



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL**

**LA HIPOTECA EN LOS CONTRATOS DE
CREDITO Y SU EXIGIBILIDAD**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
GOMEZ CASTRO ALICIA MERCEDES**

ASESOR: LIC. CARLOS VIEYRA SEDANO



CIUDAD UNIVERSITARIA

2004



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.

Doy gracias a Dios, por haber permitido, después de muchos años, cerrar un ciclo en mi vida. Dedico esta tesis con mucho cariño y agradecimiento sincero a:

Mi padre, quien que me impulso a seguir los pasos en la Universidad y decidirme por esta noble carrera.

Mi madre, con su ejemplo de lucha, me enseñó que las cosas siempre hay que terminarlas y dedicarles el mejor esfuerzo.

Mis hermanos, Hugo, Rosario, Sergio. Cecilia, Héctor, Xóchitl, Isabel, Eduardo y Paulina, que siempre me han dado su amor y comprensión.

Mi esposo Alberto, que siempre me cuida y con el amor que siempre me ha demostrado.

A mis hijos Alan y Carolina, que han llenado mi vida y que mi corazón de madre, se siente orgullosa de ellos.

A mis cuñados, a mis cuñadas, a mis sobrinos y sobrinas, que quiero mucho.

A la Lic. Maria Elena Galguera González, por creer en mí.

Al C. P. Jorge Diddier de la Rosa Gutiérrez, por su gran corazón e incomparable amistad.

CAPITULO I
GENERALIDADES DE LOS CONTRATOS.

INTRODUCCIÓN

1.1 ANTECEDENTES	8
1.1.1. EXTRANJEROS	8
1.2 1.2 NACIONALES	22
1.2 CONCEPTO DE CONTRATO	24
1.3 ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO	25
1.3.1 CONSENTIMIENTO	25
1.3.1.1 OFERTA	28
1.3.1.2 ACEPTACIÓN	29
1.3.2 CONSENTIMIENTO ENTRE PRESENTES	29
1.3.3.1 CONSENTIMIENTO ENTRE AUSENTES	31
1.3.3.2 SISTEMA DE DECLARACIÓN	32
1.3.3.3. SISTEMA DE EXPEDICIÓN	32
1.3.3.4 SISTEMA DE RECEPCIÓN	33
1.3.3.5. SISTEMA DE INFORMACIÓN	33
1.4.OBJETO	36
1.4.1 OBJETO DIRECTO E INDIRECTO	39
1.5 REQUISITOS DE VALIDEZ	42
1.5.1 CAPACIDAD	43
1.5.2 AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD	45
1.5.2.1 ERROR	46
1.5.2.2 DOLO	48
1.5.2.3 MALA FE	50
1.5.2.4 VIOLENCIA	51
1.6 LICITUD EN EL OBJETO	56
1.7 FORMA	58
1.7.1 SOLEMNIDAD	64

CAPÍTULO II
EL CONTRATO DE HIPOTECA EN PARTICULAR.

3.2 CONCEPTO	68
3.3 CARACTERÍSTICAS. (CONSTITUCIÓN)	74
3.4 ELEMENTOS	78
2.3.1 ESENCIALES	78
2.3.2 VALIDEZ	83
2.4 TIPOS DE HIPOTECA	85

CAPÍTULO III
LA HIPOTECA EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO

3.1 CONTRATO DE CONTRATO DE CRÉDITO	87
3.2 PRINCIPALES CONTRATOS DE CRÉDITO	93
3.2.1 CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO	93
3.2.2. CONTRATO DE HABILITACIÓN	101
3.2.3 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO	
FINANCIERO	110
3.2.4. CONTRATO DE FACTORAJE FINANCIERO	117
3.3. FORMAS DE EXIGIBILIDAD	120

CAPÍTULO IV
PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA EJECUCIÓN DE GARANTÍA

4.1. FASE POSTULATORIA	133
4.2. FASE PROBATORIA	134
4.3 FASE CONCLUSIVA	134
4.4. VÍA DE APREMIO	136
4.5 PREPARACIÓN DEL REMATE	145
4.6 ALMONEDA DEL REMATE	151
4.7 FINCAMIENTO DEL REMATE	153
4.8 APROBACIÓN DEL REMATE	158
4.9 ADJUDICACIÓN	159
CONCLUSIONES	161
BIBLIOGRAFÍA	169

INTRODUCCIÓN

La realización del presente trabajo surge como necesidad para dar a conocer la verdadera posición de la justicia en México.

Conocer, desde dentro como funciona el aparato jurisdiccional que es el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en una perspectiva práctica, dinámica y muy sencilla, que al alcance de todos los mexicanos, es tener al alcance nuestro derecho como posibles acreedores, teniendo en cuenta que la aplicación de la ley esta a cargo de los secretarios de acuerdos, jueces y por que no en su momento, también de los magistrados.

Tomando en consideración que en el derecho civil, se destaca por ser un derecho que conoce de las necesidades básicas de la persona, desde su nacimiento hasta su muerte y por todas las etapas por las que el ser humano pasa, desde la niñez, adolescencia, madurez y vejez, regulando a su vez, una serie de contratos que forman la norma jurídica, en donde existe un acreedor y un deudor, por lo tanto se agrupan las modalidades de los actos jurídicos.

Es por ello importante saber que, en todo momento, también el patrimonio de la familia, se regula con una serie de normas jurídicas, pero a su vez, la manera de alcanzar el patrimonio, es a través de financiamiento, en donde la familia se beneficia y el progreso se ve reflejado en lo que ha denominado "patrimonio de familia".

En este orden de ideas comenzaré por decir que en el primer capítulo se analizará que es un contrato, como forma de adquirir derechos y obligaciones.

En el segundo capítulo veremos, la figura de la hipoteca en particular.

En el tercer capítulo estudiaremos la hipoteca y los contratos en que se establece y en el cuarto capítulo, hablaremos sobre las formas de exigibilidad y el remate de los bienes, cuando el acreedor no ha recibido del deudor, el cumplimiento de la obligación, consistente, en el pago, debiéndose llegar a la pública subasta de los bienes que garantizan el pago de la obligación.

Es importante mencionar, cual es la posición del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal frente a los posibles remates, en cuanto a su preparación y desahogo.

Por último precisare las conclusiones y la bibliografía que utilice en el presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I GENERALIDADES

1.1 ANTECEDENTES

En este apartado iniciaremos con la explicación de los conceptos básicos.

1.1.1 EXTRANJEROS.

En Roma ya existía un “*numerus clausus de contractus*”, pero no una categoría general de contrato, y los demás acuerdos eran “*nudum pactum*”, es decir, sin ninguna eficacia jurídica. Después, se logró dar cierta eficacia jurídica a los simples acuerdos mediante formas solemnes, como el “*nexum*” y la “*stipulatio*”, consistiendo en un tipo de promesa sometida a reglas estrictas.

En este mismo contexto, apareció la forma literal, por la cual se inscribía en el libro de contabilidad doméstica del deudor la obligación; y la forma real, por la que al entregar un bien surgía la obligación de restituirlo.

Todo lo anterior no son más que ritos y procedimientos usuales, que otorgaban una vinculación jurídica a la obligación que mediante ellas se constituía, pero esa vinculación provenía de la forma, y no del propio acuerdo de voluntades.

El avance de los años se concretaron y especificaron en Roma los contenidos contractuales, que eran los más básicos para

una sociedad como la romana: compraventa, arrendamiento de bienes y servicios, mandato y sociedad. Junto a ellos se desarrollaron los contratos innominados, que podrían estar dentro de alguna de estas clases: "do ut des", "do ut facias", "facio ut des" y "facio ut facias".

En este momento de la historia seguía sin definirse la figura del contrato y sólo podemos hablar de contenidos contractuales, unos típicos y otros innominados, pero en ningún caso la voluntad era suficiente para obligarse.

En consecuencia, es posible considerar que es en Roma donde surge el contrato, pero originalmente no es una fuente genérica de obligaciones, ya que sólo algunas figuras típicas del acuerdo de voluntades producían acción y era sancionado su incumplimiento.

El sistema contractual romano en una larga evolución histórica que va del formalismo al consensualismo vislumbra aparecer las siguientes figuras:

- 1) "Contratos verbis", se perfeccionaban (es decir adquirían obligatoriedad) sólo mediante el uso de determinadas frases verbales, por ejemplo, la *stipulatio*.
- 2) "Contratos litteris", se perfeccionaban mediante la inscripción de un registro (*codex accepti et expensi*) de una deuda. Era una forma contractual que tuvo escasa importancia.
- 3) "Contratos re", se perfeccionaban mediante el consentimiento de las partes, aunado a la entrega

(traditio) de una cosa (res), eran el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda; generalmente creaban obligaciones sólo para la parte que recibía la cosa (exigibles por una actio directa), pero eventualmente podían surgir cargas para la otra parte (exigiéndose por una actio contraria); por ejemplo cuando un depositario hacía gastos extraordinarios para la conservación de la cosa, el depositante debía reembolsarlos, estableciéndose por primera vez la distinción entre contratos unilaterales y sinalagmáticos, éstos últimos podían ser sinalagmáticos perfectos o imperfectos.

- 4) Contratos consensuales, los cuales se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes y eran la compraventa o emptio-venditio, el arrendamiento o locatio-conductio, la sociedad y el mandato.
- 5) Contratos innominados. Eran aquellos que no encuadraban dentro de una figura típica y que resultaban obligatorios cuando concurrían el consentimiento y el cumplimiento de la prestación por una de las partes.
- 6) Pactos. Versaban sobre los acuerdos que no producían ningún efecto jurídico nuda pactio, posteriormente para algunos de ellos se concedió acción para exigir su cumplimiento (pacta vestita).¹

¹ Cfr. CORNEJO CERTUCHA, Francisco. *Voz Contrato. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo A-CH.* Editorial Porrúa - UNAM. México Distrito Federal 1996. 9ª Edición. Pág. 691.

La concepción romana del contrato subsiste prácticamente inalterada hasta la aparición del liberalismo a fines del siglo XVIII.

Es en esta época que se otorga a esta figura jurídica un valor fundamental, pues incluso la existencia de la sociedad se ve obligada a firmar el pacto social del que hablaba Jua Jacobo Rousseau.

La llegada del Derecho de los pueblos germanos implicó un retroceso respecto a la incipiente evolución hacia la categoría de contrato, por cuanto estas comunidades mezclaban un fuerte elemento formal con elementos simbólicos, e incluso el miedo a la venganza privada era una de las razones para que se procediera al cumplimiento de los acuerdos.

Una influencia mucho más modernizadora fue la del Derecho canónico, que mantenía la obligación de veracidad y la de respetar la palabra dada.

En la recepción del Derecho canónico se pretendía ir 'vistiendo' los nudum pactum romanos, hasta llegar a los pacta vestita. Hay que tener en cuenta que la figura actual del contrato, tal como la conocemos, no deriva de los contractus romanos, sino de los pactos.

Así, en las Decretales del papa Gregorio IX (1234) se sancionaba la obligatoriedad de respetar los pactos cuando se adoptaran mediante juramento.

El problema en este caso derivaba de que los pactos se debían cumplir, no por su fuerza obligatoria, sino por subordinación al juramento del que emanaba el auténtico vínculo jurídico, por lo que no quedaba clara la solución cuando se hiciera un pacto inválido a la luz del Derecho, unido a un juramento válido.

En el ámbito del Derecho mercantil existían los tribunales de comercio para juzgar todas las materias que le concernieran y su jurisprudencia fue la primera en reconocer que *solus consensus obligat* ('basta el acuerdo para obligar').

Por las exigencias del tráfico mercantil, no se podía vincular la eficacia jurídica de los pactos al cumplimiento de ciertas formalidades y por ello es claro que en esta rama del Derecho se comenzó a admitir la eficacia de los simples pactos.

Los teóricos del Derecho Natural de la Edad Moderna, que en cierta medida secularizaron las ideas previas al Derecho canónico, admitieron sin reserva la voluntad como fuente de obligaciones.

Hugo Grocio en su obra *De iure bello a.C. pacis*, fundó su sistema en la "necesidad de cumplir las propias promesas". Aparece por tanto el contrato como categoría donde el pilar básico es la simple voluntad de obligarse.

Estas ideas se mostraron en consonancia con el pensamiento individualista y revolucionario de todos los juristas que influyeron en la redacción del Código Napoleónico (1804), como Domat o Pothier. Hemos de recordar que en esta época el contrato era una institución tan valorada, que incluso se situaba en el fundamento

exigencias de la legalidad adquieren fuerza de ley entre las partes”.

Este artículo supone una definición de la moderna categoría del contrato, que además gozaba de grandes virtudes para los revolucionarios, pues rompía obstáculos para la contratación del antiguo régimen y favorecía a la clase en ascenso, la burguesía, reforzando la dinámica del desarrollo industrial.

De este modo se llegó al concepto de contrato hoy vigente que ha pasado a todos los códigos modernos y que puede sintetizarse con palabras sencillas en la fórmula antes citada: acuerdo de voluntades destinado a producir efectos jurídicos.

En la actualidad se habla de la crisis de la figura del contrato, o más bien, de la crisis de los presupuestos que originaron el contrato.

De hecho, el acuerdo que representa la base del contrato, se suponía que debía tener lugar entre voluntades libres e iguales, lo cual no es del todo cierto hoy en día. La realidad social muestra que la libertad, a la hora de contratar, no existe o está muy limitada en algunos casos.

Por ejemplo, en los contratos de suministros de gas, agua, electricidad, en los que es habitual que operen compañías en régimen de monopolio, o en otros, donde sólo se alcanza una cierta capacidad para elegir entre unos muy reducidos oferentes (por ejemplo, las compañías aéreas).

Por otro lado, la igualdad no existe tampoco entre un empleador y alguien que necesita trabajar para ganar su sustento o entre un banco y una persona necesitada de un préstamo.

De todo ello se deduce que si bien la figura general del contrato sigue vigente, se han creado otras modalidades de acuerdos, como son los contratos en masa, forzosos, normados o normativos.

También los legisladores han acogido esta problemática dictando leyes que en muchos aspectos limitan la antigua autonomía contractual donde sólo la voluntad dictaba el contenido de los pactos y compromisos, como las leyes en defensa de la competencia o las de protección de consumidores.

Se estatuye el principio de la autonomía de la voluntad y el de una casi absoluta libertad de contratación. Actualmente con el auge de las ideas colectivistas el ámbito del contrato se va reduciendo paulatinamente.

Entre los sucesos que el Derecho toma en cuenta para atribuirles efectos jurídicos, destaca el acto o negocio jurídico que es una manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin es engendrar, con apoyo en una norma jurídica o en una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o por el contrario un efecto de derecho limitado consistente en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.²

² Cfr. CORNEJO CERTUCHA, Francisco. Op. Cit. Págs. 691 y 692.

institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o bien por el contrario un efecto de derecho limitado consistente en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.²

Se ha considerado al contrato como el tipo más caracterizado del acto jurídico y el Código Civil acepta esta postura, pues señala que las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de los mismos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos (artículo 1859).

Determinar si todo acto jurídico bilateral (es decir cualquier acuerdo de voluntades con efectos jurídicos) es un contrato o si este concepto es aún más restringido es una cuestión que ha ocupado a la doctrina.

Se han agrupado las diferentes definiciones en cuatro grupos. Así tenemos la "concepción amplia" que identifica al contrato con la convención o acto jurídico bilateral y que incluye todo acuerdo dirigido a crear, modificar, o extinguir relaciones de obligación y a constituir relaciones de derecho de familia. Luego estaría la "concepción estricta" en que se separa a la convención del contrato, siendo la primera el género y el segundo la especie.

Esta es la posición del Código Civil que considera como convenios a los acuerdos que crean, transfieren, modifican o extinguen las obligaciones y derechos, y como contratos sólo a los

² Cfr. CORNEJO CERTUCHA, Francisco. *Op. Cit.* Págs. 691 y 692.

se dirige a la constitución de derechos y obligaciones sino que además sirve para extinguirlos o modificarlos.

Por último la "concepción novísima", proveniente del campo del derecho público, representada por Jellinek, Hauriou y Duguit que limita el concepto del contrato para encontrarlo solamente donde hay intereses opuestos. De acuerdo con estas teorías habría junto al contrato otros acuerdos de voluntades, como el acto colectivo y la simple convención.³

El Código Civil establece las reglas generales sobre contratos (artículos 1792-1859) por la razón histórica de que los contratos civiles fueron los primeros en aparecer. Ahora bien el contrato como todo acto jurídico debe reunir para ser existente ciertos elementos señalados en el artículo 1794 del Código Civil y son:

- 1) El consentimiento, que se da cuando existe el concurso de voluntades de dos o más sujetos; por lo tanto implica la manifestación de dos o más voluntades, pero no basta, es necesario además que concuerden.

- 2) Objeto que pueda ser materia de contratación (la doctrina ha distinguido entre objeto directo del contrato que es la creación o transmisión de derechos y obligaciones y objeto indirecto que es el contenido de la obligación que se constituye en virtud de dicho contrato. A esta última acepción nos estamos refiriendo) es decir que sea posible tanto física como jurídicamente; de acuerdo al artículo 1828

³ Autores citados por CORNEJO CERTUCHA, Francisco. Op. Cit. Pág. 692.

del Código Civil, se entiende que hay imposibilidad cuando un hecho no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza (física) o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización (jurídica). Además de estos elementos de existencia, es necesario que se den ciertos requisitos o presupuestos de validez para que el contrato produzca normalmente todos sus efectos jurídicos y no pueda ser invalidado.

Estos requisitos establecidos en forma negativa en el artículo 1795 del Código Civil son:

1) La capacidad legal de las partes. Se entiende por ésta la capacidad de ejercicio, de la que están excluidas las personas señaladas en el artículo 450.

Desde el punto de vista jurídico, en sentido estricto es el ser humano, en cuanto se considera la dignidad jurídica que como tal merece.

Hay un deber general de respeto a la persona que, cuando se infringe, origina acciones declarativas (tendientes a exigir la identificación frente al desconocimiento), negativas (orientadas a reprimir o impedir confusiones con otras personas, falsas atribuciones y simulaciones) e indemnizatorias, es decir aquellas que persiguen el resarcimiento de daños ocasionados a la misma.

Consustancial con la persona es la capacidad jurídica, entendida como aptitud para ser titular de derechos y

obligaciones. Junto a las personas físicas se reconoce la existencia de personas jurídicas, como las corporaciones, las asociaciones y las fundaciones.

2) La ausencia de vicios del consentimiento. Estos vicios son la violencia y el dolo (artículo 1812).

3) La licitud en el objeto, el motivo o el fin del contrato. La ilicitud es lo contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (artículo 1830).

4) Y una determinada forma cuando la ley la establezca. El Código Civil es consensualista pues la forma siempre es una excepción (artículo 1796). La ausencia de estos requisitos produce la nulidad absoluta o relativa (artículos 2225 y 2228).

También el contrato puede ser rescindido cuando alguien obtiene un lucro excesivo y desproporcionado a lo que se obliga, aprovechándose de la ignorancia de otro (artículo 17). Esta es la figura de la lesión.

Si se dan estos elementos de existencia y requisitos de validez el contrato es obligatorio. Esta idea se ha expresado en el principio conocido como *pacta sunt servanda* (es decir, los pactos deben ser cumplidos). El Código Civil lo señala así en los artículos 1796 y 1797.

Sin embargo, frente a este principio la doctrina ha desarrollado últimamente la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad superveniente que consiste en que los

contratos deben ser revisados cuando acontecimientos extraordinarios provocan un cambio en las condiciones que resiente injustamente una de las partes.

El antecedente de esta teoría es el principio de *rebus sic stantibus* (mientras las cosas así permanezcan) elaborado por los canonistas medievales.

