

490



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
CIUDAD UNIVERSITARIA**

29/06/99

**“ LA VIOLACION A LAS DISPOSICIONES
DE ORDEN PUBLICO EN EL CONTRATO
DE APERTURA DE CREDITO CON INTERES
Y GARANTIA HIPOTECARIA ”**

T E S I S

PARA OBTENER EL TITULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

EDUARDO LIMA CUAUHXOCHITL

ASESOR DE TESIS :

LIC. ALFREDO RAMIREZ CORTES

MEXICO, D. F.

2001



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 mis padres;

Quienes con su cariño me colocaron en este sendero de la vida, gracias.

**Eva Cuauhxochitl Gonzaga.
Fernando Lima Carreto.**

Muy en especial a mi madre que siempre ha estado conmigo, y que de su manera tan peculiar de demostrar su cariño e incondicional forma de ser, me inculcó el prepararme y superarme siempre.

Por que como resultado a ello, es y será siempre mi amiga sincera y madre ejemplar.

Gracias Eva, por que siempre has estado cuando más te he necesitado.

Por ello doy gracias a Dios que estén conmigo en este momento tan importante en mi vida, y poder retribuirles con este pequeño tributo a todo su esfuerzo y dedicación.

Gracias Mamá.
Gracias Papá.

A mis hermanos;

Por que han sido mi inspiración y reto cada uno de ustedes. gracias

**Fernando
Ricardo
Patricia**

Por que para mí es importante agradecer todos los consejos y experiencias que sirvieron a ustedes para crecer y superarse, por que a pesar de nuestra niñez tan fugaz y convivencia tan efímera, he observado y reconocido su madurez como personas, como hombres de familia y como profesionistas.

Por ello le doy las gracias Dios que compartan este momento tan especial a mi lado, y que este trabajo pueda decir y agradecer lo que han hecho por mi, que los quiero mucho, y que su ejemplo será mi fuerza para seguir adelante.

No me queda más que agradecerles por todo aquello que no pudieron decirme por falta de tiempo o de palabras, pero que está grabado en mí para siempre.

Gracias a todos.

A mis mejores amigos;

Quienes han sido mis compañeros de cien batallas,
gracias.

**M. Teresa Pérez Sandoval.
Alejandro Castillo Valdes.**

Realmente tengo que agradecerle a Dios
que estén conmigo, y que sea yo partícipe de
esa amistad tan incondicional y sincera que me
han brindado.

Pero sobre todo agradecer que su apoyo,
regañs y consejos no han sido en vano, y es
en agradecimiento a todas esas experiencias
que los hago parte de este trabajo como suyo.

Por que siempre han estado ahí cuando
más los he necesitado.

Gracias a ambos.

Gracias Tere.
Gracias Alex.

**Reconocimiento al Director del Seminario
de Derecho Civil y a mí asesor de Tesis.**

Que con su asesoría y su valioso tiempo, logré este trabajo. gracias.

**Dr. Iván Lagunes Pérez.
Lic. Alfredo Ramírez Cortés.**

Realmente no tengo palabras para agradecer la paciencia depositada y el tiempo que compartieron conmigo, por que reconozco que su trabajo no es fácil, y agradezco que ambos coincidieran que el material presentado es digno para sustentar mi examen profesional.

Pero sobre todo debo agradecer que sin su apoyo no pudo ser posible su realización, convirtiéndoles en coautores y merecedores de igual satisfacción en su realización en todos sus conceptos.

Por que su experiencia es el mejor camino y ejemplo que pueda seguir.

Gracias a ambos.

INTRODUCCIÓN.

Las instituciones bancarias hacen del otorgamiento de un contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria toda una competencia, donde se trata de convencer al público en general de que las expectativas o proyectos financieros que ofrecen son mejores que las de ningún otro banco.

Esto tiene una importancia fundamental en el trabajo de investigación que ahora presentamos, ya que las ofertas financieras de los bancos se convierten en motivo determinante de la voluntad del deudor al solicitar el crédito, y condición fundamental para suscribirlo.

El Crédito hipotecario es un préstamo que se utiliza para obtener una suma de dinero para un fin determinado; donde generalmente queda un bien inmueble como garantía; y en el supuesto que el deudor no pueda liquidar dicho préstamo, el acreedor o banco puede hacer efectiva la garantía, embargándola y cobrándose con el producto de su venta o remate.

El crédito como servicio, no debe causar una carga o gravamen mayor que el beneficio mismo implicado, porque entonces deja de ser un servicio,

traduciéndose en ruinoso perjuicio; ya que el servicio, atrae implícito como su nombre mismo un beneficio, por que hace servir o funcionar algo.

La Banca y Crédito es un servicio público, cuyo fin es el de apoyar y promover la fuerzas productivas de la economía nacional , como lo manda la parte final del artículo 25 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; servicio respecto del cual ejerce la rectoría el estado, lo que nos indica que su naturaleza es eminentemente pública por la importancia que reviste para la sociedad, a quien se debe dar entera seguridad, por ser nosotros los usuarios de ese servicio en nuestro beneficio y nunca en nuestro perjuicio; Para ello, el contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria debe de otorgarse en base a un proyecto de inversión determinado y a la viabilidad del mismo, para que tenga una relación adecuada con los montos, plazos, regimenes de amortización, períodos de gracia, y en general una certidumbre presente y previsible para los acreditados; lo que acarrea como consecuencia que el acreditado estaría protegido por las altas tasas de interés espontaneamente surgidas en la vida del crédito; de tal forma que su mensualidad, estaría dentro de las proporciones razonables de acuerdo a su ingreso mensual previsible.

En suma de lo anterior, analizaremos en el primer capítulo un

panorama general de la obligaciones civiles, su concepto, los sujetos que intervienen, así como sus diferentes fuentes; encaminando al lector a la introducción de los elementos de validez y de existencia en los contratos, así como de su inexistencia o nulidad en los actos jurídicos.

En el segundo capítulo se analizará al sistema bancario como servicio público y ente regulador del Sistema Financiero Mexicano, al concepto de crédito y dos de los contratos más utilizados en este medio, las partes que intervienen, sus elementos de validez, existencia y sus garantías en ellos.

De tal forma que en el tercer capítulo nos adentraremos al análisis doctrinal por incumplimiento en las obligaciones, conoceremos cual es el llamado orden público, la teoría de la imprevisión, la capitalización de interés sobre interés llamado también pacto de anatocismo, la jurisprudencia que sostiene las contradicciones de tesis en estos rubros y finalmente analizaremos la lesión civil y su concepto, lo que nos servirá para tener los parámetros necesarios y entender realmente si el tema que nos ocupa es un vicio del consentimiento o un abuso por suma inexperiencia, además de conocer, aunque someramente las acciones que procesalmente pueden ser ejercitados en caso de reunirse estos supuestos en la lesión.

Finalmente en el cuarto capítulo, analizaremos por que se determina inviable al otorgamiento del contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, por no contar éste con los presupuestos que exige el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito; además de evidenciar las violaciones que atentan contra las disposiciones de orden público, el sano desarrollo económico y la sana convivencia de las personas en general.

Concluyendo en este capítulo con la propuesta de reforma al artículo 2395 del Código Civil para el Distrito Federal que es finalmente una consideración fundamentada, en que si se reúnen violaciones a las disposiciones de orden público en el contrato de apertura de crédito, éste deberá ser declarado nulo por contravenir al interés público y a las buenas costumbres.

El presente trabajo, es un camino que pueda servir a abogados a encaminarse en juicios futuros, sin que por ello sea un modelo que supere la sagacidad o ingenio del litigante, dando un revés al sistema bancario para hacerlos reflexionar, que si somos los usuarios de servicios financieros los que damos el lubricante necesario para que los engranes del crédito funcionen, deberían de ser más justos y recíprocos sus beneficios para las partes.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

I - IV

CAPÍTULO PRIMERO

“ GENERALIDADES DE LAS OBLIGACIONES CIVILES. “

1) - Concepto de obligación.	(1)
2) - Sujetos de la obligación.	(4)
3) - Incumplimiento de la obligación.	(5)
4) - Fuente de las obligaciones.	(9)
4.1) - El contrato.	(11)
4.2) - La ley y la jurisprudencia.	(13)
4.3) - La declaración unilateral.	(17)
4.4) - El enriquecimiento Ilícito.	(19)
4.5) - La gestión de negocios.	(20)
4.6) - Actos ilícitos.	(23)
5) - Elementos de existencia y de validez de los contratos.	
5.1) - Requisitos de existencia.	(26)
5.2) - Requisitos de validez.	(28)
6) - Inexistencia y nulidad de los actos jurídicos.	(34)
6.1) - Ineficacia del acto jurídico	(36)
6.2) - Prescripción de la Nulidad.	(39)
6.3) - Efectos de la Prescripción de Nulidad.	(40)

CAPITULO SEGUNDO

“ LA ACTIVIDAD DE CRÉDITO EN EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO.”

- 1) - Concepto de crédito. (44)
- 2) - El sistema bancario como Servicio Público. (47)
- 3) - Principales contratos del sistema Bancario.
 - 3.1) - El contrato de cuenta corriente. (52)
 - 3.1.1.) - Elementos del contrato. (59)
 - 3.1.2.) - Partes del contrato. (60)
 - 3.1.3.) - Obligaciones y derechos de las partes. (61)
 - 3.2) - Contrato de Apertura de Crédito con Interés y Garantía Hipotecaria (64)
 - 3.2.1) - Su naturaleza jurídica. (66)
 - 3.2.2) - Sus elementos esenciales. (74)
 - 3.2.3) - Sus elementos de validez. (77)
 - 3.2.4) - Sus garantías en el contrato de apertura de crédito. (79)

CAPÍTULO TERCERO

ANALISIS DOCTRINAL SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES.

- 1) - El llamado orden público (81)
 - 2) La teoría de la imprevisión. (83)
 - 3) - El anatocismo y su jurisprudencia. (87)
-
-

4) - La lesión civil.	
4.1) - Vicios del consentimiento.	(106)
4.2) - Concepto de lesión.	(107)
4.3) - Suma Inexperiencia.	(111)
4.4) - Acciones a que da lugar la lesión	(112)

CAPÍTULO CUARTO

" LA VIOLACIÓN A LAS DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON INTERÉS Y GARANTÍA HIPOTECARIA "

1) - La inviabilidad del contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria.	(116)
4.1) - La violación a disposiciones de orden público en relación a los artículos 8, 1830 y 1831 del Código Civil.	(123)
5) - Propuesta de reforma al artículo 2395 del Código Civil para el Distrito Federal.	(129)

CONCLUSIONES	(141)
--------------	---------

BIBLIOGRAFÍA	(144)
--------------	---------

CAPÍTULO PRIMERO.**GENERALIDADES DE LAS OBLIGACIONES.****1.- CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.**

La Obligación es un vínculo jurídico por el cual quedamos constreñidos a cumplir, necesariamente de acuerdo con el derecho de nuestra comunidad política; significado que desprende elementos esenciales, que permiten afirmar que la obligación tiene las mismas características de la norma jurídica, entre ellas la bilateralidad, según la cual señala, que al mismo tiempo que impone un deber a cargo del deudor confiere un derecho a favor del acreedor, o sea, la obligación al ser un vínculo de dos lados confiere al pasivo la deuda y al activo el crédito⁽¹⁾, relacionando esto con que el derecho de crédito sea un vínculo entre dos personas de la cual el acreedor puede constreñir al deudor sea a pagarle una suma de dinero o entregarle una cosa, o ejecutar una prestación que pueda consistir en hacer una cosa o en abstenerse de un acto determinado.

El objeto de la obligación no es el bien material a que ésta pueda referirse, sino al comportamiento que, a su vez, eventualmente, se refiere a un bien material. En donde, si me obligo a entregar una cosa, el objeto de

(1) FLORIS MARGADANT, S Guillermo. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge S.A. México, 1988. pág. 307.

la obligación no es, por tanto la cosa, si no el hecho jurídico al cual estoy constreñido.

Los autores modernos definen a la obligación utilizando los mismos conceptos de la instituta de justiniano, pero emplean en su redacción indistintamente los términos de vínculo o situación, siempre seguido del adjetivo jurídico, pero con elementos constantes en todas ellas, como relación jurídica, concepto que implica la pluralidad de personas en que se encuentran los sujetos acreedor y deudor y, por la cual el deudor se haya en la necesidad de ejecutar una prestación en favor del acreedor, quien a su vez está facultado para recibir esa prestación, creando una relación jurídica de subordinación, que por ser también jurídica, adopta las características inherentes a la norma, entre ellas la de coercibilidad, donde el deudor está sometido a cumplir la prestación de tal modo que su cumplimiento no depende totalmente de su voluntad, en atención a que el acreedor está facultado jurídicamente para exigir el cumplimiento de la obligación a su favor en caso de que el deudor no la cumpla. (2)

El lenguaje jurídico cotidiano no siempre se sujeta a una correcta terminología, y con frecuencia se caracteriza a la obligación a diversas acepciones como ya lo hemos mencionado, entre las cuales podemos llamarla

(2) MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría de las Obligaciones. 6a Edición, Ed. Porrúa S.A. México, 1997. pág. 3.

vínculo jurídico, o en otros conceptos o términos sólo llamarla relación jurídica. Pero en todas se alude al objeto, diciéndose por ello en la obligación que el deudor debe dar, hacer o no hacer, o en otros términos, el designar obligación al acto que el deudor deba realizar, precisando la ejecución de una prestación o el sometimiento de una abstención⁽³⁾.

Es de suma importancia, hacer la distinción o diferenciación entre la obligación civil, y la obligación mercantil, determinando que la obligación mercantil es aquella que deviene de actos de comercio, es decir, aquellas que tienen por objetivo realizar utilidades de especulación sobre la enajenación. Las obligaciones mercantiles se rigen por el Código de Comercio y, por el Código Civil para el Distrito Federal de manera supletoria, en tanto que las obligaciones civiles, se rigen únicamente por éste último.

Entre actos civiles y mercantiles, no existe una diferencia esencial, esto comprueba de que el Código Civil para el Distrito Federal pueda y deba aplicarse en los actos mercantiles a falta expresa en el Código de Comercio, como en el caso de aplicación de disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes, de las excepciones y causas que resinden o invalidan los contratos.

(3) BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa S.A. México, 1984. pág. 71.

2.- SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN.

Es necesario establecer quien es el titular del crédito con derecho a exigir la prestación y quien es el obligado a cumplirla. El acreedor es el sujeto activo de la relación, el deudor es el sujeto pasivo. Ambos deben de estar determinados a contraerse en vínculo o ser susceptibles de determinación ulterior(4).

El acreedor y el deudor deben ser personas físicas o morales, tal y como se señala en los artículos 22 y 25 respectivamente del Código Civil para el Distrito Federal, donde también puede existir pluralidad de acreedores o deudores, sin embargo a éstos, los sujetos de la obligación serán siempre dos, sin impedimento para que la relación jurídica se establezca, el hecho de que el acreedor y el deudor sean indeterminados en el momento en que la obligación nazca, pues bastará que en el momento en que se haga exigible la obligación, haya quién exija o efectúe el cumplimiento.

Queda vedado para el sujeto incapaz la realización de cualquier negocio jurídico pudiendo decir que la capacidad es la regla, mientras que la

(4) URBANO SALERMO, Marcelo. Obligaciones/ Régimen Jurídico. Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina. 1995. pág. 38.

incapacidad es una excepción que requiere de una norma expresa dentro del derecho mexicano tal y como se señala en el artículo 1798 del Código Civil del Distrito Federal.

A veces por la edad, estado de salud y otras causas, la ley considera a una persona no capacitada para actuar por sí misma, por lo que es necesario que otra lo haga en su nombre, es decir la represente en la celebración del mismo.

3.- INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN.

En este rubro debemos considerar como punto de referencia al título cuarto " De las Obligaciones en General " del Código Civil para el Distrito Federal, en su apartado de " Incumplimiento de las Obligaciones ", en que se señala en sus artículos 2104 y 2107, que el que estuviera obligado a prestar un hecho, dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios, además de la devolución de la cosa o su precio, o ambos, e importará la reparación de los daños causados y la indemnización a los perjuicios sufridos.

Se define de lo anterior al incumplimiento inexcusable, como aquella situación antijurídica que se produce cuando, por la actividad culpable del obligado a realizar la prestación, no queda la relación jurídica satisfecha en el mismo tenor que se contrajo, reaccionando el derecho contra aquél para imponerle las consecuencias de su conducta⁽⁵⁾.

Hay que distinguir dos casos en específico, que haya, o no, la posibilidad de cumplir. En el primer caso, el acreedor puede reclamar el cumplimiento, más daños y perjuicios, o la rescisión del contrato, más daños y perjuicios; En el segundo caso, el deudor incumplido puede tratar de defenderse con el argumento de que nadie está obligado a lo imposible, sin embargo la imposibilidad del cumplimiento, no siempre equivale al Incumplimiento por alguna causa justificada, por lo cual el deudor tendrá que pagar daños y perjuicios en muchos casos en que la obligación sea imposible en forma objetiva⁽⁶⁾.

Hay veces en que al deudor no le es imputable el incumplimiento, cuando éste se ve impedido de cumplir a causa de un acontecimiento fuera del dominio de su voluntad, que no ha podido prever, o que aún previéndolo no ha

(5) FUEYO LANERI, Fernando, Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones. Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile.1992. pág. 250.

(6) FLORIS MARGADANT, S Guillermo, Opus. cit. págs. 364-366.

podido evitarlo, al acontecimiento de esta naturaleza se le llama caso fortuito⁽⁷⁾.

En el caso fortuito o fuerza mayor debe constituirse un obstáculo imprevisible, general (salvo cuando se trate de ejecución de un hecho personal), absoluto y algunas veces definitivo. Será imprevisible cuando el hecho no pudo permitir tomar disposiciones para evitarlo, ya que a contrario sensu, el deudor incurrirá en falta al hecho y en consecuencia, no será aplicable este supuesto como fuerza mayor; Será general cuando la ejecución de la obligación lo sea para todo el mundo; Absoluta y definitiva, cuando la fuerza mayor no dé por resultado un retardo o dificultad de ejecución, sino ser completa y definitivamente imposible el acto.

En el incumplimiento de las obligaciones una modalidad o forma de lo injusto, han de asignársele al incumplimiento los mismos caracteres y notas que la dogmática moderna atribuye a lo injusto o a situación contraria al derecho, reuniendo los siguientes requisitos, A) Una situación legal preexistente, B) Una actividad del obligado, D) Un resultado contrario a derecho, y E) antijurídico.

El incumplimiento supone una situación legal preexistente, de obligatoriedad, que puede arrancar directamente de la ley o bien provenir de una convención determinada, que es ley para los contratantes.

(7) BORJA SORIANO, Manuel, Opus cit. págs.472-476.

La actividad del obligado es la forma de acción u omisión que crea la situación antijurídica del incumplimiento, misma que presupone un comportamiento del obligado, según el cual exterioriza su voluntad que produce un cambio en el estado de derecho creado por la obligación.

El tercer elemento que interviene, consiste en atribuir el efecto o resultado contrario a derecho a un presupuesto subjetivo, situado en la persona por actuación dolosa o culposa del autor.

La antijuricidad, que de existir atenta y vulnera el orden jurídico proyectado sobre la seguridad contractual y sobre la estabilidad del patrimonio del acreedor.

Muchas veces se afectan por el incumplimiento, ciertos preceptos que pueden llevar aparejada una sanción de ambivalencia en lo penal y en lo civil; en lo civil, como el pago de daños y perjuicios, y penalmente, la sanción impuesta acorde al tipo que se encuadre al ilícito consecuencia del incumplimiento.

Ejemplo a lo anterior, en materia Civil, en su ley sustantiva de aplicación para el Distrito Federal, en su artículo 156 fracción XI, señala los impedimentos para celebrar matrimonio, y uno de ellos es que mientras exista otro matrimonio, con persona distinta de quien se pretenda contraer, como sanción a

este incumplimiento recae la nulidad al acto; pudiendo llevar este caso también a una repercusión penal, supuesto que se encuadra en el artículo 279 de ley de la materia, bajo el título de delitos contra el estado civil y la bigamia, que impone como sanción hasta cinco años de prisión o de 180 a 360 días multa al que, estando unido con una persona en matrimonio no disuelto o declarado nulo, contraiga otro con las formalidades legales.

4.- FUENTE DE LAS OBLIGACIONES.

En la terminología jurídica la palabra fuente tiene tres acepciones, siendo así que se habla de fuentes formales, fuentes históricas y fuentes reales, en la inteligencia de que a estas últimas también se les llama más apropiadamente racionales.

Por fuentes formales entendemos los procesos de manifestación de las normas jurídicas; por fuentes reales o racionales, los factores o razones que determinan el contenido de dichas normas, y por fuentes históricas, los medios materiales que sirven para conocer el derecho que estuvo vigente en el pasado⁽⁸⁾.

(8) ORTIZ URQUIDI, Raúl. Derecho Civil/ Parte General. 3a Edición, Ed. Porrúa S.A. México, 1986, pág.74.

Visto de una manera más particular, las fuentes del derecho son las formas o condiciones como aparecen las normas que integran el ordenamiento jurídico, o la forma como son establecidas, significado que hace el maestro Galindo Garfias de Marcel Planiol en su libro⁽⁹⁾, haciendo importante referencia en este sentido, que las fuentes del derecho son la expresión a las reglas jurídicas por medio de las cuales adquieren una determinación concreta, u obligatoria.

La palabra fuente se refiere a dos situaciones o problemas fácil de separar: la causa productora y el medio de producción (causa material y causa formal).

