y la que se devuelve.**

Los elementos que contribuyen a formar ese precio son:

- **El costo operativo, vale decir los gastos generados de la entidad prestamista, a este costo se adiciona un margen bruto de beneficio justificado por:**
- **El servicio prestado al beneficiario del préstamo.**
- **La liquidez perdida al desprenderse del dinero prestado, evaluado por el monto del préstamo y por el plazo, el riesgo que se corre ante la posible insolvencia o morosidad del deudor.**

- **La eventual desvalorización monetaria, que es otro tipo de riesgo.**
- **La oferta y demanda del crédito”.** 40

Escrito lo anterior puedo definir a las Tasas de Interés, como la utilidad que tiene el dinero durante un tiempo determinado, mismo que es expresado a través de porcentajes.

TIPOS DE INTERES

Como ya se mencionó, los intereses se van a expresar en tasas, estas a su vez se determinaran basándose en porcentajes. También debe quedar claro que el precio de los intereses, será mucho más elevado en las operaciones activas que en las pasivas; ya que el cobro de las primeras será para cubrir el pago de los intereses de los ahorradores, más la ganancia del banco; por lo tanto los intereses generados y ganados por los acreditantes que depositen sus ahorros o inversiones, pueden ser nulos o mínimos dependiendo del depósito y plazo que haya escogido el acreditante y como se puede apreciar es otro abuso de las instituciones de crédito, porque aparte de manejar el capital de los ahorradores, obtienen una ganancia adicional.

40. Rodríguez Alfredo C. Técnica y Organización Bancarias, Argentina, Editorial: Ediciones Macchi. 1993, p. 89

En cuanto a los tipos de interés que existen, estos son los siguientes:

Interés Legal.- Es el que es determinado por la ley, cuando las partes hayan omitido expresarlo dentro del contrato, con fundamento en el artículo 2395 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, el cual debe ser calculado al 9 por ciento anual.

Interés Convencional.- Lo define el artículo anteriormente citado y a la letra dice: Es el que fijen los contratantes y puede ser mayor o menor que el interés legal, pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor; a petición de éste, el juez teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

Interés Moratorio.- Este tipo de interés se determina basándose en el incumplimiento por parte del acreditado al no cumplir con la obligación de pago pactado con el banco.

Interés Ordinario.- Es lo opuesto al interés moratorio, se va a determinar en base a la tasa fijada por el banco y el capital.

Interés Simple.- Se determina en base a la suerte principal, otorgada al acreditante, sin sumar ningún interés vencido.

Interés Compuesto.- Este tipo de interés es el que aplican a los créditos las instituciones bancarias, que a todas luces está fuera de la Ley, ya que se trabaja al interés compuesto cuando los intereses producidos al cabo de un periodo (mes, trimestre, año), se incorporan al capital. (En otras palabras, se capitalizan). Y a su vez siguen produciendo interese hasta el final del plazo.

DISTINTAS MODALIDADES DE LAS TASAS DE INTERES

Existen distintos tipos de tasas de interés, estas van ha variar dependiendo del tipo de operación de crédito, es decir si se trata de un crédito hipotecario, este es mucho más caro que un crédito derivado de una tarjeta de crédito. También influye el plazo otorgado, de la oferta y demanda del crédito, etc. Pero el factor más importante para determinar las tasas de interés es la inflación conocida y vivida actualmente por todos.

El Banco de México, con la facultad que le otorga el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los artículos 26 de la Ley de Instituciones de Crédito, es la persona de derecho público, autónomo, con el poder para determinar las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos y otros

conceptos análogos y demás características de las operaciones activas, pasivas y servicios de la Banca.

Sin embargo dos hechos importantes se sucedieron, el 1° de abril de 1989, el Banco de México determinó que las tasas de interés, montos, servicios, comisiones de las operaciones activas y pasivas de los bancos, se fijaran a voluntad de las partes y en función a la práctica y política bancaria del mismo banco, sin mas limitaciones que las fijadas por la propia ley.

Este hecho en la práctica es totalmente nulo, porque las cláusulas, las tasas de interés son únicamente fijadas por el banco, ya que en ningún momento se le toma opinión al usuario, en virtud de que siempre se le simula a este último un contrato apegado a la ley.

Así mismo, para el día 6 de noviembre de 1995, el Banco de México, emite el circular telefax 114195, en donde establece límites a las tasas de interés, para las operaciones activas celebradas por los bancos con el público usuario, siendo las siguientes las más importantes y que a la letra dicen:

**“M.21.2 MODIFICACION DE LA TASA DE INTERES Y DE LOS DEMAS
ACCESORIOS FINANCIEROS.**

Las instituciones deberán abstenerse de pactar en los instrumentos jurídicos en que documenten sus créditos, mecanismos para modificar durante la vigencia del contrato, la tasa de interés, así como los demás accesorios financieros.

Lo anterior es sin perjuicio de la facultad que tienen las partes de modificar mediante convenio las cláusulas de los contratos, incluyendo las relativas a la tasa de intereses y demás accesorios. En tal caso el consentimiento del acreditado deberá otorgarse por escrito al tiempo de pactarse la modificación.

M.21.3 TASA APLICABLE Y PERIODO DE COMPUTO DE INTERESES

En el evento de que las instituciones pacten las tasas de interés con base en una tasa de referencia, también deberán pactar que dicha tasa de referencia deberá ser la última publicada durante el periodo que se acuerde para el computo de los intereses o la que resulte del promedio aritmético dichas tasas, publicados durante el periodo de cómputo de los intereses.

M.21.4 TASAS DE REFERENCIA SUSTITUTIVAS

Las instituciones podrán pactar una o más tasas de referencia sustitutivas, para el evento de que deje de existir la tasa de referencia originalmente pactada.

M.21.5 TASAS DE REFERENCIA EN MONEDA NACIONAL

En las operaciones activas, denominadas en moneda nacional, únicamente se podrá utilizar como tasa de referencia: a) La tasa de interés interbancaria de equilibrio (TIE), b) La tasa de rendimiento en colocación primaria, de certificados de la Tesorería de la Federación (CETES) o c) El costo porcentual promedio de captación en moneda nacional que el Banco de México estime representativo del conjunto de las instituciones de banca múltiple y que publique en el Diario Oficial de la Federación (CPP). Tratándose de las tasas de referencia previstas en los incisos a) y b) deberá indicarse el plazo de las operaciones a las cuales esta referida la TIE o el plazo de los CETES.”

Respecto a decisiones el Banco de México, también determina, que considera para los efectos legales que procedan; que las instituciones incurren en actos que se alejen de las sanas prácticas bancarias, cuando no se ajusten a lo dispuesto en el

presente numeral, o no proporcionen a sus acreditados información clara y oportuna sobre el costo de los créditos que otorgan.

Estas determinaciones tomadas por el Banco de México, en la mayoría de los créditos otorgados por la Banca no ha sido respetada, perjudicando en todo momento los intereses del público usuario, ya que con esta situación la economía de estos últimos se ve mermada.