Los civilistas han hecho una clasificación de los elementos del contrato diferenciando a los:

- 1) Esenciales, que son (aparte de los dos existencia que ya vimos que tienen carácter general) los que cada figura típica contractual exige para configurarse, por ejemplo cosa y precio en la compraventa.
- 2) Naturales que son las consecuencias implícitas en el contrato pero que se pueden eliminar por acuerdo expreso de las partes, por ejemplo el saneamiento por evicción en la compraventa.
- 3) Accidentales que son modalidades que sólo existen en el contrato si las partes así lo acuerdan, por ejemplo el término y la condición.

Existen múltiples criterios de clasificación de los contratos algunos de ellos son:

- 1) Civiles (por ejemplo el arrendamiento), mercantiles (por ejemplo el seguro), laborales y administrativos.

- 3) Accidentales que son modalidades que sólo existen en el contrato si las partes así lo acuerdan, por ejemplo en el término y la condición.

Existen múltiples criterios de clasificación de los contratos algunos de ellos son:

- 1) Civiles (por ejemplo el arrendamiento), mercantiles (por ejemplo el seguro), laborales y administrativos.

Bilaterales o sinalagmáticos (artículo 1836 del Código Civil), cuando existen obligaciones para ambos contratantes y unilaterales (artículo 1835) cuando sólo una de las partes está obligada.

- 2) Onerosos cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y gratuitos cuando el provecho es de una sola de las partes (artículo 1837).

No se deben confundir los contratos gratuitos con los unilaterales pues, en aquellos, una parte sólo tiene provecho si está obligada, por ejemplo en el comodato que es un préstamo gratuito de uso, el comodatario debe devolver la cosa.

Los onerosos se subdividen en:

- a) Conmutativos cuando las partes desde un principio pueden apreciar el beneficio o pérdida que el contrato les causa, y

- b) Aleatorios cuando la existencia o monto de la prestación depende del azar (artículo 1838).

c) Nominados que son los tipificados en la ley, e innominados los que no están y se rigen de acuerdo al Código Civil por las normas del contrato nominado con el que tengan mayor semejanza (artículo 1858).

Cierto sector de la doctrina considera que existen muchas figuras a las que indebidamente se les da el nombre de contrato siendo en realidad actos jurídicos de naturaleza especial por ejemplo el matrimonio, la sociedad, el contrato colectivo de trabajo y el contrato de adhesión.⁴

El más brillante expositor de la teoría del contrato como norma jurídica individualizada es Hans Kelsen. Este autor explica que la teoría tradicional sólo vio en el contrato un acto jurídico, ya que lo analizó desde la perspectiva de un acto de aplicación del Derecho.

Así, al contratar las partes aplican una regla de derecho - *pacta sunt servanda*- a una situación concreta. Olvidando que el contrato también es un acto de creación del Derecho pues de él surgen para los sujetos, obligaciones y derechos que anteriormente no tenían.

Kelsen parte de la idea de que todo acto es al mismo tiempo de creación y aplicación del derecho. La "fuerza obligatoria" del contrato radica en que éste ha creado una norma que sólo se

⁴ BUEN LOZANO, Néstor De. *La decadencia del Contrato*. Textos Universitarios. México Distrito Federal 1965. Pág. 296.

⁵ Cfr. KELSEN, Hans. *El contrato y el Tratado analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Eduardo García Máynez. Editora Nacional. México Distrito Federal 1979. Págs. 23 y 24.

distingue de la que los contratantes aplicaron en que tiene carácter individual o concreto.

Para este autor existe un equívoco pues contrato designa tanto un acto o procedimiento determinado como su producto que es la norma contractual.

1.1.2 NACIONALES.

A manera de preámbulo para el estudio de los contratos en particular, tiene una gran utilidad práctica la exposición de los principios comunes a todos los contratos, así como de las reglas propias de cada grupo de contratos (como por ejemplo, de los contratos onerosos, de los contratos de ejecución continuada, de los contratos con prestaciones recíprocas), ya que al estudiar cualquier contrato en particular deben siempre tenerse presente esos principios y reglas.

Estas normas generales o las propias de cada grupo de contratos, a imitación del Código Civil francés, suelen incluirse dentro de la teoría general de las obligaciones, al estudiar el contrato como una de las fuentes de las obligaciones; pero su gran importancia y su desproporcionada extensión parecen indicar la conveniencia de destacar con individualidad propia la doctrina general del contrato, a la que nuestro legislador denomina "*reglas generales de los contratos*" (1858), ya que el contrato es la fuente ordinaria o normal de las obligaciones, que no está limitada a los bienes, sino que se extiende a las personas y a la familia, pues en el orden extrapatrimonial el matrimonio y la adopción son también contratos.

Es asimismo oportuno un estudio de los contratos en general, porque ha ido creciendo la opinión de que la noción y la utilidad del contrato tienden a desaparecer por la prevalencia de los intereses sociales sobre los intereses individuales, pues ya se proclama la "*decadencia del contrato*", el *dirigismo contractual*, la *publicitación del contrato*, queriendo dar a entender con tales expresiones que hoy, la voluntad de las partes juega un papel muy

limitado y secundario en la formación del contrato, por la intervención cada vez mayor del Estado en el contenido del mismo.

Dentro del terreno patrimonial. Existe una oposición entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales, fundada en la plasticidad de las obligaciones contractuales, porque en éstas las partes crean y modelan ellas mismas su ley, pues dan al lazo obligatorio que las va a unir el carácter que ellas quieren, determinan el objeto, la duración y las modalidades del mismo, deciden la combinación de obligaciones con varios acreedores o con varios deudores, regulan el modo de ejecución y las consecuencias del incumplimiento.

Por el contrario, cuando la deuda nace de una fuente extracontractual, se presenta bajo la forma más simple, y muy a menudo tiene que reducirse inmediatamente a su ejecución. Esta dualidad en las fuentes de las obligaciones es reconocida en alguna de sus disposiciones por el legislador.

Por otra parte, cabe destacar que mediante una nueva disposición que no existía en los dos Códigos civiles anteriores, el actual Código Civil reconoce la máxima importancia del contrato, al erigir los principios generales de los contratos nada menos que en las normas generales aplicables a toda clase de convenios y de actos jurídicos (1859). Así, por ejemplo, las normas para la interpretación de los contratos (1851 a 1857).⁶

⁶ Cfr. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los contratos Civiles. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1995. 14ª Edición. Págs. 3 y 4.

1.2 CONCEPTO DE CONTRATO.

La palabra contrato, proviene del latín contractus, derivado a su vez del verbo contrahere, reunir, lograr, concertar. Es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones) debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo, tiene una doble naturaleza pues también presenta el carácter de una norma jurídica individualizada.

Como ya lo señalamos en su oportunidad, es en Roma donde surge el contrato, empero en esas latitudes no era una fuente genérica de obligaciones, porque sólo algunas figuras típicas del acuerdo de voluntades producían acción y era sancionado su incumplimiento.

El sistema referente a los contratos romano en una larga evolución histórica va del formalismo al consensualismo.

El contrato es una manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral y es lo que el Derecho toma en cuenta para atribuirles efectos jurídico; destaca el acto o negocio jurídico que, cuyo fin es engendrar con apoyo en una norma jurídica o en una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general o por el contrario un efecto de derecho limitado consistente en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

Al contrato se le ha considerado como el tipo más caracterizado del acto jurídico y el Código Civil avala esta postura

pues establece que las normas sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos.

Conforme lo señala el artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal, los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos **toman el nombre de contratos.**

1.3 ELEMENTOS DE EXISTENCIA DEL CONTRATO.

Dispone el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1794:

Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

1.3.1 CONSENTIMIENTO.

El consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades destinadas a producir consecuencias o fines de interés legal en la celebración de cualquier convenio o contrato.

Convenio, según el artículo 1792 del Código Civil, es el acuerdo de dos o más voluntades para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

El artículo 1793 agrega que cuando las convenciones producen o transfieren obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

El consentimiento es un requisito de existencia del contrato, de acuerdo a lo establecido en los artículos 1794 y 2224 del Código Civil.

Es evidente que si no existe tal consentimiento, no habrá contrato.

El consentimiento nace en el instante en que legalmente se produce el acuerdo de voluntades de las partes que intervienen en una relación jurídica en formación, o sea, cuando coinciden entre sí las voluntades individuales de cada uno de los interesados.

Técnicamente el concepto tiene este significado en la doctrina y en las legislaciones de los diversos sistemas jurídicos.

Los artículos 1803 y siguientes del capítulo especial destinado por el Código Civil al proceso de formación del consentimiento reafirman este alcance.

Las numerosas definiciones del consentimiento, concuerdan con los principios expuestos. Joaquín Escriche, en su *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, lo define como "la adhesión a la voluntad de otro; o el concurso mutuo de la voluntad de las partes sobre un hecho que aprueban con pleno conocimiento".⁷

Se hacen estas aclaraciones, porque hay disposiciones del Código Civil que denominan "consentimiento" a simples

⁷ Autor citado por CRUZ PONCE, Lisandro. *Voz Consentimiento*. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo A- CH. Editorial Porrúa - UNAM. México Distrito Federal 1996. 9ª Edición. Pág. 648.

manifestaciones individuales de voluntad, como ocurre en los siguientes artículos 148, 181, 187, 209, 238, 240, 397, 426, 427, 1908 y en apartado de la declaración unilateral de la voluntad artículos 1860 a 1881, entre otros. Se trata en la especie de autorizaciones aprobaciones o conformidades unilaterales y no de acuerdo de voluntades.

Este error lo encontramos también en el Código Civil francés, que emplea indebidamente la expresión consentimiento en el artículo 1108 al disponer que para la validez de una convención se requiere "el consentimiento de la parte que se obliga".

Habrá que concluir que en la legislación mexicana al igual que en la francesa, este vocablo tiene dos significados o acepciones.

Es del caso observar que en la legislación mexicana los artículos 1655, 1668 y 1679, entre otros, emplean correctamente la expresión "autorización" y no consentimiento como lo ha hecho en los otros que se han citado.

Sólo nos detendremos en esta ocasión, en el estudio del consentimiento, considerado como acuerdo de voluntades.

En el proceso legal de formación del consentimiento, pueden distinguirse dos etapas sucesivas: la oferta y la aceptación.

1.3.1.1 OFERTA.

La oferta, denominada también propuesta o policitud, consiste en la declaración unilateral de voluntad que hace una persona a otra u otras proponiéndoles la celebración de un contrato.

Laurent opina que la oferta puede emanar no sólo del que desea obligarse, sino también de quien pretende adquirir un derecho. Poco importa cual de los dos tome la iniciativa, en especial cuando se trata de contratos bilaterales donde ambas partes son recíprocamente acreedoras y deudoras.⁸

Para que la oferta sea eficaz y sea tomada en consideración por el destinatario debe ser seria y concreta. Esto quiere decir que debe contener los datos necesarios para la plena individualización del contrato que se ofrece celebrar, describiéndolo en todos sus detalles y pormenores.

La oferta puede ser expresa cuando se manifiesta verbalmente por escrito o por signos inequívocos y tácita cuando resulta de hechos o de actos que la presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o convenio la voluntad deba manifestarse expresamente (artículo 1803 del Código Civil).

La oferta puede hacerse a personas presentes o no presentes, cuando estas últimas se encuentran en lugares distintos.

⁸ CRUZ PONCE, Lisandro. Op. Cit. Pág. 649.

1.3.1.2 ACEPTACIÓN.

Si la policitud es aceptada se genera el consentimiento y el contrato se llevará a efecto.

¿En qué instante se produce el acuerdo de voluntades que permite la formación del contrato? Tiene importancia determinarlo para conocer quién responderá de la pérdida de la cosa o qué ocurrirá en caso de incapacidad superveniente, de quiebra o de muerte de alguna de las partes.

1.3.2 CONSENTIMIENTO ENTRE PRESENTES.

Si se hace a una persona que se encuentra presente, puede el proponente fijar un plazo para la aceptación o exigir la respuesta de inmediato.

Si la oferta se hace a una persona presente sin fijación de plazo la respuesta debe darse de inmediato.

Si es aceptada sin modificación alguna queda en ese mismo instante perfeccionado el contrato. El consentimiento se ha formado al producirse el acuerdo de voluntades entre el proponente y el aceptante.

Si la oferta es rechazada, la ausencia de consentimiento impide la formación del contrato por ser un requisito de existencia del mismo. La falta de consentimiento acarrea la inexistencia

jurídica. El proponente queda desligado de todo compromiso y la oferta sin efecto legal alguno, artículo 1805 del Código Civil.

Cuando la oferta se hace a una persona presente fijándole un plazo para aceptar, queda el proponente ligado por su oferta hasta la expiración del plazo, artículo 1805 Código Civil.

Se consideran como ofertas hechas entre presentes, las que se hacen por teléfono, artículo 1805 Código Civil.

Las ofertas pueden hacerse a una o varias personas, sobre uno o varios objetos y a personas determinadas e indeterminadas. En cambio la aceptación debe hacerse a persona determinada: al proponente.

Si la oferta se hace a varias personas unas pueden aceptarla y otras rechazarla. El contrato se celebrará entre el proponente y los que acepten.

Si la oferta se hace a varias personas conjuntamente y se exige la aceptación conjunta, el rechazo de cualquiera de ellas impedirá la formación del contrato.

A la misma conclusión puede llegarse cuando la oferta comprende varias cosas Si se las considera como un conjunto indivisible, el rechazo a una de ellas obstaculizará la formación del contrato, en caso contrario, podrán celebrarse contratos parciales.

No hay que confundir la oferta con la simple proposición a la celebración de un contrato (ofrecer en venta una casa sin señalar precio ni forma de pago) ni con los actos y entrevistas preliminares que se efectúen antes de que se haga formalmente la propuesta (elaboración de planos, presupuestos, etc.).

Se discute por los autores si le puede acarrear responsabilidad al que se desiste injustificadamente de estos trámites preliminares.

Tampoco puede confundirse la propuesta con el pre-contrato o contrato de promesa, donde existe un acuerdo previo de voluntades para la celebración de un contrato, como lo señala el artículo 2243 que establece: "Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro".

1.3.3.1 CONSENTIMIENTO ENTRE AUSENTES.

Si la oferta se hace a una persona que no se encuentra presente, el autor de la oferta queda ligado durante tres días además del tiempo necesario para la ida y vuelta regular del correo público o del que se juzgue bastante no habiendo correo público según las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones (artículo 1806 Código Civil).

Puede también el oferente fijar plazo al destinatario para que conteste. En todos estos casos el proponente está obligado a esperar la contestación del destinatario. Si éste no responde dentro de los términos que señala la ley o dentro del plazo que le hubiere señalado el solicitante, la oferta quedará sin efecto y el

oferente desligado de todo compromiso. Caduca la oferta, como dice Planiol.⁹

La ausencia de consentimiento acarrea la inexistencia.

Hay sobre la materia cuatro sistemas que se conocen en la doctrina con respecto al instante en que queda formado el contrato. dice Manuel Borja Soriano.¹⁰

1.3.3.2 SISTEMA DE DECLARACIÓN.

De acuerdo con esta doctrina el contrato quedaría formado cuando el aceptante declara por cualquier medio su conformidad con la propuesta.

1.3.3.3. SISTEMA DE EXPEDICIÓN.

El contrato quedaría formado cuando el destinatario de la propuesta expide la respuesta afirmativa, desprendiéndose materialmente del medio utilizado para manifestar su aceptación. En materia mercantil, el artículo 80 del Código de Comercio, adopta este sistema.

⁹ PLANIOL, Marcelo y otro. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Tomo VI. Editorial Cultura. La Habana Cuba 1942. Págs. 112 y 113.

¹⁰ BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de la Obligaciones. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1995. 14ª Edición. Pág. 58.

1.3.3.4 SISTEMA DE RECEPCIÓN.

Según esta doctrina el contrato se forma cuando la aceptación la recibe el proponente y puede imponerse de ella en cualquier momento.

1.3.3.5. SISTEMA DE INFORMACIÓN.

El contrato se formaría sólo cuando el proponente se informa o entera de la aceptación.

El legislador mexicano ha aceptado el sistema de la recepción, según se comprueba con la lectura del artículo 1807 que a la letra dice: "El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes."

Rafael Rojina Villegas sostiene que en materia de donaciones el Código Civil prefiere el sistema de la información, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 2338, 2340 y 2346.

Conforme al artículo 2340 "La donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador."

En los contratos celebrados por correspondencia puede retirarse tanto la oferta como la aceptación. La oferta puede retirarse siempre que la retractación llegue a conocimiento del destinatario antes que la oferta, o sea por un medio más rápido de comunicación. Igual cosa puede hacer el destinatario, siempre que

su retractación llegue a conocimiento del oferente antes que la aceptación.

Así lo dispone el artículo 1808 cuando establece: "La oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación."¹¹

La persona a quien se propone la celebración de un contrato debe aceptarlo en los mismos términos en que se le ofrece. Si le introduce modificaciones a la propuesta, éstas se considerarán como una contraoferta o nueva oferta.

En el presente se invierten los papeles de las partes. Así lo dispone el artículo 1810 que establece: "El proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera.

En este caso la respuesta se considera como nueva proposición que se regirá por lo dispuesto en los artículos anteriores".

Cuando ocurriere el fallecimiento del proponente, dispone el artículo 1809 que: "Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquél obligados a sostener el contrato".

¹¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Derecho Civil Mexicano. Tomo III. Obligaciones.* Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1995. 26ª Edición. Págs. 213.

La propuesta y la aceptación pueden hacerse telegráficamente, según lo dispone el artículo 1811, siempre que los contratantes con anterioridad hubieren estipulado por escrito esta forma de contratación y que los originales de los respectivos telegramas contengan las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

Se discute entre los autores si el silencio puede considerarse como aceptación. Existe, dicen, un principio según el cual el que calla otorga. Laurent refuta este aserto diciendo que quien guarda silencio no hace ninguna manifestación de voluntad. Como dice Massé, agrega: "si yo no digo no, tampoco digo si. Mi silencio significa que no tomo ningún partido".¹²

Sólo podría interpretarse como aceptación, dice Gutiérrez y González, cuando la ley así lo disponga como sería el caso del mandato a que se refiere el artículo 2547, según el cual el mandato conferido a personas que ofrecen al público el ejercicio de una profesión, se entiende aceptado si no lo rehúsan dentro de los tres días siguientes.¹³

En sentido negativo, dispone el 2054, ubicado en el capítulo referente a la cesión de deudas, que si se fija un plazo al acreedor para que manifieste su conformidad a la cesión, se entiende que rehúsa si deja pasar el plazo sin dar a conocer su determinación.

¹² Autores citados por CRUZ PONCE, Lisandro. *Op. Cit.* Pág. 650.

¹³ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *Derecho de las obligaciones*. Editorial José María Cajica. Puebla, Pue. México 1974. 5ª Edición. Pág. 145.

Respecto a los denominados por Saleilles "contratos de adhesión", discuten los autores sobre su naturaleza jurídica. Afirman algunos que no son propiamente contratos, porque falta la voluntad libre, sin la cual no puede existir contrato. Otros, en cambio, opinan que son contratos, pero de otra categoría jurídica, visiblemente distinta de los demás contratos.¹⁴

1.4.1 OBJETO.

La cosa objeto o el llamado *objeto - cosa* del contrato debe existir en la naturaleza; ser determinada o determinable en cuanto a su especie; y estar en el comercio.

En primer lugar, *la cosa debe existir*, porque si la cosa ya pereció antes del contrato, por ejemplo, si murió el animal que se iba a vender o si se extinguió el crédito que se iba a ceder o si el bien de que se trata desapareció definitivamente o quedó fuera del comercio (2021), no habría objeto del contrato (2224), y el contratante que tuviera conocimiento antes de celebrarlo, de la inexistencia de la cosa, debería pagar a la otra el "*interés negativo*", o sea la utilidad que hubiera obtenido si se hubiera celebrado el contrato con dicha cosa.