Las fuentes materiales son todos los factores que contribuyen a su aparición, y determinan el contenido de las normas jurídicas; morales, sociales, ideológicas y de orden técnico. La norma jurídica traduce en forma más o menos perfecta ese sentir común de lo que debe ser el derecho. Las fuentes materiales, son en realidad ajenas al derecho, constituyen su antecedente lógico y natural, prefiguran su contenido y encierran en potencia las soluciones que han de adoptar las normas jurídicas.

(9) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Derecho Civil. 15a Edición, Ed. Porrúa S.A. México, 1995. págs. 42-44.

Las fuentes formales son la manifestación exterior de la voluntad dispuesta a crear el derecho, a dar nacimiento a una norma jurídica (Ley, Costumbre, Sentencia). No es otra cosa que la exteriorización de la voluntad creadora del orden jurídico.

La fuente de la obligación es el medio de producción del derecho, la norma es el resultado. La primera se refiere a la norma que se utiliza, la segunda al contenido. Las fuentes formales no son normas, sino sólo las contienen y las traducen al lenguaje para su conocimiento y aplicación.

4.1.- EL CONTRATO.

El Código Civil para el Distrito Federal dispone en su artículo 1792 que “ Convenio es todo acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones” , consecuentemente y en el caso que nos ocupa, el artículo 1793 establece:

“ Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos”.

El contrato es sin duda la fuente formal por excelencia en este rubro,

el cual transfiera o produce derechos u obligaciones, y cuando estos se modifiquen o extingan, será menester o empleo de palabra convenio.

Hay que señalar que la voluntad en los contratos es uno de los elementos que exteriorizan el deseo de producir o no consecuencias jurídicas, ello parte de la clasificación en que los actos jurídicos se dividen en unilaterales o bilaterales, de acuerdo a la manifestación de la voluntad que integre el consentimiento; como el testamento o como el caso que nos ocupa, el contrato respectivamente.

En este sentido, está fuera de duda que los contratos y los convenios, constituyen una fuente formal del derecho, ya que éstos, por su propia voluntad, fijan normas de observancia obligatoria para regir su conducta futura de acuerdo a lo pactado por ellos en el propio documento. Y tan estas normas tienen el rango de jurídicas, que como todas las de su clase, su falta de acatamiento hace incurrir al infractor en la sanción que muchas veces fijan los propios contratantes (Como la llamada pena convencional), y en todo caso la misma ley lo puede determinar, bajo riesgo de decretarse por la autoridad que conozca de ella el pago de daños y perjuicios, la rescisión, etc(10).

(10) ORTIZ URQUIDI, Raúl. Opus cit. pag.107.

4.2.- LA LEY Y LA JURISPRUDENCIA.

Como fuente del derecho la ley ha sido definida como "Una regla social obligatoria establecida con carácter permanente por la autoridad pública sancionada por la fuerza"⁽¹¹⁾.

La ley debe estar constituida por ciertas características, como el hecho de que deba ser general, esto es, que no deberá excluir a ciertas o determinadas personas, y aplicables a todos aquellos que se encuentran previstos en la ley, como el supuesto considerado que condiciona su aplicación. Además debe ser abstracta, por que el mandato contenido en la norma es aplicable a todos los casos en que se realicen todos los supuestos previstos en la hipótesis contenida en la norma. La generalidad implica indeterminación subjetiva, la abstracción implica determinación objetiva. Todas las disposiciones que presenten estas características, son leyes en sentido material.

La ley también debe ser de observancia obligatoria, y esta obligatoriedad puede llegar a ser mediante la imposición coactiva a quienes no acaten voluntariamente sus mandatos, ya que en caso de violación de lo que ella dispone, se produce el efecto de aplicación de una sanción.

(11) GALINDO GARFIAS, Ignacio, Opus cit. págs. 50-53.

La ley ha de ser establecida por autoridad pública, a través de un órgano del Estado con potestad para dictar leyes, y de acuerdo a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 73, dispone que es el Congreso de la Unión, órgano que reside del poder legislativo, es el único facultado para ello; con estricta sujeción a los preceptos y procesos de formación de la ley.

No hay que omitir a la ley como fuente de las obligaciones contractuales, ya que en ocasiones se constituye como la única fuente de éstas; Julian de Bonecase nos dice al respecto "La ley natural es causa por lo menos mediata de todas las obligaciones, pues si los contratos, delitos y cuasidelitos producen obligaciones es por que la ley natural obliga a cada uno que cumpla lo que promete, y que repare el daño causado por su falta"⁽¹²⁾, Así podemos encontrar la máxima del derecho dentro del Código Civil para el Distrito Federal, en que el artículo 1832 cita, que cada persona se obliga en los términos que parezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos que expresamente señale la ley.

La jurisprudencia tiene bases fundamentales, para ser aplicada

(12) BONECASE, Julian. Tratado Elemental de derecho Civil; traducción y compilación: Enrique Figueroa Alfonso y Editorial Pedagógica Iberoamericana S.A. de C.V. Ed. Harla S.A. México, 1984, pág. 754.

debidamente como fuente de las obligaciones, aunque existe discrepancia entre algunos tratadistas, ya que solo la consideran una norma interpretativa, por que está sirve para fijar el sentido y alcance de una norma de derecho, y para otros, esta adquiere la función integradora, esto es, cuando el caso concreto no está previsto en la norma expresa, y es preciso que el juez en su decisión o sentencia deba interpretar las lagunas de la ley. De aquí que jamás debe perderse de vista la realización de la justicia como una de las formas más importantes tanto individual como social, para la consecución de un bien común. De ahí que el juzgador deba proceder como lo hubiera hecho el legislador si éste hubiera podido conocer del caso concreto, puesto que indudablemente que en tal supuesto aquél hace lo mismo que éste: crear el derecho. El juez interpreta la conciencia social y le da realidad en el derecho, pero al hacerlo contribuye a formar y modificar la conciencia que interpreta, cuando se requiere la adaptación de una regla o principio a las combinaciones siempre cambiantes de acontecimientos.

El artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal, impone a los tribunales, a resolver la controversias judiciales, la obligación de ajustarse a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. Por tanto, en principio, el juzgador al dictar sus resoluciones, se encuentra sometido a la norma del derecho y a su interpretación.

Por otro lado, conforme a los artículos 192, 193 y 193 bis de la Ley de Amparo, las ejecutorias del pleno y de las salas de la Corte, así como de los Tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros si se trata del pleno de la Corte; por cuatro, también por lo menos, si se trata de salas, y por los tres magistrados integrantes del respectivo Tribunal Colegiado, si se trata de éstos.

Es necesario contemplar la sustentación de las tesis contradictorias en los juicios de amparo en las salas de la Suprema Corte, o de los Tribunales Colegiados de Circuito, ya que es a la Suprema Corte de Justicia a quien toca decidir qué tesis debe observarse, y la sala a la materia que corresponda ventilarla, esto es, que cuando las tesis contradictorias se sustenten en los Tribunales Colegiados de Circuito, le corresponderá respectivamente a los ministros de la Corte, al Procurador General de la República, a los propios tribunales interesados o las partes que intervinieron en los juicios, quienes pueden hacer la denuncia ante la sala que corresponda, a fin de decidir cuál tesis en contradicción deba prevalecer.

Las anteriores reglas están además contenidas en los artículos 195 y 195 bis de la Ley de Amparo, que conforme a los propios preceptos, la

resolución que al efecto se pronuncie, será sólo para el efecto de la fijación de la jurisprudencia en contradicción, pero sin que de manera alguna afecten las situaciones jurídicas derivadas en las sentencias dictadas, en los juicios en que hubiera ocurrido la contradicción⁽¹³⁾.

4.3.- LA DECLARACIÓN UNILATERAL.

La declaración unilateral de la voluntad es fuente general de las obligaciones en atención a la premisa, que lo que no está prohibido está permitido; Por tanto, al existir preceptos que reconocen que, cuando una persona declara que quiere obligarse, se genera una obligación a su cargo, y en tal caso sólo basta la voluntad si no hay en ella prohibición, como se desprende de los artículos 6, 8, 1858 y 1859 del Código Civil para el Distrito Federal, en que la voluntad de los particulares no puede eximir la observancia de la ley, alterarla o modificarla, y sólo pueden renunciarse los derechos privados si no se afecta al interés público, ni se perjudican derechos de tercero, en consecuencia, son válidos los actos que no son violatorios de las leyes prohibitivas o de interés público.

(13) ORTIZ URQUIDI, Raúl, Opus cit. págs. 96-99.

Respecto a lo anterior se debe señalar que el hecho de que exista el reconocimiento de la voluntad en la norma, habla también de que existen actos jurídicos no reglamentados que tienen el reconocimiento de la norma, como lo refiere el artículo 1858 del Código Civil Para el Distrito Federal; además, su falta de reglamentación no significa la falta de la norma jurídica o que impida la existencia del acto, pues el derecho le atribuye consecuencias de derecho cuando el objeto es posible y lícito⁽¹⁴⁾.

Los casos en que una declaración unilateral de voluntad producen consecuencias jurídicas, no están limitativamente enunciadas por la legislación civil, pues si las disposiciones del Código se refieren expresamente a los actos de oferta al público, promesa de recompensa, estipulaciones a favor de tercero, emisión de títulos y testamentos, con ello no significa que tales casos sean los únicos posibles, y podría afirmarse la existencia de una regla jurídica contraria, o sea, que la declaración unilateral de la voluntad, si es una fuente genérica de obligaciones, salvo los casos de limitaciones expresas del propio texto legal⁽¹⁵⁾.

(14) MARTÍNEZ ALFARO, Joaquin. Opus cit. pág. 138.

(15) Tesis jurisprudencial, DECLARACIÓN GENÉRICA DE VOLUNTAD, ES UNA FUENTE GENÉRICA DE OBLIGACIONES, Amparo Directo 8479/63- María Esther Santillana Ramírez- Agosto 15 de 1966 - 5 votos - Ponente Mtro. Martínez Ulloa -3a Sala, sexta época, volumen CX, cuarta parte, pág. 32)

4.4.- EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.

Es importante tener presente que en muy variados casos existe una razón de justicia para que una persona se enriquezca, en detrimento del patrimonio de otra persona que sufre el empobrecimiento correlativo; por ejemplo, en una donación, en el otorgamiento del perdón de una deuda, al pago a título de indemnización del daño moral. En todos los casos, el enriquecimiento tiene una causa legítima y obviamente el respaldo legal.

Distinto es el hecho jurídico del enriquecimiento ilícito o sin una causa justa, que, consecuentemente, no puede ser respaldado por la ley, y se reconoce el derecho de quien sufre el empobrecimiento para reclamar la indemnización correspondiente, tal y como lo dispone el artículo 1882 de la ley sustantiva de la materia. Los elementos de la acción por enriquecimiento ilegítimo son, 1) que se haya sufrido un empobrecimiento, 2) que el demandado se haya enriquecido y, 3) que haya una relación de causalidad entre el empobrecimiento del demandante y el enriquecimiento del demandado⁽¹⁶⁾.

Es evidente que pueden existir otros casos completamente distintos a los considerados en el Código Civil, como son, el caso de quien dio un bien en

(16) DE LA PEZA MUÑOS CANO, José Luis. De las obligaciones. Ed. McGraw-Hill/Interamericana. Editores S.A. de C.V. México, 1997. pág. 54.

virtud de un contrato nulo; el de quien es víctima de robo, fraude, o abuso de confianza. En estos casos y otros análogos, hay la posibilidad de ejercer la acción de enriquecimiento ilícito, independientemente de que existan otras acciones para obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios, o del empobrecimiento sufrido por el actor.

Se puede citar como ejemplo, aquellos intereses que en forma desproporcionada se estipulen en un contrato, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso podrá reducir equitativamente éstos, hasta el tipo legal del nueve por ciento anual, tal y como lo dispone el artículo 2395 del Código Civil para el Distrito Federal.

4.5.- GESTIÓN DE NEGOCIOS.

El artículo 1896 del Código de Civil, dispone "El que sin mandato y sin estar obligado a ello se encarga de un asunto de otro, debe obrar conforme a los intereses del dueño del negocio", El gestor de negocios, que actúa gratuitamente, se ocupa de asuntos ajenos cuando su dueño está imposibilitado de hacerlo, para obrar conforme a los intereses de éste ya sea el fin de producirle un beneficio o de evitarle un perjuicio⁽¹⁷⁾.

(17) GAUDEMET, Eugene. Traducción y notas por MACEDO Pablo, Teoría General de la Obligaciones. Ed. Porrúa S.A. México, 1974. pág. 301.

Las características de la gestión de negocios son las siguientes:

PRIMERA.- Para que haya gestión de negocios, la intromisión debe ser intencional, el gestor sabe que está inmiscuyéndose en los asuntos de otro. El que gestiona un asunto ajeno creyéndolo propio, no realiza una gestión de negocios.

SEGUNDA.- La intromisión es espontánea, pues, ni procede de un mandato legal (no es obligatoria), ni la solicitud del dueño del negocio (no es un contrato de mandato).

TERCERA.- Debe estar precedida por el propósito de obrar conforme a los intereses del dueño del negocio.

CUARTA.- Aunque no lo señale la doctrina, no debe ser emprendida contra la expresa o presunta voluntad del dueño del negocio, pues la invasión autorizada es excepcional y debe ser salvaguardando el derecho de cada quien a decidir lo que le conviene en lo relativo a sus intereses personales, salvo que se tratare de una gestión de utilidad pública (artículo 1905 del Código Civil). En la gestión se decide hasta qué punto el individuo es libre (sin que nadie pueda entrometerse en su esfera patrimonial) y hasta qué punto esta intromisión es ilícita por utilidad general.

La naturaleza jurídica de la gestión de negocios engendra obligaciones tanto a cargo del gestor como del dueño del negocio gestionado. Tales obligaciones, de origen legal, no pueden ser modificadas ni sujetas a modalidades por quienes intervienen y, una vez presente la figura jurídica, se producen al margen de su voluntad.

No es una declaración de la voluntad, por que no se dirige a las consecuencias jurídicas de las gestión de negocios . Se trata de un hecho jurídico y no de un acto jurídico.

Hay casos de gestión anormal, cuyas consecuencias se explican como fruto de un hecho ilícito y no de la gestión de negocios. No realiza una gestión de negocios, sino comete un hecho ilícito: El que ha obrado en interés propio (Artículo 1900); El que realiza operaciones arriesgadas (Artículo 1900); El que incurre en culpa o negligencia (Artículo 1897); El que actúa contra la voluntad del dueño (Artículo 1899).

Por ello surge la obligación de reparar los daños y perjuicios causados (responsabilidad civil), característica de los actos ilícitos.

La ratificación de los actos de gestión, por el dueño del negocio gestionado, da por resultado los efectos del contrato de mandato, aplicando sus

consecuencias jurídicas retroactivamente al día en que la gestión principió; disposición legal contenida en el artículo 1906 del Código Civil para el Distrito Federal.

4.6.- ACTOS ILÍCITOS.

El artículo 1830 del Código Civil para el Distrito Federal, señala que es ilícito todo aquel acto contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres. El acto ilícito, está caracterizado por una acción antijurídica, contraria a la ley o a la moral social, anula al contrato que lo tiene por objeto o finalidad principal.

El acto jurídico como hecho que engendra obligaciones, está regulado en el artículo 1910 del citado código. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, esta obligado a repararlo⁽¹⁸⁾.

De la anterior fundamentación se desprende, la llamada responsabilidad civil, que surge a cargo de quien incurre en conducta antijurídica y dañosa. Tenemos aquí dos de los elementos conceptuales del hecho jurídico generador de las obligaciones, *La antijuricidad* y *el daño*, pero ¿basta una

(18) BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. 3a Edición, Ed. Harla S.A. México, 1984. pág. 221.

conducta contraria al derecho y perjudicial, para crear obligaciones ? No, pues el artículo 1914 del Código Civil prescribe, “ Cuando ... sin culpa o negligencia de ninguna de las partes se producen daños, cada una las soportará sin derecho a indemnización “

Aparece así un nuevo elemento de los actos ilícitos *La culpa*, porque para responsabilizar a alguien, necesitamos demostrar que estuvo a su alcance evitar el daño y no lo hizo, que cometió una falta o culpa, o que produjo el daño en forma intencional. De aquí se concluye que los elementos característicos del hecho ilícito son, por consiguiente la antijuricidad, la culpa y el daño.

En este orden de ideas, el acto jurídico como fuente de obligaciones, es una conducta antijurídica, culpable y dañosa, la cual impone a su autor la obligación de reparar los daños y engendra a su cargo una responsabilidad civil. O dicho de otra manera: acto ilícito es la violación culpable de un deber jurídico que causa daño a otro y que responsabiliza civilmente.

La responsabilidad civil es pues, el nombre que toma la obligación generadora por el hecho ilícito, la cual traduce la necesidad de reparar los daños y perjuicios causados a otros.

La causa de las obligaciones (actos jurídicos) pueden surgir a propósito de cualquier hecho humano, siempre que se reúnan sus elementos característicos, (antijuricidad, culpabilidad, daño) y, por consiguiente, surja a propósito de las demás fuentes de las obligaciones, un hecho ilícito.

El incumplimiento del contrato (a la responsabilidad civil que por dicho incumplimiento se genera, se le ha llamado responsabilidad contractual).

El desacato a lo estipulado en una declaración unilateral de la voluntad (también por extensión, responsabilidad contractual).

La recepción de mala fe por el *accipiens* en el enriquecimiento ilegítimo.

En la gestión de negocios se presenta en los casos de una gestión anormal contra la voluntad del dueño o en aquéllos donde el gestor realiza su intervención con el propósito de beneficiarse a sí mismo, en vez de obrar conforme a los intereses del negocio.

En suma, cualquier violación culpable de una norma jurídica que cause daño a otro, es un hecho ilícito fuente de obligaciones.

5.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS.

5.1.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

El Código Civil para el Distrito federal, establece que para la existencia del contrato se requieren de dos elementos: del consentimiento y del objeto. El consentimiento o manifestación de la voluntad, puede expresarse en diversas formas, tanto unilateralmente (testamento), como en forma bilateral (compraventa), o plurilateral (sociedad), pero en todas se le concede también un límite en el derecho, y es que para la realización y consumación de los efectos jurídicos, es necesario que la voluntad sea acorde con la norma jurídica⁽¹⁹⁾.

Se ha tratado de dilucidar qué debe prevalecer cuando existe discordancia entre la voluntad real y la declaración. La discordancia entre ambas puede ser consciente o inconsciente; en el primer caso la ley se inclina a proteger al receptor de la declaración, como en el caso de simulación; y por otro lado en el segundo de los supuestos, como es el caso del error, la protección se inclina en favor el emisor.

(19) BAQUEIRO ROJAS, Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Derecho Civil, Introducción y personas. Ed. Harla S.A. México, 1995, pág. 65.

El objeto como elemento de existencia de los contratos, no es precisamente la cosa o el hecho material sobre el cual recae el negocio, sino propiamente la producción de consecuencias de derecho, como son la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos u obligaciones (todo negocio persigue por objeto producir uno o más de estos efectos o consecuencias, y la obligación, aparte de ser siempre correlativa de un derecho subjetivo, tiene por objeto una prestación que puede ser el dar, hacer o no hacer). Hay que mencionar, que sólo pueden ser objeto del acto jurídico las cosas que existan en la naturaleza, y que sean determinadas o determinables; que estén en el comercio, esto es, que los bienes apropiables y los servicios no sean contrarios a la ley y a las buenas costumbres, y que el objeto del contrato sea posible tanto física como jurídicamente. El artículo 1828 del Código Civil define al hecho imposible, como aquel que no puede existir por que es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que deba regirlo necesariamente, y que constituya un obstáculo insuperable para su realización.

Otro elemento de existencia es la solemnidad, no es mencionada en nuestro Código pues en nuestro derecho no hay contratos solemnes, pero sí actos jurídicos solemnes, como el matrimonio o el testamento, en los que la voluntad debe expresarse en la forma establecida por la ley para que esta exista.

5.2. ELEMENTOS DE VALIDEZ.

Se ha señalado que para que exista el acto jurídico deben darse sus elementos de existencia, mismos que ya hemos tratado en líneas anteriores; como son la voluntad, el objeto y en algunos casos la solemnidad; estos elementos deben reunir ciertas características para que el acto produzca sus efectos jurídicos y sean validos, ellos son los requisitos de validez.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, los enumera en su artículo 1795 como son, la capacidad de él o los sujetos que intervengan en el negocio, la ausencia de vicios en el consentimiento, la licitud en el objeto, motivo o fin, y la forma.

La capacidad se define como el requisito de validez del consentimiento; se le considera la aptitud de una persona necesaria para hacer valer directamente sus derechos y cumplir sus obligaciones para celebrar actos jurídicos por si misma.

La incapacidad se considera como la restricción que la ley impone a la capacidad de ejercicio de las personas, como la minoría de edad o el estado de interdicción de los enfermos mentales y viciosos, citados todos ellos en el artículo 450 del Código Civil para el Distrito Federal.

No basta para el acto jurídico, que la voluntad sea expresada por persona capaz, es necesario también que su voluntad no esté viciada, y ello se deriva que para la expresión de la voluntad, no hayan sido influido por agentes que atenten contra su libertad o certeza; como puede ser la violencia, el error, el dolo o la lesión.

La violencia es la coacción que se ejerce sobre alguien y que le impide actuar con libertad en la realización del acto jurídico. Pero no toda violencia es suficiente para viciar la voluntad, para ello se necesita además que sea en forma actual, cierta y seria.