A continuación definiremos las tasas de interés más representativos y de uso común en la práctica bancaria.

Certificados de la Tesorería de la Federación (CETES). - Son título de crédito al portador a cargo del gobierno federal, cuyo único agente colocador en el mercado primario es el Banco de México. Su colocación en el mercado primario requiere de un procedimiento a través del cual, los postores proponen el monto y la tasa de descuento a la que pretenden adquirir los valores objeto de la subasta. La tasa se expresa en porcentajes a centésimos y en términos anuales. En la colocación secundaria se establece un rendimiento en favor de los clientes (mercado secundario).

Costo Porcentual Promedio de Captación en moneda nacional (CPP). - Es una estimación mensual que elabora y da a conocer el Banco de México, referida al costo porcentual promedio por concepto de tasa y en su caso sobre tasa de

rendimiento (por interés o descuento) de los pasivos en moneda nacional a cargo del conjunto de los bancos.

Indice Nacional de Precios al Consumidor (INPC). - Es un indicador económico que elabora y da a conocer el Banco de México. Su objetivo es reflejar, con la mayor certeza posible, las variaciones de precios a la alza y a la baja, que ocurren en el país.

Tasa Líder.- En la práctica bancaria se considera como la mayor parte entre un número dado de tasas de interés de más frecuente aplicación en la práctica financiera como los CETES, TIIE, etc. Así como la estimación de tasas denominado CPP; también es considerada como la más representativa del mercado, dando como resultado que sirve de referencia para fijar otras tasas.

Tasa de Intereses Interbancaria de Equilibrio (TIIE). - Tasa determinada por el Banco de México con base en las cotizaciones que presentan cuando menos seis instituciones de crédito, utilizando para ello el algoritmo de cálculo correspondiente, en caso de que las instituciones no presenten dichas cotizaciones, el Banco de México La determinará basándose en las condiciones prevalecientes en el mercado, este tipo de tasa sustituye a la TIIP, y su objetivo es reflejar las condiciones del mercado de dinero.

Tasa de Interés Intercambiaria Promedio (TIIP). - Tasa determinada por el Banco de México con base en cotizaciones que presenten cuando menos seis instituciones de crédito, y también en caso de que no exhiban las cotizaciones el Banco de México, la determina basándose en las condiciones prevaletientes del mercado.

Unidades de Inversión (UDI's). - Ya se había dado anteriormente su definición, pero se le define como una unidad de cuenta de valor real constante en que puede denominarse las operaciones celebradas con intermediarios financieros; además es un esquema financiero que permite llevar a valor presente las obligaciones en dinero. Permite conservar el valor real de los adeudos a favor o en contra, mediante la aplicación del Índice Nacional de Precios al Consumidor; el valor de las UDI's es en moneda nacional.

Por último quiero informar al lector que todas estas tasas a excepción de la tasa líder, son publicados en el Diario Oficial de la Federación.

3.7 LA INTERVENCION DE LA SECRETARIA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

La Secretaria de Hacienda y Crédito Público va a controlar a las instituciones de crédito, a través de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, el cual es un órgano desconcentrado de esta Secretaria, con autonomía técnica y facultades

ejecutivas en los términos de la propia Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Esta Ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de abril de 1995 y entro en vigor el 1º de mayo del mismo año.

La Comisión tiene por objeto supervisar y regular, en el ámbito de su competencia, a las entidades financieras a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento; así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo.

También tiene como finalidad supervisar y regular a las personas físicas y morales, cuando realicen actividades previstas en las Leyes relativas al sistema financiero.

Por entidades financieras vamos a entender que son sociedades controladoras de grupos financieros, como son las instituciones de crédito (Bancos), casas de bolsa, almacenes generales de deposito, etc. , respecto de los cuales la Comisión ejerce facultades de supervisión.

Para el cumplimiento de sus objetivos la comisión cuenta con las facultades que le otorgan las leyes relativas al Sistema Financiero, así como su propia Ley, los cuales se ejercen a través de los siguientes órganos: Junta de Gobierno, Presidencia,

Vicepresidencia, Controlaría Interna, Direcciones Generales y demás unidades administrativas necesarias.

Con relación al tema que analizo, es el Área de Vicepresidencia Jurídica, la encargada de resolver las reclamaciones que presentan los usuarios de los servicios que presta el Sistema Financiero Mexicano, en contra de las entidades sujetas a la supervisión de esta Comisión y en su caso actuar como conciliador y árbitro, respecto a las diferencias que pudiera suscitarse en estos casos.

Al respecto, también es su función imponer las sanciones administrativas por infracciones a las leyes que regulan las actividades, entidades y personas sujetas a la supervisión de la propia Comisión, conforme a las atribuciones delegadas por la Junta de Gobierno de la Comisión Nacional Bancarias y de Valores.

Desgraciadamente en la práctica jurídica, esta función por parte de la Vicepresidencia Jurídica, no se lleva a cabo en los términos previstos por la Ley de la Comisión y de la Ley de Instituciones de Crédito. Ya que el usuario acude a presentar su reclamación por escrito y le señalan una fecha de audiencia; la institución bancaria presenta su informe de la cuenta a cargo del usuario y simplemente sin ninguna explicación el abogado designado por la Comisión Nacional Bancaria da su total aprobación al informe presentado por el banco y además le señala al deudor que tiene que pagar.

De lo escrito anteriormente se puede apreciar que los derechos de los usuarios no son respetados en ninguna manera. Por lo que más que modificar las leyes, deba de vigilarse que este órgano desconcentrado haga realmente su trabajo.

3.8 LA INTERVENCION DEL BANCO DE MEXICO, EN LA DETERMINACION DE LAS TASAS DE INTERES

Como ya se había mencionado anteriormente, el Banco de México, es el responsable de determinar las tasas de interés, como resultado de ser el eje central del Sistema Bancario Mexicano con fundamento en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo de la Ley del Banco de México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 23 de diciembre de 1993, señala que: **“El Banco Central será persona de derecho público, con carácter autónomo y se denominará Banco de México. En el ejercicio de sus funciones y en su administración se regirá por las disposiciones de esta Ley Reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”**

Denominado también como el Banco de bancos y basándose en la autonomía de cual goza el Banco de México no puede recibir ordenes del Presidente de la República como Poder Ejecutivo ni tampoco el Poder Legislativo, aun cuando ambos

poderes tienen facultades dentro de la economía del país y con ello se separa la facultad de crear dinero de las necesidades de gasto que tiene el gobierno para cumplir con sus funciones.