Sin embargo, las cosas *futuras* pueden ser objeto del contrato (1826), como ocurre cuando se compra una cosa que se va a fabricar después o una cosecha que se espera recoger. **Se exceptúan, no obstante, como cosas futuras que no pueden ser objeto de contrato, en el caso de hipoteca, ni los bienes futuros del donante en la donación (2333), y la herencia de una persona**

¹⁴ Autor citado por CRUZ PONCE, Lisandro. Op. Cit. Págs. 650 y 651.

viva, aunque ésta preste su consentimiento (1826, *in fine*, 2950-III, 1665 y 1666). La razón de aquellas dos primeras excepciones es evitar que se pueda extinguir por un contrato el estímulo o incentivo para el trabajo del hombre, así como no permitir o reconocer que se asuma una obligación falta de seriedad, pues quedaría al arbitrio del deudor adquirir o no adquirir bienes en el futuro.

La razón de la última excepción ya no es evitar el "*votum mortis*", esto es, el deseo de que una persona muera y hasta la tentación de procurar su muerte, pues existen contratos como el seguro de vida y la renta vitalicia que se admiten en la actualidad a pesar de dar lugar ellos también al "*votum mortis*", sino que el motivo de tal prohibición radica en la necesidad de preservar la libertad del individuo para disponer de sus bienes para después de su muerte hasta el momento mismo en que ésta ocurra (1295 y 1493).

No debe confundirse esta prohibición con el contrato en el que el deudor fijara como plazo su propia muerte, que es la modalidad conocida como *término incierto*.

Además, *la cosa debe ser determinada, o determinable, pero no sólo en cuanto a su especie, sino también en cuanto a su cuota o cantidad, cuando el objeto del contrato es un género, pues por ejemplo, no se obligaría seriamente quien sólo se comprometiera a entregar aceite de oliva o trigo, ya que bastarían unas cuantas gotas de aquél o unos cuantos granos de éste para cumplir con tal obligación.*

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

Cuando el contrato tiene un *objeto cosa*, puede la cosa consistir:

- a) En un *cuerpo cierto* y concreto, por ejemplo la finca ubicada en tal sitio que se da en arrendamiento;
- b) En un *género*, por ejemplo una tonelada de frijol "flor de mayo" que se da en mutuo; y
- c) En *dinero* en el caso de las *obligaciones pecuniarias* las cuales se subdividen en *obligaciones de suma o de cantidad*, si el dinero está en el objeto mismo de la obligación por ejemplo, la obligación del pago del precio a cargo del comprador que es precisamente en dinero y en *obligaciones de valor*, cuando el dinero es solo el *medio de pago* que permite la *satisfacción por equivalente* de la obligación, mas no está él en el objeto mismo de ella; por ejemplo la obligación del inquilino de indemnizar al arrendador en caso de incendio de la finca arrendada.

Por oposición a las *obligaciones pecuniarias*, se llaman *obligaciones en naturaleza* a aquellas en las que el dinero no es ni el objeto de ellas ni el medio para solventarlas como ocurre en las mencionadas obligaciones que tienen por objeto un cuerpo cierto o

un género, las cuales tienen de común que no están expuestas a las alteraciones del valor del dinero.

Cuando se trata de prestación de cosa y concretamente consista en la transmisión de la propiedad o de otro derecho real (ejemplo: usufructo o servidumbre) respecto de una cosa cierta y determinada dicha transmisión se opera *por efecto del mismo contrato*, sin que sea necesario apelar en nuestro derecho a la artificiosa explicación de Planiol que supone que nace primero la obligación de transmitir el derecho real y que inmediatamente después se ejecuta pues nuestro Código Civil (1793), al igual que Bonnecasse considera inútil esa alambicada concepción ya que el objeto del contrato puede ser no sólo crear o transmitir obligaciones, sino también crear o transmitir derechos reales.¹⁵

Por excepción, sólo el *derecho real de prenda* requiere de la entrega de la cosa para la constitución de ese derecho.

1.4.1 OBJETO DIRECTO E INDIRECTO.

En el Digesto se recoge una frase de Paulo en el que se indica que "la sustancia de las obligaciones consiste, no en que haga nuestra alguna cosa corpórea o una servidumbre, sino en que se constriña a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos algo".

La obligación nos constriñe en consecuencia a un dar, o un hacer o a un prestar algo y su cumplimiento no puede dejarse al

¹⁵ Autores citados por SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. Op. Cit. Pág. 36.

arbitrio del deudor. Por consecuencia cuando el acreedor exige el cumplimiento de la obligación es posible que su intención se agote en un resultado, en tanto que el deudor sólo quiera cumplir "en cuanto sea posible y necesario".

Puede hablarse de obligaciones de resultado y de obligaciones de actividad. La causa que da nacimiento a la obligación expresará con claridad cual es el objeto de esa obligación, si se celebró un contrato de obra a precio alzado, la obligación del sastre será terminar el traje. En cambio, si encargo la realización de un acto jurídico a un mandatario, el objeto de la obligación será su actividad, a no ser que hubiéramos pactado el resultado.

La obligación es susceptible de valoración económica y el objeto de la misma, a la luz de los artículos 1824 y 1831 Código Civil, el legislador dice objeto de los contratos cuando el objeto de éstos es la transmisión de derechos y obligaciones, puede consistir en un dar una cosa o en un hacer o no hacer un hecho.

La obligación de dar una cosa exige que ésta exista en la naturaleza, esté en el comercio y sea determinada o determinable, pudiendo las cosas futuras ser objeto de la obligación con excepción de la herencia de una persona viva.

El hecho o la abstención objeto de la obligación deben ser posibles y lícitos. La posibilidad se presenta cuando el hecho puede existir conforme a las leyes de la naturaleza y conforme a las normas jurídicas que deben regirlo necesariamente, por esa

razón se habla de una imposibilidad física o de una imposibilidad jurídica.

La licitud es la compatibilidad del hecho con las leyes de orden público y las buenas costumbres.

De aquí se obtienen dos principios fundamentales: primero que nadie está obligado a lo imposible y que ningún ser humano puede ser constreñido a mantenerse en la ilicitud.

Por economía de lenguaje, explica Rojina Villegas se ha confundido el objeto de los contratos y el objeto de las obligaciones, confusión que tiene su origen en el artículo 1824 Código Civil.¹⁶

Doctrinalmente se distingue entre objeto directo y objeto indirecto de un acto jurídico. El primero es la creación, transmisión, modificación o extinción de una obligación, y el segundo es la cosa que se debe dar, el hecho que se debe realizar o no realizar y son propiamente el objeto de la obligación.

En la teoría de la inexistencia y de las nulidades del acto jurídico, el objeto directo es un elemento esencial sin el cual no es posible hablar de acto jurídico. En cambio el objeto indirecto puede afectar de nulidad a determinado acto jurídico cuando es ilícito.

¹⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Op. Cit. Pág. 218.

1.5 REQUISITOS DE VALIDEZ.

Además de los elementos de existencia, es necesario que se den ciertos requisitos o presupuestos de validez para que el contrato produzca normalmente todos sus efectos jurídicos y no pueda ser invalidado.

Estos requisitos establecidos en forma negativa en el artículo 1795 del Código Civil son:

1) La capacidad legal de las partes. Se entiende por ésta la capacidad de ejercicio, de la que están excluidas las personas señaladas en el artículo 450.

2) La ausencia de vicios del consentimiento. Estos vicios son el error, la violencia y el dolo (artículo 1812).

3) La licitud en el objeto, el motivo o el fin del contrato. La ilicitud es lo contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres (artículo 1830), y

4) Una determinada forma cuando la ley la establezca. El Código Civil es consensualista pues la forma siempre es una excepción (artículo 1796). La ausencia de estos requisitos produce la nulidad absoluta o relativa (artículos 2225 y 2228).

1.5.1 CAPACIDAD.

Puede entenderse como aptitud o suficiencia para alguna cosa. Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.

Consideramos al respecto, que debe entenderse por capacidad la aptitud de un individuo para que de sus actos se deriven consecuencias de derecho. Así, a la capacidad se le estudia desde dos aspectos diferentes:

- a) la de goce y
- b) la de ejercicio.

La capacidad de goce es un atributo de la personalidad que se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte en virtud de la cual una persona puede ser titular de derechos y obligaciones.

La capacidad de ejercicio es la aptitud que requieren las personas para ejercer derechos y obligaciones; se adquiere con la mayoría de edad o con la emancipación

El artículo 22 del Código Civil, después de especificar que la capacidad jurídica se adquiere con el nacimiento y se pierde con la muerte, sus fronteras temporales determinando que, para los efectos del ordenamiento civil, un individuo entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido desde el momento de

su concepción, disposición que es complementada, para su perfeccionamiento, por el artículo 337 del Código Civil, en el que se establece que, para efectos legales, sólo se tiene por nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive 24 horas o es presentado vivo al Registro Civil.

La carencia de capacidad de ejercicio da lugar al concepto de incapacidad que siempre será excepcional y especial, por lo que no puede concebirse a una persona privada de todos sus derechos. Los incapaces, en los términos del artículo 23 del Código Civil, pueden ejercitar sus derechos o contraer y cumplir obligaciones por medio de sus representantes.

En los menores de edad, la incapacidad presenta grados. Es absoluta o total cuando el menor no ha sido emancipado. La emancipación hace salir parcialmente al menor de su incapacidad artículos 641 y 643 Código Civil.

La capacidad de ejercicio, para los efectos de los actos jurídicos, tiene un doble aspecto: a) capacidad general, referida a aquella aptitud requerida para la realización de cualquier tipo de actos jurídicos, y b) la capacidad especial como la aptitud requerida a determinadas personas en la realización de actos jurídicos específicos, ejemplo el arrendamiento, en donde al arrendador se le pide que tenga, además de la capacidad para contratar (general), el dominio o administración del bien materia del contrato (capacidad especial).

Las personas morales gozan también de una capacidad de goce y ejercicio, que adquieren al momento de constituirse como

tales, sin embargo, su capacidad no es total, pues, por lo regular se ven afectadas con ciertas limitaciones, al respecto, el Código Civil estipula, en su artículo 26, que las personas morales se encuentran limitadas por el objeto de su institución y por la naturaleza de su estatuto, artículo 28 del Código Civil.

En derecho romano existían restricciones a la capacidad de ejercicio para los menores de edad, los dementes y para otras personas en razón del sexo y la religión entre otras causas. Asimismo los esclavos estaban privados de capacidad de goce, como lo fueron, en un principio, los hijos de familia.

1.5.2 AUSENCIA DE VICIOS EN LA VOLUNTAD.

Los elementos síquicos son básicos en la teoría del negocio Jurídico: el entendimiento y la libertad de decisión. Ambos deben concurrir en la formación de la voluntad negocial. Cuando la voluntad se ha formado sin que el declarante tenga conciencia de la realidad o no manifieste libremente su decisión, se dice que las causas que perturban a la voluntad en ese sentido se denominan vicios de la voluntad. Esas causas son el error, el dolo, la violencia o intimidación y el miedo.

Cualquiera de ellas impide que surja una voluntad negocial idónea y aunque no impiden que nazca el negocio jurídico, lo hacen anulable.

1.5.2.1 ERROR.

El error consiste en el conocimiento falso de la realidad (ya se trate de un hecho o de una norma jurídica). El error puede ser de tal naturaleza que vicie la determinación volitiva y la desvíe en sentido diverso del que hubiera querido el sujeto si no hubiera caído en error.

Igualmente, se entiende por error, la opinión subjetiva contraria a la realidad o la discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada.

También puede concebirse como error el falso conocimiento de la realidad o el desconocimiento de alguna circunstancia que sea determinante de la voluntad en el acto jurídico.

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

Allí hay una falsa representación mental, conforme a la cual se ha determinado la voluntad. Esa voluntad se había formado en manera distinta si el sujeto hubiera conocido la realidad, de no existir el error.

Hay acaso discrepancia entre una voluntad que no llegó a formarse y otra que se formó erróneamente por desconocimiento de los hechos que habrían servido para formar otra determinación.

Pero no todo falso consentimiento o total desconocimiento de la realidad, causa vicios en la voluntad, es necesario que el error sea determinante, que recaiga sobre la causa o motivo que impulsa a declarar. Se requiere además que se declare en el acto de la celebración que el error fue el motivo por el que se celebró el acto, o que por las circunstancias del mismo se pruebe que éste se celebró en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.

Debe entonces distinguirse el error esencial o error vicio, del error accidental o error indiferente. Esencial es el que recae sobre los motivos determinantes que tuvo en cuenta el autor del acto para celebrarlo, o lo que es lo mismo sobre la causa que motivó su decisión de celebrar el acto. Es indiferente que el error haya sido de hecho o de derecho. Error accidental o error indiferente por lo contrario, es el que recae en un elemento secundario o no esencial del negocio.

El error esencial puede recaer a) sobre la naturaleza del negocio b) la identidad del objeto; c) la esencia o cualidades propias de la cosa que es materia del acto, o d) sobre la identidad de la persona con quien celebra el acto.

El error de cantidad o error en el cálculo, no constituye un vicio de la voluntad, no es propiamente un error esencial. El error de cálculo llamado también error aritmético, "sólo da lugar a que se rectifique".

El error ha de ser excusable; con ello se quiere decir que ha de tratarse de un error en que podría incurrir una persona ordinariamente prudente. El error burdo es inexcusable.

Debe hacerse sin embargo una pertinente distinción para juzgar el error como vicio de la voluntad, puesto que no todas las especies de error constituyen en todos los actos jurídicos vicios de la voluntad.

El error sobre la persona enerva la voluntad de los actos en que la individualidad de las partes es esencial, cuando sus cualidades personales son determinantes para la celebración del acto; así ocurre en los contratos que tienen por objeto la ejecución de una obra de arte, en la donación, en la institución de heredero. en general en los contratos de beneficencia y en aquellos en que la relación jurídica se basa en la confianza que inspiraba la persona.

No es vicio de la voluntad, el error en la persona, en los contratos onerosos de prestaciones económicas.

1.5.2.2 DOLO.

El dolo es todo artificio o maquinación engañosa para inducir en el error o mantener en él a la otra parte que interviene en el acto, procurándose por este medio un provecho. El artículo 1815 del Código Civil establece: "Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a uno de los contratantes; y por mala fe la

disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido".

El siguiente precepto legal artículo 1816 del Código Civil dispone: "El dolo o mala fe de una de las partes y el dolo que proviene de un tercero, sabiéndolo aquella, anulan el contrato si ha sido la causa determinante de este acto jurídico".

Son pues el dolo y la mala fe conductas indebidas, reprobables y por ello tendentes a sorprender la voluntad de uno de los otorgantes, apartándola de una consciente determinación; en tal caso, existe una voluntad que ha nacido de un error, pero un error provocado por medio de maniobras engañosas para desviar la voluntad de la víctima, en un determinado sentido.

Es la ilicitud de la conducta positiva (dolo) o negativa (mala fe) lo que da lugar al error que vicia la voluntad.

Y lo que la norma toma en cuenta para invalidar el acto, es la causa que ha dado origen al error, la maldad del propósito, el *dolus malus* de las fuentes romanas.

El dolo determinante de la voluntad, actúa en el ánimo de la víctima, de modo que sin él la voluntad no se hubiera formado en la manera en que se formó (*dolus causam dans*) o aparece influyendo no en los motivos determinantes, sino sobre ciertas particularidades del negocio, de modo que de no haber existido el dolo, se habría celebrado éste ciertamente, pero bajo otras estipulaciones (*dolus incidens*). El dolo incidental no invalida el negocio; recae sobre la voluntad e influye en ella en menor grado

sin llegar a influir sobre el motivo determinante; por ello solo dará lugar a la obligación de reparar los daños e indemnización que resienta la víctima.

Cuando las maquinaciones o artificios son empleados por ambas partes para engañarse recíprocamente, ninguna podrá invocar la invalidez. Tiene lugar entonces la compensación del dolo y por esta razón, se neutralizan los efectos viciosos. "Si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones" (artículo 1817 del Código Civil).

1.5.2.3 MALA FE.

La segunda parte del artículo 1815 del Código Civil define a la mala fe como la "disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". Es pues una actitud pasiva de una de las partes en el acto jurídico frente al error en que se encuentra la otra, ya que habiéndolo advertido lo disimula y se aprovecha de él.

Así pues, aunque existe la creencia muy difundida de que la mala fe es un vicio del consentimiento, en realidad el vicio es el error en que se encuentra una de las partes; es una conducta contraria a la buena fe que debe existir en todo acto jurídico; esta conducta simple implica siempre premeditación y propósito de no desengañar a fin de obtener mayores beneficios en el acto jurídico, de ahí que sea sancionada por el legislador.

El error en que se mantiene por mala fe a una de las partes anula el acto jurídico de que se trate si fue la causa determinante de su realización (artículo 1816 del Código Civil). Esta nulidad relativa puede ser invocada por el perjudicado dentro de los sesenta días siguientes al día en que se dio cuenta del error o en los plazos establecidos por el artículo 638 del Código Civil. El acto jurídico viciado puede ser confirmado ya sea en forma expresa o tácita mediante el cumplimiento voluntario de las obligaciones contraídas aun conociéndose el error (Artículos 1816, 2230, 2233, 2234 y 2236 del Código Civil).

1.5.2.4 VIOLENCIA.

Es la perturbación del ánimo que puede tener diversos grados, desde el simple temor hasta la angustia insuperable, provocada ya sea por una causa real exterior al sujeto -ya sea por una configuración imaginaria de la persona, generalmente circunstancial en el supuesto de sujetos normales-, o intermitentemente o permanente en ciertos estados patológicos de la psiquis.

El miedo en sus diversos matices es tenido en cuenta por el Derecho para atribuirle consecuencias jurídicas o para negárselas.

Constituye un principio jurídico incuestionable aquel según el cual es permitido al sujeto todo lo que no está prohibido por la ley. El libre albedrío encuentra su tope sólo en las normas prohibitivas o en la custodia de valores superiores como son el orden y el

interés públicos, la moral y las buenas costumbres, y el intangible derecho de los demás.

El miedo, como mecanismo inhibitorio, deformativo o desviatorio de la libre voluntad del sujeto de derecho acarrea en ciertos supuestos legales la nulidad o la anulabilidad del acto jurídico realizado bajo sus efectos.

Para el derecho civil, no todo tipo de miedo tiene relevancia jurídica. En general se exigen dos condiciones: a) que el miedo responda a causas reales exteriores y no a delirios del sujeto, y b) que el miedo alcance cierto nivel de intensidad, apta para provocar la distorsión de la voluntad.

En el orden de ideas, el miedo se origina en un estado patológico de la mente que le confiera carácter de permanencia o lo lleve a niveles de paroxismo delirante, deja de tener efectos jurídicos aislados como miedo en sí mismo para subsumirse en la situación global de la incapacidad de la persona física.

En el supuesto b, un simple temor, que apenas sobrepase el nivel consciente del individuo, que genere en él la duda, o el mero "temor reverencial", no alcanza para doblegar la voluntad libre del sujeto o para obnubilar su entendimiento, los actos jurídicos realizados en estos estados de ánimo son válidos para el Derecho.

La ley a veces se refiere al miedo directamente, mencionándolo en forma literal. Otras veces la norma encara el caso de "amenazas" o de "violencia" (por ejemplo al tratar los vicios del consentimiento).

Pero tanto las amenazas como la violencia están dirigidas a provocar el miedo de la víctima de las mismas; miedo que, a su vez, lo impulse a consentir el acto inquirido (por ejemplo matrimonio, testamento, contrato).

Es difícilmente concebible un caso de violencia física que produzca efectos en forma puramente mecánica, sin perturbar el ánimo del violentado; quien no teme a la consecuencia dañosa ("...peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes...", artículo 1819 del Código Civil) no emite un consentimiento viciado.

El Código Civil, en su artículo 1820, establece que: "El temor reverencial, esto es el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento".

Aunque está colocado en el libro cuarto (De las obligaciones) debe entenderse que este precepto tiene alcance general, tanto para contratos como para otros actos jurídicos.