Se considera actual, cuando implica una amenaza o un daño correlativo inmediato a la celebración del acto. Será cierto, en la precisión al daño que pueda causar, nuestro Código Civil, cita que la sola amenaza de perder la vida, la honra, la libertad o parte considerable de sus bienes, da certeza a la violencia, y por último será seria, en cuanto corresponda el grado o magnitud del peligro que implica, ya sea a través de la fuerza física o de amenazas.

El error, o segundo vicio de la voluntad, constituye el adjetivo o término que está en desacuerdo con la realidad, provocando en general que la manifestación de la voluntad al acto jurídico no sea consciente.

El Código Civil, distingue el error de hecho (el que se refiere a las condiciones exigidas en el hecho mismo), del error de derecho (el que recae sobre los efectos o alcance de la norma jurídica aplicable), señalando que el error que invalida al acto, es tanto error de hecho como el error de derecho; opinión basada en que aunque la ley se presume conocida de todos, su ignorancia no exime su cumplimiento; pero el error en cuanto a su cumplimiento y consecuencias jurídicas si es invalidable.

El dolo, en términos generales, significa mentira, engaño, simulación; es la deliberada intención de perjudicar o dañar injustamente a alguien.

El dolo es definido por nuestro Código Civil, en su primera parte del artículo 1815, como cualquier sugestión o artificio que se emplea para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratantes, ya sea por una de las partes o por un tercero sabiéndolo aquella.

El dolo es una conducta activa, ya que las maquinaciones que provocan el error como vicio de la voluntad, se caracterizan por estar presentes en la celebración del acto jurídico; por que estas son determinantes en la voluntad de quien celebra el acto, produciendo la nulidad de aquel acto jurídico.

La mala fe, se define como la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido, según se desprende ésta del artículo 1815 del Código Civil, y siempre, cuando una de las partes se proponga aprovecharse del error en que se encuentra la otra, a fin de obtener la celebración del acto jurídico.

Cuando el error en que la mala fe mantiene a una de las partes es la causa de la realización del acto jurídico, tal error es el que lo anula, no así la sola mala fe.

La lesión, último de los vicios del consentimiento, es definido en forma general como daño, perjuicio o detrimento; pero en su ámbito Civil que es el caso que nos ocupa, es inherente a la lesión, la desproporción a las prestaciones que se hacen las partes en la celebración de un acto jurídico bilateral. El Código Civil, en su artículo 17, señala:

Art. 17. "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene el derecho a pedir la nulidad del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación".

El anterior artículo, puede relacionarse o ser íntimamente ligado a lo dispuesto por el artículo 2395, en los siguientes términos.

Art. 2395. “ El interés legal es del nueve por ciento anual, el interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal, pero cuando 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 las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal”.

La desigualdad desproporcionada de las prestaciones permite considerar a la lesión como un vicio del consentimiento, afectando de nulidad dicho acto, tal y como lo señala el artículo 2228 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que de ello puede demandarse la reducción a la tasa legal o en su caso el enriquecimiento ilícito en el contrato.

La licitud en el objeto, motivo o fin del contrato, tercer elemento de validez en los contratos, sugiere que no sean estos contrarios a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Por orden público debe entenderse no sólo las disposiciones del derecho público, también aquellas del derecho privado dictadas para garantizar intereses sociales o a determinados sujetos que se consideran débiles sociales, y que se dictan para protegerlos, como en el caso de un contrato de arrendamiento al inquilino, y en el trabajo al trabajador. En estos casos las disposiciones protectoras se consideran de orden privado y su violación en contra del orden público.

La forma, como último y cuarto elemento de validez en los actos jurídicos, se denomina así al conjunto de requisitos o manifestaciones externas determinados por la ley, con los que deben acompañarse o revestirse la expresión de la voluntad en los actos jurídicos.

En el Código Civil, se dispone el principio de libertad de las formas; la consensualidad, es decir, deja a las partes elegir libremente la forma de expresar su voluntad (verbalmente, por escrito, por signos inequívocos o tácitamente), excepto cuando la ley señala una forma determinada para algún acto. Pero de todas ellas se tiene como objeto probar la existencia real y cierta de la voluntad (*ad probationem causa*), y servir como elemento de existencia al acto (*ad solemnitatis causa*).

6.- INEXISTENCIA Y NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS.

Con la expresión de inexistencia de los actos jurídicos se alude a aquellos aparentes actos que no llegan a nacer porque les falta alguno de los elementos esenciales: el consentimiento (la voluntad), el objeto o la solemnidad.

El acto jurídico es inexistente según nuestro Código Civil en su artículo 2224, por ausencia del consentimiento o del objeto; y los actos inexistentes no producen efecto legal alguno, no son susceptibles de confirmación ni pueden valer por prescripción. Su inexistencia puede invocarse por todo interesado sin previa declaración judicial; y es lo que se ha llamado en el derecho como la nada jurídica.

Para algunos tratadistas, la inexistencia hace una verdadera compilación de tesis divergentes, en donde el consentimiento, el objeto o la causa se consideran como condiciones relativas a la formación del acto jurídico, en tanto que la capacidad se refiere únicamente a su validez. De esto se deduce que si faltare alguna de las primeras, el acto no se forma, no entra en contacto con la teoría de las obligaciones y el vínculo contractual no tiene consistencia legal; la obligación será inexistente ante la ley. Si por el contrario, una de las partes es incapaz, entonces no se trata de inexistencia, sino solamente de una causa de

anulación, de una simple amenaza puesta a disposición de la víctima de la que podrá hacer uso como mejor le convenga⁽²⁰⁾.

Enmarcado este contexto de inexistencia y nulidad, el criterio básico en materia civil, se encuentra en su expresión legal del artículo 8 del Código Civil, en que se cita lo siguiente:

“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”.

Otra forma de ineficacia del acto jurídico contemplada por nuestra legislación es la nulidad; integrada por vicios de origen en sus elementos esenciales o en alguno de ellos. La nulidad constituye una sanción que la propia ley establece ante el abuso de los particulares al crear actos jurídicos que la contrarían, impidiéndoles la posibilidad de generar consecuencias de derecho deseadas o de destruir las nacidas. De acuerdo con el artículo 2225 del Código Civil, la ilicitud de los actos jurídicos unas veces se sanciona con la nulidad absoluta y otras con la nulidad relativa, de acuerdo a la atención de los intereses en conflicto.

(20) LUTZESCO, Georges. Teoría y Práctica de las Nulidades. 6a edición. Ed. Porrúa S.A. París, 1985. pág. 169.

La nulidad absoluta afecta básicamente al acto jurídico que viole o contrarie las normas protectoras de intereses sociales o de orden público, esta nulidad no impide que el acto produzca sus efectos en forma provisional y requiere de declaración judicial para destruirlo retroactivamente, siendo su causa una violación de la ley, por lo que de ella puede prevalecerse por cualquier interesado, y no desaparece por la confirmación o la prescripción.

A diferencia de la nulidad absoluta, la nulidad relativa afecta básicamente al acto jurídico que contraviene intereses particulares, por tanto constituye una sanción que la ley contempla para proteger a determinadas personas, dándoles la posibilidad de anular el acto que las lesiona o convertirlo en acto válido por la confirmación o por el paso del tiempo, sin ejercer la acción de nulidad.

6.1.- LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO.

La ineficacia en los actos jurídicos se entiende como la carencia de los actos normales de estos. Diversos autores coinciden al señalar que la ineficacia suele aplicarse como sinónimo de inexistencia e invalidez, y por otra parte otros autores le conceden un término mas amplio; señalando que el acto jurídico solo será ineficaz cuando no surtan sus efectos característicos; cuando de

alguna manera, deje de obligar a las partes o no se logre la finalidad que el autor o las partes pretendieron obtener al realizarlo.

El autor español Castan Tobeñas citado por Baqueiro Rojas en su libro, señala cinco fuentes de ineficacia de los actos jurídicos: (21)

- 1.- Por falta de un elemento especial del acto (se le conoce como inexistencia).
- 2.- Por violación de un mandato legal (nulidad absoluta o de pleno derecho).
- 3.- Por un vicio o defecto en los elementos del acto (anulabilidad o nulidad relativa).
- 4.- Lesión o perjuicio posterior a la celebración (rescisión) y.
- 5.- Por voluntad de las partes o del autor (revocación unilateral y resolución convencional) .

Existen además otras formas de ineficacia al acto jurídico, como son la resolución, la revocación, rescisión, inoficiosidad, y la no oponibilidad.

(21) BAQUEIRO ROJAS Edgard y BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía. Opus cit. págs. 110-111.

La resolución es acto contractual en la cual las partes en un contrato previo lo dejan sin efecto, volviendo las cosas al estado que tenían antes de la celebración. En algunos casos el efecto no puede destruirse, por lo que el acuerdo debe prever la forma de compensarlo, son ejemplos frecuentes, la terminación de un contrato de arrendamiento o la resolución de compraventa.

Se llama revocación al acto unilateral que deja sin efecto otro acto unilateral o a un contrato gratuito por la sola voluntad del otorgante, Son ejemplos típicos, la revocación de los testamentos, o las donaciones cuando son revocadas por causa.

Se llama rescisión al acto de terminar un contrato por incumplimiento de alguna de las partes, el Código Civil, en su artículo 1949 establece que la falta de pago produce la rescisión en el contrato de compraventa, o muy similarmente en el de arrendamiento.

Se llama inoficiosidad o son inoficiosos los actos en los cuales el autor o las partes no respetan los límites de la voluntad que fija la ley, aquí el acto inoficiosos surte efectos hasta el límite legal, constituyéndose un acto parcialmente ineficaz, esto es, no se destruyen totalmente sus efectos, es ejemplo típico el testamento en el que el testador deja de cumplir con la obligación de dar

alimentos a los que está obligado. La acción sólo permite que de la masa hereditaria se reserve lo necesario para cumplir con dicha obligación.

La no oponibilidad constituye otra forma de hacer ineficaz el acto jurídico, es otro caso en que la ineficacia entre las partes es consecuencia de la protección de un derecho preferente. Un ejemplo común lo constituyen los casos de los actos sujetos a registro, en los cuales el acto es perfecto respecto a las partes, pero no surte sus efectos respecto a terceros, sino a partir de su inscripción. Por ejemplo para un acreedor es propietario de un inmueble el que aparezca en el Registro Público de la Propiedad, aunque lo haya enajenado o gravado, si ello no consta en el registro.

6.2.- PRESCRIPCIÓN DE LA NULIDAD

La regla general conforme a la cual las acciones se extinguen por prescripción, son en los mismos términos en que prescriben las acciones personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretenda ejercitar, ello se desprende del artículo 638 del Código Civil para el Distrito Federal, en relación también con el artículo 2236, que fundamenta que aquellos plazos serán sólo para ejercitar la acción de nulidad cuando se funden en incapacidad o en error, pero si el error se conoce antes de ese tiempo, la acción de nulidad prescribe a los sesenta días, contados desde que el error fue

conocido. Pero si parte por un contrato de compraventa que fue arrancado por violencia, el plazo será de seis meses contados a partir en que haya cesado dicho vicio del consentimiento.

Por otra parte el artículo 17 del citado ordenamiento, nos proporciona otro argumento a favor de nuestra tesis, al fijar el plazo de un año, al ejercicio de la acción de nulidad o rescisión por la lesión civil, tema que será debidamente robustecido y analizado en forma en el capítulo tercero de nuestra investigación.

La prescripción no consagra una presunta intención individual, sino que como todas las prescripciones, se explica un motivo de interés social. La existencia de la acción de nulidad puede turbar derechos adquiridos y obrar aún contra terceros de buena fe, lo que constituye un peligro para la firmeza de las relaciones y del crédito.

6.3.- EFECTOS DE LA PRESCRIPCIÓN.

Como sustento básico y general, el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito Federal, cita que "El acto jurídico inexistente por falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno y no será susceptible de hacerse valer por confirmación ni por

prescripción". Ello deduce que el transcurso del tiempo no afectará la posibilidad de invocar la acción de nulidad contra estos supuestos, aún cuando éstos se hayan confirmado por modo alguno; por lo que es contrario legalmente a lo dispuesto en su artículo 2234, que cita: " El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o cualquier otro modo, tiene por ratificado tácitamente el acto y extingue su acción de nulidad".

De lo anterior se deduce que existe una mentalidad generalizada, que supone legalmente que la prescripción, descansa en la presunción de la tácita confirmación, y ello es un error; en un principio por que si los efectos de la prescripción son los mismos que los de la acción de nulidad. Estos restarán o eliminarán su eficacia al contrato en forma retroactiva como ya se cito en líneas anteriores; por ello se considerará que jamás existió. Se estima que el comprador nunca fue propietario, caerán las enajenaciones y constituciones de derechos reales; Resultarán afectados los terceros adquirentes; La propiedad volverá al vendedor libre de todo gravamen creado desde la venta; Se restituirá el precio al comprador. etc.

Las características de la confirmación por oposición a la nueva celebración no crea un nuevo acto jurídico, sino sólo la renuncia al derecho de criticar un acto anterior. *Confirmatio nihil dat novi.*

Es necesario distinguir entre confirmación y reconocimiento, éste se aplica a un acto jurídico anterior, que puede prestarse a discusiones a falta de prueba suficiente. La parte que puede oponerse, lo reconoce, es decir, confiesa su existencia. Esto no implica por sí mismo la renuncia al derecho de oponer la nulidad⁽²²⁾.

Cuando un acto anulable es atacado en vía de nulidad, debe tenerse por nulo desde su origen. En consecuencia la nulidad del contrato creador de la nulidad no acarrea necesariamente y por sí misma la nulidad del acto traslativo del derecho real. Autoriza tan sólo el ejercicio de una acción personal del enajenante contra el adquirente, pero sin repercusión en contra de los terceros a quienes éste último haya podido a su vez transmitirles derechos.

Pero hay que advertir que en la práctica, el vicio del contrato creador de la obligación se encontrará frecuentemente también en el acto creador del derecho real. Y el reconocimiento de la nulidad hará del adquirente un simple poseedor sin título.

Como ejemplo a lo anterior, si bien es cierto que la lesión es un vicio del consentimiento, definido en forma general como daño, perjuicio o detrimento; y como ya lo mencionamos en líneas anteriores (cuando atacamos los vicios del

(22) LUTZESCO, Georges. Opus cit., pag. 189.

consentimiento), es inherente éste en materia civil cuando la desproporción a las prestaciones que se hacen las partes en la celebración de un acto jurídico bilateral. El Código Civil, en su artículo 17, señala, que “Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene el derecho a pedir la nulidad del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación”.

La desigualdad desproporcionada de las prestaciones permite considerar a la lesión como un vicio del consentimiento, afectando de nulidad dicho acto, tal y como lo señala el artículo 2228 y 2395 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo que de ello puede demandarse la reducción a la tasa legal o en su caso el enriquecimiento ilícito en el contrato, en los supuestos señalados por la ley; esto es en cualquier momento será ejercitable la acción de nulidad.

Pero valdría la pena hacer una reforma a los artículos 2224 al 2242 relacionados con el señalado artículo 17 del mismo cuerpo legal, que señala “cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo y sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene el derecho a pedir la nulidad del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación. El derecho concedido en este artículo dura un año”.

CAPÍTULO SEGUNDO

“ LA ACTIVIDAD DE CRÉDITO EN EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO.”

1.- CONCEPTO DE CRÉDITO.

La acepción más usual de la palabra “crédito”, es aquella que se emplea para denotar confianza a que una persona que se hace merecedora por la idoneidad de su conducta, por su apego a la verdad, por su cumplimiento a sus obligaciones, por su firmeza en la realización de los propósitos a sí misma impuestos. Pero la connotación del término se estrecha cuando se aplica en el campo de las relaciones jurídicas, y se dice entonces que media el crédito cuando en un contrato bilateral, se difiere, en beneficio de una de las partes el cumplimiento de la obligación⁽²³⁾.

El tratadista Joaquín Rodríguez, nos dice que la operación de crédito se caracteriza por implicar una “transmisión de la propiedad de dinero o de títulos por el acreedor, para que la contrapartida se realice tiempo después por el deudor”⁽²⁴⁾. Indica que cualquiera que sea la actividad del crédito que consideremos, encontraremos en ella indefectiblemente, los rasgos mencionados:

(23) BAUCHE GARCADIERGO, Mario. Operaciones Bancarias. Ed. Porrúa S.A. México, 1985. pág. 27.

(24) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Derecho Bancario. 3a edición, Ed. Porrúa S.A. México, 1997. págs. 12 y sig.

plazo, confianza en la capacidad de la contratación y transmisión actual de dominio a cambio de una contraprestación diferida.

El propio Rodríguez y Rodríguez nos explica la anterior definición, al decir que en su significado económico-jurídico, crédito, en la expresión de operación de crédito, implica una operación (*du ut des*), en la que "do" es actual y el "des" ha de efectuarse en un segundo tiempo, separado del primero por un tiempo más o menos largo; indica que se pueden precisar dos notas definidoras, pero no exclusivas y una tercera característica, que con las dos anteriores perfila de un modo completo el contenido y la esencia de la operación de crédito.

El plazo o condición es un dato esencial en la operación del crédito, pero aún cuando toda operación de crédito es una operación a término, no toda operación a término es operación de crédito.

La fiducia, la confianza, es otro elemento de las operaciones de crédito, ya que se refiere normalmente que el acreedor tenga confianza e la capacidad y en la voluntad del cumplimiento del deudor.

Pero, este elemento de confianza existe en otras operaciones que no son de crédito, como ocurre en el mandato, con la prenda, con la comisión, con el arrendamiento. O con otra serie de operaciones jurídicas en las que la

fiducia es un elemento calificador. Incluso podría decirse que, no siempre la operación de crédito implica fiducia, ya que aquella puede resultar impuesta por otra operación previa o principal, sin que el acreedor merezca confianza alguna al deudor incluso, es una operación directa de crédito, puede faltar toda la confianza y sólo realizarse en atención a las garantías de cumplimiento, ajeno por completo a la confianza que el deudor puede inspirar.

La reglamentación al concepto de operación de crédito, se encuentra en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, precisando que en dicho cuerpo legal no se encuentran regulados todos ellos, sino sólo los más típicos, entre los cuales dice "... consisten en la transmisión actual de propiedad por el acreedor a favor del deudor, para que la contrapartida del deudor al acreedor, se efectúe posteriormente". Contrapartida que ha de ser de un valor económicamente equivalente, y no de la misma cosa, individualmente considerada, que fue objeto de la transmisión inicial; por esto se habla de prestaciones homogéneas y de prestaciones heterogéneas, según que el deudor esté obligado a devolver otro tanto de la misma especie y calidad de la que recibe o una porción equivalente económicamente, pero de otra especie distinta. Por eso es erróneo equiparar al crédito con un cambio temporalmente espaciado, ya que el cambio para tener algún sentido, implica el trueque de valores homogéneos, y la operación de crédito puede efectuarse con valores perfectamente heterogéneos.

De esta última nota de la operación de crédito se deducen dos consecuencias: la primera es que la operación de crédito debe tener como objeto cosas apropiadas y fungibles, en el sentido jurídico de esta expresión; la segunda es que no cabe la expresión de operación de crédito gratuita, por que de no existir contrapartida podría hablarse de donación o de cualquier otra figura jurídica, pero no, de una operación de crédito⁽²⁵⁾.

Expuesto lo anterior sólo nos queda concluir con la definición del maestro Moreno Castañeda que al circunscribir más sobre la connotación de la palabra crédito dentro de la esfera de las relaciones bancarias nos la define como: "Institución social por medio de la cual los promotores de empresas tiene acceso, en forma temporal y mediante a retribución que se llama interés, a la riqueza capitalizada por el conglomerado social".

2.- SISTEMA BANCARIO COMO SERVICIO PÚBLICO

En México los bancos fueron calificados como Instituciones de derecho público, por la Ley Reglamentaria de Banca y Crédito de 1982 en su artículo 7º, como por la de igual nombre de enero de 1985 en su

(25) RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín. Opus cit. pág. 13.

artículo 9º, donde ambas leyes señalaron en su tiempo además de los ya mencionados, en sus respectivos artículos 1º que eran ordenamientos de orden público, ahora abrogadas desde 1990.

La nueva Ley de Instituciones de Crédito de 1990 con motivo de la privatización de los bancos, ya no tiene declaraciones tan contundentes como las anteriores, sin embargo en nuestra opinión, sigue siendo un ordenamiento de orden público, atento a que estableciera en sus artículos 1º y 4º.

Art. 1º “La presente ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito; la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Financiero Mexicano”.

Art. 4º “El estado ejercerá la rectoría del Sistema Financiero Mexicano, a fin de que éste oriente fundamentalmente sus actividades a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional, basado en una forma política económica soberana, fomentando el ahorro en todos los sectores y regiones de la República y su adecuada canalización a una amplia cobertura regional que propicie la descentralización del propio sistema, con apego a sanas prácticas y usos bancarios”.

Por lo anterior y como sostienen algunos estudiosos del derecho, la noción del servicio público no es rígida, ni estática, sino que debe adaptarse a las condiciones del interés público que el estado considere deben prevalecer, para determinar que una actividad tiene esas características; por lo cual no sería válido estudiar la actividad bancaria en el pasado, sino advertir en ella un proceso evolutivo, tanto en lo social, como en lo jurídico, que la ha llevado de ser un negocio privado hasta ser como ahora, un servicio público⁽²⁶⁾.