En cuanto a sus funciones, el artículo 3º de la Ley del Banco de México, las especifica y a la letra dice:

- I. Regular la emisión y circulación de la moneda, los cambios, la intermediación y los servicios financieros, así como los sistemas de pagos.**

- II. Operar con las instituciones de crédito como banco de reserva y acreditante de última instancia.**

- III. Prestar servicios de Tesorería al Gobierno Federal y actuar como agente financiero del mismo.**

- IV. Fungir como asesor del Gobierno Federal en Materia Económica y particularmente, financiera.**

- V. Participar en el Fondo Monetario Internacional y en otros organismos de cooperación financiera, internacional o que agrupen a bancos centrales, y**
- VI. Operar con los organismos a que se refiere la fracción V anterior, con bancos centrales y con otras personas morales extranjeras que ejercen funciones de autoridad en materia financiera.”**

Entre otras muchas funciones, por lo tanto el objetivo primordial del Banco de México será:

1. Proveer a la economía mexicana de moneda nacional procurando la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda.
2. Promover el sano desarrollo del sistema financiero mexicano.
3. Que funcione adecuadamente el sistema de pagos, y al respecto respaldará a las instituciones bancarias en sus pagos.
4. Procurar la estabilidad de precios en el mercado, son el objetivo de mantener estable la inflación en el país.

En relación con la determinación de las tasas de interés, el artículo 26 de la Ley del Banco de México, señala:

“ Las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito, así como las de crédito, préstamo o reporto que celebren los intermediarios bursátiles, se ajustarán a las disposiciones que expida el banco central.

Lo dispuesto en este artículo será aplicable también a fideicomisos, mandatos o comisiones de los intermediarios bursátiles y de las instituciones de seguros y fianzas.”

Así mismo, el artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, señala:

“Las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones activas, pasivas y de servicios; así como de las operaciones con oro, plata y divisas, que realicen las instituciones de crédito y la inversión obligatoria de su pasivo exigible, se sujetaran a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Banco de México con el propósito de atender necesidades de regulación monetaria y crediticia.

En todo caso, las medidas que diste el Banco de México, se apegará a las disposiciones legales aplicables a las directrices de política monetaria y

crediticia que determine la Secretaria de Hacienda y Crédito Público en el ejercicio de las atribuciones que le asignan las leyes respecto a la dirección de dicha política, así como para planear, coordinar, evaluar y vigilar el Sistema Bancario Mexicano.

Las instituciones de crédito estarán obligadas a canjear los billetes y monedas metálicas en circulación, así como retirar de esta las piezas que el Banco de México indique.

Independientemente de las sanciones previstas en esta ley, el Banco de México podrá suspender operaciones con las instituciones que infrinjan lo dispuesto en este artículo”.

De lo citado por estos dos artículos se desprende que el Banco de México, es el responsable de determinar las tasas de interés, comisiones, descuentos, etc.; basado en el esquema económico fijado por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.

En cuanto a las reformas establecidas en la Ley del Banco de México, a través de la circular -114/95 de fecha 6 de noviembre de 1995, las más relevantes fueron:

- a) **El no pactar convenios de modificación de las tasas de interés, comisiones, etc. durante la vigencia del contrato.**

- b) **La posibilidad de fijar una tasa de referencia sustitutiva en el caso de que las originalmente pactadas dejen de existir.**

- c) **La obligación de utilizar en operaciones denominadas en moneda nacional, como tasa de referencia, únicamente la TIE, CETES o el C.P.P. y tratándose de UDI's, solo el C.P.P. y la tasa líder.**

Estas modificaciones ya fueron estudiadas dentro de esta tesis, en el tema de las tasas de interés. Por último, mencionaremos que el Banco de México, considerará para los efectos legales que procedan de las instituciones que incurran en actos que se alejen de las sanas prácticas bancarias. O no proporcionen a sus acreditados, información clara y oportuna sobre el costo de los créditos que otorgan.

De lo manifestado en este capítulo, el lector podrá apreciar que en la determinación de las tasas de interés van a estar considerados en 1er lugar, el Banco de México, 2º La Secretaria de Hacienda y Crédito Público, y en 3er lugar, las Instituciones Bancarias.

Sin que en ningún momento se tome en cuenta al usuario, deudor o acreditado. Y que a mi criterio, vendría a convertirse en el tercero perjudicado, de un contrato en donde se simuló o aparentó un acto distinto al prometido, porque los esquemas financieros establecidos para calcular los intereses de los créditos con garantía hipotecaria a través del llamado Crédito Adicional, en algunos casos son imposibles de pagar.

Y más, que ser un beneficio para el acreditado, se convierten en una gran carga económica a futuro. Acto que no debe permitirse, por lo que el usuario debe de hacer valer sus derechos contenidos en nuestra Constitución Política; particularmente lo establecido en el artículo 4º, párrafo 5º, que contiene el derecho del ciudadano a disfrutar de vivienda digna y decorosa, en donde la ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios para alcanzar este fin.

Esta garantía constitucional en muchos casos no se cumple para varias familias mexicanas, por lo que los usuarios deberán hacer valer sus derechos cuando estos sean violados; a través de las demandas que presenten ante el Tribunal Superior de Justicia de la Nación, solicitando se investigue dentro de las mismas, la licitud sobre el contenido de los contratos de apertura de crédito y garantía hipotecaria.

Primordialmente, por lo que respecta al cálculo y cobro de los intereses dentro del llamado crédito adicional, o un refinanciamiento de intereses donde se presume exista una simulación en cuanto lo inicialmente prometido por el banco a los usuarios, de que sus pagos mensuales se determinarían basándose en el salario del acreditado.

Así mismo existen otros artículos que las instituciones bancarias violan sin ningún tipo de restricción y en total perjuicio del cliente bancario que celebra este tipo de contratos. Que son los artículos 14, 16 y 17 Constitucional, debido a que los bancos contratan personal que sin ningún tipo de miramiento, amenazan y molestan en su lugar de trabajo y en su domicilio al usuario.

Sin que dicha acción, este respaldada por un mandato de autoridad judicialmente competente, solo por el hecho de estar el acreditado imposibilitado de cubrir mensualidades que requiere el banco, ya que estas se encuentran por encima de su propia capacidad económica.

**TULO 4. LA DECLARACION DE NULIDAD RELATIVA EN
LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON
GARANTIA HIPOTECARIA, QUE CONTENGAN UN
ACTO SIMULADO EN LA CLAUSULA QUE DETER-
MINE LAS BASES DEL CRÉDITO ADICIONAL.**

Concepto de Nulidad.

4.1.1 Diferencia entre Nulidad Absoluta y Nulidad Relativa.

4.1.2 Definición de Nulidad Relativa.

Elementos para declarar la Nulidad Relativa, cuando encierren un Acto Simulado.

Consecuencias jurídicas al determinar la Nulidad Relativa en los contratos de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria.

La correcta interpretación del Artículo 363 del Código de Comercio.

Aplicación del Artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, dentro de los contratos de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria.

CAPITULO 4. LA DECLARACION DE NULIDAD RELATIVA EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTIA HIPOTECARIA, QUE CONTENGAN UN ACTO SIMULADO EN LA CLAUSULA QUE DETERMINE LAS BASES DEL CREDITO ADICIONAL.

4.1 CONCEPTO DE NULIDAD.

Con el objetivo de que el lector tenga una mayor comprensión de este tema, me permito establecer la distinción entre un hecho jurídico y un acto jurídico.