En el capítulo relativo a los contratos, el artículo 1818 del Código Civil preceptúa que "Es nulo el contrato celebrado por violencia..." y el artículo 1819 define a la violencia: "...fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes..." del contratante o de su cónyuge, de los parientes en línea recta o colaterales hasta el segundo grado.

La violencia puede revestir dos formas la vis absoluta (fuerza física) y la vis compulsiva (amenazas).

En la vis absoluta se ejerce coacción material sobre el cuerpo de la persona. La vis compulsiva está encaminada a forzar una declaración creando en el ánimo de la víctima, el temor (metus) de sufrir un mal grave con el que se le amenaza para arrancarle una declaración que no es la que hubiese producido libremente, si no se le forzara a declarar amagándola.

La vis compulsiva consiste en la violencia moral que se ejerce sobre el ánimo de una de las partes, por medio de "amenazas" que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.

La amenaza debe ser seria en el sentido de que pueda impresionar el ánimo de una persona sensata despertando en ella un temor racionalmente fundado, de acuerdo con las circunstancias.

El mal en que consiste la amenaza ha de ponerse en relación con el que producirá la declaración que se pretende obtener por la violencia. El daño con el que se amenaza ha de ser grave y lo es aquel que resulte mayor comparado con la consecuencia de la declaración que pretende obtener el que amenaza, de modo que entre los dos males la víctima elige el menor: declarar en un sentido no querido por él.

Se discute si la lesión debe ser considerada como vicio de la voluntad y por lo tanto como causa de invalidez del negocio jurídico, Quienes se inclinan por la afirmación sostienen que, cuando en los contratos conmutativos uno de los otorgantes por "suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria", recibe una prestación notoriamente desproporcionada a lo que él por su parte se obliga, hay una voluntad viciada por error o por violencia (estado de miseria) que invalida el acto y causa su nulidad.

Quienes sostienen que la desproporción de las prestaciones es la razón por la que el negocio debe ser privado total o parcialmente de efectos, defienden la validez del acto, pero afirman que se le debe privar total o parcialmente de efectos, en la medida de la desproporción que existe entre las prestaciones El acto no es anulable sino que es rescindible por los efectos dañosos que produce.

Pero cualquiera que sea la teoría, lo cierto es que ella gira en torno al básico concepto de la desproporción evidente de las prestaciones, y bien podemos concebir a la lesión como el perjuicio que sufre una de las partes en un contrato conmutativo por recibir una prestación evidentemente desproporcionada a la que ella por su parte se obliga.

El artículo 17 del Código Civil, siguiendo la tradición española, declara rescindible el contrato, por causa de lesión, en tanto que los artículos 2228 y 2230, en evidente contradicción con aquel precepto, incluyen a la lesión entre las causas que dan origen a la nulidad relativa.

Aun cuando el artículo 17 del Código Civil, se inspira en los Códigos Civil suizo de las obligaciones y en el Civil alemán, y en estos cuerpos de leyes la lesión es causa de nulidad, parece claro que el legislador mexicano al disponer que el acto es rescindible cuando hay lesión se aparta del sistema que siguen los códigos extranjeros que inspiraron ese precepto que es el de la nulidad, lo cual autoriza a pensar que los autores del Código Civil decidieron mantener la tradición romana que inspiró en esta materia a los códigos de 1870 y 1884 y no acoger en este respecto el sistema germánico.

Por ello estimamos que la lesión en nuestro Derecho no es vicio de la voluntad y por lo tanto no da lugar a la nulidad, sino a la rescisión del acto jurídico como lo dispone el primero de los preceptos legales citados.

1.6 LICITUD EN EL OBJETO.

Licitud es la calidad de las conductas que cumplen con los deberes prescritos en las normas jurídicas. Puede ser sinónimo de la juridicidad, si se le quita al término licitud su connotación de cumplir con la moral además del Derecho; de justicia, si se estima que ésta y el derecho tienen la misma esencia.

El profesor García Máynez ha indicado que las conductas con la calidad de ilícito son: la omisión de los actos ordenados y la ejecución de los actos prohibidos; mientras que las conductas susceptibles de calificación de licitud son: la ejecución de los

actos ordenados, la omisión de los actos prohibidos y la ejecución u omisión de los actos potestativos.¹⁷

En nuestra opinión, los actos de sanción son la reacción contra actos u omisiones determinados por el orden jurídico. Tradicionalmente se dice que un acto está sancionado porque es ilícito, mientras el profesor alemán sostiene lo contrario, es ilícito porque está sancionado.

El relativismo axiológico y en consecuencia, señala que lo que es bueno o malo, justo o injusto para un sistema moral, puede ser lo contrario para otro. La concepción tradicional de lo ilícito implica, al igual que sus sinónimos (antijuridicidad o injusticia), lo que es contrario a Derecho.

Esta posición es equivocada pues la ilicitud es castigada según las normas que el propio derecho establece, lo que significa que es castigada conforme a derecho. Concluye diciendo que, en realidad, la ilicitud es una de las condiciones de la sanción, por lo que la licitud es la conducta que no la provoca.

El Código Civil para el Distrito Federal indica que: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", otro precepto del mismo ordenamiento; en contradicción al anterior, establece que: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo". La contradicción es evidente, pues en el primer artículo citado, la ilicitud comprende las leyes de orden

¹⁷ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1995. 47ª Edición. Pág. 34.

público y las buenas costumbres, mientras que en el segundo excluye a las buenas costumbres del término ilicitud y las considera por separado.

En realidad, cuando el artículo 1830 menciona a las buenas costumbres está introduciendo un concepto contradictorio que deja al arbitrio del juzgador interpretar, es decir, el tribunal puede determinar lo que es buena costumbre según la concepción que tenga en determinado momento.

1.7 FORMA.

En los actos jurídicos es la manera de manifestarse la voluntad. La voluntad puede ser oral o escrita cuando se manifiesta de forma expresa o tácita por hechos u actos que hagan presumirla.

Forma es el aspecto exterior de un acto jurídico, sentencia o acto instrumental. La forma es a veces libre y a veces se halla reglamentada. Desde este punto de vista, las condiciones de forma se oponen a las de fondo.

En la teoría del negocio jurídico se entiende por forma, lato sensu, la manera en que éste se realiza, así todos los negocios tienen una forma. En sentido estricto se entiende por forma a la realización por escrito del acto de que se trate.

En atención a la forma, los actos jurídicos se clasifican en: consensuales, formales y solemnes. Los primeros son aquellos que no requieren de formalidades en sentido estricto, de tal manera

que el mero consentimiento expreso o tácito da validez al acto; los segundos son aquellos que requieren para su validez que el consentimiento sea expreso y escrito (por ejemplo compraventa de inmuebles); la última es una formalidad escrita especial que afecta no la validez del acto jurídico sino su existencia, es pues un elemento esencial.

Un acto jurídico realizado sin las formalidades exigidas por la ley, está afectado de nulidad relativa no siendo válido en tanto no revista la forma legal prevista, pero no impide que produzca provisionalmente sus efectos hasta que sea declarada la nulidad, de tal manera que el cumplimiento voluntario del acto entraña la ratificación tácita del mismo.

En atención al principio de la conservación del contrato, cualquiera de los interesados puede solicitar que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley cuando la voluntad de las partes conste fehacientemente.

Hay casos de forma indirecta en los que a pesar de no ser exigida por la ley, la falta de forma puede ser un obstáculo en la exigibilidad de las obligaciones que derivan del acto.

Cuando la ley exige determinada forma para la celebración de un contrato, dicha formalidad es un elemento de validez del propio contrato, ya que la omisión de esa formalidad exigida por la ley hace que el contrato en cuestión pueda ser impugnado de nulidad relativa.

Acerca de la forma en los contratos, nuestro actual Código civil contiene disposiciones al parecer contradictorias y que contrastan entre sí.

En efecto, por una parte, nuestro legislador declara, a manera de un enunciado teórico y como un principio general, la consensualidad en la celebración de todos los contratos, y señala como una excepción, también teórica, la formalidad para la celebración de determinados contratos pero, por otra parte, se advierte a continuación, al analizar cada uno de los contratos en particular, que la gran mayoría de los contratos expresamente reglamentados por nuestro Código civil son contratos formales.

En realidad, pues, al reglamentar los contratos en especial se convierte la regla general en excepción y la excepción, en regla general. Este renacimiento o supervivencia del formalismo en materia de contratos tiene, sin embargo, una significación diferente a la que tuvo el formalismo en el primitivo Derecho Romano, donde se reconocía o se atribuía un valor autónomo a la forma, independientemente de la voluntad o del contenido de la misma, por una creencia religiosa en la fuerza propia de las palabras mismas, que si no eran pronunciadas o escritas exactamente como lo ordenaba el "*ius civile*", no se producían los efectos del contrato.

En la actualidad, el renacimiento o la supervivencia del formalismo obedecen a otros motivos diferentes. Actualmente la forma en los contratos tiene un sentido distinto del que tuvo en el primitivo Derecho Romano.

La forma se exige en nuestros días no porque se atribuya a las palabras en si o a las fórmulas escritas o pronunciadas determinada fuerza propia, sino por otros motivos: interés público en evitar los litigios, dotar de precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a ciertos bienes de mayor importancia, inducir a mayor reflexión a las partes contratantes, ventajas todas éstas que explican la formalidad exigida en la mayor parte de los contratos reglamentados.

Al igual que el Código anterior de 1884, el Código Civil vigente permite también purgar en un contrato el vicio de la falta de forma exigida por la ley, bien sea a través de la *ratificación expresa*, mediante la reiteración del contrato con las formalidades legales omitidas, extinguiéndose así por confirmación la acción de nulidad, o bien a través del cumplimiento voluntario de dicho contrato, mediante su *ratificación tácita*.

Sin embargo, tanto en la confirmación o ratificación expresa, como en la ratificación tácita o cumplimiento voluntario, *son las dos partes* mismas las que han convalidado el contrato que se celebró sin la formalidad exigida por la ley.

El problema se suscita cuando *sólo una de las partes* pretende hacer valer la nulidad relativa del contrato celebrado con omisión de la forma exigida por la ley.

A este respecto el Código de 1884 expresamente prohibió la práctica existente entonces de permitir a una de las partes demandar judicialmente a la otra el otorgamiento de la formalidad omitida, para exigirle después el cumplimiento de las obligaciones

derivadas del contrato revestido ya de la formalidad omitida. Se consideró que tal práctica entrañaba un contrasentido y una mixtificación de la ley, ya que, por un lado, se afectaba de nulidad al contrato y, por otro lado, se permitía a través de la acción "*Pro forma*", sobre otorgamiento de la formalidad omitida, el aprovechamiento posterior de dicho contrato como si fuera válido.

El Código civil vigente admitió, sin embargo, la mencionada actuación y reformó en este punto el Código civil de 1884, permitiendo expresamente el ejercicio de la acción "*Pro forma*" en virtud de que estableció que cuando la ley exija determinada forma para un contrato, si no reviste esa forma, pero consta la voluntad de las partes de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal, o sea que cuando un contrato no ha revestido la formalidad exigida por la ley, si la voluntad de las partes ha quedado constante de manera indubitable y no se trata de un acto revocable, cualquiera de los interesados puede exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley.

Es ésta una aplicación del *principio de la conservación del contrato* que se acoge también en otra parte como una regla general dentro de la teoría general del contrato.

Esta innovación no implica ninguna contradicción porque si una de las partes demanda judicialmente la nulidad del contrato, la otra parte, al ser emplazada a juicio, puede reconvenir el otorgamiento de la formalidad omitida, en cuyo supuesto debe prevalecer esta última acción frente a la primera por respeto al mencionado principio de la conservación del contrato y también al

principio de que nadie puede ir contra sus propios actos "*adversum factum suum quis venire non potest*"; pero si dicho demandado no reconviene el otorgamiento de la forma, con su actitud pasiva y omisa, se conforma prácticamente con dicha nulidad en forma similar a la vieja "*in jure cessio*" y se configura entonces en el fondo una retractación o revocación del contrato por parte de los dos contratantes: por parte del contratante que demanda, al intentar la acción de nulidad relativa por falta de forma, y también por parte del otro contratante por virtud de su conformidad tácita a virtud de que no reconvino o intentó la acción "*pro forma*".

En este último caso, pues, aunque procede la acción de nulidad, no se quebranta ni el principio de la conservación del contrato ni tampoco el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, toda vez que tiene entonces aplicación otro principio en el sentido de que el contrato que nace por mutuo consentimiento, puede también deshacerse o revocarse por mutuo disenso.

La forma exigida por la ley para la celebración de un determinado contrato, debe observarse tanto en la oferta o policitud, como en la aceptación de la misma, siendo una aplicación de esta regla el caso de la aceptación de la donación (2346), y, en cambio, una excepción a ella ocurre con la aceptación tácita del mandato.

En el Derecho francés se llaman "*formalidades habilitantes*" a las autorizaciones judiciales que se requieren para celebrar un

determinado contrato, como cuando el menor emancipado trata de enajenar o gravar un bien inmueble de su propiedad.

Finalmente, aunque la falta de la formalidad exigida por la ley hace que el contrato pueda ser invalidado y que mientras no revista esa forma legal no será válido; sin embargo, tal defecto de formalidad sólo produce la nulidad relativa del contrato, y no impide que dicho contrato produzca provisionalmente sus efectos hasta que se declare su nulidad, razón por la cual el cumplimiento voluntario de ese mismo contrato por pago, novación, o por cualquier otro modo, entraña la ratificación tácita del mismo y extingue la referida acción de nulidad.

A este respecto, la Suprema Corte ha sustentado el criterio de que cuando exige la ley que el contrato se otorgue en escritura pública, la ineficacia se purga, a pesar de la inobservancia de la forma, cuando voluntariamente lo cumplen los que lo celebran, dado que el cumplimiento voluntario se tiene como ratificación y extingue la acción de nulidad, por lo que cada uno de los contratantes puede exigir del otro el otorgamiento de la escritura respectiva (S.J.F., tesis No.94, pág. 252 *de la jurisprudencia de la Tercera Sala hasta 1985*).

1.7.1 SOLEMNIDAD.

Todo acto jurídico requiere, para existir, de cuando menos dos elementos, que son la voluntad y un objeto que pueda ser materia de aquella, así, la formalidad o exigencia legal de exteriorizar la voluntad de cierta manera y no de otra, constituye

un mero requisito para la validez del acto. Esta es la regla general, aplicable a la mayoría de los actos o negocios jurídicos.

Sin embargo, de una manera excepcional y cuando la naturaleza del acto así lo amerita, la ley ha dispuesto que el incumplimiento de las personas a someterse a la formalidad exigida, traiga como consecuencia no la nulidad, sino la inexistencia del acto que se pretendió celebrar: es decir, el acto que no se exterioriza cumpliendo con las solemnidades de la ley, no existe. La ley sanciona al máximo la omisión de los requisitos formales que exigió, privando por completo de efectos al acto confeccionado en violación a su mandato.

En otro lugar se ha comentado la evolución que han sufrido las formalidades en el transcurso del tiempo, desde su origen como fórmulas sacramentales de tipo religioso, hasta la época actual, en la que la formalidad cumple más bien una finalidad de seguridad jurídica, a efecto de evitar la comisión de fraudes y error, producto de las complicaciones de la vida jurídica moderna.

La mayoría de los autores coincide en afirmar que en nuestro derecho son solamente dos los actos solemnes: el matrimonio y el testamento. Sin embargo, el texto expreso del Código Civil no es muy explícito al respecto, facilitando incluso interpretaciones disímbolas que inducen a confusión. Si a esta falta de claridad legislativa, se añaden las soluciones que la Suprema Corte de Justicia ha formulado con respecto a las semejanzas y diferencias prácticas entre los conceptos de inexistencia y nulidad la confusión se hace mayor.

En materia mercantil, el Código de Comercio establece un principio general semejante al que existe en materia civil con relación a la forma: las obligaciones son válidas sin necesidad de formalidad especial, salvo los casos de excepción doctrinal referente al sentido que debe darse a la expresión "u otras leyes" del artículo 79, fracción I del Código de Comercio, existe otro texto oscuro, con relación a las que pudiéramos llamar "solemnidades mercantiles". Tal es el caso del artículo 82 del propio Código Comercio, conforme al cual, "... los contratos en que intervengan corredores quedarán perfeccionados, cuando los contratantes firmaren la correspondiente minuta de la manera prescrita en el título respectivo".

¿Quiere esto decir que si la minuta no ha sido firmada, el contrato no existe?; ¿o existe, pero no es "perfecto"?; ¿qué significa para el legislador el verbo "perfeccionar"? La naturaleza ágil y dinámica del derecho mercantil induce a pensar que se trata solamente de una expresión poco feliz del legislador, quien difícilmente hubiera podido obstaculizar de esa manera el tráfico comercial.

Como quiera que sea, es evidente que por regla general, en la época actual, no exige la ley el cumplimiento de solemnidades, en el sentido que al vocablo le hemos atribuido. Sin embargo, cada día más, el legislador impone el cumplimiento de requisitos anteriores y posteriores a la celebración de los actos jurídicos: la tendencia actual se orienta hacia la exigencia de permisos y registros posteriores.

El problema estriba en las sanciones que se imponen por la inobservancia de los citados permisos y registros: desde meras multas, hasta nulidades, inoponibilidades, prohibición de repartir dividendos, hasta la inexistencia misma del acto.

CAPÍTULO II

EL CONTRATO DE HIPOTECA EN PARTICULAR

2.1 CONCEPTO.

Hipoteca, gravamen que sujeta un bien inmueble a responder de una determinada obligación o deuda, sin que el inmueble salga de la posesión de su propietario. En el caso de que el deudor no pague, incumpliendo la obligación garantizada, el acreedor podrá solicitar la venta del inmueble y cobrar lo que se le debe con el importe de la venta, lo que se denomina ejecución.

La hipoteca es un derecho real, lo que significa que gravita sobre la finca hipotecada quienquiera que sea su poseedor. Por esta razón, si la finca hipotecada es vendida y más tarde no se cumple la obligación garantizada, el acreedor podrá instar la venta del inmueble, sin que sea obstáculo el hecho de que el inmueble pertenezca a persona distinta de la obligada al pago.

Es importante subrayar que quien compra un inmueble hipotecado asume la carga que pesa sobre el mismo. Por esta razón lo normal será que el importe de la deuda pendiente sea descontado del precio de la venta.

A fin de evitar que el comprador pueda alegar que no conocía la existencia de la hipoteca, el Derecho facilita el conocimiento de las hipotecas que pesan sobre los inmuebles a través de su inscripción en el Registro de la propiedad, de forma que una hipoteca no despliega todos sus efectos si no se inscribe en el Registro la escritura pública en que se constituya. Por ello supone

una verdadera temeridad adquirir un inmueble sin solicitar antes en el Registro la información sobre las posibles hipotecas que puedan pesar sobre el mismo.

En no pocos ordenamientos existe una forma de garantía que se denomina hipoteca mobiliaria, en contraposición a la inmobiliaria. Los objetos hipotecados, a diferencia de lo que sucede con la prenda, no salen de la posesión de su dueño.

Es una garantía en verdad útil, pues en ocasiones una persona desea solicitar un préstamo y no dispone de inmuebles para que sean hipotecados en garantía del mismo, pero tampoco puede constituir prenda sobre los bienes muebles de su propiedad, porque ello implicaría dejar la posesión en manos del acreedor o de un tercero, y le son indispensables para el ejercicio de su profesión. Por ejemplo, un taxista constituye una hipoteca sobre un vehículo que compra con el dinero que le prestan, sujetando el taxi al cumplimiento de la obligación de pagar el préstamo cuando éste venza.

La hipoteca constituye, en las sociedades modernas, un instrumento básico de la economía. La mayor parte de los compradores de una vivienda no disponen de dinero suficiente para hacer frente al pago de su precio y recurren, bien a la fórmula del precio aplazado o bien, a la opción de solicitar un préstamo hipotecario (bancario por lo general), concedido el cual se paga el precio al vendedor y se comienzan a saldar los correspondientes pagos de la hipoteca a quien concedió el préstamo.