Así, que si bien en un principio el ejercicio habitual de las operaciones crediticias fueron un negocio entre particulares, más o menos regulado; hoy en día ha adquirido tal importancia, que podemos afirmar que es uno de los factores determinantes en el desarrollo económico, que permite a las naciones acelerar los procesos productivos; de tal suerte que tal circunstancia ha obligado a gobiernos a participar cada vez más en la actividad bancaria, cambiándose así los parámetros que permitían considerarla como un quehacer que estuviese sujeto a una autorización o concesión; para considerársele como un auténtico servicio público⁽²⁷⁾.

(26) ACOSTA ROMERO, Miguel. La Banca Múltiple. Ed. Porrúa S.A. México, 1981. págs. 141-142.

(27) GIORGANA FRUTOS, Victor M. Curso de Derecho Financiero y Bancario. Ed. Porrúa S.A. México, 1984. pág. 36.

En efecto, y para completar nuestras ideas sobre el tema, estaremos en frente de una prestación de servicio público, cuando se obre en interés precisamente del público, siendo indispensable que su actividad quede bajo la vigilancia y autoridad de una entidad del gobierno que le imponga una organización y se encargue de su control, de manera que el régimen aplicable será, por necesidad, de derecho público.

Por lo anterior, se citan los siguientes razonamientos o conclusiones:

1.- Es una actividad que corresponde al estado; ya que si bien es cierto no en todos los casos lo hace en forma directa, sí la desarrolla y orienta con la emisión de papel moneda, la política monetaria, la política financiera, las directrices del crédito público, el equilibrio de la balanza de pagos. "La importancia de un servicio público, en un estado moderno, no depende ya de su realización inmediata con las funciones esenciales del estado, sino con la naturaleza de las necesidades colectivas que satisface".

2.- Se trata de una actividad técnica: no hay duda en ello, pues nuestra legislación requiere de quien las ejerce, conocimientos, calificación técnica y administrativa, honorabilidad y preparación (artículo 91, de la Ley Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

3.- No son transmisibles las concesiones a virtud de la cual se opera ese servicio.

4.- El régimen jurídico es de Derecho Público.

5.- Además es un régimen exorbitante del derecho común.

6.- El sistema legislativo garantiza:

6.A) Que la prestación sea regular, mediante normas que estandarizan las operaciones, tanto activas como pasivas.

6.B) Su adecuación, adaptándose a los cambios que exige la situación de necesidades colectivas.

6.C) La igualdad, puesto que no hay distinción de sexo, origen racial, religión; más ello no implica que no se impongan en general, requisitos para utilizar el servicio.

6.D) La continuidad, pues su prestación se puede utilizar con oportunidad y reiteración, en forma permanente durante un año; no tomando en sentido absoluto el concepto, ya que el Estado garantiza el uso del servicio con apertura de la Institución de Crédito en días perfectamente conocidos (el llamado calendario bancario) que se dan a la publicidad oportunamente.

3.- LOS PRINCIPALES CONTRATOS DEL SISTEMA BANCARIO.

3.1.- EL CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE.

El contrato de cuenta corriente bancario, es una derivación del contrato de apertura de crédito (mismo que analizaremos en el siguiente punto de estudio), pero su utilización por su naturaleza y usos bancarios importante; es también llamado de saldos revolventes utilizado principalmente en las tarjetas de crédito.

El contrato de cuenta corriente esta fundamentado en sus artículos 296, 302 y siguientes de la Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito, en que el acreditado conforme vaya haciendo uso del dinero puesto a su disposición, podrá ir pagando el mismo, con entregas parciales, en forma que nunca agote el límite del crédito, Esto es, si el crédito es de \$ 1,000.00, se solicitan \$ 900.00, después se pagan \$ 300.00, después se vuelven a solicitar \$ 400.00, al día siguiente se pagan los \$ 1,000.00, y así, de manera que nunca se sobrepase el límite de los \$ 1,000.00.

En un principio y para mejor apreciación del contenido y resultados de esta investigación, es de vital importancia diferenciar al contrato de cuenta

corriente según su naturaleza jurídica o de su aplicación; pudiendo ser esta de carácter Mercantil o Bancaria.

El contrato de cuenta corriente mercantil, implica un contrato en que los créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes, se anotan como partidas de abono o de cargo en una cuenta, y sólo el saldo que resulte a la clausura de la misma constituye un crédito exigible y disponible. Se entiende por remesa, todo envío de cualquier tipo de mercancías que haga un comerciante a otro por cualquier conducto, y que no se pague inmediatamente, sino que se anote como crédito en una cuenta especialmente abierta para ello. Por la naturaleza de este contrato, debe entenderse que las remesas no sólo serán de un comerciante a otro, sino simultáneamente en los dos sentidos, y como ninguno de los dos pagará la remesa, sino que la anotarla como una deuda a favor de quien la envió, al término del plazo convenido, cada comerciante suma las remesas que ha enviado y recibido, compensa los totales, y el saldo que resulte se pagará en efectivo.

La ley establece que dentro del total de cada remesa, además del valor de la mercancía o del total del dinero enviado, se sumarán los gastos y comisiones que la propia remesa, o las propias mercancías causen en efectivo (como fletes, seguros, embalajes etc.) a no ser que se hayan establecido expresamente.

El requisito indispensable para la operabilidad y eficacia de este contrato es, que existan remesas recíprocas, ya que de no ser así, sólo existiría una relación de crédito que se sujetaría a normas diferentes de la que rigen la cuenta corriente, y por supuesto no existiría posibilidad de compensación.

El contrato de cuenta corriente bancario corresponde a un acuerdo específico, en el cual se faculta a los titulares para hacer depósitos y retiros de dinero de la cuenta sustantiva del contrato de cuenta corriente. Es la utilización de este típico y básico instrumento a cargo de los bancos, el que permite que el acreditado mantenga las ventajas del depósito custodiado por un banco y al mismo tiempo contar con las disponibilidad sin reservas de su dinero.

En materia de su naturaleza jurídica se ha tratado de identificar al contrato de cuenta corriente bancario con algunas diversas categorías contractuales clásicas; A) el mandato, B) depósito, C) préstamo, D) Locación de obra y servicios; Pero en realidad su naturaleza sólo es acorde a las necesidades y a los servicios bancarios que satisface en su rubro.

Es evidente que el contrato de cuenta corriente bancaria nació en el seno del depósito de dinero y como pacto accesorio suyo, fue destinado a facilitar la movilización del dinero depositado, pero, poco a poco en la práctica, fue

ganando sustantividad la cuenta corriente frente al depósito mismo, convirtiéndose de pacto accesorio a contrato principal(28).

Entre nosotros es necesario distinguir entre cuenta corriente mercantil y cuenta corriente bancaria, considerando de antemano diferentes criterios, donde algunos afirman que fuera del tracto sucesivo no existe nada en común.

La falta de identidad jurídica entre cuenta corriente mercantil y bancaria, reside en que, mientras el primero es un contrato autónomo que implica de antemano un convenio de compensación diferido o concesión de crédito recíproco, la cuenta corriente bancaria está necesariamente vinculada a otros contratos bancarios, depósito irregular, crédito bancario, redescuento.

Los caracteres del contrato de cuenta corriente bancario son :

A) Es un contrato consensual por que se perfecciona con el encuentro de los consentimientos o acuerdo de las dos partes

B) Es un contrato normativo, porque, entre otras, tiene la función de

(28) DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. Títulos, Contratos de Crédito, Quiebras. Ed. Harla S.A. México, 1984. págs 300-307.

regular las relaciones futuras entre el banco y el acreditado; por eso, en los acreditamientos sobre la cuenta, la obligación del banco surge en el momento mismo de las anotaciones contables, por efecto de la voluntad constitutiva del contrato.

C) Es un contrato no formal, por que para su constitución no se requiere forma alguna, También las ordenes y las comunicaciones del cliente pueden darse en cualquier forma, inclusive oralmente, aunque es de buena fe adoptar la forma escrita.

D) Es un contrato real, ya que el negocio jurídico se deriva de la clase de negocio jurídico del que se nutre: el préstamo, tal y como lo examinamos en el análisis de su naturaleza jurídica. El contrato de préstamo se perfecciona con la entrega del dinero y no antes. Y teniendo la cuenta corriente como sustento la remesa de dinero, se caracteriza evidentemente, por su carácter real.

E) Es un contrato de tracto sucesivo (ejecución sucesiva), estipulado normalmente por tiempo indeterminado.

F) Es autónomo y principal . Existe por si mismo sin subordinación a ningún otro.

G) Es conmutativo (bilateral), por cuanto para ambas partes derivan prestaciones recíprocas.

H) Es un contrato oneroso, en cuanto a las ventajas que procuran una y otra de las partes, sin perjuicio de las comisiones pactadas por la contabilidad del banco, por las operaciones que se tengan que realizar inherentes al contrato de cuenta corriente.

I) Es un contrato de adhesión. Parece indiscutible que a pesar de que existe una tipificación por parte de la ley, son los reglamentos internos de los bancos los que imponen de manera uniforme y general a los clientes; de manera que no les es posible discutir los términos globales del contrato (punto también medular en el estudio de esta investigación, mismo que será tratado ahondadamente en el cuarto capítulo), pero que posibilita a las partes para la prestación de otros servicios siempre adicionales y por obviedad en adhesión al contrato de apertura; tal es el caso de una o más tarjetas de crédito, auto cheques o cheques para gasolina, cajero permanente, pago de impuestos, cobro de salarios o pensiones y muchos otros.

Concluyendo con la acertada definición que hace el economista español, Vázquez de Iruzebieta, en su definición al contrato de cuenta corriente bancaria, que cita de la siguiente forma; "El contrato de cuenta corriente es un

resultado, una consecuencia; misma que se produce a causa de un acto jurídico que a su vez tiene su propio objeto que si puede ser una cosa en el derecho común,. Es la puesta en vigencia de una actividad de resultados contables a causa de un acuerdo de voluntades que pactan para que tales resultados produzcan determinados efectos, entre ellos, el poder de disposición inmediata para el prestamista de la cantidad prestada y el compromiso por parte del prestatario de mantener al día el resultado de la cuenta para un conocimiento puntual del saldo virtualmente disponible en todo momento"⁽²⁹⁾.

Las condiciones generales, que son en realidad las cláusulas contractuales del negocio jurídico bancario, ya que todos los datos de figuración en el anverso de la solicitud no son otra cosa que elementos identificatorios del o de los titulares, modalidades de la cuenta, forma de comunicación de los extractos, tipo de cuenta y demás circunstancias de identificación.

Las verdaderas cláusulas están redactadas en el reverso, generalmente por letras pequeñas y constituyen la descripción de los deberes y derechos de las partes. Poco importa el tamaño de la letra; lo importante es dar lectura a estas cláusulas y, por todo lo que podemos sostener en esta investigación, analizar cuales son las que pueden ser judicialmente impugnadas o

(29) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. Operaciones Bancarias. Ed. Revistas de Derecho Privado y Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1985. págs 157-160.

en su conjunto por ser violatorias a disposiciones de orden público, pese a la teórica aceptación de que de ellas se hace al firmar la solicitud de apertura.

3.11.- ELEMENTOS DEL CONTRATO

OBJETO .- Consideramos que el objeto en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente es el lucro, ya que si bien la cuenta corriente como negocio jurídico no presupone *per se* la obtención de lucro alguno por que no trata de un intercambio por venta o permuta, cesión, comisión, corretaje o representación. No produce un beneficio por causa de la ejecución del contrato por que se trata de un acopio de resultados de los que se puede dimanar un crédito o una deuda. La cuenta corriente no es más que una cuenta de resultados por causa de una contabilización de operaciones autónomas que se vinculan por la necesidad de contabilizarlas todas juntas en busca de un saldo permanentemente actualizado.

Por otro lado y en la misma frecuencia a este tema, es importante distinguir también a los elementos configurativos del contrato de cuenta corriente en A) elementos intencionales y B) elementos materiales⁽³⁰⁾.

(30) BONFANTI; Mario Alberto y GARRONE, José Alberto. El cheque y el Contrato de Apertura de Crédito Bancario. 3a Edición, Ed. DePalma S.A. Buenos Aires, 1980. pág 425.

Elementos Intencionales.- La voluntad de obtener un efecto jurídico determinado es un elemento necesario de todo contrato que cubre el consentimiento, la causa y permite calificar el acto. En la cuenta corriente, el efecto buscado es la reunión de los créditos recíprocos de las partes en un marco jurídico único, en el seno de la cual ellas estarán sometidas a un régimen operativo uniforme y darán lugar a un reglamento global.

Elementos Materiales.- Si bien la cuenta corriente bancaria, es un contrato consensual y no formal (por razones prácticas, aunque no constituyan en esencia, condiciones para la formación del acto), hacen que deba materializarse por escrito sujetándolo a numerosos requisitos de concertación.

3.1.2.- PARTES DEL CONTRATO

El contrato de cuenta corriente bancario es de carácter bilateral, por lo que en un extremo de la relación jurídica encontramos al acreditante, que por disposición legal debe ser una institución de crédito; y por el otro lado, deberá ser una persona física o moral, llamado acreditado.

En cuanto al titular de la cuenta, se presentan algunos casos especiales que requieren ser tratados o tomados en cuenta como la capacidad, ya

que en el ejercicio del contrato de cuenta corriente bancario al momento de la disposición y durante su ejecución se requiere de plena capacidad de ejercicio, ya que como se ha mencionado en el desarrollo de este tema en el capítulo primero, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, para el ejercicio o participación lícita de los actos jurídicos.

3.1.3.- OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS PARTES

OBLIGACIONES DEL BANCO.- Expedir y entregar las tarjetas de crédito, previa firma del contrato de apertura de crédito respectivo por parte de la institución de crédito y del cliente (persona física o moral).

Enviar al acreditado un ejemplar del contrato que hayan celebrado adjuntando un folleto explicativo.

Pagar las ordenes de compra de bienes y servicios solicitados por el cliente telefónicamente, previa identificación de la clave confidencial y comprobación de que los bienes hayan sido entregados en el domicilio del tarjetahabiente.

Enviar un estado de cuenta mensual a los tarjetahabientes, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de corte mensual de la cuenta, en el que aparezcan las cantidades abonadas y cargadas durante el mes.

Las instituciones de crédito directamente o representadas por las empresas operadoras del sistema de tarjetas de crédito a las cuales están afiliadas, deberán tener celebrados los contratos con dichos proveedores, en donde los propios bancos se obligarán a pagar a éstos, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que les sean presentados las cantidades respectivas para su cobro.

DERECHOS DEL BANCO.- El banco queda facultado para cargar los importes que aparezcan en los pagarés suscritos por el tarjetahabiente en favor de la institución de crédito de que se trate; también podrá cargar las disposiciones en efectivo realizadas por el cliente a través de la ventanilla, de equipos o sistemas automatizados o a través de proveedores, así como los pagos de los bienes, servicios, impuestos y otros conceptos que el banco efectúe por cuenta del acreditado, cargando adicionalmente los intereses, comisiones, gastos y otros conceptos análogos estipulados en el contrato.

También las instituciones de crédito se encuentran facultadas para establecer el límite de crédito o reducirlo; para dar por terminado el contrato y

cancelar las tarjetas en cualquier momento; previo aviso dado por escrito al acreditado, para determinar o modificar comisiones e intereses, así como los términos y condiciones del contrato.

OBLIGACIONES DEL ACREDITADO.- El cliente que desee una tarjeta de crédito deberá solicitarla por escrito y firmar el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente que instrumenta esta operación. El tarjetahabiente o acreditado se obligará a hacer buen uso de la tarjeta, siendo de su responsabilidad la guarda y custodia de la misma.

Efectuará el pago total o parcial de las cantidades de dinero que disponga al amparo de contrato de cuenta corriente respectivo. También deberá pagar todas las comisiones, gastos y demás conceptos que deriven de dicho contrato.

El acreditado estará obligado a respetar el límite de crédito, ya que el exceder el mismo será causa de rescisión del contrato respectivo.

El cliente está obligado a dar aviso de inmediato al banco emisor de la tarjeta en caso de robo o extravío de la misma, para que este a su vez, la cancele y avise inmediatamente a los proveedores.

DERECHOS DEL ACREDITADO.- El principal derecho del acreditado es disponer, a través de la tarjeta de crédito, de las sumas de dinero puestas a su disposición por el banco, en los términos y condiciones estipulados en el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, además de los derechos que son correlativos de las obligaciones que tiene la institución de crédito frente al propio tarjetahabiente.

Objetar el estado de cuenta en un plazo de 45 días contado a partir del corte. Si transcurre el plazo referido sin que el cliente objete el estado de cuenta, los asientos que figuren en la contabilidad del banco harán prueba a favor de éste, si el cliente no recibe el estado de cuenta oportunamente, deberá solicitarlo a la institución para estar en posibilidad de objetarlo en tiempo.

3.2.- EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON INTERÉS Y GARANTÍA HIPOTECARIA.

El contrato de apertura de crédito se define para el economista José Luis Fanjul Suárez como " Una operación entre dos personas; el tenedor de la cuenta (acreditante) y el cuentacorrentista (acreditado), entre las que se establece un intercambio de capitales con vencimientos distintos, saldándose cada cierto plazo de tiempo (denominado fecha de liquidación), de acuerdo con

una ley financiera previamente establecida; En general es una operación de crédito recíproco⁽³¹⁾.

Nuestra ley lo define en su artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como aquel que "... el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma, términos y condiciones convenidas, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o al cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen".

Salvo convenio en contrario, al acreditado puede disponer a la vista, es decir, de inmediato, de la suma objeto del contrato (artículo 295), en cuyo caso estaremos frente a una apertura de crédito "*Simple*". Ahora bien, si ha existido convenio especial, el crédito podrá ser utilizado mediante sucesivas disposiciones, con el derecho para el acreditado de hacer reembolsos que hagan recuperar al crédito su cuantía primitiva, y mientras el contrato no concluya, para disponer del saldo que resulte a su favor (artículo 296), Este segundo caso es el

(31) FANJUL SUÁREZ, José Luis, Análisis de las Operaciones Financieras. Ed. Civitas S.A. Madrid España, 1996. pág. 350.

de apertura de crédito en cuenta "*Corriente*". Como el contrato tiene por objeto una cosa genérica (suma de dinero u obligación) y no una cosa específica (éste caballo, ésta silla), no puede implicar una transmisión de propiedad ni tampoco atribución de un poder de disposición, en el campo de los derechos reales; no es más que un sentido económico, donde jurídicamente la puesta en disposición de la suma, implica solamente que el acreedor pueda pretender de la banca la prestación de la suma solicitada por él, Implicando por lo tanto, solo un derecho de crédito⁽³²⁾.

3.2.1.- SU NATURALEZA JURÍDICA

La apertura de crédito bancario es un negocio basado esencialmente en la figura del préstamo. Consiste en un préstamo de dinero en tanto que sea cosa fungible, que deberá ser devuelto como obligación principal.

Pero lo notable de este contrato es su cualidad. A diferencia del mutuo civil y algunos mercantiles, el bancario no tiene carácter real en el sentido en que el contrato se perfecciona con la entrega de lo prestado, si no que su naturaleza es consensual por que es a partir del momento en que las partes acuerdan el contenido del contrato en que este negocio queda perfeccionado.

(32) BAUCHE GARCIADIERGO, Mario. Opus cit. pág. 258.

El Contrato de Apertura es un negocio jurídico de préstamo, oneroso, consensual y formal *Ad probationem*, de ejecución diferida con una prestación determinable, no al momento de perfeccionarse el contrato, sino a su conclusión, según haya sido el movimiento de la cuenta corriente donde han reflejado las entregas del Banco y las devoluciones parciales del cliente, sea a título de préstamos o de pagos parciales.

El objeto del contrato no es el goce de una suma, sino el goce de una disponibilidad. Este contrato funciona de modo de que el acreditado pueda disponer a su comodidad de la totalidad del crédito, de una parte del mismo, o incluso no disponer de él, obligándose a restituir y a pagar intereses exclusivamente por el importe efectivamente utilizado. La disponibilidad es anterior a la utilización, por lo que es conveniente aclarar que el Banco no asume la obligación porque tenga contraído con el cliente algún débito (ejem: un depósito) , sino que es el cliente quien contrae un débito por tal convenio y lo ha de satisfacer⁽³³⁾ ; la utilización es un hecho autónomo respecto de la apertura de crédito y crea una nueva y distinta relación entre el acreditado y el banco. Pero viéndolo desde un punto práctico, quien tiene la disponibilidad, tiene para sí uno de los atributos normales de la propiedad, aún no siendo propietario.

(33) GIORGANA FRUTOS, Victor M. Opus cit. pág. 124.

El Contrato de Apertura de Crédito con Interés y Garantía Hipotecaria, no es más que una nomenclatura específica a los elementos sustantivos de dicho contrato, ya que como lo hemos mencionado en líneas anteriores la descripción del contrato de apertura de crédito puede ser constituida por otros elementos sin modificar su fin, incorporando a ello un interés a dicho contrato, que se fija por las partes y el cual es permitido determinar ya sea en dinero o en especie, basado en una tasa legal o convencional, pudiendo ser el último de ellos mayor que el primero, pero sin que lo sea en forma desproporcionada para el acreditado (art. 2393, 2394 y 2395), considerando como tasa legal la del nueve por ciento anual.

Por otro lado, nos referimos a la hipoteca incorporada al contrato de Apertura con interés; misma que constituye ser como una garantía de tipo inmobiliario (terrenos o construcciones y, en algunos casos de maquinaria que sea inmueble por destino)(34).

Los créditos hipotecarios pueden otorgarse por cuatro razones, que son las que dan nombre a cada tipo de crédito para:

- 1) Adquisición de un bien inmueble;

(34) DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. Opus cit. págs. 389 y siguientes.