El hecho jurídico consiste en todo suceso que se da en la naturaleza y que este relacionado con el hombre, así como todo comportamiento humano. Ambos acontecimientos tendrán consecuencias jurídicas en el área de Derecho, ya que tendrán como objetivo el nacimiento, modificación o pérdida de derechos o de situaciones jurídicas de las personas. La característica primordial es que el hombre no actúa con la intención de provocar efectos jurídicos.

En tanto que el acto jurídico es una manifestación expresa y tácita del hombre, ya que existe la intención y el propósito de crear, modificar o extinguir obligaciones o derechos.

Escrito lo anterior, es conveniente señalar que para que un acto jurídico exista, requiere de ciertos elementos esenciales y son:

- a) Manifestación de la voluntad.
- b) Un objetivo físico y jurídicamente posible.
- c) Una ley que reconozca las consecuencias jurídicas deseadas por el autor del acto.
- d) La Solemnidad; entendida como los requisitos y formalidades especiales necesarias para llevarse acabo el acto jurídico y tenga existencia plena.

Ahora bien, el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, señala que para la existencia de un contrato se requiere:

I. Consentimiento.

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Así mismo, el artículo 1795 del mismo ordenamiento legal, señala que el contrato puede ser invalidado por las siguientes razones:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de uno de ellos.**

- II. Por vicios del consentimiento (entendidos como el error, dolo, violencia, lesión o incapacidad con fundamento en el artículo 2230 del código civil).**

- III. Porque su objeto, o su motivo a fin sea ilícito.**

- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.**

Por último los elementos del acto jurídico, se clasifican en requisitos de existencia y en requisitos de validez.

Los requisitos de existencia son:

- a) La voluntad o consentimiento.

- b) Objeto que pueda ser materia del contrato.

- c) La solemnidad, solo en algunos ocasiones.
- d) La norma que reconoce los efectos del acto jurídico.

Los requisitos de validez son:

- a) La capacidad de las partes.
- b) La ausencia de vicios del consentimiento.
- c) La licitud en el objeto.
- d) La formalidad cuando la ley así lo exija.

Establecida la diferencia entre hecho jurídico y acto jurídico, así como los elementos y requisitos de validez, existencia e invalidez de este último. Pasaremos al análisis de nuestro tema: La Nulidad.

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, no señala una definición de nulidad. Sin embargo algunos autores nos proporcionan su definición que a continuación transcribimos.

Nulidad.- **“La ha definido Borda como la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico, en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de su celebración”** 41

El Lic. Edgard Baqueiro Rojas, la define, señalando. **“La nulidad constituye una sanción que la propia ley establece ante el abuso de los particulares al crear actos jurídicos que lo contrarían, impidiéndoles la posibilidad de generar las consecuencias de Derecho deseadas o destruir las nacidas”**. 42

Concluyendo que la nulidad es la sanción o el castigo que impone y determina la ley a todas aquellas personas que lleven acabo actos jurídicos que no reúnan o respeten los requisitos exigidos por la norma jurídica, dando como resultado que no se produzcan los efectos jurídicos deseados.

El artículo 2225 del Código Civil, establece la clasificación de la nulidad y a la letra dice: **“La ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición del acto produce su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la ley”**.

41. - Santos Cifuentes, Negocio Jurídico, Editorial: Astrea. p. 573

42. - Baqueiro Rojas Edgard, Derecho Civil, Editorial: Harla S.A. p. 121

LA NULIDAD ABSOLUTA

Esta es nula de pleno derecho, ya que es un acto jurídico que viola las leyes prohibitivas, y va en contra de los requisitos exigidos por la ley para su existencia, del orden público y de las buenas costumbres.

El artículo 8 del Código Civil, señala: **“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”.**

Así mismo el artículo 2226 del mismo ordenamiento legal señala: **“La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción”.**

De estos artículos se desprende, que puede hacer valer su derecho de acción y excepción de nulidad, toda aquella persona o tercero que tenga interés en declarar nulo un acto jurídico, que viole las normas jurídicas que amparen los intereses del orden público. Siendo su característica principal y que además vayan en contra de las buenas costumbres.

El derecho de hacerlas valer puede realizarse en cualquier tiempo, ya que su término es imprescriptible y no desaparece por confirmación, entendida esta última como la consecuencia de la Naturaleza Jurídica de la Sanción.

“La confirmación es el acto por el cual una persona protegida por la ley, renuncia a prevalecerse del vicio que ha afectado la manifestación de su voluntad”. 43

Y por último el acto jurídico afectado por esta clase de nulidad no se puede reparar, aunque tenga la falsa apariencia de legalidad y por tener esa apariencia, necesita obligatoriamente destruirse mediante la declaración de un juez.

LA NULIDAD RELATIVA

En cuanto a este tipo de nulidad su característica primordial y finalidad es la protección y tutela de los derechos de las personas en particular, lo que significa que fue creada para declarar nulo relativamente el acto jurídico que perjudica a ciertas personas y a quienes el derecho les ha concedido la acción para destruir dicho acto o bien convertirlo en acto válido y legal por simple confirmación o por el transcurso del paso del tiempo en tanto que no se haga valer la acción de nulidad.

Existe la nulidad Relativa del acto, cuando hay ilicitud en el objeto, en el fin o en la condición, o faltan los requisitos de validez.

43. - Lutzesco Georges, Teoría y Práctica de las Nulidades, México, Editorial: Porrúa S.A. 1945 p. 333.

“Siempre es relativa la nulidad que se funde en la incapacidad o en los vicios de la voluntad. El acto afectado de esta nulidad produce sus efectos, pero estos son destruidos retroactivamente por resolución judicial, y mientras esta no exista, el acto seguirá surtiéndolos.

Ahora bien, para que un acto afectado de nulidad relativa pueda anularse, la acción respectiva solo puede ser ejercida por el incapaz o su representante, así como por el que sufre la violencia o contrato por error”. 44

De lo escrito anteriormente, son aplicables los siguientes preceptos legales del Código Civil para el Distrito Federal, en materia Común.

Artículo 2227. - **“La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos”.**

Artículo 2228. - **“La falta de forma establecida por la ley, sino se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo”.**

Artículo 2230. - **“La nulidad por causa de error, dolo, violencia, lesión o incapacidad solo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios de consentimiento, se ha perjudicado por la lesión o es el incapaz”.**

44. - Op Cit. Baqueiro Rojas, Edgard, p. 122.

Artículo 2231. - “La nulidad de un acto jurídico por falta de forma establecida por la ley extingue por la confirmación de ese acto hecho en la forma omitida”.

Artículo 2232. - “Cuando la falta de forma produzca nulidad del acto, si la voluntad de las partes ha quedado constante de una manera inevitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley”.

Artículo 2233. - “ Cuando el contrato es nulo por incapacidad, violencia o error, puede ser confirmado cuando cese el vicio o motivo de nulidad, siempre que no concurra otra causa que invalide la confirmación”.

Artículo 2234. - “El cumplimiento voluntario por media del pago, novación o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad”.

Artículo 2235. - “La confirmación se retrotrae el día en que se verificó el acto nulo, pero ese efecto retroactivo no perjudicará a los derechos de tercero”.