Ello permite una mayor agilidad en el tráfico de bienes y servicios y un cómodo acceso a la propiedad de la vivienda (lo mismo si el objeto es un local comercial, un yate, una empresa o una nave) y también una eficaz garantía para el acreedor hipotecario, quien sabe a partir del momento de la constitución de la hipoteca que es el inmueble con lo que se responde de forma material a la deuda, y ello, ocurra lo que ocurra al deudor hipotecario (sucede cuando se produce una quiebra del negocio que le procuraba su forma de vida y los recursos para pagar la hipoteca, una huida del país, el fallecimiento que no deja designados los herederos que puedan hacerse cargo de la deuda. entre otros casos) o a la propia finca hipotecada (por ejemplo, que haya sido vendida o donada a una persona poco solvente).

Es regla común que no se conceda una hipoteca sin que el acreedor realice con antelación un estudio exhaustivo acerca de los recursos o ingresos de que dispone quien la solicita y acerca del valor que la finca a hipotecar tiene en el mercado.

Ello a fin de que, llegado el caso de que no se cumpla la deuda garantizada, la venta pública del inmueble sirva para cubrir de forma satisfactoria dicha deuda con sus intereses y las costas del procedimiento de ejecución.

La hipoteca es un contrato por virtud del cual una persona llamada deudor hipotecario, constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, en favor de la otra parte llamada acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor del bien gravado y que le

da derecho al acreedor, de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley.

Con el término "hipoteca " se designan tanto al contrato, como al derecho real de garantía, que es aquél que se constituye sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor hipotecario del bien y que le da derecho a su titular de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley.

La hipoteca como derecho real es oponible *erga homnes* y por lo tanto, los bienes hipotecados conservan el gravamen aun cuando se transmita su propiedad a un tercero.

El contrato de hipoteca puede celebrarse entre el acreedor y el deudor de la obligación que se garantiza o entre el acreedor y un tercero que no sea el deudor de la obligación garantizada.

La hipoteca existía ya en el derecho griego; se caracterizaba por la entrega que el deudor daba a su acreedor de un bien inmueble para garantizar el pago de una deuda; el acreedor podía usar el inmueble dado en garantía, a cuenta de los intereses debidos.

Era esta una garantía real. El derecho romano utilizó la garantía real, que pasó por tres etapas en su evolución:

1) El deudor entregaba al acreedor el dominio temporal de una cosa mediante la *mancipatio* o la *in iure cessio*, con un pacto de fiducia, por el cual el acreedor se comprometía a devolver el bien cuando la obligación quedara satisfecha

2) En una segunda etapa, se daba al acreedor la posesión de la cosa garante, pero no el dominio revocable; este sistema se denominó *pignus* (prenda) y la cosa *pignorada* se restituía al cancelarse la obligación, y

3) La tercera etapa fue la de la *hypotheca*, donde se perfeccionan los sistemas anteriores: adquiere el acreedor el derecho a la posesión, pero éste solo se materializa en caso de incumplimiento del deudor.

Así la hipoteca se transformó en un eficaz auxiliar del crédito, ya que el deudor podía seguir explotando su propiedad.

Los romanos de la primera época no hicieron una clara diferencia entre *pignus* e *hypotheca*: eran institutos similares con nombres diferentes.

En el derecho justiniano se empezó a distinguir la *pignus* como garantía mueble y la *hypotheca* como inmueble.

En México, en la época precortesiana existió la prenda, aunque no se la configurase claramente como un derecho real de garantía: el deudor entregaba un objeto mueble o un esclavo, hasta saldar su obligación.

Es a través del Derecho hispánico que nos llegan en su forma moderna las instituciones de garantía real, aunque al principio también aparecen confundidas la prenda y la hipoteca.

En el Fuero Real y en las Partidas se aprecian ciertas diferencias entre ellas; es la Ley 63 del Toro que emplea los términos prenda e hipoteca según la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los mismos; en el correr del siglo XIX se fueron perfeccionando esos conceptos.

La primera disposición hipotecaria con una dogmática propia es la Real Cédula de 9 de mayo de 1778, que instauró como novedad el registro de hipotecas, para evitar el fraude a terceros.

El Código Civil de 1870, primero en aplicarse en México Distrito Federal, acogió en su forma moderna este instituto jurídico, que pasó sin alteraciones al Código Civil de 1884.

Por su parte, el Código Civil de 1928, tercero que se aplicó en México Distrito Federal, en sus numerales, introdujo sensibles variantes que, según la doctrina, producen nuevamente un acercamiento entre los institutos de la prenda y la hipoteca.

El contrato de hipoteca puede ser considerado en los siguientes dos aspectos:

- 1) Como derecho real de garantía, en este sentido se distingue de las garantías personales, como la fianza;**

- 2) Por extensión, se denomina hipoteca a la propia garantía constituida y se suele designar como hipoteca al bien sobre el cual recae el derecho real.**

2.2 CARACTERÍSTICAS. (CONSTITUCIÓN)

Los caracteres del derecho de hipoteca son los siguientes:

1) Realidad. Es un derecho real, o sea que siempre se tiene sobre el bien, aunque éste pase a poder de otro poseedor o cambie de propietario.

De este carácter derivan los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago; el acreedor puede hacer valer su derecho según el grado de preferencia que indique la ley y perseguir la ejecución de la cosa, en cualquier mano en que ésta se encuentra.

Las acciones de persecución, de venta y de preferencia son típicas de todo derecho real de garantía; la de preferencia en el pago, lo es también de la garantía personal, en el grado de prelación que señale la ley. La acción persecutoria es inherente a todo derecho real, aun cuando no se de garantía.

2) Accesoriedad. El derecho real de garantía es siempre accesorio de una obligación principal, cuyo cumplimiento garantiza todo derecho de garantía, incluso la personal (fianza), presenta este carácter de accesoriedad.

El derecho principal cuyo cumplimiento se garantiza es un crédito, una obligación de dar que debe cumplirse en dinero.

Por su carácter accesorio la hipoteca corre la suerte de la obligación principal en cuanto a su existencia, validez, nulidad, transmisión, extinción y modalidades (plazos, condiciones).

El crédito garantizado puede cederse, cumpliendo las formalidades previstas por la ley. Si está documentado en obligaciones a la orden o al portador, será transmisible por endoso o por la simple entrega del título y la hipoteca se transmitirá en la misma forma, siguiendo a la obligación principal.

3) Inseparabilidad. Este carácter resulta de la accesoriedad y de la naturaleza persecutoria de la acción real.

La hipoteca seguirá al bien a pesar de las transmisiones del dominio que sufra el mismo, y será oponible a terceros de buena o de mala fe.

4) Indivisibilidad. El concepto de indivisibilidad implica que, aunque la deuda garantizada sea reducida por pagos parciales, el gravamen hipotecario permanece íntegro.

El carácter de indivisibilidad tiene un fundamento práctico, para el supuesto de que el deudor pague parte o casi toda la deuda, pero quedase impagada una fracción de la misma por la que el acreedor hipotecario se viese obligado a demandar la venta del bien; no podría ofrecerse en venta una parte alícuota de una

cosa, por ejemplo, de un edificio, de un terreno, de la nuda propiedad de un inmueble, del usufructo del mismo.

5) Especialidad. Según este principio, la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados.

La especialidad no existía en la ley antes del Código Civil de 1870: la hipoteca podía recaer sobre todo el patrimonio inmueble de un sujeto de derecho.

El mencionado Código introdujo el principio de la especialidad, que pasó al Código Civil de 1928.

Además de tener por objeto bienes especialmente determinados la hipoteca se debe fincar sobre bienes o derechos enajenables (artículo 2906 Código Civil) es decir, deben estar en el comercio de los hombres y no ser inalienables, como por ejemplo, el patrimonio de familia, las cosas notables de la cultura nacional.

El principio de la especialidad afecta asimismo a la suma de dinero garantizada y a sus intereses.

El Código no lo dice directamente; según el primero de ellos, la hipoteca sólo garantiza intereses hasta tres años salvo pacto expreso debidamente registrado; según el segundo la hipoteca que exceda trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, deberá extenderse en escritura pública; o sea, que necesariamente deberá expresarse el monto de la deuda garantizada.

6) Publicidad. La hipoteca debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad y de Comercio, incluyendo los Registros de los Estados de la Republica.

El requisito de la inscripción es indispensable para que el gravamen tenga validez frente a terceros; pero la falta de inscripción no invalida el acto realizado entre las partes.

En Derecho Comparado, encontramos legislaciones que exigen la inscripción como requisito formal de validez aun para las partes contratantes, y la fecha de constitución de la hipoteca es aquella de su inscripción en el registro respectivo.

7) Formalidad. La hipoteca requiere determinados requisitos formales de validez, que varían según el origen de la misma.

Nunca es tácita ni se presume. La que nace de contrato, se extenderá en "documento privado, firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, Registro Público de la Propiedad", si su monto no excede de cierta suma módica, que ha variado con el tiempo.

Si excede de esa cantidad, deberá otorgarse en escritura pública artículo 2317. La que garantiza obligaciones a la orden o al portador necesita de la formalidad necesaria para revestir de validez a esos documentos; la constituida por testamento, como éste puede otorgarse en documento público o privado, en la misma forma se extenderá la hipoteca hecha por el legatario en favor de su acreedor.

2.3 ELEMENTOS.

En este apartado, hablaremos de los componentes del contrato de hipoteca.

2.3.1 ESENCIALES.

1. *El consentimiento.* El consentimiento se integra por la conjunción de voluntades del deudor hipotecario que puede o no ser el deudor de la obligación garantizada y el acreedor hipotecario, y debe de referirse en forma expresa tanto a determinar en forma precisa la obligación garantizada y su monto, como a determinar en forma indubitable el bien o derecho sobre el que se constituye el derecho real de hipoteca.

El contrato de hipoteca se perfecciona por el simple consentimiento de las partes; pero el derecho real, sólo se perfecciona como tal, hasta que se inscribe en el Registro Público de la Propiedad.

2. *El objeto.* En relación a este tema se precisarán qué características deben tener los bienes susceptibles de ser hipotecados; a qué bienes se extiende el derecho de hipoteca; qué bienes no comprende el derecho; qué bienes no pueden ser hipotecados, y algunos aspectos de interés relacionados con determinados contratos de hipoteca.

Los bienes sobre los que se puede constituir el derecho real hipotecario, deben de ser:

a) *Determinados*. Esta exigencia impide la constitución de hipotecas tácitas o generales que perjudican el crédito del deudor e impiden la constitución de segundas o ulteriores hipotecas sobre los bienes, por la inseguridad que representa para otros acreedores la falta de precisión del bien que constituye la garantía para el cumplimiento de la obligación.

Dispone el artículo 2895: "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados. " No obstante lo anterior, existe una excepción a esta regla, al permitir la ley la hipoteca respecto de la parte alícuota del derecho de un copropietario ya que la porción indivisa del copropietario de un bien, no es determinada y sólo puede determinarse al concluir la copropiedad por la división del bien.

En este caso, la hipoteca sólo gravará la parte que le corresponda en la división al deudor hipotecario y el acreedor tiene el derecho de intervenir en la división para impedir que pueda aplicarse a su deudor, en su perjuicio, una parte del bien con valor inferior al que legalmente le corresponda (2902).

El hecho de que la ley permita la hipoteca de parte alícuota en la copropiedad, obedece a que esta falta de determinación del bien hipotecado no tiene los inconvenientes de la hipoteca tácita o general, porque ni perjudica al crédito del deudor, ni impide la constitución de ulteriores gravámenes y además está determinado el bien respecto del cual tiene el derecho indiviso.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

b) *Enajenables*. La razón de ser de exigir que los bienes susceptibles de hipotecarse sean enajenables, obedece a que su valor constituye técnicamente la garantía del cumplimiento de la obligación principal y por lo tanto, si no fueran enajenables, no podría obtenerse ese valor para con él pagar el crédito garantizado.

Así, aun cuando el contrato de hipoteca no sea translativo de dominio, su función es precisamente dar la posibilidad de enajenar el bien, para con el producto de esa enajenación hacer el pago al acreedor en caso de incumplimiento de la obligación garantizada.

Sólo los bienes que pueden ser enajenados pueden ser hipotecados (2906).

c) *Inscribibles*. Los bienes deben de ser susceptibles de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, por las razones ya anotadas antes (2919).

Conforme al Código Civil vigente, ya no es un requisito del objeto de este contrato, el que recaiga sobre bienes inmuebles.

El Código Civil de 1884, establecía en su artículo 1823 que: "la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales..." y el actual código suprimió ese requisito y por lo tanto existe la posibilidad de constituir hipotecas sobre bienes muebles, aun cuando en la práctica no se acostumbre, con la sola excepción de las hipotecas sobre embarcaciones.

La hipoteca como derecho real, se extiende aunque no se exprese:

- a) A las accesiones naturales del bien gravado.
- b) A las mejoras hechas por el propietario.
- c) A los muebles incorporados por el propietario cuando por ese motivo se convierten en inmuebles.
- d) A los nuevos edificios o pisos que el propietario construya sobre el bien hipotecado (2896).

La hipoteca no comprenderá, salvo pacto en contrario:

- a) Los frutos industriales producidos antes de que el acreedor exija el pago del crédito.
- b) Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada (2897).

No son susceptibles de hipotecarse:

a) Los bienes que no sean determinados; los que no sean identificables indubitablemente o los que no sean susceptibles de ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad, como los frutos o rentas pendientes, con separación del predio que los produzca o los muebles colocados permanentemente en los edificios, si no se hipotecan junto con los inmuebles.

b) Los bienes que no sean enajenables, como los derechos de uso y habitación o las servidumbres a no ser que se hipotequen junto con el predio dominante.

c) El usufructo legal concedido a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes (319, 430 y 2898).

La hipoteca de la nuda propiedad no se extenderá el usufructo cuando éste se consolide con aquélla, salvo pacto en contrario (2900).

Los bienes pueden hipotecarse dos o más veces. Los acreedores tendrán el derecho de prelación que señala la Ley, en consideración a las fechas de las inscripciones respectivas, en el Registro Público de la Propiedad. La cláusula que prohíba al propietario volver a hipotecar es nula (2901).

La hipoteca respecto de derechos reales sólo durará mientras éstos subsistan. Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo y éste concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá por todo el tiempo que hubiere durado el usufructo, de no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin (2903).

Si el bien se destruyere por caso fortuito o fuerza mayor, la hipoteca subsistirá sobre los restos y si estuviere asegurado, el importe del seguro quedará afectado al pago de la obligación garantizada (2910).

Si se hipotecaren varias fincas para la seguridad de un solo crédito, es necesario determinar por qué porción del crédito responde cada bien y el deudor podrá liberar del gravamen cada finca, pagando la parte del crédito que garantiza (2912) y si un inmueble hipotecado se divide, deberá repartirse equitativamente el gravamen entre las diversas fracciones (2913).

2.3.2 VALIDEZ.

La forma. El contrato de hipoteca siempre debe constar por escrito y por lo tanto es un contrato formal.

La regla general es que el contrato debe constar en escritura pública (2917 en relación con 2317 y 2320).

Como excepciones a la regla general, se señalan las dos siguientes:

A. La hipoteca que garantiza un crédito que no exceda al equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en el momento de la operación, puede otorgarse por escrito privado ante dos testigos y ratificadas las firmas de los otorgantes y de los testigos ante Notario o registrador del Registro Público de la Propiedad.

B. La hipoteca otorgada con motivo de la enajenación de terrenos o casas por el Gobierno del Distrito Federal para la constitución del patrimonio familiar, o a personas de escasos recursos, cuando el valor del inmueble no exceda de la cantidad que resulte de multiplicar por tres mil seiscientos cincuenta el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, el día de la celebración del contrato, puede celebrarse en documento privado sin los requisitos de testigos o de ratificación de firmas (2917).

Si se constituye la hipoteca respecto de bienes muebles, se siguen las mismas reglas anotadas; si se garantiza un crédito hasta por el equivalente a trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, podrá otorgarse en documento privado con tal de que ese documento sea auténtico, pues en caso contrario no podrá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad.

Por último, conforme al artículo 2926 del Código Civil se establece una excepción más:

"...Las instituciones del sistema bancario mexicano, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras, y los institutos de seguridad social, podrán ceder sus créditos con garantía hipotecaria, sin necesidad de notificación al deudor, de escritura pública, ni de inscripción en el Registro, siempre que el cedente lleve la administración de los créditos.

"En caso de que el cedente deje de llevar la administración de los créditos, el cesionario deberá únicamente notificar por escrito la cesión al deudor.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, la inscripción de la hipoteca a favor del acreedor original se considerará hecha a favor de el o los cesionarios referidos en tales párrafos, quienes tendrán todos los derechos y acciones derivados de ésta":

2.4 TIPOS DE HIPOTECA.

La hipoteca, en el sistema del Código Civil, puede ser voluntaria o necesaria. La primera se reglamenta en los artículos 2920 a 2930 y es la convenida entre partes o por disposición unilateral del dueño de los bienes (incluso por última voluntad, artículo 1448 del Código Civil).

La hipoteca necesaria se reglamenta en los artículos 2931 a 2939 del Código Civil, tiene su origen en un mandato legal y su finalidad consiste en preservar los derechos o intereses de determinado tipo de personas, colocadas en situación de inferioridad, ya sea por minoría de edad u otra clase de incapacidad (los sometidos a patria potestad o tutela), o bien los intereses de los administrados forzosos cuyos administradores deben garantizar su gestión (coherederos, legatarios, ciudadanos con relación al fisco, etc.).

La hipoteca afecta directamente el bien hipotecado al cumplimiento de la obligación, de modo que puede ser vendido en subasta pública para pagar con el precio obtenido la deuda que se garantizó.

El derecho de hipoteca se puede hacer valer en juicio mediante una acción real que da lugar a un juicio sumario de carácter especial, con tramites muy abreviados (artículos 468 a 488 del Código de Procedimientos Civiles).

Según el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles esta acción se intentará "para constituir, ampliar y registrar una hipoteca, o bien, para obtener el pago o prelación del crédito que

la hipoteca garantice". La acción hipotecaria prescribe a los diez años (artículo 2918 del Código Civil).

Las causas de extinción de la hipoteca están previstas en los artículos 2940 (extinción respecto de terceros) y 2941 (extinción entre las partes). Pueden agruparse en:

1) relativas al bien hipotecado: extinción (artículo 2941, fracción I del Código Civil) o expropiación (fracción IV);

2) relativas a la obligación a que sirvió de garantía: su extinción, prevista en la fracción II, que a su vez comprende el cumplimiento forzoso mediante remate del bien hipotecado (fracción V) y la remisión hecha por el acreedor (fracción VI);

3) relativas al derecho del deudor sobre el bien hipotecado: extinción o resolución (fracción III);

4) relativas a la acción hipotecaria: su prescripción (fracción VII). Las causales previstas en el artículo 2941 no son taxativas, sino enumerativas.

5) relativas al registro: su cancelación, que la extingue respecto a los terceros (artículo 2940 del Código Civil).

6) por remisión expresa del acreedor (fracción VI artículo 2940 del Código Civil).

7) por prescripción (fracción VII artículo 2940 del Código Civil).

CAPÍTULO III

LA HIPOTECA EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO

3.1 CONTRATO DE CONTRATO DE CRÉDITO.

Crédito, en comercio y finanzas, término utilizado para referirse a las transacciones que implican una transferencia de dinero que debe devolverse transcurrido cierto tiempo.

Por tanto, el que transfiere el dinero se convierte en acreedor y el que lo recibe en deudor; los términos crédito y deuda reflejan pues una misma transacción desde dos puntos de vista contrapuestos.