- 2) Construcción de un inmueble;
- 3) Terminación de la construcción de un inmueble;
- 4) Ampliación o mejora de edificaciones ya construidas de un bien inmueble.

Cualquiera que sea el crédito, la garantía otorgada será el bien que se vaya a adquirir, construir, terminar o remodelar respectivamente.

Para otorgar este tipo de créditos, las hipotecarias y bancas múltiples realizan cierto tipo de investigaciones necesarias A) deben comprobar físicamente que el bien que se otorgará como garantía cubre realmente el capital principal y los intereses del crédito; B) un estudio respecto de los ingresos de la persona que recibirá el crédito, a fin de evaluar sus posibilidades de pago, su actividad económica y medios de subsistencia; C) solicitar una serie de datos que permitirá conocer la situación oficial y administrativa del inmueble, como escrituras públicas, planos, boletas de predial y de agua, certificados de libertad de gravámenes, y de no adeudos públicos, y D) Análisis detallado del presupuesto y especificación, para el caso de que el objeto del crédito sea para la construcción o la mejora de un inmueble.

Las características generales de este Contrato de Apertura de Crédito con Interés y Garantía Hipotecaria son;

1.- El bien de la garantía queda en poder del cliente y no del banco; no obstante garantizará el buen pago del crédito concedido (Art. 2383 Código Civil).

2.- De acuerdo al derecho común, sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y sólo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados (Art. 2906 Código Civil).

3.- Para que la hipoteca sea efectiva ante terceros, debe registrarse en el Registro Público de la Propiedad, sección de gravámenes (antiguamente sección 2a.); y por ser un gravamen que se constituye voluntariamente por el propietario del inmueble, cae dentro de la clasificación legal de hipoteca voluntaria (art. 2920 Código Civil).

4.- El contrato debe otorgarse ante Notario Público, en virtud de que el acto de registro debe ser públicamente atestiguado o fedatado (Art. 2917, 1er párrafo, y 2320 del Código Civil).

5.- El costo de las construcciones, el valor de las obras o de los bienes o el producto de las rentas o aprovechamiento, serán fijadas por peritos que nombrará la institución acreedora (Art. 36, fracc. VI, Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

6.- Las construcciones y los bienes dados en garantía deberán estar asegurados contra incendio por una cantidad que cubra cuando menos cubra su valor destructible (Art. 36, Fracc. VII, Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

7.- El plazo de los prestamos no deberá exceder de 20 años (en la actualidad esto no se da, por lo que es otra causa de violación a disposiciones de orden publico, tal y como lo veremos en el último capítulo de este trabajo de investigación), (Art. 36, Fracc. VIII, Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

8.- Cuando el inmueble dado en garantía sea una unidad completa perteneciente a una empresa agrícola o ganadera, deberá comprender en su caso la concesión o concesiones respectivamente, todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectados a la explotación considerados en su unidad, y el dinero en caja de la explotación, así como los créditos a favor de la empresa.

Además de estas características contractuales esenciales, cabe mencionar que las penas convencionales adquieren en materia bancaria un alto grado de sutileza, pues permanentemente se colocan en el límite de ser o no cláusulas leoninas.

Además las áreas hipotecarias y los bancos múltiples no pueden otorgar un crédito superior a determinado porcentaje al valor del inmueble; las reglas conducentes son las siguientes (Art. 36, Fracc. V, inciso a) de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares).

1.- Como regla general, el importe del crédito no será mayor del 50 por ciento del valor total del inmueble. La Comisión Nacional Bancaria podrá reducir este porcentaje hasta el 30 por ciento o exigir que se pacten garantías adicionales, cuando se trate de construcciones especializadas que, a juicio de la mencionada comisión, no sea susceptibles de fácil transformación o tengan un mercado reducido.

2.- Cuando los créditos se destinen para la construcción, adquisición o mejoras de habitaciones de *tipo medio*, que reúnan las características que señale el Banco de México, su importe no será mayor del 70 por ciento del valor de los inmuebles.

3.- Cuando se otorguen para la construcción, adquisición o mejora de las viviendas de *interés social*, que reúnan las características que señale el Banco de México, su importe no será mayor del 80 por ciento del valor de los inmuebles.

4.- Finalmente, el crédito hipotecario *punte*, es un crédito como cualquier otro de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, con la diferencia de que, A) el que solicitó el crédito para construir un inmueble, construye una vivienda o local, con el sólo fin de venderlo, es decir, el solicitante es una inmobiliaria o constructora; B) Cuando el inmueble ya está en posibilidades de ser vendido, al comprador que así lo solicite, a éste se le transmite el crédito a fin de que sea él y no la constructora o inmobiliaria quien pague el crédito y su interés.

La sociedad constructora o inmobiliaria solicita un crédito hipotecario a su banquero y da como garantía el terreno y los cimientos del edificio que va a construir; con el crédito obtenido construye el edificio y lo vende a los consumidores. El constructor que vende *transmite* el crédito a favor del comprador a fin de que el interés que debería pagar durante 10 ó 15 años lo pague el adquirente del condominio.

Los créditos puente constituyen una cesión de deuda por parte del constructor, y por parte del banco, un reconocimiento de adeudo hipotecario: El constructor, que era el deudor hipotecario original se convierte, así, en un nuevo deudor hipotecario.

Esta última figura es la más común dentro del otorgamiento de los contratos de Apertura de Crédito con Interés y Garantía Hipotecaria, ya que en la especie son las inmobiliarias o constructoras las que se encargan de edificar los inmuebles y sólo hacen una subrogación parcial de deuda como ya se ha dicho, dejando como acreedor al banco, y como deudor al comprador de la vivienda.

3.2.3.- SUS ELEMENTOS ESENCIALES

Los elementos esenciales, son aquellos que de no satisfacerse, no puede existir el contrato, en el derecho actual sólo hay dos:

EL CONSENTIMIENTO.- Es el acuerdo entre las partes contratantes, se dice que hay consentimiento cuando las partes se ponen de acuerdo con el objeto materia del contrato como ya lo habíamos mencionado, el consentimiento es la esencia básica del acto jurídico, y sin ese consentimiento, simplemente el acto jurídico no existe.

Para poder comprender como se forma este consentimiento, generalmente se lleva a cabo mediante una oferta seguida de una aceptación; es decir, se ofrece el otorgamiento de un crédito, así como la forma y condiciones de pago: ahora bien, "Por ser un negocio importante o complejo se abre un proceso de negociación entre el acreedor y el acreditado, en este proceso es muy frecuente se haga variar los términos de la oferta"⁽³⁵⁾.

El consentimiento debe otorgarse bajo ciertos requisitos, para la total eficacia del contrato en estudio, requisitos que enumeramos:

- 1.- Capacidad entre los contratantes, ausencia de vicios y forma en la manifestación de voluntad.
- 2.- El consentimiento debe ser expreso.
- 3.- Debe ser el resultado del acuerdo de dos o más voluntades.

EL OBJETO.- En el contrato de Apertura de Crédito con Interés y Garantía Hipotecaria, el objeto sería garantizado con la garantía la cual será un bien inmueble (tal y como lo manifestamos en el rubro anterior), en segundo lugar sería el pago que realizará el deudor al acreedor.

(35) DE LA PEZA MUÑOS CANO, José Luis. Opus cit. pág. 25.

El objeto directo, en este contrato como ya lo hemos manifestado en líneas anteriores es el transferir la propiedad de un bien, recibido en la misma cantidad y especie, es decir, que la obligación del contrato siempre consiste en una conducta del deudor en provecho del acreedor, dicho objeto no puede confundirse con la cosa o servicio que motiva la oferta del contrato, así pues, para que el contrato de crédito sea eficaz, su objeto debe contener ciertos requisitos, esto es que la obligación del contrato sea posible física y jurídicamente, que el objeto sea lícito, que sea determinado o determinable en dinero. Consecuentemente para el debido análisis de nuestro tema de investigación hay que definir el objeto lícito del contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, que no sea contrario a las leyes de orden público o leyes prohibitivas, tal y como lo establece el artículo 1830 C.C.

Artículo 1830. "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres".

EL OBJETO INDIRECTO.- Respecto de este contrato, son los bienes fungibles tanto corporales como incorporales, los consumibles por el primero uso como los que no lo son, los cuales pueden ser en efecto cosas que pueden depositarse, de manera que el depositario debe restituir solamente una cantidad de cosas de la misma especie, equivalente de la que recibió en depósito el caso especial si se entrega dinero es presumible que el depositante haya

querido ceder su propiedad y esté conforme con recoger la misma suma numérica, Presunción que deviene de la circunstancia de pagar un interés o comisión, por el crédito otorgado.

3.2.3.- SUS ELEMENTOS DE VALIDEZ.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal, los enumera en su artículo 1795 como son, la capacidad de él o los sujetos que intervengan en el negocio, la ausencia de vicios en el consentimiento. la licitud en el objeto, motivo o fin, y la forma.

Dentro de los elementos de validez de este contrato de apertura con interés y garantía hipotecaria, se encuentra la capacidad de los sujetos y la forma. En cuanto hace a la ausencia de vicios de la voluntad estos serán debidamente profundizados en el siguiente capítulo, para efectos de no repetir innecesariamente.

CAPACIDAD.- Entendemos a la capacidad como la aptitud para adquirir un derecho para ejercerlo o disfrutarlo. Es importante señalar que en nuestro Derecho Civil reconoce dos tipos de capacidad; la de Goce y la Ejercicio; la capacidad de goce, es aquella perteneciente al individuo desde que es

concebido y en ese momento es sujeto de derechos, en tanto la capacidad de ejercicio se adquiere por la mayoría de edad, siendo aquella por la cual, una persona puede ejercer sus derechos y cumplir obligaciones por sí misma.

La capacidad en el contrato materia del presente estudio, no es de manera especial, siendo únicamente la capacidad de ejercer, aunado al hecho de que, se deberá detentar del bien dado en garantía; ya que nadie puede disponer de aquello que no le pertenece.

LA FORMA.- La forma de la manifestación del consentimiento por regla general es libre como en cualquier negocio jurídico⁽³⁶⁾, y por eso el consentimiento puede darse por escrito o verbalmente, expresa o tácitamente, sólo en algunos casos y por disposición expresa de una ley (tratándose de una forma excepcional), se exige que la manifestación del consentimiento se realice en una forma determinada; la se cual considera como otro de los elementos esenciales para la constitución de este contrato, esto es, para la existencia misma del negocio jurídico.

Para la realización del Contrato de Apertura de Crédito con Interés y Garantía Hipotecaria, es necesario formalidades ya establecidas en la ley,

(36) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Opus cit. pág. 237.

por lo que dicha forma debe revestir, está debe hacerse constar en escritura pública notarial, e inscribirse en el Registro Público de la Propiedad y el Comercio, tal y como lo disponen los artículos 2317 y 2320 del Código Civil para el Distrito Federal.

3.2.4.- SUS GARANTÍAS EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

El tema más crítico de la problemática bancaria es sin duda el de la realización de las garantías que aseguran las distintas operaciones, diferenciándose de éstas las reales y las personales.

LAS GARANTÍAS PERSONALES , consisten en que otra persona distinta de la del deudor, asuma la misma obligación, ya sea solidariamente con el deudor, o bien subsidiariamente, para el supuesto caso de que el deudor no pague; de esta manera el acreedor tiene como respaldo de su crédito no sólo el patrimonio del deudor, sino también el del su garante.

Las garantías reales consisten en afectar un bien determinado para respaldar el pago de la obligación, de tal manera que se otorga una preferencia al acreedor garantizado frente a los demás acreedores, para hacer efectivo su

crédito sobre ese bien particularmente afectado⁽³⁷⁾.

LAS GARANTÍAS REALES, se reducen en nuestro derecho civil a la prenda y la hipoteca. La prenda consiste en la entrega de un bien mueble al acreedor para garantizarle el cumplimiento de la obligación y confiere al acreedor la facultad de retener la cosa mientras no se le pague y, en caso de incumplimiento, tiene la facultad de vender la cosa y con su producto recibir el pago con preferencia a los demás acreedores, mientras que la hipoteca es una especie de prenda que tiene como característica la no desposesión del pignorante de la cosa.

Art. 2856.- “La prenda es un derecho real, constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el pago de una obligación y su preferencia en pago”.

Art. 2858.- “Para que se tenga por constituida la prenda, deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente”.

Art. 2658.- “La Hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley”.

(37) DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe. Opus cit. pág. 81.

CAPÍTULO TERCERO

“ ANÁLISIS DOCTRINAL SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES ”

1.- EL LLAMADO ORDEN PÚBLICO.

El orden público es la esfera de acción en que las leyes colocan respectivamente a cada ciudadano para que la vida en común o social pueda desarrollarse pacíficamente.

Los principios que definen este orden se hayan enunciados en la ley fundamental de los estados y están contenidos en las garantías constitucionales.

El maestro Galindo Garfias menciona que son leyes de orden público todas las leyes de derecho público.

Menciona también que existen preceptos legales que no le pertenecen al derecho público sino que forman parte del derecho privado, pero que tienden a garantizar los principios que se consideran básicos o esenciales para la organización de cualquier grupo social⁽³⁸⁾.

(38) GALINDO GARFIAS, Ignacio. Opus cit. pág. 133.

Las leyes de derecho privado que presentan los caracteres del orden público son las siguientes.

A) Aquellas que reglamentan el estado civil y capacidad de las personas.

B) Las que organizan la propiedad, especialmente la propiedad inmueble.

C) Las que vigilan la observancia de los ordenamientos encaminados a proteger a los terceros, y

D) Las que tienden a la protección de un contratante frente a otro.

El presente rubro, es interesante su estudio porque esta íntimamente ligado a nuestro tema de investigación, donde será catalogado como hecho ilícito, aquello que sea contrario al orden público o las buenas costumbres.

No es fácil definir el concepto de buenas costumbres.

El legislador no ha intentado hacerlo dentro de nuestra legislación o artículo específico; y presupone que el juez y el interprete saben a ciencia cierta

en qué consisten las buenas costumbres.

Eduardo Pallares, define este concepto como la manera de vivir conforme a los principios de la moral social que imperan en un lugar y tiempo determinados, sobre todo en lo concerniente a las relaciones entre los dos sexos. A su vez las leyes concernientes de las buenas costumbres son las que tienen la finalidad social a la protección de las clases sociales más desprotegidas⁽³⁹⁾.

2.- LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN.

En materia de contratos, el principio que consagra la obligatoriedad es la base de todo el sistema para derivar un conjunto de consecuencias que se manifiestan a través del principio de exactitud; para el debido cumplimiento de las obligaciones.

Se considera que los contratantes pactan tomando en cuenta situaciones normales, que en atención a ellas adquieren determinados compromisos, que cuando cambian notoriamente las condiciones que se tuvieron en cuenta por las causas generalmente imposibles de prever, y

(39) PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa S.A., México, 1987. pág. 93.

que afectan a toda la economía de una colectividad, como sucede con una crisis económica o con las guerras. A estas se les denomina excepciones de la equidad y de la buena fe.

Puede darse el caso de una imposibilidad absoluta de cumplimiento, pero en ese caso el deudor queda liberado de ese cumplimiento, ya que a lo imposible nadie está obligado.

La teoría de la imprevisión, funciona cuando siendo posible el cumplimiento, origina la ruina del deudor, dado que para satisfacer la prestación tiene que hacer un sacrificio patrimonial desproporcionado en relación con el que hubiera dado en condiciones normales. Por ejemplo por virtud de una guerra determinados materiales alcanzan precios de diez o veinte veces su valor normal. El deudor podría económicamente adquirirlos, pero eso traería como consecuencia su ruina patrimonial.⁽⁴⁰⁾; además del principio de equidad, deberá recurrirse a los principios generales del derecho, como lo dispone el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal de que nadie podrá enriquecerse a costa de otro.

Los tratadistas que declaran que la lesión en los contratos originan

(40) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Contratos I; 5a Edición. Ed. Porrúa S.A., México, 1985. págs. 218-221.

la nulidad, por cuanto que la ley prohíbe la explotación injustificada de un contratante por el otro que se aprovecha de su miseria, ignorancia o inexperiencia. Todos estos fundamentos legales forman todo un sistema de equidad en la celebración y cumplimiento de los contratos.

La teoría de la imprevisión, prevé como ya se ha mencionado, que deban ser causas externas imposibles de prever por el deudor, para alterar la situación normal de obligación, y con ello su imposibilidad económica para cumplirla.

Justificando el principio de la teoría de la imprevisión, ahora consistirá en determinar en qué forma debe funcionar, bien sea para modificar el contrato u operar la rescisión; bien para aplazar su cumplimiento hasta las condiciones normales, o en su caso para facultar al juez para que discrecionalmente decrete las compensaciones que juzgue equitativas.

Y si el principio de obligatoriedad ha de respetarse, es necesario declarar que cuando no se pueda cumplir con el contrato en las condiciones pactadas, por motivos justificados, ese contrato debe rescindirse, es decir no debe surtir sus efectos. Cabe dentro de esta teoría la rescisión, porque supone una causa posterior al contrato que no implica un vicio interno o externo del

mismo, es decir, un vicio de nulidad. Por el contrario, en el caso se trata de un vicio no imputable al deudor y que imposibilita económicamente el cumplimiento.

Por excepción esta teoría, ha sido acogida por algunos códigos y en específico al Código Civil del Estado de Jalisco, en sus artículos 1771 y 1772, ya que en nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, no está contemplado.

La teoría de la imprevisión trata de justificar la modificación o extinción de las obligaciones contractuales cuando han mediado variaciones substanciales en la condición en que ellas debieron cumplirse, esto está asociado con un diversos campos de acción, pues se vincula con otros problemas relativos con la autonomía de la voluntad, tales como el principio de la buena fe en la interpretación y ejecución de los contratos, el de la lesión subjetiva basada en la equivalencia de las prestaciones, el abuso del derecho y otros que tiendan a atenuar en beneficio de la equidad el concepto de las obligaciones estrictamente legales(41).

Para otras autoridades que manifiestan que para que haya lesión, es necesario que se produzca al formarse el consentimiento. Es en ese instante cuando debe producirse la desproporción en las prestaciones. Si por el contrario

(41) ZAGO, Jorge Alberto. El consentimiento y la teoría de la lesión. Ed. Universidad. Buenos Aires Argentina, 1981. pág. 133.

las obligaciones contraídas por una de las partes quedan diferidas (entrega de mercancías a plazo) y por razones imprevistas al contratar se hace mucho más oneroso (no imposible) el cumplimiento de esas obligaciones, debería de aplicarse en este caso la teoría de la imprevisión (que nuestro código no reconoce, salvo algunos estados, como el de Quintana Roo, y el de Jalisco) para ver si es susceptible [a regulación del valor de las prestaciones.

Para los efectos de la lesión , la proporcionalidad debe juzgarse, al momento de la formación del contrato, y no al del cumplimiento de las obligaciones que emanan de éste(42).

3.- EL ANATOCISMO Y SU JURISPRUDENCIA

El anatocismo es un pacto por el cual el acreditado y el acreditante convienen en que los intereses se capitalicen y produzcan a su vez, nuevos intereses. En el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, siguiendo la tendencia de proteger al acreditado, prohíbe la capitalización de ellos, es decir, impide se cumpla el pacto llamado anatocismo, lo que constituye la otra forma de lesión

(42) LEÓN HURTADO, Avelino. La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos. 4a edición, Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1991. pág. 175.

tolerada por el Código de 1884, dentro del principio de autonomía de la voluntad⁽⁴³⁾.

Se llama anatocismo a la capitalización de intereses, que los hace a su vez productivos de intereses, como si fuesen capital, a medida que llegan a su vencimiento.

La capitalización de los intereses es peligrosa además de prohibitiva y causante de nulidad en los contratos, porque aumenta el pasivo de los deudores con rapidez que no pueden pagar regularmente sus deudas. Por ello la convención del anatocismo no puede hacerse sino por los intereses ya vencidos al momento de celebrarla.

Esto es lo que resulta del texto al artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, "las partes no pueden, bajo pena de nulidad , convenir de antemano que los intereses se capitalicen y produzcan intereses".

Por tanto el deudor no puede prometer con anterioridad a su acreedor, la capitalización futura, en cada año, de los intereses vencidos y no pagados.

(43) ROJINA VILLEGAS, Rafael. Opus cit. pág. 497.

Por otro lado y considerado contrario a lo antes citado, el artículo 363 del Código de Comercio permite capitalizar dichos intereses vencidos y no pagados; a ello consideramos que dicha disposición carece de aplicación en los Contratos de Crédito Bancarios, cuando de esa capitalización resultan efectos contrarios a la Ley de Instituciones de Crédito y a los fines de la misma; es decir cuando de la capitalización se produce la desproporción en el costo del servicio de crédito y se atenta en contra del sano desarrollo de una economía nacional, desalentando y desprotegiendo la actividad económica que desarrollan los particulares.

No se cuestiona el hecho que las instituciones deban tener una utilidad en el manejo de la banca y crédito, pero esa utilidad no debe ser tal, que afecten los fines de estos servicios prestados al público en general; por que con la pura aplicación de las tasas de interés, la Institución tiene por demás justificada su retribución, ya que frente a la cantidad que se paga a los ahorradores, estas son infinitamente mayores a las tasas que se aplican a los acreditados para el pago de sus préstamos, además de las injustas comisiones que no tienen razón de ser.

Hacemos referencia a jurisprudencias, emitidas por nuestro máximo tribunal respecto al caso que nos ocupa, citando en un principio al vocablo de

anatocismo y posteriormente las tesis que así fundan a la capitalización como un pacto de anatocismo.