Otra característica de este tipo de nulidad es que prescribe, por el simple transcurso del tiempo o por confirmación.

El término es de 60 días contados a partir del momento en que la persona afectada por el acto jurídico que se encuentra viciado; su voluntad de error y sus efectos les están causando un perjuicio. Al respecto es aplicable el artículo 2236 del Código Civil y a la letra dice:

“La acción de nulidad fundada en incapacidad o en su error, puede intentarse en los plazos establecidos en el artículo 638. Si el error se conoce antes de que transcurran esos plazos, la acción de nulidad prescribe a los 60 días, contados desde que el error fue conocido”.

Señala que una vez que se ha declarado la nulidad relativa de un acto jurídico, pueden instituirse las partes mutuamente lo que han recibido por consecuencia del acto anulado en algunas situaciones. En otras es imposible tal restitución por la misma naturaleza del acto, en donde puede prevalecer el mismo a petición de las partes, siempre y cuando reúna los requisitos de legalidad.

Y por último en relación con el artículo 2224, del ordenamiento legal invocado y que a la letra dice: **“ El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción, su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.**

En relación con esta figura de inexistencia, cabría mencionar que los teóricos franceses establecieron dos corrientes dentro de la Teoría de las Nulidades. La bipartita compuesta por la nulidad relativa y la absoluta, y la tripartita en donde se agrega además la figura de la inexistencia.

Como podrá darse cuenta el lector, el Derecho Mexicano la tiene contemplado dentro del artículo 2224, mismo que ya se transcribió y que de su lectura podemos concluir. Que la inexistencia es el castigo a la pena que la ley impone por falta de los requisitos de existencia como el consentimiento y el objeto del acto jurídico. Dando como consecuencia que no tenga nada jurídico y como resultado no produce efectos legales.

Sin embargo en la práctica, la inexistencia y la nulidad, solo tienen diferencias teóricas, porque reciben ambas el mismo tratamiento dentro del procedimiento. Así como las consecuencias una vez declarado nulo absolutamente o inexistente el acto jurídico.

La única diferencia que sobresaldría, es que la nulidad requiere declaración judicial expresa de una autoridad. Y la inexistencia no, por la sencilla razón de que no existe. Esto por resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. (Fuente Semanario Judicial de la Federación, Instancia tercera sala, Epoca 6A, Volumen: XCVI, Pag. 67).

4.1.1 DIFERENCIA ENTRE NULIDAD ABSOLUTA Y NULIDAD RELATIVA

La diferencia principal y primordial entre estas dos nulidades, radican en:

1. - La Nulidad Absoluta tiene como finalidad proteger el interés público, por lo que todos los actos que se ejecuten contra el tenor de las leyes prohibitivas en perjuicio de la sociedad, serán nulos con fundamento en el artículo 8 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en materia Federal. En tanto que la Nulidad Relativa, tiene por objetivo la protección de los intereses jurídicos de determinadas personas físicas o morales y por lo tanto solo puede ejercerla la persona a quien van a perjudicar los efectos del acto jurídico.

2. - La Nulidad Absoluta no produce efectos jurídicos, por lo que una vez anulado el acto, las partes deben restituirse mutuamente lo que han recibido en virtud o por consecuencia de la anulación de dicho acto con fundamento en el artículo 2239 del ordenamiento legal anteriormente citado. En tanto que la Nulidad Relativa va a producir parcialmente sus efectos jurídicos, ya que una vez declarada la nulidad de alguna o algunas cláusulas, el contrato subsiste. En muchos actos el acto viciado podrá prevalecer por confirmación o prescripción.

3.- La Nulidad Absoluta es imprescriptible, no existe término para ser invocado por cualquier persona que tenga interés y derecho de hacer valer dicha

Nulidad. A diferencia de esta última, la Nulidad Relativa puede hacerla valer aquella persona que se le perjudique con los efectos del acto jurídico. Por lo que este tipo de nulidad, si tiene término para prescribir, el cual es de sesenta días contados a partir del momento en que la persona sepa de la existencia del acto viciado, con fundamento en el artículo 2236 del Código Civil.

4.1.2 DEFINICION DE NULIDAD RELATIVA

De todo lo escrito en este capítulo, puedo concluir y definir a la Nulidad Relativa de la siguiente manera:

Es la sanción que impone la ley, a través de una declaración judicial a petición y con la finalidad de proteger a todas aquellas personas físicas o morales que en forma particular y especial, les perjudique los actos de un determinado acto jurídico. Esta sanción tiene por objetivo destruir dicho acto o bien convertirlo en un acto legal por simple confirmación o prescripción, en tanto no se haga valer la acción de nulidad.

4.2 ELEMENTOS PARA DECLARAR LA NULIDAD RELATIVA, CUANDO ENCIERRE UN ACTO SIMULADO.

Este subcapítulo encierra una de las finalidades primordiales de la presente tesis que consiste en prevenir al usuario de la banca a que conozca los riesgos que encierra un acto simulado dentro de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria. Dando como resultado la necesidad de asesorarse de un excelente Analista Financiero o un Físico Matemático, además de un buen Licenciado en Derecho, antes de firmar este tipo de contratos.

De la lectura de la mayoría de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria que contengan las cláusulas en donde se determinan el significado, aplicación y cobro del llamado crédito adicional, interés compuesto o pago anticipado, estamos hablando de un contrato simulado. ¿Por que?.

La respuesta es sencilla, en ningún momento estas cláusulas detallan en forma clara y precisa el significado y la forma de cobrar este concepto al usuario por parte del banco. El cual fue redactado por este último y autorizado por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

Por lo que se le informa al usuario simplemente que liquidará dicho crédito a un plazo de 10, 15 o 20 años conforme al crédito pactado y al sueldo que percibe el usuario. Este con la ilusión de poseer una casa y confiando en la promesa del

funcionario del banco y de la fe pública que otorga el Notario Público, firma el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, por lo que desde ese momento comete un error determinante, ya que posteriormente al llegarle mensualmente su estado de cuenta, apreciará que a medida que transcurre el tiempo cada vez será más difícil realizar los pagos de la hipoteca.

Ahora bien, por error debe entenderse como el falso convencimiento que se tiene sobre la persona, el objetivo o el motivo real sobre lo que se contrata. Esto quiere decir que la voluntad interna del usuario va a ser distinta a su voluntad externa, porque va a estar viciada esta última, por la falsa información que proporciona el banco para determinar el pago de los interés o el capital.

“La jurisprudencia distingue entre el error de derecho y el error de hecho; el primero se refiere a la ignorancia de una disposición legal, el segundo se funda en una equivocación de orden personal en que a menudo han participado ampliamente las circunstancias, además de una falta de experiencia.

Por error de derecho, como el error de hecho, esta solucionado por la Nulidad Relativa”. 45

45. - Lutzesco Georges, Teoria y Practica de las Nulidades, México, Editorial: Porrúa, S.A. 1945, p.317.