Los principales tipos de crédito son los siguientes: créditos comerciales, que son los que unos fabricantes conceden a otros para financiar la producción y distribución de bienes; créditos a la inversión, demandados por las empresas para financiar la adquisición de bienes y equipo, las cuales también pueden financiar estas inversiones emitiendo bonos, pagarés de empresas y otros instrumentos financieros que, por lo tanto, constituyen un crédito que recibe la empresa; créditos bancarios, que son los que concede un banco y entre los que se podrían incluir los préstamos; créditos al consumo o créditos personales, que permiten a los individuos comprar bienes y pagarlos a plazos; **créditos hipotecarios, destinados a la compra de bienes inmuebles, garantizando la devolución del crédito con el bien inmueble adquirido;** créditos que reciben los gobiernos (centrales, regionales o locales) al emitir deuda pública; y por último, créditos

internacionales, que son los que concede un gobierno a otro, o una institución internacional a un gobierno, como es el caso de los créditos que concede el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo o el Banco Mundial.

La principal función consiste en transferir el ahorro de unos agentes económicos a otros que no tienen suficiente dinero para realizar las actividades económicas que desean, como por ejemplo, cuando un banco utiliza los depósitos de sus clientes para prestarle dinero a un individuo particular que quiere comprarse una casa, o a un empresario que quiere ampliar su negocio.

Esta transferencia de dinero es temporal y tiene un precio que se denomina interés, que depende del riesgo de la operación que se vaya a financiar y de la oferta y demanda de créditos.

La existencia de créditos es indispensable para el desarrollo económico. Permiten invertir en actividades productivas el ahorro de individuos que, de no existir la posibilidad de transferirse a otras personas, no se aprovecharía.

Una de las principales diferencias entre los países más pobres de África, Asia y América Latina y los países industrializados reside en cómo aprovechan estos últimos el ahorro generado en sus economías mediante la utilización de créditos.

La existencia de créditos sería imposible si las personas no confiaran en las instituciones crediticias y sin la existencia de tribunales que garanticen el cumplimiento de los contratos.

Cuando estas condiciones no se cumplen, como ocurre en muchos países poco industrializados, es normal que las familias guarden sus ahorros en lugar de cedérselos a otras personas para que los inviertan en actividades rentables.

Pero, sin créditos, no se pueden emprender las grandes inversiones ni crear las empresas a gran escala, imprescindibles para aumentar el nivel de vida y alcanzar un grado de desarrollo importante.

La utilización de créditos también permite realizar las complejas operaciones que llevan a cabo las empresas modernas sin necesidad de utilizar dinero. Las operaciones se llevan a cabo mediante documentos escritos entre los que cabe destacar las letras de cambio, órdenes de pago, cheques, pagarés de empresa y bonos. Estos son, en general, títulos valores, que por ley pueden transferirse al igual que el dinero. Cuando el emisor de un título valor no desea que el acreedor sea una persona distinta a la que ha designado en el documento, escribe sobre éste la anotación 'no negociable', de forma que el título no es transferible.

Todas las operaciones bancarias y los métodos para controlarlas forman parte del sistema crediticio de un país. El nivel de actividad económica o la etapa del ciclo económico en que se encuentra un país en un determinado momento puede deducirse a partir del sistema crediticio: cuando aumenta el volumen de créditos se está en una etapa de expansión económica, mientras que si disminuye el volumen de crédito, suele significar que se está en un periodo de recesión o en una depresión económica.

Las fluctuaciones del sistema crediticio pueden afectar al nivel de precios, ya que cuando aumenta el volumen de créditos, aumenta la oferta monetaria, lo que empuja al alza de los precios. Algunos economistas consideran que la inflación crediticia que precedió al crack de Wall Street en 1929 fue una de las principales causas de la crisis.

La importancia del crédito ha aumentado en los últimos años a medida que se van realizando más transacciones mediante operaciones de crédito y cada vez menos se realizan con dinero en efectivo.

Los adelantos en las técnicas informáticas han favorecido la utilización de tarjetas de crédito y de débito, al tiempo que crecían las operaciones comerciales entre empresas utilizando instrumentos crediticios.

El caso típico de contrato de crédito, es el mutuo, y a la luz de los artículos 2384 y 2393 del Código Civil, "el mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad", con la posibilidad de estipular el pago de un interés.

En el mutuo la cosa se considera que ha mudado de dueño MU = mio + TUUM = tuyo, es decir la propiedad se ha transmitido a aquel que la recibe y aun cuando en el derecho romano el mutuo era un contrato real y recibía la denominación de préstamo de consumo, el legislador mexicano lo estima un contrato consensual.

Son objeto de este contrato las cosas consumibles y fungibles; usualmente recae en el dinero, pero podrían ser objeto del contrato cosas diversas del cereales, dinero, como las semillas, telas, líquidos, etcétera.

El Código Civil de 1884 reglamentaba bajo el nombre de préstamo dos categorías de contratos: el mutuo y el comodato, siendo éste un préstamo de uso y aquél un préstamo de consumo gratuito o a interés, de cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto del mismo género o calidad (artículo 2661 del Código Civil de 1884); el Código Civil, al clasificar los contratos por su objeto, considera al mutuo como un contrato traslativo de la propiedad. Su objeto consistiría en una obligación de dar (artículo 2011 del Código Civil), pues el mutuante tendrá la obligación de transmitir el dominio y el mutuario la de pagar la cosa debida.

Cuando fueren objeto del mutuo cosas diversas del dinero, la ley faculta la restitución del valor, en dinero (artículo 2388 del Código Civil).

El contrato, en cuanto a su clasificación es principal, puesto que subsiste por sí solo; algunos autores lo consideran como sinalagmático o bilateral, pero entregada la cantidad objeto del mutuo no existe más obligación que la de restituirla. A la luz de nuestro Código Civil, el mutuo por su naturaleza es gratuito, mas el legislador faculta para que se puedan estipular intereses.

Es un típico contrato consensual puesto que no requiere ninguna formalidad para su eficacia.

Aun estimando que el contrato de mutuo pueda clasificarse como unilateral, en la realidad económica éste no surge sino hasta la entrega de la cosa y la obligación del mutuuario a restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

Si se pactase el pago de intereses y el deudor incumpliese en alguno de los pagos, el mutuante puede dar por terminado el contrato por la pérdida del beneficio del término en función de la mora, pero siempre que después de contraída la obligación el deudor resultara insolvente.

El mutuo puede ser civil o mercantil, siendo el primero el del derecho común y el segundo aquel que se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio (artículo 358 del Código de Comercio). Puede también ser mutuo simple o con interés.

El fundamento por el cual el legislador faculta para que el mutuante pueda convenir con el mutuuario en el pago de un interés, se encuentra la razón económica del exceso o escasez del dinero. Si nada se dijera sobre el valor del interés, el legislador lo presume en un nueve por ciento anual; pero las partes pueden convenir un interés diferente al señalado por el texto y éste recibe el nombre de interés convencional.

El legislador mexicano consagra una serie de protecciones en favor del mutuuario 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, facultando al

juez para reducir, con el ejercicio de la acción correspondiente, equitativamente, el interés hasta el tipo legal.

Lo faculta asimismo para dar por concluido el contrato cuando después de seis meses contados desde que se celebró éste, el deudor pueda rembolsar el capital dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación, con el pago de los intereses vencidos.

Finalmente en favor del deudor, el legislador prohíbe la figura del anatocismo por virtud del cual se convenga de antemano que los intereses se capitalicen (2397) y produzcan intereses y da potestad al deudor para pagar devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente al tiempo que se haga el pago; es decir, que si se pacta que el pago debe hacerse en moneda extranjera el deudor tendrá la posibilidad de pagar con esa moneda o con el equivalente en moneda nacional.

3.2 PRINCIPALES CONTRATOS DE CRÉDITO.

En este punto, analizaremos las especies de contrato de crédito existentes.

3.2.1 CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

Para el Doctor Miguel Acosta Romero:

"Es un contrato a virtud del cual, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado o a

contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones ó convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen (artículo 219 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

"Las partes: el acreditado, o sea, a quien se le ha concedido el crédito, puede serlo tanto una persona física como una persona jurídica colectiva. Lo mismo acontece con el acreditante, aunque es muy raro que éste lo sea un particular, ya que más bien es una institución de crédito, por lo que la doctrina, de plano, clasifica a este tipo de contratos, dentro de las operaciones bancarias (artículo 75 fracción IV del Código de Comercio) de las denominaciones activas que son aquellas que efectúan los bancos al invertir el dinero que reciben de terceras personas, poniéndolo en condiciones de producir y por lo cual se constituyen en acreedores de las personas a quienes se les proporciona."¹⁸

Como se trata de un contrato mercantil regulado por su propia ley, para los efectos de este inciso, es posible acudir al derecho común cuando no exista disposición atingente a un caso concreto ni en la ley especial, ni en la legislación mercantil general; así como a los artículos 5 y 81 del Código de Comercio que igualmente permiten dicha remisión. Por lo tanto, en cuanto a las personas físicas o particulares, tienen capacidad legal los

¹⁸ ACOSTA ROMERO, Miguel. *Voz Apertura de Crédito*. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo A-CH. Editorial Porrúa - UNAM. México Distrito Federal 1996. 9ª Edición. Pág. 181.

mayores de dieciocho años que no se encuentren en ninguno de los casos de inhabilitación comprendidos en el artículo 450 del Código Civil y los comerciantes.

Sin embargo, si un menor de edad es perito en el comercio, no ha presentado certificados falsos del registro civil o dolosamente manifiesta que es mayor de edad, la celebración de los contratos se entiende realizada en forma legal.

Por lo que hace a la capacidad de las personas jurídico-colectivas, tenemos que éstas ejercitan sus derechos, contraen obligaciones, celebran contratos y realizan actos jurídicos en general, por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos

En idéntico sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia por lo que se refiere a la capacidad de las sociedades mercantiles.

Las sociedades mercantiles son personas morales que obran y se obligan por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos' (6 Época 4 Parte: «vol.» XXII, p. 362, Amparo Directo 1918/58, José Bárcenas Rojas).

Las partes pueden o no fijar su límite. Si no se señala dicho límite y no es posible determinarlo por el objeto a que se destine,

o de algún otro modo convenido, el acreditante está facultado para establecerlo en cualquier tiempo.

En caso de que se hubiere fijado, las partes pueden convenir en que cualquiera o una sola de ellas, estará facultada para restringirlo.

El acreditado puede disponer a la vista, mediante un solo retiro, de la cantidad convenida, desde el momento de la perfección del contrato, hasta antes de que expire el término del mismo; o bien, mediante retiros parciales que hará dentro de la vigencia de la relación contractual.

A este respecto ha dicho la Suprema Corte de Justicia: 'En los contratos mercantiles de apertura de crédito... es permitido que el numerario objeto del contrato lo reciba el acreditado en una o en varias exhibiciones, sin que se altere por ello la naturaleza del acto o se contravenga la ley, ya que, por el contrario, la acreditante y el acreditado tienen libertad de pactar lo que a sus intereses convenga en relación a la entrega de la suma de dinero acreditado, así como con respecto a su pago' (7 Época, «vol.» 62, 4 Parte, p. 16, A.D. 5024/71, Leopoldo Castro Nivón, 3 Sala).

Si durante la vigencia del contrato, el acreditado no dispone de la suma convenida en forma total o parcial, quedará obligado, salvo pacto en contrario, a pagar los premios, comisiones y gastos correspondientes a las sumas de que no hubiere dispuesto.

También se puede convenir que el acreditado disponga del crédito mediante cheques u otros títulos de crédito.

Cuando las partes no fijan plazo para la devolución de las sumas de que puede disponer el acreditado, o para que el mismo reintegre las que por cuenta suya pague el acreditante de acuerdo con el contrato, se entenderá que la restitución debe hacerse al expirar el término señalado para el uso del crédito, o en su defecto, dentro del mes que siga a la extinción de éste último.

El acreditado debe pagar normalmente una comisión total sobre el importe del crédito que se le concede y además, intereses por las cantidades de que disponga efectivamente. Los intereses deben convenirse expresamente por las partes y aún si el acreditado no hiciera uso total del crédito durante la vigencia del contrato deberá manifestarse su obligación de pagar los premios, comisiones e intereses.

La Suprema Corte de Justicia ha establecido la siguiente ejecutoria por lo que a los intereses hace: 'En materia de préstamos refaccionarios, entre las obligaciones que se imponen al deudor, está la de restituir al acreditante las sumas de que disponga o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo 'y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen; o sea, que de admitirse que las instituciones de crédito puedan hacer renuncia a intereses y accesorios en los préstamos refaccionarios, esta renuncia, para el préstamo en general, tendría que ser expresa, nunca tácita. En tales condiciones, el hecho de que la institución de crédito reciba del acreditado el pago del capital, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, no extinguen la obligación del acreditado de pagarlos, una regla

general, impone al deudor la obligación de pagar 'en todo caso' los intereses pactados o debidos' (7 Época, 4 Parte; «vol.» 71, p. 23 A.D. 4690/71, Financiera y Fiduciaria de Torreón, S.A., 3 Sala).

Existen varias operaciones de crédito respaldadas por el contrato que se analiza. A saber: descuento de crédito en libros, créditos confirmados, créditos de habilitación y avío, créditos refaccionarios, contratos de apertura de crédito simple y contratos de apertura de crédito en cuenta corriente.

Estos dos últimos son estudiados en conjunto y fácilmente podría pensarse que se trata de una misma operación, pero se trata de dos contratos distintos.

La Suprema Corte de Justicia ha marcado claramente sus diferencias: 'La a. c. simple y la a. c. en cuenta corriente, tienen características especiales y producen consecuencias distintas... en el c. a. c. simple, el acreditado debe regresar al acreditante el importe del crédito que se le otorgó, en las condiciones y términos convenidos y tratándose de la a. c. en cuenta corriente, el acreditado tiene facultad de hacer remesas al acreditante antes de la fecha que se señaló para formular liquidación y puede, mientras el contrato no concluya, disponer del saldo que resulte en la forma pactada.

Por lo tanto, en la a. c. simple se sabe con toda precisión cuál es la cantidad que debe restituir el acreditado, y en la a. c. en cuenta corriente, esa cantidad tiene que determinarse al través de una liquidación entre las entregas que el acreditante hizo al acreditado, y las que este cubrió al primero. No será necesario, en

consecuencia, formular liquidación alguna tratándose de exigir la restitución de la suma que el acreditante entregó al acreditado por virtud de un c. a. c. simple, pero sí resulta indispensable dicha liquidación cuando el acreditante demanda al acreditado el pago del crédito que le otorgó, si el contrato relativo es el de a. c. en cuenta corriente...'. (6 Época, 4 Parte: «vol.» XIV, p. 145, Eliseo Larios Rodríguez, A.D. 1450/57, 3 Sala).

En ambos contratos que se acaban de analizar, puede pactarse que el crédito se respalde con una garantía personal según que el acreditado ofrezca a favor del acreditante la garantía que resulta de la firma de otra persona, o mediante documentos que suscriba a favor del acreditante en el momento de hacer las disposiciones de las sumas convenidas, o bien mediante documentos que estando suscritos a favor del acreditado, éste los endose a favor del acreditante con la finalidad de que los cobre en su momento oportuno o restituya al acreditado una vez que éste haya hecho la liquidación respectiva del crédito; o bien con garantía real, que se constituye mediante depósito de bienes o mercancías en los almacenes generales de depósito. Igualmente la Suprema Corte de Justicia ha opinado sobre este particular: 'Como el «a.» 325 de la LGTOC establece que el habilitado podrá otorgar pagarés a la orden del acreditante, que representen las disposiciones del crédito, el vocablo empleado constituye, no una indicación precisa de que obligadamente debe utilizarse el pagaré, sino cualquier otro documento mercantil, pues éste tiene por objeto fijar la cantidad recibida por los habilitados y la fecha de recibo para establecer así la fecha desde la cual comienzan a causarse réditos al tipo y en la forma acordada en el contrato de

habilitación' (7 Época, 4 Parte: «vol.» 67, p. 35. 3 Sala. A.D. 4825/72, Cástulo G. Baca y otros).

La ley contempla seis formas de conclusión para este tipo de contratos, a saber:

a) Por denuncia, que es un acto jurídico por el cual una de las partes declara su voluntad de darlo por terminado, cuando el término del contrato ha sido establecido y la denuncia convenida en el mismo.

b) Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad de su importe, a menos que el crédito se haya abierto en cuenta corriente y en este último caso, hasta la liquidación total del saldo que resulte.

c) Por la expiración del término convenido.

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

e) Por hallarse cualquiera de las partes en estado de suspensión de pagos, de liquidación judicial o de concurso.

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

La muerte o interdicción del acreditado la quiebra no es obstáculo para la exigibilidad de los créditos procedentes de operaciones concertadas con instituciones de crédito o auxiliares.

3.2.2. CONTRATO DE HABILITACIÓN.

En opinión de José María Abascal Zamora:

"Según el Diccionario de la Academia, en América significa préstamo en dinero o efectos que se hace al labrador, ganadero o minero.

En México, también se usa para designar a los contratos de habilitación o avío, que son aquellos en que el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales; salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa."¹⁹

Según Mantilla Molina, por encontrarse regulados junto con los créditos refaccionarios, son actos absolutamente mercantiles. Sin embargo, lo anterior es, por lo menos, dudoso. Tanto el avío como la refacción son figuras conocidas en el derecho civil y existen disposiciones sobre ambos tipos de créditos en el Código Civil (artículos 2985 fracción II, 2986 y 2993 fracción IV).

En la práctica, las empresas agroindustriales acostumbran 'habilitar' a los agricultores, proveyéndolos de semillas, almácigos,

¹⁹ ABASCAL ZAMORA, José María. *Voz Avío*. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo A- CH. Editorial Porrúa - UNAM. México Distrito Federal 1996. 9ª Edición. Pág. 300.

abonos, insecticidas, dinero, etc., con la obligación, por parte del agricultor, de vender su cosecha al aviador, al precio en plaza, en el momento de la recolección. La terminología que usa la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (acreditado, acreditante), hace pensar que este contrato estará indefectiblemente ligado a uno de apertura de crédito, en cambio, nada impide que un crédito de habilitación sea accesorio de un negocio de naturaleza diferente (artículo 325 a contrario sensu). Por ejemplo: un mutuo.²⁰

Continúa Abascal considerando que del avío se afirma que es de origen mexicano y parece ser que es lo cierto. Nació durante la Colonia. Fue producto de las costumbres creadas entre mineros. Era una especie de compraventa de metales. El aviador adelantaba dinero al aviado para que lo destinara a beneficiar (extraer metales y someterlos al tratamiento que convenga) una mina.

El minero, aviado, se comprometía a entregar al aviador los metales beneficiados a un precio menor del corriente en el mercado. De esta manera el aviador se asegura el suministro de los metales a buen precio y en esto consistía su ganancia; ya que no podía cobrar intereses. El aviado, por su parte, recibía el dinero que necesitaba para su explotación. El acreedor tenía preferencia sobre los productos de la mina. Lo cual era lógico: los había comprado anticipadamente.

²⁰ Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1996. 29ª Edición. Pág. 87.

Una variante de este contrato consistía en que el aviador se interesase en la mina, no como comprador, sino como asociado, formando una especie de asociación en participación.

En realidad se trataba de un contrato de crédito, que concedía al acreedor un privilegio, a condición de que en el contrato concurrieran las tres calidades en la redacción: que sea necesaria; que se pacte expresamente; que el dinero prestado se emplee, precisamente en el objeto de la refacción.

El avío fue recogido por las diversas leyes mineras (Reales Ordenanzas para la Minería de la Nueva España de 1783; Código Minero de 1884 y Ley Minera de 1982). Aparece regulado, en forma conjunta con los créditos refaccionarios, en la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, en la Ley sobre Bancos Refaccionarios de 1924, en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de 1932, en la Ley de Instituciones de Crédito e Instituciones Auxiliares del mismo año, en la de 1941, y en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito. Estas dos últimas de 1985 y que, junto con la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito arriba mencionada, contienen la reglamentación en vigor de este contrato.²¹

Con frecuencia, en la práctica, se confunden los créditos de avío con los refaccionarios. En parte la causa reside en que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículos 321 y 324) es muy confusa en su redacción.