ANATOCISMO. DICHO VOCABLO NO SE ENCUENTRA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: P. LXVI/98 Clave de Control Asignada por SCJN: Civil Sala o Tribunal emisor: Pleno de la Corte - 9na. Época - Materia: Civil Fuente de Publicación : Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Volumen: VIII, Octubre de 1998 Página: 381

Del análisis de las disposiciones que integran el sistema jurídico mexicano, en especial del Código Civil y del de Comercio, así como de las Leyes de Instituciones de Crédito y de Títulos y Operaciones de Crédito, relativas a los contratos civiles, mercantiles y bancarios, se advierte que en ninguna parte hacen referencia expresa al anatocismo, vocablo que queda comprendido en el campo de la doctrina. El artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ubicado en el título quinto "Del mutuo", capítulo II, "Del mutuo con interés", establece que "Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses". El artículo 363 del Código de Comercio, en el título quinto, capítulo primero, denominado "Del préstamo mercantil en general", previene que "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses" y, añade, que "Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos". Finalmente, las leyes citadas en último término, que regulan los contratos bancarios, no tienen ninguna disposición en ese sentido. Por tanto, de acuerdo con el derecho positivo mexicano, no cabe hablar de anatocismo sino de "intereses sobre intereses", prohibido por ambos preceptos, y de "capitalización de intereses", expresamente autorizada a condición de que sea pactado entre las partes, en el primer precepto, con posterioridad a que los intereses se causen; y,

en el segundo, sin hacer manifestación en cuanto a la temporalidad de ese convenio.

Descripción de Precedentes: Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número LXVI/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho. Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Acervo Jurídico 2000 Copyright 1998, 1999, 2000 Casa Zepol, S. A. de C. V. Todos los Derechos Reservados CIVJSCJN 200222

ANATOCISMO PROHIBIDO POR EL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE VERACRUZ, NO ES EXCEPCIÓN QUE PUEDA Oponerse A UN TÍTULO DE CRÉDITO, POR NO CONSTITUIR ORDENAMIENTO LEGAL SUPLETORIO DEL CÓDIGO DE COMERCIO NI CONTEMPLARLA EL ARTÍCULO 8 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.

Tipo de Documento: TESIS AISLADA Clave de Publicación: VII.2o.C.41 C Clave de Control Asignada por SCJN: TC073041 CIV Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 8va. Época - Materia: Civil, Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación, Volumen: XV-II Febrero Página: 217.

Lo que refiere el artículo 2330 del Código Civil local (consistente en la prohibición de convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses), ninguna aplicación supletoria tiene al Código de Comercio, pues siendo éste de naturaleza federal, en el aspecto sustantivo es supletorio el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, a más de que no constituye excepción oponible a las acciones derivadas de un título de crédito por no estar contemplada en el artículo 8 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SÉPTIMO CIRCUITO. *Descripción de Precedentes: Amparo directo 1132/93. Ramón Pérez Bonilla. 14 de febrero de 1994. Mayoría de votos. Ponente: Agustín Romero Montalvo. Disidente: Raymundo A. Martínez Rebolledo. Secretario: Ezequiel Neri*

Osorio. Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Acervo Jurídico 2000 Copyright 1998, 1999, 2000 Casa Zepol, S. A. de C. V. Todos los Derechos Reservados, CIVJSCJN 177950

ANATOCISMO, PACTO DE. LO CONSTITUYE EL CONVENIO CELEBRADO ENTRE LOS CONTRATANTES A FIN DE QUE EL ACREDITADO DISPONGA DE UN CRÉDITO ADICIONAL PARA CUBRIR INTERESES NO DEVENGADOS.

Tipo de Documento: JURISPRUDENCIA Clave de Publicación: XIII. J/11 Clave de Control Asignada por SCJN: Civil, Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 9na. Época - Materia: Civil, Fuente de Publicación: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Volumen: VII, Febrero de 1998 Página: 96

El artículo 363 del Código de Comercio prevé: "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos". De este precepto se desprende, por una parte, la prohibición de que los intereses vencidos generen a su vez intereses y, por otra parte, contempla la posibilidad, como caso de excepción y acto posterior o futuro, la capitalización de los intereses vencidos y no cubiertos, previo convenio de los contratantes. Ahora bien, si los interesados convinieron en la apertura, a favor del obligado, de un crédito adicional a fin de cubrir mediante disposiciones mensuales, los intereses generados que no lograra pagar con la erogación neta correspondiente, y pactaron además que las disposiciones del crédito adicional se documentarían mediante asientos contables que haría el acreditante sin necesidad de que el acreditado suscribiera documento alguno, tal acuerdo de voluntades entraña el pacto de anatocismo prohibido por el numeral antes citado ya que, por una parte, se conviene de antemano la disposición de un préstamo por una suma determinada destinada al pago de intereses ordinarios vencidos y, por otra, se establece que esa cantidad que en sí misma constituye capitalización de los réditos no cubiertos con los pagos o erogaciones netas mensuales, produzca a su vez nuevos intereses, sin que pueda considerarse que la disposición de ese crédito sea discrecional, pues para concluir en ese sentido,

resultaría necesario que se hubiera acordado que una vez generados los intereses, el acreditado tuviera la opción de manifestar si quería o no utilizar el crédito adicional otorgado y no antes de su causación.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO. Descripción de Precedentes: Amparo directo 968/96. Bancomer, S.A. 19 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretario: Eduardo Antonio Loredo Moreleón. Amparo directo 889/97. Banco Nacional de México, S.A. 6 de agosto de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Pérez Herrera. Secretario: Eduardo Antonio Loredo Moreleón. Amparo directo 1695/97. Banco Nacional de México, S.A. 26 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretaria: Aída Guzmán López. Amparo directo 1707/97. Banco Nacional de México, S.A. 26 de noviembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Alberto Durán Martínez. Secretario: José Javier Martínez Vega. Amparo directo 1883/97. Banco Nacional de México, S.A. 7 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Herminio Huerta Díaz. Secretario: Carlos Manuel Aponte Sosa. Nota: Sobre el tema tratado existen denuncias de contradicción de tesis números 2/98 y 11/98, pendientes de resolver en la Primera Sala. Véase: Tesis I.7o.C. J/2, en la página 415 de esta misma publicación. Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Acervo Jurídico 2000 Copyright 1998, 1999, 2000 Casa Zepol, S. A. de C. V. Todos los Derechos Reservados, CIVJSCJN 198855

ANATOCISMO, PACTO DE. NO LO CONSTITUYE EL CONVENIO CELEBRADO ENTRE LOS CONTRATANTES A FIN DE QUE EL ACREDITADO DISPONGA DISCRECIONALMENTE, EN SU CASO, DE UN CRÉDITO ADICIONAL PARA CUBRIR INTERESES DEVENGADOS E INSOLUTOS.

Tipo de Documento: JURISPRUDENCIA Clave de Publicación: XVII.1o, 3 C Clave de Control Asignada por SCJN: TC171003.9 CIV, Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 9na. Época - Materia: No Especificada, Fuente de Publicación : Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Volumen: V, Marzo de 1997 Página: 772

Conforme al artículo 363 del Código de Comercio "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos" De este precepto se desprende la prohibición de que los intereses vencidos generen a su vez intereses y la posibilidad de que los intereses vencidos se capitalicen previo convenio de los contratantes; la primera hipótesis

contiene el caso de anatocismo, que prohíbe expresamente el legislador y la segunda permite el que, según la voluntad de los contratantes, aquellos intereses vencidos y no cubiertos lleguen a formar parte del capital. Ahora bien, si en un caso los contratantes convinieron en la apertura a favor del acreditado de un crédito adicional a fin de cubrir discrecionalmente, mediante disposiciones mensuales, los intereses insolutos, tal convención en modo alguno entraña el pacto de anatocismo prohibido por el numeral antes citado, ya que es de la voluntad de dicho acreditado el que se dé o no la hipótesis pactada, puesto que bien puede impedir su actualización, cubriendo puntualmente los intereses generados y, por otra parte, con dicha convención tampoco se estipula el que los intereses vencidos y no pagados generen a su vez intereses, sino sólo el que el acreditado disponga discrecionalmente del mencionado crédito adicional para cubrir intereses insolutos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO SÉPTIMO CIRCUITO.
Descripción de Precedentes: Amparo directo 215/96. Bancomer, S.A. 29 de enero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Agustín Cerón Flores. Secretario: Amador Muñoz Torres. Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Acervo Jurídico 2000 Copyright 1998, 1999, 2000 Casa Zepol, S. A. de C. V., Todos los Derechos Reservados, CIVJSCJN 196864

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

Tipo de Documento: JURISPRUDENCIA Clave de Publicación: I.7o.C.13 C, Clave de Control Asignada por SCJN: TC017013.9 CIV, Sala o Tribunal emisor: Tribunales Colegiados de Circuito - 9na. Época - Materia: Civil, Fuente de Publicación : Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Volumen: VII, Enero de 1998 Página: 1080

Las cláusulas y definiciones del contrato base de la acción, contempladas a la luz de la doctrina y de las disposiciones legales relativas, permiten arribar a la convicción de que el llamado sistema de crédito adicional se estructuró desde un punto de vista económico pero no jurídico, con la finalidad de

que los intereses devengados que no pudieran cubrir los acreditados, los pagarán con las cantidades de que dispusieran mes a mes, al amparo del crédito adicional, durante el tiempo en que los intereses fueran mayores a los pagos mensuales de capital, previstos en una de sus cláusulas. Esos pagos de intereses, en virtud de las cantidades dispuestas del crédito adicional, se sumarían al capital, y sobre ambos conceptos, es decir, sobre intereses y suerte principal, se causarían otros intereses. No puede darse interpretación distinta al esquema financiero. En otras palabras, el sistema de crédito adicional se diseñó para pagar intereses cuando los acreditados no tuvieran capacidad de cubrir el capital; de este modo, el pago se aplicaría primero a intereses y, de quedar algún remanente, se aplicaría a la suerte principal; en caso de que el pago de los acreditados no alcanzara a cubrir el monto de los intereses devengados, el banco, mediante un asiento contable de cargo y abono, tomaría del crédito adicional el importe necesario para pagar los intereses faltantes. Sucede que, como ya se dijo, el importe del crédito adicional se sumaría al crédito inicial y ambos generarían intereses. La realidad del caso es que el crédito adicional o refinanciamiento establecido en el contrato de apertura de crédito simple con interés y garantía hipotecaria, es un acto simulado para capitalizar los intereses devengados no pagados, ya que no es verdad que se trate de un nuevo crédito otorgado para pagar intereses debidos. En efecto, como no se entregó ningún dinero para cubrir los intereses causados, pues incluso se expresó en una de sus cláusulas que las disposiciones del crédito adicional se documentarían con asientos contables, lo cual no es otra cosa sino la denominada falsedad ideológica por dinero no entregado, que consiste, como precisado quedó con anterioridad, en que cuando no se entrega el dinero que se dice prestado y sólo se producen movimientos contables para que la cantidad dispuesta quede en favor del banco acreditante, se simula el cobro por su cuenta de cantidades adeudadas. Se está, entonces, en presencia de un acto simulado que encierra un pacto de anatocismo, prohibido por los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil para el Distrito Federal.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Descripción de Precedentes: Amparo directo 6247/97. José Manuel Fermín Vázquez Legaria y Luz María Tejada Domínguez. 16 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Rolando Javier García Martínez. Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis número 2/98, pendiente de resolver en la Primera Sala. Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acervo Jurídico 2000 Copyright 1998, 1999, 2000 Casa Zepol, S. A. de C. V., Todos los Derechos Reservados, CIVJSCJN 198767, Texto íntegro emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acervo Jurídico 2000 Copyright 1998, 1999, 2000 Casa Zepol, S. A. de C. V., Todos los Derechos Reservados, CIVJSCJN 199734

Ahora bien, lo actual y último en este tema, sería analizar las contradicciones de tesis que fueron duramente criticadas por las partes interventoras.

Fue un gran problema para la Suprema Corte de la Nación, decidir si el quejoso tenía o no la razón respecto de la constitucionalidad y aplicación de la norma jurídica, ya que como el tema que nos ocupa es precisamente evidenciar el análisis por las violaciones de orden público al contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, cuando se dejen de observar disposiciones fundamentales para tales juicios de garantías, como son los artículos 8, 1830 y 1831 del Código Civil para el Distrito Federal.

Para este análisis, debemos tener presente lo ya investigado y expuesto de lo que es el orden público, la nulidad en los contratos, el crédito mismo en general y los antecedentes y jurisprudencia que encierran el pacto

llamado anatocismo consecuencia de la clara desproporción económica que sufre el acreditado.

La resolución a la que hablamos es la controversia que se creyó emitida por mayoría de votos, y decía que el cobro de intereses sobre intereses estipulado en los contratos bancarios es legal en todas las particularidades que se presentan, esto es totalmente falso, dado que lo resuelto fué la aplicación correcta de los preceptos en relación a los lineamientos constitucionales, decisión duramente criticada y objetada, que por obvio de razones fue bien recibida en el seno de la cúpula bancaria, y avalada por líderes empresariales, pero rechazada por partidos de oposición, organismos de deudores y diversos segmentos de la población; en la prensa se pudieron leer diversos encabezados:

LA CORTE SOLO INTERPRETA LEYES. “El presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), afirmó ayer, que ese tribunal actuará con estricto apego a derecho”, en la resolución a las ocho contradicciones de tesis que se resolverán respecto de la legalidad de la capitalización de intereses sobre intereses, y dejó claro que esa instancia no es la institución facultada para elaborar leyes, sino solo para interpretarlas⁽⁴⁴⁾.

(44) LA JORNADA, Diario Nacional. 8 de Octubre de 1998. Comentario de Jesús Aranda sobre el anatocismo.

José Vicente Aguinaco presidente de la SCJN, en un comunicado de prensa, dijo que la interpretación de dichas tesis en contradicción, se basará en diversos artículos constitucionales, en el Código de Comercio, ordenamiento que data de 1889, en el Código Civil que data también desde 1928, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley del Banco de México, la Ley Federal de Protección al Consumidor y otras diversas.

Manifestó también el Lic. Jesús V. Aguinaco en la corte, que no analiza juicios para modificar o confirmar sentencias previamente dictadas, sino que se limita a establecer un nuevo criterio jurídico de carácter general, para que quienes estén interesados en hacerlo valer lo hagan a través de un juicio, para que sean los tribunales quien se encarguen de resolver lo conducente en cada caso en particular.

Una de estas resoluciones de contradicción de tesis fue elaborada inicialmente por el Ministro Juventino V. Castro y Castro, en la que señalaba que si el artículo 363 del Código de Comercio, permitía la capitalización de los intereses en forma previa, entonces no constituía ello un pacto de anatocismo.

El documento consideraba que el artículo 363 del citado ordenamiento, al permitir a las partes celebrar pacto de capitalización de intereses, siempre y cuando éste se haga de manera expresa y en cualquier

momento, incluso al momento de realizarse el contrato; sin embargo, a raíz de que la tesis fue rechazada por el pleno, éste decidió encargar a la Ministra Olga Sánchez Cordero la redacción de una nueva tesis.

La interpretación o delimitación de un ordenamiento judicial es el esclarecimiento de su sentido, es decir, lo que el legislador quiso proteger y el animo que lo hizo creer por tal o cual norma jurídica. Así pues, el interpretar una norma es investigar su espíritu, los bienes y derechos que protegen, así como su alcance y relación que pudiera tener con otras normas jurídicas.

Uno de los principales criterios que adoptó la Suprema Corte de la Nación, fue que el anatocismo es una práctica crediticia común y corriente en todo el mundo, señalando que entre las operaciones de crédito pasivas y activas debe existir cierta correspondencia, lo cual quiere decir, que si se pagan intereses sobre intereses, entonces deben cobrarse intereses sobre intereses. Y si por alguna razón debe eliminarse el cobro de intereses sobre intereses, se debe eliminar también el pago de intereses sobre intereses(45).

Esta apreciación de la Suprema Corte de la Nación, no puede ser considerada como solución al problema del anatocismo, pues las

(45) RENDÓN BOLIO, Arturo y ESTRADA AVILÉS Jorge Carlos. La banca y sus deudores. 5a Edición, Ed. Porrúa S.A. México, 1985. pág. 45.

instituciones de crédito, deben establecer nuevos mecanismos de inversión que permitan que los ahorradores consigan mayores rendimientos a sus depósitos, y no considerara que son los deudores de la banca, quienes deban aportar las ganancias suficientes a los bancos para qué estos puedan hacer frente a las obligaciones entre los ahorradores.

Las Instituciones Bancarias trabajan con los depósitos de los ahorradores, que obtienen ganancias considerables con los intereses captados por los ahorros, por lo que si los mismos ahorradores deciden retirar sus ganancias que por intereses reciban a cambio de depositar su dinero en el banco, o bien volverlo a invertir en la misma cuenta de ahorro, esto representa dos actos jurídicos distintos, pues el ahorrador deposita su dinero por un periodo determinado de tiempo, y cuando este tiempo ha concluido se termina la relación entre ahorrador y banco; y cuando se reinvierte el dinero, éste genera nuevos intereses, y nada tiene que ver con el criterio de la SCJN, de la capitalización de intereses., ya que de lo contrario el banco tendría la obligación de crear una cuenta principal, y guardar el dinero sin trabajar, y ponerlo a disposición del ahorrador para que éste, a su vez, tuviera que recogerlo, o bien, abrir otra cuenta para que a su vez generara nuevos intereses, y de esta manara evitar el pago de intereses sobre intereses, cosa que por lo demás resultaría absurdo.

Al considerar los problemas relacionados con el crédito como ya se

ha mencionado, hay que tomar en cuenta al anatocismo en primer lugar, y las elevadas tasas de interés en segundo término; pero además diferenciar en este segundo punto la diferencia entre las tasas pasivas (Lo que pagan los bancos a sus acreedores), de las activas (Lo que cobran los bancos a sus deudores), misma que se puede explicar de la siguiente manera en principio la poca productividad de los bancos, que los obliga a cobrar mucho más de lo que pagan, en segundo: la usura, que quiere decir que, pudiendo cobrar menos a sus deudores, no lo hacen.

Así, una solución a los problemas que enfrentan los deudores de la banca, sería reducir las tasas de interés y el diferencial de las tasas activas y o pasivas, para lo cual se requiere, en primer lugar eliminar la inflación y aumentar la seguridad en el país y, en segundo término, aumentar la productividad de los bancos y terminar con la usura por parte de los banqueros.

Sería importante analizar los siguientes puntos medulares.

- 1.- Como principio general, el pacto de anatocismo está prohibido en nuestro sistema de derecho.
- 2.- Cuando existen épocas de gran inflación, aunque las tasas reales permanecieran constantes., el costo del dinero que captan los bancos se eleva

por el componente inflacionario (factor que tiende a proteger el valor del dinero a lo largo del tiempo), y consecuentemente los intereses de los créditos que los bancos cobrarán su clientela se ven presionados a la alza, resurgiendo el ya tan citado problema de anatocismo.

3.- Los esquemas de refinanciamiento, que dieron origen al problema de la simulación, y al escondido pacto de anatocismo, pretenden pues, mantener las mensualidades acordes a los ingresos del acreditado, llevando parte del componente inflacionario al final del plazo del crédito. Con ello se pretende que el saldo de los créditos, a pesar de que aumente en términos nominales, se mantenga o disminuya en términos reales, y al paso del tiempo ser llegue a amortizar totalmente: este es el objetivo que persiguen los esquemas de refinanciamiento, que desgraciadamente sólo han resultado en perjuicio del deudor, rompiendo con el sano equilibrio contractual.

4.- La capitalización de intereses es tratada en forma distinta y a veces contradictoria por los diversos ordenamientos jurídicos;

A) El artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, establece que las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.

B) El artículo 363 del Código de Comercio establece; que para las

operaciones de préstamo mercantil, los intereses vencidos y no pagados no devengarán interés, las partes sin embargo, podrán capitalizarlos.

C) El artículo 68 de la Ley Federal de Protección al Consumidor establece, que para las operaciones de crédito reguladas por dicha ley (Código de Comercio), únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar al consumidor estado de cuenta mensual.

D) Finalmente el artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que las tasa de interés, comisiones, premios, descuentos, montos, plazos y demás características de las operaciones pasivas y activas y de servicios que realicen las instituciones de crédito, se sujetarán a los dispuesto en la Ley del Banco de México; el cual a través de disposiciones y circulares (en especial la circular 1935/85), ha regulado el esquema de refinanciamiento en créditos para la vivienda.

5.- Ante la diversidad de disposiciones sobre esta materia y atendiendo al principio de especialidad, se deduce que las operaciones que están siendo objeto de escrutinio, le es aplicable la ley especial, siempre y cuando estas disposiciones no sean contrarias a disposiciones de orden público.

6.- El esquema jurídico denominado de refinanciamiento, el cual ha sido aprobado

por el Banco de México es básicamente el siguiente;

A) Un Contrato de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria para la adquisición de vivienda (regulado por el artículo 291 y siguientes de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito).

B) Amortizaciones mensuales determinadas con base en la capacidad de pago del acreditado (ajustables a índices).

C) Una apertura de crédito que haga que sean imposibles de cubrir los pagos mensuales (esto equivale a la capitalización de una parte del componente inflacionario).

7.- Consecuentemente si el deudor decide voluntariamente aprovechar el refinanciamiento de intereses a través de la disposición de un crédito adicional, es justo que pague interés sobre las nuevas disposiciones.

Pacto de anatocismo encerrado en cada uno de estos supuestos, tal y como lo hemos estudiado y visto en las jurisprudencias anteriores, que robustecen la presente investigación.