Señalado lo anterior, el usuario al presentar estas características mencionadas dentro de su contrato, deberá demostrar ante el Tribunal Superior de Justicia de esta ciudad, que celebró un contrato simulado de apertura de crédito con garantía hipotecaria y este hecho podrá hacerlo valer con el esquema financiero que calcule un Perito en Actuaría, Físico Matemático o Ingeniería.

El cual tomará como base las tasas de interés que utilice dicho banco y la inflación que vive el país, comprobando que los 10, 15, o 20 años que señale el banco dentro del contrato, como plazo por liquidar el crédito, es falso. Este acto simulado es lo que debe demostrarse principalmente, no tanto la capitalización de intereses.

El usuario a partir del momento en que se de cuenta de que firmó un contrato simulado, fundándose en el vicio del error, tanto de hecho como derecho. Tendrá sesenta días, para hacer valer su acción de Nulidad Relativa.

Por último cabe hacer la siguiente petición en forma respetuosa a través de esta tesis, al Honorable tribunal Superior de Justicia de esta ciudad, el cual no debe respaldarse en el hecho de declarar improcedente en la práctica la acción de nulidad, hecha valida por el acreditado. Debido a que este último a venido pagando sus estados de cuenta por la simple confirmación, aplicando incorrectamente el artículo 2234 del Código de Comercio y que a la letra dice:

“El cumplimiento voluntario por media del pago novación, o por cualquiera otro modo, se obtiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad”. Si no por el contrario los Honorables Jueces deberán analizar contrato por contrato en materia hipotecaria, emitidos por las instituciones bancarias. Siempre y cuando se encuentre dentro del término de sesenta días, señalados por la ley para hacer valer su acción, a partir del momento en que el usuario, se de cuenta del error.

Y tomando siempre en consideración los Honorables Magistrados y Jueces que se encuentran en juego las fincas de los acreditados, siendo un patrimonio que protege y tutela con garantía, la ley en su artículo 4º constitucional.

4.3 CONSECUENCIAS JURIDICAS AL DETERMINAR LA NULIDAD RELATIVA, EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTIA HIPOTECARIA.

En la práctica la mayoría de los acreditados o deudores que han firmado este tipo de contratos, desean seguir conservando su finca por el valor sentimental y económico que ello representa. Sin embargo las consecuencias jurídicas van a consistir en los efectos jurídicos parciales que el acto simulado provoca dentro del contrato. Por lo que las cláusulas relativas al interés compuesto, pago anticipado, o crédito adicional que se encuentren viciados por el error cometido por el deudor,

deberán declararse judicialmente nulas, debiendo subsistir parcialmente el objeto y motivo y fin de contrato.

Así mismo, el Honorable Juez deberá condenar a la institución bancaria al pago de daños y perjuicios ocasionados al acreditado por no haber proporcionado la información correcta sobre el cálculo y cobro del llamado crédito adicional y provocar con esto que el usuario firmara un contrato simulado.

Por último, el banco deberá restituir el dinero que el deudor haya pagado en demasia.

4.4 LA CORRECTA INTERPRETACION DEL ARTICULO 363, DEL CODIGO DE COMERCIO

Considero prudente iniciar este tema, con la transcripción del artículo 363 del Código de Comercio y que a la letra dice: **“Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, los contratantes podrán, sin embargo capitalizarlos”**.

De la citación de este artículo, se desprende que la resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de fecha 11 de noviembre de 1998, fue injusta y a mi criterio absurdo. Al determinar como legal, la capitalización de intereses dentro de los contratos celebrados entre el público usuario y la banca.

Demostrando con esta decisión los Honorables Ministros, que los intereses de los bancos prevalecen sobre las necesidades de la población, porque esta en este momento en juego la pérdida total de sus casas, negocios, patrimonios, etc.

Aún cuando los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tiene la obligación de velar por los intereses de la sociedad mexicana, y al respecto la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala en su artículo 1° que a la letra dice:

“En los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

En relación con lo anterior, el artículo 4° en su párrafo quinto de este mismo ordenamiento legal, señala: **“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”.**

Existe en mi opinión, una contradicción en lo establecido por este artículo 4° Constitucional y la Resolución emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Con respecto a la legalidad de la capitalización de intereses dentro del llamado crédito adicional o también conocido en otros contratos como pago anticipado e intereses compuestos.

Dando como resultado que el dinero producto del esfuerzo y trabajo de las familias mexicanas, se canalice en un 80% al pago de una deuda hipotecaria con el banco contratado. Descuidando así sus necesidades apremiantes como vestimenta, educación etc. Ante la amenaza latente de embargo por parte de los bancos.

Al respecto es aplicable lo establecido en el segundo párrafo del artículo 28 Constitucional y que a la letra dice:

“La ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí y obligar a los consumidores o pagar precios exagerados y en general, todo lo que constituye una exclusiva indebida, a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”.

Por último, me queda señalar que el artículo 363 del Código de Comercio prohíbe en forma clara y determinante, que los intereses vencidos y no pagados produzcan nuevos intereses; sin embargo los contratos en caso de caer en mora, respecto al tema que estamos manejando, se pueden convenir con el banco

posteriormente y en forma accesoria el contrato principal, que los intereses se capitalicen en caso de que nuevamente se atrasen en sus pagos.

Por lo que el acreditado o deudor debe hacer valer sus derechos, aún cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, haya determinado la legalidad de la Capitalización de intereses dentro del llamado crédito adicional. Porque cada contrato con garantía hipotecaria es distinto y el deudor como tercero perjudicado, debe demostrar la existencia de la simulación dentro de este tipo de contratos.

A través de un Dictamen Pericial Financiero, que demuestre el cobro exagerado de los intereses por parte de la banca. Y que el esquema financiero diseñado por los bancos para liquidar dicho créditos a 10, 15, y 20 años por el acreditado, simplemente son imposibles de pagar y por el contrario aún cuando el deudor pague puntualmente su estado de cuenta, su saldo se triplicaría.

Esta información en ningún momento se le proporciona al acreditado, lo que provoca que a través de esta situación, el deudor firme por error un contrato simulado.

Por lo que el Perito en Ingeniería, Actuario o Matemático Financiero, debe demostrar que los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, contiene un esquema financiero para el cálculo de intereses que simula o da una falsa apariencia al acreditado de que liquidará su crédito a 20 años. Cuando en realidad lo

hará en 30 años. De este acto esta consciente el Banco de México, la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, a través de la Comisión Nacional Bancaria como su órgano desconcentrado y la Banca. Ya que son ellos los que determinan las bases y cláusulas de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, así como el cálculo de las tasas de interés y los parámetros de la inflación dentro del país.

Por lo que esta situación ya no se debe permitir ni por la ley ni por la población. Siendo el objetivo de la elaboración de esta tesis, el que el lector, analice y determine lo que mejor le convenga, con total conocimiento en los procesos de otorgamiento de créditos.