²¹ Cfr. ABASCAL ZAMORA, *Op. Cit.* Págs. 300 y 301.

Sin embargo, tradicionalmente, los créditos de avío han sido destinados a ser invertidos en todo aquello que es necesario para llevar a cabo un ciclo de producción (activo circulante), para ser pagados al finalizar éste, con el producto de la venta de los artículos cosechados o elaborados con motivo del crédito.

En tanto que los créditos refaccionarios se han invertido en la adquisición, conservación, reparación o mejoramiento de los bienes que forman el activo fijo, quedando la inversión inmovilizada por un periodo más o menos largo.

El legislador recoge todo lo anterior al limitar los fines a que se puede destinar el dinero del avío a la adquisición de materias primas, pago de salarios y gastos directos de explotación; en tanto que el importe de los créditos refaccionarios está destinado a invertirse de modo diverso, incluyendo, entre otros, la apertura de tierras para el cultivo, compra o instalación de maquinaria, construcción, organización de obras materiales y el pago de determinados créditos a cargo de la empresa. (Artículo 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

La anterior interpretación resulta más clara si se toma en cuenta que los créditos de avío y refaccionarios son, de modo principal, créditos bancarios y que la Ley de Instituciones de Crédito e Instituciones Auxiliares establece que los préstamos de habilitación tendrán un plazo de vencimiento no mayor de 3 años y los refaccionarios no mayor de 15 (artículo 28, fracción VII).

La Suprema Corte ha resuelto que debe estimarse que la garantía prendaria sobre los frutos, en el avío, se limite a los

obtenidos en el ciclo agrícola para el cual fue otorgado el crédito (AD 7816/60, Ignacio Borgues, «SJF», 6 época, 4 parte, «vol.» LXI, p. 84).

Aunque, como arriba se señaló, los créditos de habilitación son principalmente bancarios, nada impide que aparezca como acreedor quien no se dedique a tal actividad, con tal de que esté legalmente capacitado para celebrar la operación. Sólo puede aparecer como deudor o acreditado quien explote una empresa, agrícola o comercial (industrial), aun cuando no sea propietario de la misma, a menos que, tratándose de arrendatarios, colonos o aparceros, obre inscrito el contrato respectivo en los registros de propiedad, de crédito agrícola, de minas o de comercio correspondientes, y en ese contrato el propietario de la empresa se haya reservado el derecho de consentir en la constitución de la prenda (artículo 331 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Los contratos de avío requieren forma escrita. Expresarán el objeto de la operación, la duración y la forma en que el beneficiario podrá disponer del crédito materia del contrato.

Fijarán, con toda precisión, los bienes que se afecten en garantía, y señalarán los demás términos y condiciones del contrato.

Se consignarán en contrato privado, que se firmará por triplicado, ante dos testigos, se ratificarán las firmas ante el encargado del Registro Público y serán inscritos en el Registro de Comercio.

En el caso de que, como garantía accesoria al privilegio natural del avío, se pacte un crédito hipotecario, deberán ser inscritos en el registro correspondiente (artículo 326 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Si el acreedor es una institución de crédito se consignarán, según convenga a las partes y cualquiera que sea su monto, en póliza ante corredor público titulado, en escritura pública o contrato privado, que en este último caso se firmará por triplicado ante dos testigos y se ratificará ante notario público, corredor público titulado, juez de primera instancia en funciones de notario o ante el encargado del Registro Público correspondiente (artículo 50 Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito).

Los créditos de avío estarán garantizados, por disposición de la ley, con las materias primas y materiales adquiridos, y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes (artículo 322 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Dicha garantía constituye un clásico privilegio. Sin embargo, tanto el legislador, como la práctica y la doctrina, han confundido los privilegios del aviador y del refaccionario, con la garantía hipotecaria y prendaria, y les han dado tratamiento de tales, convirtiéndolos en auténticos créditos hipotecarios y prendarios.

Siguiendo este modo de pensar, la ley concede al acreedor derecho de persecución respecto de los frutos o productos dados en prenda de un crédito de habilitación, contra quienes los hayan adquirido directamente del acreditado, o contra los adquirentes

posteriores que hayan conocido o debido conocer las prendas constituidas sobre ellos. Disposición que, de hecho, ha sido letra muerta y que de llevarse a la práctica suscitaría innumerables problemas. Piénsese que en la composición de un artículo se utilizan diversas materias primas, y que sería imposible determinar el monto del crédito invertido en él, que pudiera representar cada una de ellas. Puede darse, incluso, concurrencia entre diversos acreedores que tuvieran calidad de aviadores.

Por otro lado, el comprador adquirió el bien en un negocio dedicado a la venta de esa clase de artículos, por lo que se trataría de un adquirente de buena fe que tendría derecho al reembolso del precio que hubiera pagado (artículo 799 Código Civil).

Para el tercero comprador, es imposible saber si un determinado producto se elaboró con bienes que formaban parte de la garantía del avío. Por último, para el acreedor sería tarea titánica el perseguir los diversos bienes, que se encuentran en manos de multitud de personas.

En cuanto al grado de preferencia, los créditos de habilitación, debidamente registrados, se pagarán con preferencia a los refaccionarios y ambos con preferencia a los hipotecarios inscritos con posterioridad (artículo 328 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Para que el privilegio del aviador tenga efecto es necesario que el acreedor cuide que el importe del crédito se invierta precisamente en los objetos determinados en el contrato. La ley

establece que si se prueba que a dicho dinero se le dio otra inversión, a sabiendas del acreedor, por su negligencia perderá el privilegio correspondiente.

Disposición criticable, ya que no condiciona la existencia del privilegio a la diligencia del acreedor. Puesto que para que desaparezca la garantía basta con que éste desconozca el destino que, de hecho, se dio al crédito.

Por otro lado, la ley arroja la carga de la prueba de la negligencia o mala fe del acreedor, al tercero que impugne el privilegio y que no tuvo participación en la operación de crédito, ni en su ejecución (artículo 327 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). No debe olvidarse que el acreedor debe vigilar el destino de la inversión y puede, incluso, designar un interventor.

La garantía, que la ley califica de prenda, podrá quedar en poder del deudor, que se considerará, para los fines de la responsabilidad civil y penal correspondientes, como depositario judicial de los frutos, productos, ganados, aperos y demás muebles dados en prenda (artículo 329 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Disposición que debe interpretarse con cautela, permitiéndose que el deudor depositario pueda enajenar los productos producidos, ya que lo contrario inmovilizaría la empresa y el crédito de avío, en lugar de beneficiar al empresario, lo llevaría a la quiebra. La vigente ley bancaria, con mejor técnica, dispone que el deudor podrá usar y disponer de la prenda que

quede en su poder, conforme a lo que se pacte en el contrato (artículo 50 Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito).

El acreedor tendrá en todo tiempo el derecho de designar un interventor que cuide del exacto cumplimiento de las obligaciones del acreditado. También tiene, el acreedor, derecho de rescindir el contrato, dar por vencida anticipadamente la obligación y exigir el reembolso de las sumas que haya proporcionado, con sus intereses, si el acreditado emplea los fondos que se le suministren en fines distintos de los pactados, o no atiende su negociación con la diligencia debida (artículo 327 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

El deudor podrá otorgar a la orden del acreditante pagarés que representen las disposiciones que haga, siempre que los vencimientos no sean posteriores al del crédito, que se haga constar en tales documentos su procedencia de una manera que queden suficientemente identificados y que revelen las anotaciones de registro del crédito original.

La transmisión de estos títulos implica, en todo caso, la responsabilidad solidaria de quien la efectúe y el traspaso de la parte correspondiente del principal del crédito representada por el pagaré, con las garantías y demás derechos accesorios en la proporción que corresponda (artículo 325 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Cuando el acreditante haya endosado los pagarés, conservará, salvo pacto en contrario, la obligación de vigilar la

inversión que deba hacer el acreditado, así como la de cuidar y conservar las garantías concedidas, teniendo para estos fines el carácter de mandatario de los tenedores de los pagarés emitidos. El acreditante puede, con el mismo carácter, en los casos en que proceda, rescindir la obligación y recibir el importe de los pagarés emitidos, que se darán por vencidos anticipadamente.

La Suprema Corte se ha ocupado repetidamente de estos pagarés y ha resuelto que son títulos causales y que tales documentos representan la ejecución del contrato (AD 9249/66, Empacadora de Escuinapa, S.A., informe de 1968, Tercera Sala, p. 33; AD 2713/72, Enrique Noriega Federico y Coagraviados, Tercera Sala, séptima época, «vol.» 59, cuarta parte, p. 27; en esta ejecutoria se confunde abstracción con autonomía; AD 2605/71, José Pérez Estrada, tercera sala, séptima época, «vol.» 37, cuarta parte, enero 72, p. 25). Que el acreditado no tiene la obligación ineludible de suscribir pagarés cuando disponga del crédito (AD 2614/54, Industrias Oaxaca, Boletín de Información Judicial de 1955, p. 569).

3.2.3 CONTRATO DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO.

Fernando Alejandro Vázquez Pando, afirma que es el contrato en virtud del cual la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral, obligándose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad de dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y adoptar al vencimiento del

contrato alguna de las opciones terminales previstas en la ley aplicable.

La figura fue introducida por las prácticas comerciales y posteriormente en la legislación fiscal, para designar una operación compleja en virtud de la cual una empresa, adquiere bienes cuyo uso transmite a una segunda empresa, por un periodo de tiempo forzoso para ambas partes, durante el cual ésta debe cubrir un estipendio o renta cuyo monto agregado excede al costo en que adquirió tales bienes la primera de las empresas, los gastos financieros y la ganancia de ésta.

Nacido en la práctica norteamericana es adoptado en México, a partir de los años sesenta. Entre 1960-61 se constituye Interamericana de Arrendamiento S. A., empresa que introduce tal tipo de operaciones en el mercado mexicano. El 30 de abril de 1966, la Dirección General del Impuesto sobre la Renta emitió su criterio núm. 13, para regular 'los contratos de arrendamiento' en los cuales al transcurrir el plazo forzoso el 'arrendatario' puede adquirir los bienes en 'arrendamiento' mediante pago de un precio simbólico, estableciendo un régimen fiscal sumamente favorable.

El criterio núm. 13 fue aclarado mediante el oficio del 23 de octubre de 1967 y dejado sin efectos mediante oficio del 23 de septiembre de 1969, confirmado por oficio del 3 de julio de 1970.

En las reformas introducidas a la Ley del Impuesto sobre la Renta, es acogida la figura en el artículo 19 fracción IV inciso h, describiendo a los contratos y asimilando su régimen fiscal al de la compraventa en abonos.

El régimen es nuevamente modificado a través de las reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta. Las reformas introducidas al Código Fiscal de la Federación a finales de 1980, llevan a este ordenamiento la figura, e incluso la expresión 'arrendamiento financiero', al adicionarse la fracción IV del artículo 15.

En la práctica sólo solía celebrarse por escrito un contrato de arrendamiento por plazo forzoso para ambas partes, a cuyo término debía ejercitarse alguna de las opciones mencionadas en el «a.» 15 del «CFF», sin que soliera celebrarse por escrito un contrato que cubriera la totalidad de la operación.²²

La asimilación que se había hecho en la práctica entre esta figura y el arrendamiento, planteaba problemas delicados en cuanto al régimen jurídico del mismo.

Lo anterior, en virtud de que la operación, vista en su conjunto, presentaba características propias que no tenían similitud, a las del arrendamiento, especialmente dada la necesidad de que el pago del estipendio debiera hacerse independientemente de la posibilidad del uso de los bienes, lo cual si bien resulta incomprensible en un arrendamiento, no lo es cuando los bienes han sido adquiridos por el 'arrendador' a instancias del 'arrendatario', el cual ha seleccionado al proveedor y elegido los bienes a su completa libertad, pues la adquisición de

²² Cfr. VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. Voz Arrendamiento Financiero. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo A- CH. Editorial Porrúa - UNAM. México Distrito Federal 1996. 9ª Edición. Págs. 223 y 224.

los mismos por parte del 'arrendador' se lleva a cabo única y exclusivamente con la finalidad de dar su uso al 'arrendatario'.

Dadas las especiales características de estas operaciones, sólo actuaban habitualmente como 'arrendadores' empresas especializadas que llevaban a cabo una operación de tipo financiero, pues adquirían los bienes para ser dados en arrendamiento a solicitud del 'arrendatario', la renta se determinaba como la suma del costo de los bienes adquiridos adicionado con el costo financiero (intereses) y el lucro respectivo, de ahí que se llegó a considerar pertinente que tales empresas se considerarán como organizaciones auxiliares de crédito y se les sujetará al régimen aplicable a las mismas.

Por virtud del contrato de arrendamiento financiero, la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral, obligándose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad en dinero determinada o determinable que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales a que se refiere esta Ley, y que analizo a continuación.

Al concluir el plazo de vencimiento del contrato una vez que se hayan cumplido todas las obligaciones, la arrendataria deberá adoptar alguna de las siguientes opciones terminales:

I. La compra de los bienes a un precio inferior a su valor de adquisición, que quedará fijado en el contrato. En caso de que no se haya fijado, el precio debe ser inferior al valor de mercado a la fecha de compra, conforme a las bases que se establezcan en el contrato;

II. A prorrogar el plazo para continuar con el uso o goce temporal, pagando una renta inferior a los pagos periódicos que venía haciendo, conforme a las bases que se establezcan en el contrato; y,

III. A participar con la arrendadora financiera en el precio de la venta de los bienes a un tercero, en las proporciones y términos que se convengan en el contrato.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, mediante reglas de carácter general, está facultada para autorizar otras opciones terminales.

En el contrato podrá convenirse la obligación de la arrendataria de adoptar, de antemano, alguna de las opciones antes señaladas, siendo responsable de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento. La arrendadora financiera no podrá oponerse al ejercicio de dicha opción.

Si, en los términos del contrato, queda la arrendataria facultada para adoptar la opción terminal, al finalizar el plazo obligatorio, ésta deberá notificar por escrito a la arrendadora financiera, por lo menos con un mes de anticipación al vencimiento del contrato, cuál de ellas va a adoptar, respondiendo de los

daños y perjuicios en caso de omisión, con independencia de lo que se convenga en el contrato.

La arrendataria podrá otorgar a la orden de la arrendadora financiera, uno o varios pagarés, según se convenga, cuyo importe total corresponda al precio pactado, por concepto de renta global, siempre que los vencimientos no sean posteriores al plazo del arrendamiento financiero y que se haga constar en tales documentos su procedencia de manera que queden suficientemente identificados. La transmisión de estos títulos implica en todo caso el traspaso de la parte correspondiente de los derechos del contrato de arrendamiento financiero y demás derechos accesorios en la proporción que corresponda.

La suscripción y entrega de estos títulos de crédito no se considerarán como pago de la contraprestación, ni de sus parcialidades.

Salvo pacto en contrario, son a riesgo de la arrendataria:

I. Los vicios o defectos ocultos de los bienes que impidan su uso parcial o total. En este caso, la arrendadora financiera transmitirá a la arrendataria los derechos que como compradora tenga, para que ésta los ejercite en contra del vendedor, o la legitimará para que la arrendataria en su representación ejercite dichos derechos;

II. La pérdida parcial o total de los bienes, aunque ésta se realice por causa de fuerza mayor o caso fortuito; y,

III. En general, todos los riesgos, pérdidas, robos, destrucción o daños que sufrieren los bienes dados en arrendamiento financiero.

Frente a las eventualidades señaladas, la arrendataria no queda liberada del pago de la contraprestación, debiendo cubrirla en la forma que se haya convenido en el contrato.

En los contratos de arrendamiento financiero deberá establecerse la obligación de que se cuente con seguro o garantía que cubra, en los términos que se convengan, por lo menos, los riesgos de construcción, transportación, recepción e instalación, según la naturaleza de los bienes, los daños o pérdidas de los propios bienes, con motivo de su posesión y uso, así como las responsabilidades civiles y profesionales de cualquier naturaleza, susceptibles de causarse en virtud de la explotación o goce de los propios bienes, cuando se trate de bienes que puedan causar daños a terceros, en sus personas o en sus propiedades.

En los contratos o documentos en que conste la garantía deberá señalarse como primer beneficiario a la arrendadora financiera, a fin de que, en primer lugar, con el importe de las indemnizaciones se cubran a ésta los saldos pendientes de la obligación concertada, o las responsabilidades a que queda obligada como propietaria de los bienes. Si el importe de las indemnizaciones pagadas no cubren dichos saldos o responsabilidades, la arrendataria queda obligada al pago de los faltantes.

Las arrendadoras financieras podrán proceder a contratar los seguros a que se refiere el precepto anterior, en caso de que habiéndose pactado en el contrato que el seguro deba ser contratado por la arrendataria, ésta no realizara la contratación respectiva dentro de los 3 días siguientes a la celebración del contrato, sin perjuicio de que contractualmente esta omisión se considere como causa de rescisión. Las primas y los gastos del seguro serán por cuenta de la arrendataria.

3.2.4. CONTRATO DE FACTORAJE FINANCIERO.

En opinión de Fernando Alejandro Vázquez Pando, es el empleo y encargo del factor: oficina del factor. Voz que ha sido utilizada para traducir el término inglés factoring. Operación ésta que, después de una larga evolución histórica en los Estados Unidos, ha venido a ser un contrato en virtud del cual el "factor" adquiere cuentas por cobrar de un comerciante, a cambio de un precio, asumiendo el riesgo crediticio de los créditos adquiridos.

La designación factoring y su traducción "factoraje" es comprensible tan sólo a la luz de la forma en que se origina este tipo de operación pues deriva del hecho de que los fabricantes ingleses, nombraban factores en los Estados Unidos de América para vender sus productos, y les pedían que asumieran el riesgo por el crédito otorgado y, posteriormente, el otorgamiento de anticipos sobre las mercancías que tenían en su poder y las cuentas por cobrar. De ahí la designación 'factoring'.

Con el tiempo la operación ya no se llevará a cabo con factores, aunque se conservará la terminología e, incluso se

llegará a llamar factor a la parte que hace anticipos sobre cuentas por cobrar.

La figura se introdujo a las prácticas comerciales en México en época más o menos simultánea a la aparición en nuestro país del arrendamiento financiero si bien con una serie de adecuaciones que lo diferencian de la figura norteamericana.²³

En consideración de Jesús Motilla Martínez: "Desde el punto de vista económico, el factoraje es análogo al descuento de crédito en libros, aunque se diferencia de éste por no seguirse sus formalidades y llevarse a cabo mediante un contrato preliminar (contrato base), en el cual se establecen los requisitos y condiciones sujetos a los cuales el "factor" adquirirá créditos a favor de su cliente, derivados de sus operaciones normales, y a cargo de deudores aceptables para el factor, y convenios posteriores mediante los cuales el cliente cede sus créditos al "factor".

"En el contrato base se regula el procedimiento para llevar a cabo las cesiones, la forma de determinar el precio de adquisición y la de pago del precio, a más de pactarse las comisiones generalmente calculadas como descuento y demás obligaciones de las partes.

"En ocasiones, el cliente es designado como comisionista a efecto de que gestione el cobro de los créditos; en otros casos, tales gestiones son realizadas por el "factor". En el primer caso,

²³ Cfr. VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. Voz Factoraje. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo D-H. Editorial Porrúa - UNAM. México Distrito Federal 1996. 9ª Edición. Págs. 223 y 224.

la cesión no se notifica a los deudores de los créditos cedidos, aunque el "factor" se reserva la facultad de hacer la notificación en cualquier momento; en el segundo caso, sí se notifica la cesión. En la práctica suele diferenciarse entre "factoraje" con "recurso" y "sin recurso", cuando no garantiza el pago.