8.- Los esquemas de refinanciamiento parten del supuesto de que los incrementos a la tasas y montos de crédito adicional, al igual que la capacidad de pago de los deudores serán acordes con los movimientos en los índices de inflación.

Sin embargo, en el caso de los créditos bancarios con refinanciamiento, los incrementos en las tasas de los créditos y montos de las mensualidades no se han visto compensados con aumentos reales en los sueldos, lo que ha provocado que un gran número de deudores se hayan visto imposibilitados de hacer frente a sus pagos aumentando con esto la cartera vencida de la banca, por razones totalmente imputables al abuso excesivo en el cobro de intereses(46).

Esta situación no debe atribuirse a una falla en los esquemas de financiamiento, sino a una desviación total en las predicciones económicas del proyecto salinista que se utilizaron como premisas en el diseño de los citados esquemas, además de haber sido el causante que en su periodo se hayan reprivatizado las instituciones bancarias, se hayan modificado los ordenamientos jurídicos en estos rubros, y finalmente que fue en su administración en que todos los magistrados fueron removidos y puestos los que actualmente que integran nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, será por ello que se fallo en contra de las tesis de contradicción que estaban en contra de la capitalización de intereses, el anatocismo, y el refinanciamiento de los créditos.

(46) FONTANES MÉNDEZ Cesar. Los actos ilícitos de las Organizaciones Auxiliares de Crédito y los Jueces. Ed. el actor. México, 1997. pág. 135.

4.- LA LESIÓN CIVIL.

4.1. VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Han existido, diversas opiniones de la lesión como vicio del consentimiento.

Pothier, pues afirma que con la lesión hay imperfección en el consentimiento de la parte lesionada, puesto que no se ha querido dar lo que se ha dado en el contrato, si no en la falsa suposición de que lo que se recibe, vale tanto como lo que se ha dado, pues estaba en disposición de no dar la cosa, si hubiese sabido que por ella, recibiría menos que el de su valor.

Otro tratadista llamado Josserand, sustenta la misma tesis de la lesión como imperfección del consentimiento, pero corrige el punto sobre que aquella no sólo debe fundarse sobre la idea del error o falsa suposición, sino también en la de la coacción; diciendo que es aquella que por su necesidad, extrema miseria, notoria inexperiencia o suma ignorancia, hacen experimentar el daño, a quien acepta la prestación lesiva(47).

Los extremos necesarios para configurar el vicio de la lesión son: a)

(47) ORTIZ URQUIDI, Raúl. Opus. cit. pág. 387.

Que una de las partes haya recibido como consecuencia del acto, una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, B) Que medie un aprovechamiento de la necesidad, miseria e inexperiencia de una de las partes, C) Que la desproporción subsista en el momento de la demanda.

4.2. CONCEPTO DE LESIÓN

Se entiende por lesión en general, "al perjuicio pecuniario que sufre una persona al celebrar un acto jurídico. Es el perjuicio pecuniario que sufre una de las partes en la celebración de un contrato oneroso conmutativo, debido a la desproporción en el valor de las prestaciones o abstenciones recíprocas"⁽⁴⁸⁾.

Una vez que se establece cierto grado de desproporción en las prestaciones recíprocas de los contratantes, la lesión como una institución reguladora de equidad, deja sin efecto el contrato y modifica lo convenido por las partes.

Tres son las teorías sobre lesión que se han elaborado, y que tratan de explicar a la lesión, y obviamente tres son sus definiciones, **LA OBJETIVA**.- La

(48) LEÓN HURTADO, Avelino. Opus. cit. pág. 175.

que la considera como un vicio de la voluntad, **LA SUBJETIVA**.- La que la estima como vicio objetivo del contrato y la que participando de las dos anteriores, nos daría una concepción **SUBJETIVO-OBJETIVA** de aquélla.

La lesión subjetiva.- A esta teoría no le interesa el elemento de la desproporción evidente entre las prestaciones, sino que lo básico, lo fundamental para ella es saber si la voluntad fue libremente expresada, o si, por el contrario, hubo algún vicio que influyera sobre su manifestación y exteriorización.

Gutiérrez y González (49) señala que cuando una persona acepta en un contrato conmutativo recibir una prestación notoriamente desproporcionada a lo que por su parte se obliga, obedece a que sin duda su voluntad esta viciada, pues nadie, en su pleno uso de su consciencia y libertad, acepta una prestación muy inferior a la que da. Es igual que la del vicio del error o la violencia.

La lesión objetiva.- Esta teoría es la que se finca en la mera desproporción de prestaciones, ya que si las partes así lo hicieren, corren el riesgo de que se invalide el negocio celebrado.

(49) GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 4a edición. Ed. Porrúa S.A. México, 1998. pág. 262.

La lesión subjetivo-objetivo.- Conforme a esta teoría, para que exista la lesión se requiere la concurrencia tanto del elemento subjetivo (representado por el vicio del consentimiento), como del objetivo, consistente en las ya citada desproporción de las prestaciones entre los contratantes.

Tres son los artículos, a que se refiere el Código Civil para el Distrito Federal a la lesión; en el 17, en el 2228 y en el 2230, que así respectivamente dicen.

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

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 nulidad relativa del mismo”.

Artículo 2230.- “La nulidad por causa del 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”.

La lesión desde el punto de vista de la técnica mas depurada y desde el más estricto rigor lógico, señala que es causal de nulidad y no de rescisión.

La rescisión o resolución y la nulidad o invalidez, con todo y que son completamente diferentes, tiene una característica en común, que ambas destruyen a la obligación "volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido", artículos 1940 para la rescisión y 2226, 2227 y 2229 para la nulidad o invalidez, contenidos todos ellos en el Código Civil para el Distrito Federal, mismos que dicen.

Artículo 1940.- "La condición es resolutoria cuando cumplida resuelva la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación nunca hubiere existido".

Artículo 2226.- "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 a todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción".

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

Artículo 2229.- “La acción y la excepción de nulidad por falta de forma compete a todos los interesados”.

Atendiendo a la publicación en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1983, del decreto por el cual se reformó el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, en el sentido de que la acción a que dicho precepto se refiere es a la de nulidad, que es lo correcto, en vez de la rescisión que hasta antes de la reforma consignaba la repetida disposición legal⁽⁵⁰⁾.

4.3. SUMA INEXPERIENCIA

Para que el vicio de lesión exista es menester que una de las partes haya obtenido una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación, explotando la necesidad, miseria o inexperiencia de la otra, debiendo concurrir tales extremos en el momento de la celebración del acto jurídico.

La lesión exterioriza, como el abuso del derecho, penetraciones morales en lo jurídico; consecuentemente, lo que se juzga no es la capacidad de las personas, sino su inexperiencia o ligereza, que las determine a aceptar una notoria desproporción en las prestaciones que cumplen.

(50) ORTIZ URQUIDI, Raúl. Opus. cit. pág. 407.

El que invoca el vicio de la lesión por inexperiencia o ignorancia, le basta probar que la contraparte ha recibido como consecuencia del acto, una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada, pues el aprovechamiento se considera implícito en aquella.

A su vez, si el demandado (banco) pretende justificar la desproporción en las prestaciones, dado que se está excepcionando, le corresponde demostrarlo y si de manifestación en su contestación parece dudosa, la prueba de inferioridad, inexperiencia o miseria invocada por el accionante, le ayudará a obtener una sentencia favorable a sus demandas de rescisión o nulidad⁽⁵¹⁾.

4.4. ACCIONES A QUE DA LUGAR LA LESIÓN

Dos son las acciones que el lesionado o perjudicado pueda requerir en juicio, y son **A)** La reducción de las prestaciones por ser evidentemente desproporcionadas o favorecidas a una sola de las partes, y **B)** La nulidad absoluta del contrato.

(51) ZAGO, Jorge Alberto. Opus. cit. pág. 133.

Al invocar la lesión por vía de nulidad o para el ajuste proporcional de las prestaciones, se podrán demandar los daños y perjuicios que correspondan.

La ley establece que los cálculos deberán hacerse desde el nacimiento de la obligación o desde el momento que fue conocido el vicio que da causa a la nulidad, y de acuerdo al artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal el derecho concedido en ese artículo dura un año.

Lo anterior se relaciona con nuestro tema de investigación en el artículo 2395 del citado ordenamiento civil, donde se precisa que la tasa de interés puede ser mayor o menor que el interés legal, pero cuando sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, el juez, teniendo las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

Consecuentemente, el artículo 26 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal ordena "El enriquecimiento sin causa de una parte con detrimento de otra, presta mérito al perjudicado para ejercitar la acción de indemnización en la medida en que aquélla se enriqueció".

Los que se han obligado sin causa, tienen una acción general para demandar su liberación, tal y como lo señala el artículo 1882 del Código Civil para el Distrito Federal, que ordena que todo acto que enriquezca a una persona, en perjuicio de otra, sea que consista en pagar una cosa que no debe, en ejecutar un hecho, renunciar una acción o ceder un derecho entre otros, le faculta para ejercitar esta acción a la persona o personas que sufren la pérdida correlativa y a los que representen sus derechos, entendiéndose no solo a los apoderados y representantes legales del directamente perjudicado, sino también a sus causahabientes a título universal⁽⁵²⁾.

La acción de enriquecimiento ilícito, podrá ejercitarse en contra de
A) El que recibió la cosa en pago, **B)** Contra los terceros poseedores de la cosa, en los términos que prescriben los artículos 1885 y 1886 del Código Civil para el Distrito Federal, y **C)** Contra la persona a cuyo favor se cumplió una prestación sin causa jurídica, el artículo 1883 del Código Civil para el Distrito Federal, señala en su parte final "Si lo indebido consiste en una obligación cumplida, cuando el que la recibe procede de mala fe, debe pagar el precio corriente de esa prestación, si procede de buena fe, solo deberá pagar lo equivalente al enriquecimiento indebido".

(52) Pallares Eduardo. Tratado de las acciones civiles. 8a Edición. Ed. Porrúa S.A. México, 1997. pág. 187.

Solo en el caso de pagar una deuda prescrita o cuando se cumple con una deuda moral no procede la acción, aunque haya pago de lo indebido.

De lo anterior habría que hacerse una pregunta ¿A quien le corresponde la prueba de que el pago ha sido indebidamente hecho? La prueba de esta acción esta regida por los artículos 1891 y 1892 del Código Civil para el Distrito Federal, que dicen.

Artículo 1891. "La prueba del pago le corresponde al que pretende haberlo hecho. También corre a su cargo la del error con que lo realizó, a menos que el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclamaba. En ese caso, justificada la entrega por el demandante, queda relevado de toda otra prueba. Esto no limita el derecho del demandado para acreditar que le era debido lo que recibió".

Artículo 1892. Se presume que hubo un error en el pago cuando se entrega cosa que no se debía o que ya estaba pagada; pero aquél a quién se pide la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por cualquier otra causa justa".

Claro derivado todo esto de las acciones que el lesionado o perjudicado pueda requerir en juicio, ya mencionadas al inicio de este tema.

CAPÍTULO CUARTO

“ LA VIOLACIÓN A LAS DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON INTERÉS Y GARANTÍA HIPOTECARIA.”

1.- LA INVIABILIDAD DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON INTERÉS Y GARANTÍA HIPOTECARIA

De acuerdo a la definición de viabilidad en el Diccionario de la real academia de la lengua, significa: **“Dicese del asunto que, por sus circunstancias, tiene probabilidades de poderse llevar a cabo”** de esta definición podemos partir con objetividad al tema que nos ocupa; por tanto, se considera que el Contrato de Apertura de Crédito con Interés y Garantía Hipotecaria es viable, si al momento de la firma pueden estimarse las variables financieras que pronostiquen que el deudor o acreditado podrá cumplir con su compromiso en el futuro, es decir, que contará con los ingresos necesarios para pagar el crédito.

Desde el punto de vista financiero, los créditos hipotecarios son inviables desde el momento en que se otorgaron, lo que se podía estimar desde su posible recuperación o pago de la deuda que iba a ser imposible.

Lo anterior significa, que no se encontraban escenarios económicos razonables hacia el futuro que pudieran pronosticar el correcto funcionamiento de los créditos, todo lo que se podía predecir, era que no se lograrían pagar; por tanto, los modelos eran inviables y obviamente violatorios a los dispuesto por el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito:

Artículo 65.- Para el otorgamiento de sus financiamientos, las instituciones de crédito deberán estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa o 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 la situación presente y previsible de los acreditados.

Como puede verse es imperativo que los bancos acaten la obligación de estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión (en el caso que nos ocupa, el proyecto de inversión es el Crédito Hipotecario, obviamente).

Esta situación obliga la banco a proyectar la viabilidad del crédito con base en la proyección de los ingresos demostrados por el acreditado en el estudio socioeconómico; estudio que debió realizarse previo al otorgamiento del crédito.

Para que el banco estime si otorga o no un crédito, debe cumplir con las condiciones básicas de cualquier proyección financiera:

- 1.- Que los cálculos y métodos se apeguen a las reglas matemáticas y financieras establecidas en el contrato.**
- 2.- Que las estimaciones a futuro de las variables financieras que intervienen en el contrato sean razonables y objetivas.**

La primera condición de las proyecciones financieras depende solamente del estudio al modelo pactado en las escrituras respectivas, y plasmado matemáticamente en la proyección que corresponda. Para verificar que esta condición se cumpla basta que los cálculos que se lleven a cabo en la proyección, correspondan fielmente a lo que dice el contrato.

La segunda condición a diferencia de la primera, no puede verificarse numéricamente, si no que tiene que recurrirse al sentido común y a las prácticas generalmente aceptadas para hacer este tipo de proyecciones, por que

se necesita estimar el posible comportamiento de variables económicas que no están fijadas en el contrato y que cambian mes con mes. No quiero decir que el contrato las haya dejado indefinidas, sino que el contrato las utiliza con el nombre de variables, por tanto, el contrato define como se irán utilizando estos valores de acuerdo a como se vayan presentando en el mercado.

El tipo de crédito que nos ocupa, supone dos o más tipos de variables en el contrato, que pueden ser desde la tasa líder en el mercado: TASA INTERBANCARIA (TIIP), COSTO PORCENTUAL PROMEDIO (CPP), CERTIFICADOS DE TESORERÍA (CETES), BONOS DE DESCUENTO (BONDES) entre otras, incluso el salario mínimo o la inflación también son parámetros que modulan el comportamiento del modelo financiero, y son complemento de algunos otros modelos, adicionando también como variable, el ingreso probable del acreditado.

En vista de que el modelo financiero dependerá del comportamiento futuro de todas estas variables, deberán ser estimadas de acuerdo con el comportamiento pasado de las mismas, puesto que los créditos son a largo plazo (10,15,20 y hasta 30 años), deberán tomarse en cuenta cuando menos 10 años de su historia para estimar razonablemente el futuro de las variables; y en los proyectos que sean mayores, hasta 20 años.

Si bien es cierto no hay una manera de prever el exacto comportamiento futuro que va a tener el crédito, se puede sin embargo estimar el comportamiento con base en el comportamiento histórico que representará la realidad con suficiente aproximación como para tomar decisiones y normar criterios hacia el futuro.

Por todo lo anterior se deduce que los Contratos de Apertura de Crédito con Interés y Garantía Hipotecaria son inviables, cuando desde su origen se haya contemplado que el deudor tenía que pagar sus amortizaciones mensuales con todo su ingreso probable, concluyendo que los bancos previeron que el deudor, al caer en mora, dejaría de pagar el crédito y obviamente perdería el patrimonio por el que solicitó el crédito, dejando en pleno estado de indefensión al acreditado y al arbitrio total del contrato leonino e inequitativo celebrado por lo que, aunque siendo posible el cumplimiento de la obligación para el acreditado, dicho acto originaría la ruina del deudor, dado que para satisfacer la prestación tiene que hacer un sacrificio patrimonial desproporcionado en relación con el que hubiera dado en condiciones normales.

En la celebración de un contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, los actos ilícitos por las instituciones bancarias son perfectamente disfrazados en él para que sus consecuencias no sean visibles a la legislación civil, cambiando el sentido a la capitalización de intereses, o haciendo

abstracto el cumplimiento al objeto del contrato o modelo financiero que debió ser aplicado para que sea posible éste; contrario como se tiene contemplado en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Una de las principales funciones de la Institución bancaria, es la de regirse con los lineamientos que establece la ley, como figura reguladora y generadora de derechos y obligaciones que es, por ello, en la firma de cada contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, se debió de haber explicado a cada acreditado la tasa promedio por lo menos de los últimos 20 años en relación directa a las posibilidades económicas de quien pretende adquirir un crédito, para calcular la viabilidad del modelo financiero, ya que éstas son las que antes y después prevalecerán en la economía de nuestro país; y para hacerlo viable, tenía la obligación de dar a conocer los parámetros y elementos necesarios para el cálculo de los intereses mensuales, mismos que estableció unilateralmente.

Lo anterior es determinante para el funcionamiento del crédito, resultando que si el abono es suficiente de modo que se alcancen a cubrir los intereses que se generen mes con mes, además de amortizar el capital, realmente con ello se podría cubrir el crédito en el plazo convenido, por lo que al abstenerse de hacerlo la Institución Bancaria del conocimiento del acreditado, es por que sabía que de esa forma no se habría firmado el citado contrato, incurriendo en el

dolo y mala fe de saber que en algún momento el deudor no tendría la capacidad de pago, ocultando la verdadera realidad, ya que de acuerdo a las corridas financieras hechas por cada acreditado que se encuentra en juicio, y ha solicitado las periciales contables o financieras (según el caso), no existe posibilidad de concluir con el crédito aunque las variables financieras estuvieran regidas como al momento de contratarlos.

De lo anterior se desprende que el pago de la mensualidad fue disfrazada para que se celebrara el contrato, es decir al momento que se llevaron a cabo las pláticas para determinar la cantidad para amortizar el PRÉSTAMO HIPOTECARIO mensualmente, los ingresos proporcionados por el acreditado o deudor de ese momento no eran los reales y necesarios para haberse autorizado el crédito, lo que permite afirmar que se actuó con dolo y mala fe, además de ser contrario a las buenas costumbres al ofrecer un esquema financiero totalmente inviable e impagable, pasando por alto a los artículos tema de ese trabajo de investigación 8º, 1830, y 1831 del Código Civil y también los numerales 1º y 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, conduciendo a una trampa que inevitablemente conduciría a la insolvencia del acreditado o deudor.

De tal modo que el crédito fue planteado para no pagarse nunca, o para que el acreditado tuviera una deuda eterna corriendo el riesgo de que si contaba con ingresos suficientes, éstos serían exclusivamente para pagar su

deuda, ya que no es comprensible que una persona le dedique a un pago mensual el 100 por ciento de sus percepciones salariales.

1.1.- LA VIOLACIÓN A DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO EN RELACIÓN A LOS ARTÍCULOS 8º, 1830 Y 1831 DEL CÓDIGO CIVIL.

Las violaciones de orden público conduce a la nulidad absoluta del contrato, por que la voluntad de las partes no puede pasar por encima de las disposiciones que protegen la estabilidad y la sana convivencia de las personas; a estas disposiciones se les conoce como de orden público.

El contrato de Apertura de Crédito con Interés y Garantía Hipotecaria, viola definitivamente las disposiciones de orden público al no cumplirse con los preceptos por los numerales 1 y 65 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Como se describe en el numeral 65 de dicha ley, la viabilidad económica de los proyectos de inversión, los plazos de recuperación, los montos, regímenes de amortización y en su caso periodos de gracia, deberán

**tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión
y la situación presente y previsible de los acreditados.**

Y el artículo 1º del citado ordenamiento, señala;

“La presente ley, tiene por objeto regular la banca y el crédito, la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo, la protección de los intereses del público; y los términos en que el estado ejercerá la rectoría financiera y el Sistema Bancario Mexicano”.

Por ello se ha tratado de demostrar que el contrato de Apertura de Crédito con Interés y Garantía Hipotecaria, sufre de nulidad absoluta, cuando se actualizan figuras jurídicas relativas a la licitud en el objeto por contravenir a las leyes prohibitivas o de interés público, o como ya se ha mencionado en anteriores capítulos, a las buenas costumbres; o bien por que el fin determinante de la voluntad de alguno de los que contrata sea contrario a cada uno de los rubros citados, o simplemente por ser contrarios a las disposiciones de orden público en general.

Si bien es cierto, la voluntad de las partes expresada en un documento es la máxima ley en los contratos, esta voluntad puede estar en contra

de muchos ordenamientos, leyes o reglamentos, por que así lo prevén estos mismos, por lo que me permito precisar un ejemplo de ello. El artículo 2395. del Código Civil para el Distrito Federal que señala **“El interés legal es del nueve por ciento anual, el interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal, pero cuando 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 las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.**

De la cita anterior, se deduce que la ley deja libremente al contratante para que utilice su derecho como mejor le parezca, y así como en el anterior artículo existen varios más con estas características en el Código Civil y Código de Comercio, sin contar además, que el contratante puede renunciar a los derechos que le otorgan algunos otros artículos, si a sí le parece conveniente. Sin embargo, esa libertad contractual tiene dos limitantes forzosas e ineludibles.

1a.- Que se deriva del interés público y que está por encima de la voluntad individual.

2a.- La de la técnica jurídica, sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes, y en términos del artículo 77 en relación con el 81

del Código de Comercio, las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio y que serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del Derecho Civil, acerca de las causas que invaliden los contratos, y además considerando que por regla general la nulidad absoluta no impide que el acto produzca sus efectos provisionalmente, efectos que serán destruidos en forma retroactiva, cuando se pronuncie por el juez la nulidad absoluta, misma que no desaparece por la confirmación o la prescripción, tal y como lo previene el artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal.