4.5 APLICACION DEL ARTICULO 2397 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, DENTRO DE LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTIA HIPOTECARIA

El subtema 4.4 de este capítulo, consistente en la correcta interpretación del artículo 363 del Código de Comercio, se encuentra estrechamente relacionado con el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal. Por la sencilla razón de que ambos prohíben la capitalización de intereses, por lo que a continuación me permito transcribir el citado artículo, que a la letra dice:

Artículo 2397. - “Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses”.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a determinado que los contratos celebrados entre particulares y los bancos, deben ser considerados como actos de comercio por estar contemplados así en el artículo 75 del Código de Comercio, fracción XIV y que a la letra dice:

Artículo 75. - “La ley reputa actos de comercio...

Fracción XIV.- Las operaciones de bancos...”

Así mismo señala que a falta de disposición en el Código de Comercio, deberán regirse los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, por la Ley de Instituciones de Crédito, por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por la Ley del Banco de México y demás leyes complementarias.

A mí criterio, considero que esta decisión o resolución tomada por los Ministros que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no debe ser aplicada a los contratos con garantía hipotecaria. Por la sencilla razón, de que no puede perderse de vista la finalidad que tienen este tipo de contratos otorgados a los acreditados.

Que son con el fin de poder obtener prestamos financieros para la compra de un inmueble, para la construcción de una vivienda, o la realización de mejoras a la misma. Todas estas finalidades, son en beneficio de la familia del acreditado o deudor, por lo que para apoyar este razonamiento, me fundamento en los siguientes artículos del Código de Comercio, que a la letra dicen:

Artículo 1. - “Los actos comerciales solo se registrarán por lo dispuesto en este código y las demás leyes mercantiles aplicables”.

Artículo 2. - “A falta de disposición de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las de derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia Federal”.

Artículo 358. - “Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas a este. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes”.

Así mismo cabe recordar, que los contratos otorgados con garantía hipotecaria, así como el juicio especial hipotecario, se encuentran regulados por el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, dentro de su título decimoquinto. Y el procedimiento del juicio

especial hipotecario, por el Código de Procedimientos Civiles Vigente, para el Distrito Federal.

Concluyendo por lo tanto, que los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, deberán ser regulados por los ordenamientos legales anteriormente citados.

Ya que como se ha mencionado, los usuarios que contratan este tipo de créditos, lo hacen con el fin de cubrir una necesidad de vivienda vital para el sano desarrollo de su familia; mas no para obtener un beneficio económico. Que es lo que pretende hacer creer la Institución Bancaria y que toma como base para que se considere como un Acto Mercantil.

Bajo esta visión, los Jueces de este H. Tribunal Superior de Justicia del D.F. aplican dicha Legislación Mercantil dejando sin defensa al usuario. Siendo que realmente estamos en presencia de un Contrato Civil, en donde la finalidad primordial debe de ser la protección de los derechos y obligaciones de los particulares.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Sobre la base del análisis realizado, puedo manifestar que la simulación relativa consiste en la celebración de un acto real, verdadero y querido por las partes, las cuales disfrazarán en forma consiente, deliberada y en secreto; ya sea dentro de su naturaleza, su objeto o las partes que intervienen en el acto mismo, con el objetivo de ocultar de esta forma su verdadera intención, que es la de buscar un perjuicio contra una tercera persona.

SEGUNDA.- Del estudio realizado a los contratos de Apertura de Crédito con garantía hipotecaria se concluye, que aún, cuando tiene el carácter de escritura pública, el banco con autorización del Banco de México y la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, determinan el contenido de las cláusulas sin tomar en cuenta al usuario; primordialmente la cláusula que determina el calculo de los intereses, comisiones y pago al capital. Y que en la mayoría de los casos, dicho calculo va a estar por encima de los ingresos del acreditado, dando como resultado que este último como tercero perjudicado, incumpla el citado contrato.

TERCERA.- Como consecuencia del incumplimiento del contrato, el banco se convierte en acreedor y el usuario en deudor, existiendo una contradicción por el banco; ya que este, antes de autorizar el crédito hipotecario al usuario, realizó un

estudio socioeconómico para conocer su viabilidad económica de este último. Por lo tanto, la institución bancaria sabe de antemano el ingreso financiero del deudor, lo que da como resultado que los pagos mensuales que incluyen tanto pago a intereses, a comisiones y a capital, deben ser calculados basándose en el salario mensual percibido por el deudor; por lo tanto quien incumple el contrato es el banco y no el acreditado.

CUARTA.- Debido a ello, el sistema de crédito adicional es un esquema financiero creado desde el punto de vista económico, a través del cual, el acreditado puede disponer de una cantidad de dinero adicional al crédito hipotecario concedido originalmente, y que utilizará, en el caso de que no logre completar el pago mensual de intereses; sumándose dicha cantidad a la totalidad del capital. Por lo cual concluyo, que en dicho esquema no se esta contemplando desde ningún punto de vista jurídico, la defensa del usuario; sino por el contrario, es un mecanismo que genera más dinero para la Banca, en perjuicio de los acreditados.

QUINTA.- Por lo tanto, considero que el sistema de crédito adicional es un acto de simulación relativa, por que la institución bancaria finge prestar al usuario mes con mes, una cantidad de dinero adicional para el pago de intereses que el mismo banco calcula. Y que además, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, al deudor le es entregado físicamente el dinero que le presta la institución bancaria derivado del crédito adicional, lo que da como resultado una falsa apariencia.

SEXTA.- De ahí, que una vez que el usuario se percate que cometió un error determinante al firmar un contrato simulado, deberá de hacer valer su acción de nulidad relativa en él término de sesenta días, contados a partir del momento en que se de cuenta que el contrato se encuentra viciado en alguna o algunas de sus cláusulas. Las cuales por ley deberán declararse nulas, subsistiendo jurídica y parcialmente el objeto, motivo y fin del contrato.

SEPTIMA.- A mi criterio y aún, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que el anatocismo es legal, esta afirmación se convierte en una agresión a la ley, al permitir el Estado el acaparamiento de la riqueza en pocas manos; ya que la utilidad de los bancos recae en la capitalización de intereses en daño de los usuarios de la banca, que son una gran parte de la población mexicana; violando con esto, lo establecido en los artículos 1o, 4o, quinto párrafo y 28o, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

OCTAVA.- Aun cuando, desde un punto de vista económico las operaciones bancarias son consideradas como actos de comercio, el lector no debe de perder de vista la finalidad que tiene el usuario bancario al solicitar este tipo de créditos hipotecarios; ya que es con el objetivo de obtener un terreno, la realización de mejoras a su casa o la compra de una vivienda digna para su familia. Convirtiéndose por lo tanto en una necesidad, que el Estado, debe de apoyar con los medios necesarios para ser obtenidos.

NOVENA.- Para concluir esta tesis, mi propuesta consiste, en que los juicios Especiales Hipotecarios y todos los juicios donde coincidan particulares e instituciones bancarias que conlleven una garantía hipotecaria, deberán ser regulados por el Código Civil para el Distrito Federal en materia Común, como se contempla dentro de su título Decimoquinto y demás artículos aplicables del ordenamiento legal citado. Ya que en caso contrario, la aplicación del Código de Comercio a este tipo de contratos tendrá como intención primordial la protección de los intereses de la banca, sin que en ningún momento se tome en cuenta los derechos del deudor.

DECIMA.- Por lo que es necesario que los Jueces del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, analicen e identifiquen dentro de las demandas presentadas por los deudores, aquellas en las que se presume exista una simulación relativa, dentro de su naturaleza, su objeto y las partes que intervienen en dicho contrato. Con el objetivo de que el H. Juez pueda emitir una sentencia justa y apegada a derecho, en donde declare la nulidad relativa de las cláusulas que se encuentren viciadas, subsistiendo las restantes con todas sus consecuencias jurídicas. Prevalciendo por lo tanto el acto celebrado entre el banco y el deudor.

BIBLIOGRAFIA

DOCTRINA

Acosta Romero Miguel, Derecho Bancario, 4ª Edición, México, Editorial: Porrúa, S.A. de C.V, 1991, p.p. 969.

Albero Gherzi Carlos, Derecho Civil, parte General, Argentina, Editorial: Astrea de Alfredo y Recardo do Palma, 1993, p.p. 476.

Baqueiro Rojas Edgar y Buenrostro Báez Rosalia, Derecho Civil, 2a Edición, México, Editorial: Harla S.A, 1995, p.p. 348.

Boffi Boguero Luis María, Tratado de las Obligaciones, Tomo 2, Argentina, Editorial: Astrea de Rodolfo de Palma y Hnos. 1973, p. 594

Bollini Shaw-Boneo Villegas, Manual para Operaciones Bancarias y Financieras, 2ª Edición, Argentina, Editorial: Abeledo- Perrot, 1981, p.p. 412

Borda. Guillermo A, Manual de Derecho Civil, 14ª. Edición, Actualizada, Argentina, Editorial: Emilio Perrot, 1989, p.p.598

Borja Soriano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, 12ª Edición, México,

Editorial: Porrúa, S.A. 1991, p.p. 549.

Dávalos Mejía Carlos Felipe, Títulos de Crédito, 2ª Edición, Tomo: I, México.

Editorial: Harla S.A, 1992, p.p. 497.

Dávalos Mejía Carlos Felipe, Derecho Bancario y Contratos de Crédito, 2ª Edición,

Tomo: II, México, Editorial: Harla S.A, 1992, p.p. 552.

De Castro y Bravo Federico, El Negocio Jurídico, España, Editorial: Civitas S.A.

1991, p.p. 550

De Pina Vara Rafael, Elementos de Derecho Mercantil Mexicano, 21ª Edición,

México, Editorial: Porrúa, S.A. de C.V, 1990, p.p. 471.

Díaz Bravo Arturo, Contratos Mercantiles, 5ª Edición, México, 1995, p.p. 310.

Díaz Duarte Raúl, La Simulación de Contratos en el Código Civil, chileno Teoría

Jurídica y Practica Forense, Chile, Imprenta Chile Teatines 760, 1957, p.p. 165.

Díaz González Carmelo. Iniciación a los Estudios de Derecho Hipotecario, Tomo III, España, Editorial: Revista de Derecho Privado. 1967, p. 2

Domínguez Martínez Jorge Alfredo, Derecho Civil, parte General, 4a Edición, México, 1994, p.p. 696.

Ferrara Francesco, La Simulación de los Negocios Jurídicos, España, Editorial: Revista de Derecho Privado, 1960, p.p. 462.

Fentanes Méndez, Cesar, Reflexiones Jurídicas sobre la Nulidad y la Validez del Pacto de Anatocismo, Mc. Allen Tx, U.S.A, Ediciones: Del Autor, 1998, p.p.77.

Fentanes Méndez, Cesar, Los Actos Ilícitos de los Bancos y los Jueces, 2ª Edición, Mc. Allen, Tx, U.S.A, Ediciones: Del Autor, 1995, p.p. 861.

Galindo Garfías Ignacio, Teoría General de los Contratos, México, Editorial: Porrúa S.A. de. C.V, 1996, p.p. 471.

Garrigues Joaquín. Curso de Derecho Mercantil, 6ª Edición, Tomo II, México, Editorial: Porrúa S.A, 1979, p.p. 168

Gilberto Villegas Carlos, El Crédito Bancario, Argentina, Buenos Aires, Editorial: Ediciones de Palma, 1988, p.p. 364.

Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones, 9ª Edición, México, Editorial: Porrúa S.A, 1993 p.p. 1175

Lutzesco Georges, Teoría y Práctica de las Nulidades, 7ª Edición, Reimpresión, México, Editorial: Porrúa S.A, 1993 p.p. 450

Muñoz Luis, Derecho Bancario Mexicano, 1ª Edición, México, Editorial: Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1974, p.p. 531

Pérez Güemes Jesús, Solo para Deudores, 3ª Edición, México, Editorial: Cárdenas, Editor y Distribuidor, 1996, p.p. 331.

Rodríguez Alfredo C, Técnica y Organizaciones Bancarias, Argentina, Editorial: Ediciones Macchi, 1993, p.p. 642.

Rodríguez Rodríguez Joaquín, Derecho Bancario, 5ª Edición, México, Editorial: Porrúa S.A, 1978, p.p. 541.

Ruiz Torres Humberto Enrique, Elementos de Derecho Bancario, México, Editorial: Mc. Graw-Hill, 1997, p.p. 175.

Santos Cifuentes, Negocio Jurídico, Argentina, Editorial: Astrea de Alfredo y Depalma Recardo, 1986, p.p. 722.

Soto Alvarez Clemente, Prontuario de Derecho Mercantil, México, Editorial: Limusa S.A. de C.V, Grupo Noriega Editores, 1994, p.p. 426.

Stolfi Giuseppe, Teoría del Negocio Jurídico, España, Editorial: Revista de Derecho Privado, 1981, p.p. 311.

Treviño García Ricardo, Los Contratos Civiles y sus Generalidades, 5a Edición, México, Editorial Mc. Graw Hill, 1995, p.p. 777.

Urbina Nandayapa Arturo, Como defender su Deuda Hipotecaria, México, Editorial: Sicco, S.A. de C.V, 1996, p.p. 153.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en Materia Federal.

Código de Comercio.

Ley del Banco de México.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

JURISPRUDENCIA

CRÉDITO ADICIONAL O REFINANCIAMIENTO, SISTEMA DE. ES UN ACTO SIMULADO QUE ENCIERRA UN PACTO DE ANATOCISMO.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Epoca, Tomo: VII, Febrero de 1998, Tesis: 1.7 o. C. J/2, p. 415.

ECONOGRAFIA

Cabanellas Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 21a Edición, Tomo IV, F-I, Argentina, Editorial: Heliasta S.R.L. 1989.

Flores Leonor, El Financiero S.A., Diario, México, D.F. a 18 de Octubre de 1998, p. 42.

Sandoval Antonio y otro. El Financiero S.A., Diario, México, D.F. a 31 de Agosto de 1998, p. 10.

Torres García Guadalupe, Estrategia Legal, Publicación Bimestral, México, Editorial: Edición de Autor, 1998, p. 16-17.