Las leyes de orden público obligan a que los contratos no dispongan cosas en contra de aquellas.

Es posible anular un contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, sólo y cuando, se violen las disposiciones de orden público, tal y como se encuentran contenidas en los artículos 8, 1830, y 1831 del Código Civil para el Distrito Federal, y aunque estos artículos ya los describimos en el contenido de esta investigación, me permito hacer su cita literal de cada uno de estos numerales, para su mayor abundamiento y comprensión, con relación a la violación de disposiciones de orden público y la ilicitud en el objeto o fin del contrato, artículos 1795, 1824, 1828 y 1829 también del Código Civil para el Distrito Federal. (Por ejemplo del tema ilicitud o fin en los contratos, con relación

a la violación a las disposiciones de orden público, si una persona se contrata como esclavo con otra por cierto tiempo y hace su renuncia expresa y determinante, no por ello el contrato deberá de acatarse por la simple voluntad de las partes, o por el contrario, si se hace un contrato cuyo objeto es la producción de marihuana con todos los requisitos previos al otorgamiento, aunque las partes estén de acuerdo, estos contratos son y serán siempre, violatorios a las leyes de orden publico y obviamente su licitud aunque disfrazada por varios factores o apegos a ciertos artículos que así vagamente lo permiten, se podrá exigir la nulidad absoluta e inmediata).

Artículo 8.- “Los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas o de orden público serán nulas, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario”.

Artículo 1795.- “El contrato puede ser inválido:

- I.- Por incapacidad legal de las partes o una de ellas;**
- II.- Por vicios del consentimiento;**
- III.- Por que su objeto, o su fin, sea ilícito; o**
- IV.- Por que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”.**

Artículo 1824.- “Son objeto de los contratos.

- I.- La cosa que el obligado debe dar;**
- II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”.**

Artículo 1827.- “El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser”.

I.- Posible,

II.- Licito.

Artículo 1828.- “Es imposible el hecho que no puede existir, por que es incompatible con una ley de la naturaleza, o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización”

Artículo 1830.- “Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

Artículo 1831.- “El fin o motivo determinante de la voluntad de las partes de los que contratan tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

Prestar dinero no es ilícito, pero la manera de cobrarlo si puede serlo, por tanto, los modelos financieros con que los bancos han venido prestando dinero y pretendido cobrarlo, es precisamente ahí donde hay que atacarlos, ya que en estos rubros se reúnen los supuestos de capitalización de intereses, conocido como pacto de anatocismo, se reafirma el desconocimiento virtual en estos contratos totalmente leoninos a la teoría de la previsión, y sobre todo en el

caso que nos ocupa, se permiten las violaciones a disposiciones de orden público, por actos perfectamente disfrazados en ellos.

2.- LA PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 2395 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

La inviabilidad económica del esquema financiero y la violación a las disposiciones de orden público como lo son los artículos 1 y 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, relacionados a los numerales 8, 1830, y 1831 del Código Civil para el Distrito Federal; se señalan que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, salvo los casos en que la ley señale lo contrario.

Como ya mencionamos anteriormente, el interés público, son todos aquellos actos que realizan las personas para mantener en equilibrio el orden social, procurando la estabilidad de la sociedad; la cual se vería afectada de no respetarse dichos ordenamientos, Y como ejemplo a ello, es que después del famoso error del "94" se acentuaron las marchas y manifestaciones por organizaciones como el Barzón en toda la república.

La nulidad a la que nos referimos por violaciones a disposiciones de

orden público no desaparece por confirmación o prescripción, atento a lo dispuesto por el artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal, ya que dicho numeral relacionado con los artículos 14 y 16 Constitucionales, se determinan como es sabido que todo acto de autoridad es un acto de molestia, y todo acto de molestia debe encontrarse fundado y motivado en la ley.

Es decir, que al violar los preceptos antes mencionados al Código Civil, se viola también a la ley misma, es decir a nuestra carta magna, por tratarse de violaciones a disposiciones de interés público.

Si se dejan de observar dispositivos constitucionales básicos en nuestras leyes civiles y mercantiles, se permiten a su vez la tácita violación a las garantías de legalidad y audiencia, previstas en dichos numerales.

Se debe declarar la nulidad absoluta del contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, si no se encuentran las bases de los artículos 6, 8, 1830, y 1831 del Código Civil para el Distrito Federal así como con la inexacta aplicación de los artículos 1 y 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, en atención a que en la práctica diaria se ha observado que la falta de realización del estudio de viabilidad económica para la recuperación de los créditos no es motivo de nulidad absoluta.

Es con esas bases que hay que atacar firmemente a dichas violaciones, por que como ya se ha mencionado, las disposiciones de orden público, son de interés general y están por encima del interés particular.

El caso que nos ocupa es relativamente nuevo en este trabajo de investigación, ya que el artículo en cita se refiere específicamente al cobro de intereses, y como se ha tratado de desarrollar en este tema, el interés sólo puede ser mayor al interés legal cuando se reúnen ciertas circunstancias especiales del caso, y no se encuentran fuera de los parámetros de lo que deba ser un contrato equitativo para ambas partes, donde cada quien recibe proporcionalmente lo que aporta.

Hay que señalar que como el contrato de apertura es un contrato atípico, es decir cuenta con una composición diferente a los contratos comunes, es bilateral, oneroso y formal; por ello su tratamiento es diferente, y sólo se considera al contrato de mutuo con interés como su más cercana figura jurídica.

Por lo simple de la comparación, se debería de hacer el ajuste de intereses con bastante celeridad y casuística, ya que como se ha mencionado con anterioridad, el contrato de mutuo es un contrato cien por ciento civil, lo que dejaría en desventaja a las instituciones bancarias de como se encuentran actualmente, ya que entre los contratos mercantiles el contrato de apertura con

interés y garantía hipotecaria se precisa de esta naturaleza, por lo que sus excepciones y nulidades dependen de las contenidas en el Código Civil, ya que en la especie se considera supletorio el Código Civil al mercantil en estos rubros, tal y como lo tiene contemplado el artículo 81 del citado ordenamiento.

Art. 81 del Código Comercio.- Con las modificaciones y restricciones de este Código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos.

Por ello, se utilizan en aplicación supletoria el Código Civil, cuando en el mercantil no se prevé algo expresamente, y además como en el caso que estamos analizando el Código de Comercio no los tiene contemplados, y por disposición al artículo citado, recurrimos al Civil.

No se habían analizado los alcances en cuanto a que porcentaje de interés sería debate de varios juicios, y que los parámetros por el cobro excesivo de estos, en los contratos de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, serían tan elevados y ruinosos para el acreditado o deudor.

Por lo que se refiere a la intervención del juez en estos casos de la aplicación correcta de los intereses, se encuentra contenido en el Código Civil

que éste podrá ajustarlos hasta el tipo legal, tomando en cuenta las especiales circunstancias del caso, tal y como lo detalla el artículo 2395 del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 2395. “El interés es del nueve por ciento anual. El interés convencional 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”.

Las instituciones de crédito ven reducidas sus posibilidades de manejar los intereses a su libre arbitrio, por ello disfrazan a éstos en diferentes rubros como comisiones, refinanciamientos, variables financieras que dependen de ciertas circunstancias del crédito, y otras que no son en conjunto más que el encubrimiento de tantos cobros que hacen excesivo cada mensualidad, llevando como consecuencia a la ruina del acreditado si este siguiera cumpliendo con dichas amortizaciones mensuales.

Hay que sumar al anterior artículo, el 2396 del Código Civil para el Distrito Federal, que permite que el acreditado tenga la posibilidad que si se

llegare a percatar que el crédito obtenido no es de los que tenía contemplado, en cuanto a intereses se refiere, podrá devolver el dinero con sus interés respectivos, en un plazo determinado.

Lo que no se tiene contemplado en este artículo, es si en este supuesto los intereses serán pagados de acuerdo a lo pactado, o de acuerdo a los intereses legales del nueve por ciento anual, ya que del mismo artículo se deduce que si los intereses fueran más altos que los pactados, ello indica determinadamente la violación del interés general o del orden público.

Artículo 2396. "Si se ha convenido un interés más alto que el legal, el deudor, después de seis meses, contados a partir desde que se celebró el contrato se puede reembolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los meses vencidos".

La propuesta de reforma en este tema de investigación depende de que se le dé un mayor valor a las disposiciones de orden público y no a las contenidas en una ley que si bien es sustantiva con su materia, excede sus límites por no estar plenamente previstas en esta, ya que como contrato mercantil, el Contrato de Apertura con Interés y Garantía Hipotecaria ventilará sus excepciones y nulidades de las contenidas en el Código Civil, tal y como lo tiene

contemplado el artículo 81 del Código de Comercio.

No es comprensible, si la capitalización de intereses prevista en el artículo 363 del citado ordenamiento permite la capitalización de intereses, cuando el artículo 2397 del Código Civil lo prohíbe.

Artículo 363 del Código de Comercio.- “Los intereses vencidos y no pagados no devengarán interés. Los contratantes podrán sin embargo, capitalizarlos”.

Artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal.- “Las partes no pueden, bajo pena convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses”

Hay que analizar realmente si los intereses pueden o no capitalizarse, ya que al momento de estudiar las jurisprudencias de la corte emitidas en contradicción en este rubro en el capítulo tercero, son estos supuestos los que impiden que se le de el valor necesario a estos artículos, ya que si el interés convencional es el que fijen las partes, las causas de nulidad o rescisión, será cuando se apliquen discrecionalmente las excepciones previstas en el capítulo de nulidades o invalidación de los contratos, artículos 1940 para la rescisión y 2226, 2227 y 2229 para la nulidad.

Como ya se dijo en el capítulo tercero de la lesión, la rescisión y la nulidad, con todo y que son completamente diferentes, tiene una característica en común, que ambas destruyen a la obligación volviendo las cosas al estado que tenían, como si esa obligación no hubiere existido.

No es lógico permitir capitalizar dichos intereses vencidos y no pagados; considerando que dicha disposición carece de aplicación en los Contratos de Crédito Bancarios, cuando de esa capitalización resultan efectos contrarios a la Ley de Instituciones de Crédito y a los fines de la misma; es decir cuando de la capitalización se produce la desproporción en el costo del servicio de crédito y se atenta en contra del sano desarrollo de una economía nacional, desalentando y desprotegiendo la actividad económica que desarrollan los particulares.

Se ha consentido el hecho que las instituciones deban tener una utilidad en el manejo de la banca y crédito, pero esa utilidad no debe ser tal, que afecten los fines de estos servicios prestados al público en general; por que con la pura aplicación de las tasas de interés, la Institución tiene por demás justificada su retribución.

Por ello, la propuesta de reforma es que independientemente de las disposiciones legales contenidas en cada ley civil o mercantil, se puedan atacar

los abusos cuando éstos sean en contra del interés particular, y atente de manera evidente el sano desarrollo económico del país, no adaptándose a las condiciones del interés público que el estado considera deben prevalecer, ya que en la precitada ley de Instituciones de Crédito existen declaraciones tan contundentes que así lo obligan a responder como ordenamiento público que es, atento a lo establecido en sus artículos 1º y 4º ya estudiados en el capítulo segundo y cuarto de este trabajo, pero que me permito citar nuevamente por así ser necesario con nuestro proyecto de reforma.

Artículo 1º de la Ley de Instituciones Bancarias. “La presente ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito; la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Financiero Mexicano”.

Artículo 4º de la Ley de Instituciones Bancarias. “El estado ejercerá la rectoría del Sistema Financiero Mexicano, a fin de que éste oriente fundamentalmente sus actividades a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional, basado en una forma política económica soberana, fomentando el

ahorro en todos los sectores y regiones de la República y su adecuada canalización a una amplia cobertura regional que propicie la descentralización del propio sistema, con apego a sanas pláticas y usos bancarios.

Por último, y en consecuencia de la propuesta de reforma los vicios de lesión citados en el capítulo tercero tampoco tendrían razón de ser, ya que en la especie, si se llegara a demandar la nulidad del contrato de apertura de crédito lo sería no solo por la desproporción tan evidente en los intereses que en él existan, sino también por las violaciones a las disposiciones de orden público contenidas en los artículos 8º, 1830 y 1831 del Código Civil.

Las violaciones de orden público lo serán cuando se atente en contra del interés general, que como ya se ha mencionado ésta por encima de la voluntad individual, así como de la técnica jurídica sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes, en términos del artículo 77 con relación al 81 del Código de Comercio, que determina que las convenciones ilícitas no producirán obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio y que sean aplicables a los actos mercantiles; en dichos casos serán aplicables las disposiciones del Derecho Civil por las causas que lleguen a invalidar los contratos, atento al artículo 81 del Código de Comercio, y artículos 1940 para la rescisión y 2226, 2227 y 2229 para la nulidad.

Proponemos la propuesta de reforma, en dejarla a su consideración en la mas simple adición de lo antes traducido y fielmente fundamentado, en los siguientes términos.

ARTICULO 2395 DEL CÓDIGO CIVIL.- El interés legal es del nueve por ciento anual, el interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal, pero cuando 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 las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

Reforma Propuesta

El juez además de modificar la tasa de interés, deberá observar que no exista violación a las disposiciones de orden público, en atención a los dispuesto por los artículos 8º, 1830 y 1831, bajo pena de declarar nulo dicho contrato, sin necesidad de contemplar las estipulaciones o renunciaciones contenidas en el contrato por ser evidentemente violatorias al interés general.

Con la propuesta de este segundo párrafo a este artículo 2395, se

concluirían con las demandas eternas de si son los vicios de la voluntad, lesión en el contrato, la forma en los contratos, o el pacto de anatocismo perfectamente encubierto con otros servicios o aplicaciones.

Solo bastará la acreditación de la desproporción tan evidente de los intereses o lucro excesivo por el banco actor con la pericial contable o financiera, de si es, o fue viable el modelo financiero que se contrato, para que se pudiera liquidar en el plazo convenido, con los recursos que el acreditado demostró al momento de solicitarlo, para no dejarlo en el transcurso del crédito en un estado de insolvencia en algún momento de este.

Además de determinar en juicio si el contrato es o no contrario al orden público, demostrando a todo el publico que suscribió este tipo de contrato, los beneficios claros, ventajosos y contundentes del banco actor, en perjuicio evidente para el acreditado, y en general para cada persona que requiera un contrato de apertura y crédito con interés y garantía hipotecaria con estas características.

CONCLUSIONES

PRIMERO.- La actividad bancaria es fundamental para el sano desarrollo económico del país y entre las personas; donde se ejercitan recíprocamente particularidades que siendo del dominio privado presentan características tanto del interés general como del orden público.

SEGUNDO.- Dentro del contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria el consentimiento es su esencia jurídica, por la cual, las partes convienen o definen el objeto del contrato; y cuando el cumplimiento de esta obligación se vuelve de difícil o imposible realización, por existir en él un vicio como lesión, dolo o error disfrazados; se puede demandar la nulidad absoluta del contrato o el ajuste equitativo de las obligaciones, además de requerir indemnización por los daños y perjuicios causados por la notoria desproporción en las prestaciones.

TERCERO.- Para el otorgamiento del contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, es necesaria la realización de un proyecto de inversión que permita estimar su recuperación, así como la situación económica de los acreditados; por lo cual le es imputable al banco tal omisión, la

procedencia del juicio de nulidad, por vicios del consentimiento ocultos en el otorgamiento del contrato, al no contemplar con este medio los cálculos de estimación, viabilidad y recuperación del crédito.

CUARTO.- El pacto de anatocismo o capitalización de intereses ilícitamente consentido en los contratos de apertura de crédito, fundamenta la demanda de nulidad al contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, por vicios en el otorgamiento del consentimiento; ya que dicho pacto, a pesar de estar permitida por la ley mercantil, su ambivalencia no es coherente o aplicable con la ley Civil; por que es exclusivamente el Código Civil el utilizado para fundamentar y ejercitar las excepciones de capacidad, rescisión e invalidación en los contratos, ya que al existir violaciones a disposiciones de orden público en este instrumento, será aplicable en su totalidad el Código Civil, aún cuando se haya renunciado a esta disposición.

QUINTO.- La teoría de la imprevisión es un detonador que deberá ser contemplado como iniciativa de reforma en los Códigos de Comercio y Civil respectivamente, ya que la aplicación de aquella permitiría ante los hechos contrarios y no previstos en las obligaciones del deudor en el contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, el ejercicio y aplicación de las

causas de excepción por nulidad o rescisión en los contratos, así contemplado dentro del Código Civil, persiguiendo un fin inherente entre ellos.

SEXTO.- La violación a las disposiciones de orden público en el contrato de apertura de crédito y garantía hipotecaria es un hecho fraudulento en agravio de todos y cada uno de los acreditados que solicitaron éste instrumento, porque la finalidad perseguida desde el principio por las instituciones bancarias en el otorgamiento del crédito, era ejercitar la prelación del bien hipotecado a su beneficio, a sabiendas que el cumplimiento era imposible, y que lo ya pagado por el acreditado no fuera excepción en juicio, ya que la suma de todos éstos, se consumirían en los altos intereses causados y tasas notoriamente desproporcionadas.

SÉPTIMO.- Mi propuesta de reforma al artículo 2395 del Código Civil para el Distrito Federal, sería un motor para resolver en forma sumaria, los conflictos de lesiones o vicios en los contratos, porque su fundamento sustentará al interés y orden público por encima de la voluntad individual o del capricho de los contratantes, destruyendo en forma retroactiva sus efectos, cuando pronuncie el juez la nulidad absoluta del contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Romero Miguel. La Banca Múltiple. Ed. Porrúa. México, 1981.
- Baqueiro Rojas Edgar y Rosalía Buenrostro Báez. Derecho Civil. Introducción y Personas. Ed. Harla. México, 1995.
- Bauche Garciadiego Mario. Operaciones Bancarias. Ed. Porrúa. México, 1985.
- Bejarano Sánchez Manuel. Obligaciones Civiles. 3a Edición. Ed. Harla S.A. México, 1984.
- Bonecasse Julien, Tratado Elemental de derecho Civil; traducción y compilación: Enrique Figueroa Alfonso y Editorial Pedagógica Iberoamericana S.A. de C.V. Ed. Harla S.A. México, 1984.
- Bonfanti Mario Alberto y Garrone José Alberto. El cheque y el Contrato de Apertura de Crédito Bancaria. 3a Edición. Ed. DePalma. Buenos Aires Argentina, 1980.
- Borja Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa. México, 1984.
- Dávalos Mejía Carlos Felipe. Títulos Contratos de Crédito, Quiebras. Ed. Harla. México, 1984.
- De Pina Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Ed. Porrúa. México, 1989.
- De la Peza Muñoz Cano José Luis. De las Obligaciones. Ed. McGraw-Hill/Interamericana Editores. México, 1997.
- Fanjul Suárez José Luis, Ángel Almoguera Gomex y María del Carmen González Velazco. Análisis de las Operaciones Financieras. Ed. Civitas S.A. Madrid, 1996.
- Fontanes Méndez Cesar. Los actos ilícitos de las Organizaciones Auxiliares de Crédito y los Jueces. Ed. el actor. México, 1997.
- Fuego Lomerí Fernando. Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones. Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1992.

- Floris Margadant S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. Ed. Esfinge. México 1988.
- Galindo Garfias Ignacio. Derecho Civil. Ed. Porrúa. México, 15a edición. 1995.
- Gaudemet Eugene. traducción y notas por Pablo Macedo. Teoría General de las Obligaciones. Ed. Porrúa. México, 1974.
- Giorgiana Frutos Victor M. Curso de Derecho Bancario y Financiero. Ed. Porrúa. Mexico, 1984.
- Gutiérrez y González Ernesto. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Ed. Porrúa. México, 1998.
- León Hurtado Avelino. La Voluntad y la Capacidad en los actos Jurídicos. 4a Edición. Ed. Jurídica de Chile. Chile, 1991.
- Lutzesco Georges. Teoría y Práctica de las Nulidades. Ed. Porrúa S.A. París, 1985.
- Martínez Alfaro Joaquín. Teoría de las Obligaciones. 6a Edición. Ed. Porrúa. México , 1997
- Ortiz Urquidi Raúl. Derecho Civil/ Parte General. 3a Edición. Ed. Porrúa S.A. México, 1986.
- Pallares Eduardo. Tratado de las Acciones Cíviles. 8a Edición. Ed. Porrúa S.A. México, 1997.
- Pallares Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. México, Ed. Porrúa. 1987.
- Rendón Bolio Arturo y Estrada Avilés Jorge Carlos. La banca y sus Deudores. 5a Edición. Ed. Porrúa S.A. México, 1985.
- Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Derecho Bancario. Ed. Porrúa. 3a Edición. México, 1964.
- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano. Contratos I. 5a. Edición. Ed. Porrúa. México, 1985.
- Urbano Salerno Marcelo. Obligaciones/Régimen Jurídico. Ed. Universidad. Buenos Aires, 1995.

- Vázquez iruzubieta Carlos. Operaciones Bancarias. Ed. Revista de Derecho Privado y Editores de Derecho Reunidos. Madrid, 1985.
- Zago Jorge Alberto. El Consentimiento y la Teoría de la Lesión. Ed. Universidad. Buenos Aires, 1981.

LEGISLACIONES

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Trillas, México, 1998.
- Código Civil, para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal. Ed. Ediciones Fiscales Isef S.A., México, 2000.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Ed. Ediciones Fiscales Isef S.A., México, 2000.
- Código Penal para el Distrito Federal en materia común, Ed. Delma. Mexico, 1999.
- Ley de Instituciones de Crédito, Talleres de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. México, primera edición, 1996.