"Tomando en consideración lo anterior, puede decirse que el factoraje es un contrato conforme al cual una de las partes denominada factor, se obliga ante la otra, denominada usuario, que se obliga a cederlos, a adquirir los créditos que el usuario tenga en contra de terceros aceptados por el factor, derivados de actividades comerciales habituales del usuario, y a pagar el precio de tales créditos, determinado en la forma pactada, en el momento de llevarse a cabo las cesiones."

"Podría considerarse que se está frente a un contrato de promesa, preliminar o preparatorio, en tanto la obligación principal de las partes es llevar a cabo uno o varios convenios de cesión durante el plazo de vigencia del contrato preliminar; pero no es del todo exacto, en tanto las cesiones se rigen por lo pactado en el contrato de factoraje, el cual no se extingue al llevarse a cabo el primer convenio de cesión, sino que se mantiene en vigor, y rige las obligaciones de las partes con respecto a cada convención de cesión, durante todo el plazo pactado."²⁴

Se trata en realidad de un contrato "marco" o "base" que si bien obliga a las partes a celebrar convenios futuros, no se limita a ellos, sino que regula a cada uno de tales convenios.

²⁴ MOTILLA MARTÍNEZ, Jesús. El factoring. Revista Jurídica Tomo II. México Distrito Federal 1981. Pág. 76.

Además de las obligaciones principales, es frecuente se pacten en el contrato de factoraje algunas prestaciones secundarias generalmente relativas a servicios contables, análisis de crédito y otras similares.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se pretende asimilarlo a otras figuras como la apertura de crédito, el descuento, el crédito prendario, si bien la doctrina mexicana ha hecho notar las diferencias entre el factoraje y cada una de esas figuras y se ha inclinado por considerarla como de naturaleza sui generis.

3.3 FORMAS DE EXIGIBILIDAD.

En principio, cabe considerar que el cumplimiento de una obligación es la realización de la prestación a que estaba obligado el deudor en favor del acreedor. Entendida la obligación civil como una relación jurídica entre dos sujetos de los cuales uno, llamado deudor, debe cumplir una determinada prestación a otro, llamado acreedor, que puede exigírsele, el efecto natural de esta relación es el cumplimiento, o sea, la realización de la prestación por el deudor en favor de su acreedor. De esta manera, realizada la prestación, el deudor ha cumplido. Deja de ser deudor. Ya no debe. La obligación se ha extinguido en su forma normal, por cumplimiento.

Dentro de la técnica jurídica, cumplimiento de la obligación significa la extinción de la misma por haberse alcanzado los fines para los cuales surgió.

Desde este punto de vista, pueden darse dos clases de cumplimiento: el voluntario y el forzoso. **El deudor puede voluntariamente realizar la conducta debida, la prestación, en cuyo caso el cumplimiento es la forma normal de extinguir la obligación. Puede también el deudor rehusarse a cumplir voluntariamente. En este supuesto el orden jurídico protege los derechos del acreedor poniendo a su disposición la intervención de los órganos judiciales mediante los cuales podrá obtenerse el cumplimiento forzado de la obligación a costa del patrimonio del deudor. Se dará así satisfacción a los derechos del acreedor. El cumplimiento forzado será un cumplimiento anormal, aunado a la obligación que quedará extinguida por cumplimiento.**

De acuerdo con lo anterior la extinción de la obligación es el efecto del cumplimiento, sea este voluntario o forzoso. Tenemos así que el efecto directo de una obligación es el cumplimiento. Y el efecto indirecto del cumplimiento es la extinción de la obligación.

La prestación debida, la que debe realizarse a través del cumplimiento, puede consistir en cualquiera de las siguientes conductas: Dar, hacer o abstenerse. O en la pluralidad o combinación de las mismas: dar y hacer, dar y abstenerse.

Cuando la prestación recae en una conducta de dar, se manifiesta materializada en una cosa.

Si la prestación es un hacer o un abstenerse se realiza a través de un hecho activo o pasivo (hacer o no hacer).

Las obligaciones de dar están reguladas en el Código Civil, en los artículos 2011 a 2026. En cuanto al cumplimiento de las obligaciones de dar, el legislador señala tres normas de importancia:

Primera. El deudor debe cumplir entregando la cosa cierta objeto de la obligación y no otra, aunque sea de mayor valor (artículo 2012).

Segunda. La obligación de dar cosa cierta comprende también la de entregar sus accesorios (artículo 2013).

Tercera. Cuando no se ha señalado la calidad de la cosa, el deudor cumple entregando una de mediana calidad (artículo 2016).

Las obligaciones de hacer y de no hacer están reguladas en el Código Civil en sólo dos artículos el 2027 y el 2028, en los cuales se señalan los derechos del acreedor ante el incumplimiento del deudor.

De los mismos se deduce que las obligaciones de hacer se cumplen realizando el mismo deudor la conducta debida o a través de un tercero cuando la sustitución es posible.

Las obligaciones de abstenerse se cumplen estrictamente con la inacción del deudor respecto del hecho pactado, y nunca de otra manera.

El Código Civil considera el cumplimiento de las obligaciones como el efecto primero y normal de las mismas. Dedicada a esta

materia el capítulo I, título cuarto del libro cuarto (artículos 2062 a 2096 inclusive). Trata el cumplimiento como sinónimo de pago al señalar expresamente en el artículo 2062: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido".

La regulación que el Código Civil, hace de la materia "pago" comprende lo relativo al mismo en cuanto a: qué debe pagarse, forma de pago, tiempo y lugar de pago, quién debe pagar, a quién debe pagarse, gastos causados al hacer el pago, imputación del pago, presunción de haber pagado y oferta de pago y consignación.

CAPÍTULO IV

PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA EJECUCIÓN DE GARANTÍA

La garantía es una locución que se refiere a los contratos cuya finalidad es asegurar al acreedor el pago de su crédito, otorgando con ello, confianza en el deudor. Son pues, necesariamente contratos accesorios.

Se divide en garantía real y garantía personal, dependiendo de la seguridad emanada de los bienes, en el primer caso, o de las personas, en el segundo. Surgen como una expresión de la responsabilidad del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

Esta garantía contractual se da mediante la fianza, prenda e hipoteca, antiguamente también existía la anticresis.

Históricamente surgen primero las garantías personales. Éstas aseguran el cumplimiento de la obligación mediante la creación de una pluralidad de deudores, disminuyendo, con ello, el riesgo que corre el acreedor de no ser pagado; la fianza es el contrato regulado por el Código Civil que responde a esta necesidad.

En algunos casos esta garantía personal no surge de terceros, sino a través de contratos innominados como podría ser un contrato de indemnización, con los que se cumple la finalidad de otorgar al acreedor una mayor seguridad sin que sea necesario afectar el patrimonio del deudor.

Por su lado, la garantía contractual real se nos presenta como una evolución de la personal mediante la cual se intenta subsanar los obstáculos e inconvenientes que representan estas últimas, ya que puede darse el caso de insolvencia de todos los deudores. **De esta forma las garantías reales gravan un bien del patrimonio del deudor dotando al acreedor de un derecho real sobre el mismo de tal manera que, en casos de incumplimiento, pueda obtener el pago de su crédito del producto de la venta. Estas garantías reales se dan con la hipoteca y la prenda. En estos casos, pues, el acreedor tiene dos acciones para el cobro de su crédito: la acción hipotecaria o prendaria, por un lado, que recae sobre el bien gravado en contra del poseedor o detentador y la acción personal, en contra del deudor sobre todos sus bienes.**

Además de estas figuras jurídicas existen otras que también son de garantía real y que tienen, algunas de ellas, mayor eficacia que las dos anteriores por ejemplo, las arras, el depósito y el fideicomiso en garantía.

En derecho mercantil, estas garantías contractuales toman características peculiares por su referencia a actos de comercio. Surge el aval, mediante el cual se garantiza el pago de la letra de cambio y la fianza mercantil, con la particularidad de ser onerosa y realizada en forma habitual, ambas son garantías personales.

Por lo que respecta a las garantías reales, en esta área se reglamenta la prenda mercantil, el fideicomiso y la garantía contractual emanada de los créditos de habilitación y avío.

Tanto la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículo 214) como la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (artículo 124) se refieren a la hipoteca mercantil como garantía de una emisión de obligaciones o las constituidas en favor de sociedades financieras y de bancos múltiples, respectivamente.

Finalmente, la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, en sus artículos 116 y 119 a 126 se refiere a la garantía contractual hipotecaria respecto de navíos.

Se entiende por acción hipotecaria propiamente, la pretensión aquella mediante la cual se puede iniciar el juicio especial hipotecario; o sea el que tiene por objeto la constitución, ampliación o división y registro de una hipoteca, así como su cancelación, pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice; siempre y cuando sea de plazo cumplido (o deba anticiparse conforme a los artículos 1959 y 2907 del Código Civil) y conste en escritura debidamente registrada, o aunque no lo esté, siempre que el juicio se entable entre los que contrataron la hipoteca; pero invariablemente el bien hipotecado debe estar inscrito a nombre del demandado y no debe haber inscripción de embargo o gravamen en manos de terceros.

De acuerdo con los artículos 468 a 488 del Código de Procedimientos Civiles, el procedimiento del juicio hipotecario es el siguiente: presentada la demanda junto con el instrumento respectivo, el juez examina ambos y si cumple con los requisitos, admite la demanda, ordena la expedición, la inscripción en el Registro Publico de la Propiedad y manda se notifique al

demandado, quien tiene nueve días para contestarla y continuar el juicio en los términos del proceso ordinario. Ahora bien, con las reformas habidas en el Código de Procedimientos Civiles de 1996, se suprimió la Audiencia Previa De Conciliación Y Excepciones Procesales.

Si se sabe de la existencia de otros acreedores hipotecarios, se les notifica por medio de la cédula de notificación el estado de ejecución que guardan los autos, (art. 567), para que intervengan en el avalúo y subasta de los bienes si les conviene.

La vía hipotecaria se estima consentida si no se impugna mediante apelación del auto admisorio de la demanda. Si resulta probada la pretensión, en la sentencia se decreta el remate de los bienes hipotecados.

A partir del emplazamiento el deudor se constituye depositario del bien hipotecado, si no quiere aceptar, se lo deberá entregar al demandante o al depositario que éste designe.

Si el superior revoca la sentencia estimatoria de la pretensión hipotecaria, se continuará con juicio.

En todo juicio hipotecario, el expediente se divide en dos secciones: la principal que contiene la demanda, la contestación y todas las actuaciones relativas al juicio hasta la sentencia: la segunda, de ejecución, se integra con copia cotejada de la demanda y de la sentencia; siempre y cuando, sean créditos anteriores a las reformas habidas en el Código de Procedimientos civiles de 1996; todo lo relativo al depositario: su nombramiento,

fianza, cuentas y sus incidentes, remoción y nombramiento de sustitutos, permisos para arrendar y vender frutos; también se incluye lo relativo a la subasta de los bienes hipotecados: las órdenes correspondientes del juez, remate, convocatoria, calificación de postores, fincamiento del remate, posesión de los bienes adjudicados y otorgamiento de las correspondientes escrituras y demás actuaciones relativas a la ejecución. Terminada esta sección de ejecución se agrega al expediente principal del juicio.

Con relación a la naturaleza jurídica de este juicio, hay autores que lo consideran una especie de juicio ejecutivo o un juicio ejecutivo más enérgico y también hay quien lo considera un proceso de naturaleza propia. De cualquier forma, se tramita a través de un procedimiento rápido,

Recapitulando, la Hipoteca es un contrato por medio del cual una persona presta a otra una cantidad de dinero sobre una garantía que consiste en bienes generalmente inmuebles que pueden ser un edificio, una casa habitación, cuando quiera otra construcción o un terreno.

En el contrato de Hipoteca intervienen dos personas: la que presta, que recibe el nombre de Acreedor Hipotecario y la que solicita el préstamo, que se denomina Deudor Hipotecario. Este contrato deberá celebrarse ante Notario Público y en escritura pública que tendrá que inscribirse en el Registro Público de la Propiedad para que la operación pueda tener validez jurídica.

La persona que hipoteca su propiedad, podrá seguir en posesión de ésta, seguir habitando en ella, arrendarla; pero no podrá venderla sin haber liquidado el gravamen que pesa sobre la misma, salvo con el consentimiento del Acreedor Hipotecario, para que con el importe de la venta sea pagado el préstamo.

El Deudor hipotecario queda obligado a pagar al vencimiento de los plazos las cantidades convenidas, a cuenta del capital prestado más los intereses, ya que de no hacerlo, el Acreedor tiene derecho a exigir el remate de la propiedad hipotecada y cobrar del importe de esta venta la cantidad prestada, los intereses legales correspondientes, así como los demás gastos que resultan de la operación realizada. Una vez efectuada la liquidación se entregará al deudor el remanente que hubiera quedado.

El Derecho de hipoteca se puede hacer valer en juicio mediante una acción real que da lugar a un juicio sumario de carácter especial, con tramites muy abreviados (artículos 468 a 488 del Código de Procedimientos Civiles). Según el artículo 12 del Código de Procedimientos Civiles esta acción se intentará "para constituir, ampliar y registrar una hipoteca, o bien, para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice". La acción hipotecaria prescribe a los diez años (artículo 2918 del Código Civil).

"Hoy en día entre nosotros, el Código de Procedimientos Civiles enumera hasta siete diversas figuras de acciones (en realidad pretensiones) hipotecarias, a saber, en el artículo 12 aparecen las constitutivas, de ampliación, de registro y de pago o

prelación del crédito garantizado con hipoteca y en el artículo 468 del mismo Código se agregan las de división y cancelación del crédito hipotecario.

En el texto original del Código de Procedimientos Civiles de 1932, de igual modo que en el que le antecedió de 1884, los procesos hipotecarios pertenecían a la clase de los sumarios (artículo 430 fracción X del primero, y artículo 949, fracción X, del segundo). Actualmente derogados.

La reforma legislativa de 14 de marzo de 1973 hizo desaparecer todos los procesos sumarios y dejó subsistente tan sólo el proceso plenario, llamado juicio ordinario y los procesos especiales, incluidos entre ellos los hipotecarios de carácter ejecutivo a que se contraen los artículos 468 y 469 del Código de Procedimientos Civiles vigente.

No debe perderse de vista, además, la disposición del artículo 462 que faculta al titular de un crédito garantizado con hipoteca, para elegir "intentar el juicio hipotecario, el ejecutivo o el ordinario".

Para decidir la elección habrá que atender a las circunstancias especiales de cada caso.

Por tratarse de una pretensión real, el juicio hipotecario, cuyo objeto es obtener el pago a la prelación del crédito garantizado con hipoteca a que se refieren los artículos 468 y 470 del Código de Procedimientos Civiles, se distingue claramente del ejecutivo común, ya que en éste pueden ser materia del embargo,

tanto el bien inmueble que reporta el gravamen como cualquiera otros de la propiedad del demandado, siguiendo en todo caso el orden señalado en el artículo 536 del mismo Código. "²⁵

Eduardo Pallares señala como notas esenciales del aludido juicio especial hipotecario la sumariedad (que fue suprimida en virtud de la reforma decretada dos años después de fallecido este eminente catedrático); su carácter posesorio, porque con él obtiene el actor la posesión jurídica del bien hipotecado, por efecto de la expedición, fijación y registro de la cédula hipotecaria.

Es "de cognición limitada cuando la sentencia declara improcedente la vía hipotecaria, ya que en este supuesto se reservan al actor sus derechos para que los ejercite en juicio "diverso".

Es de ejecución porque supone un título ejecutivo y se inicia con la expedición, fijación y registro de la cédula hipotecaria y con el embargo del inmueble hipotecado. Es de condena.

Cabría agregar a esta enumeración, que se trata de un proceso "reipersecutorio", es decir, que puede promoverse no únicamente contra el que constituyó el gravamen, sino que también contra cualquier tercero poseedor del bien hipotecado.²⁶

Hay más: el artículo 12 del Código Civil, en su oración postrera dispone que: "Cuando después de fijada y registrada la

²⁵ BECERRA BAUTISTA, José. *Op. Cit.* Págs. 47 y 48.

²⁶ PALLARES, Eduardo. *Derecho Procesal Civil*. Editorial Porrúa. México 1995. Pág. 234.

cédula hipotecaria y contestada la demanda cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuara el juicio".

Es notable porque, como lo explica el profesor Becerra Bautista, distingue esencialmente al juicio ejecutivo hipotecario a que nos venimos refiriendo, del ejecutivo común, que únicamente puede ejercitarse contra quien aparece como obligado en el título ejecutivo.

Por lo demás, las restantes pretensiones hipotecarias que se precisan en el párrafo primero del artículo 468, como deducibles en la llamada vía especial hipotecaria, no presentan especialidad en cuanto a la estructura y desarrollo del proceso correspondiente, que ha de ser en todo caso plenario.

El ejecutivo hipotecario, como los demás ejecutivos, se tramita en dos secciones, la principal, que comprende en su totalidad la fase de conocimiento hasta la sentencia y la sección de ejecución que, frente a las de los demás ejecutivos, se distingue sobre todo en que comprende a los trascendentales actos que el juez debe ordenar al punto de admitir la demanda y que consisten en la expedición, fijación y registro de la cédula hipotecaria y la constitución del depósito del bien hipotecado en poder del deudor, salvo que éste no desee asumir la responsabilidad de depositario, en cuyo caso se entregará la posesión al actor o al depositario que él designe (artículos 470, 471, 473, 481 y 482 del Código de Procedimientos Civiles).

A continuación hablaremos de las etapas procesales del juicio hipotecario, entendidas como las fases en que se agrupan

los actos y hechos procesales -a través de los cuales se concreta y desenvuelve el proceso-, de acuerdo con su finalidad inmediata.

Es claro que si bien todos los actos que integran el proceso comparten el objetivo final de éste (que consiste en la composición del litigio), tales actos también se encuentran orientados por la finalidad que persigue cada una de estas etapas procesales.

Éstas, además de su integración teleológica, tienen una vinculación cronológica, en cuanto que los actos que comprenden se verifican progresivamente en el tiempo -en plazos y términos precisos-; y lógica, en razón de que se enlazan entre sí como presupuestos y consecuencias.

En términos generales, los procesos diferentes del penal (civil mercantil, laboral, etc.) se desenvuelven a través de las siguientes etapas:

4.1. FASE POSTULATORIA.

Es una etapa preliminar o previa al proceso propiamente dicho, durante la cual se pueden llevar a cabo algunos de los medios preparatorios o de las providencias precautorias. En ocasiones, esta etapa preliminar puede ser necesaria para poder iniciar el proceso, como ocurre con la conciliación en el proceso del trabajo o con el agotamiento de los recursos administrativos en el proceso fiscal. Generalmente, sin embargo, se trata de una etapa contingente o eventual.

La primera etapa del proceso propiamente dicho es la expositiva, postulatoria o polémica, durante la cual las partes exponen o formulan, en sus demandas, contestaciones y reconvencciones, sus pretensiones y excepciones, así como los hechos y las disposiciones jurídicas en que fundan aquellas. En esta fase se plantea el litigio ante el juzgador.

4.2. FASE PROBATORIA.

Es la segunda fase del proceso y en ella las partes y el juzgador realizan los actos tendentes a verificar los hechos controvertidos sobre los cuales se ha planteado el litigio. Esta etapa se desarrolla normalmente a través de los actos de ofrecimiento o proposición de los medios de prueba, su admisión o rechazo; la preparación de las pruebas admitidas, y la práctica, ejecución o desahogo de los medios de prueba admitidos y preparados.

4.3. FASE CONCLUSIVA.

También conocida como fase de alegatos o de conclusiones, y en ella las partes expresan las argumentaciones tendientes a demostrar que han quedado probados los hechos en que fundaron sus respectivas pretensiones y excepciones y que resultan aplicables los preceptos jurídicos invocados en apoyo de dichas pretensiones y excepciones.

En esta etapa del proceso que es la resolutive, en la cual el juzgador sobre las posiciones contradictorias de las partes y con base en los hechos efectivamente probados, emite su decisión o

sentencia sobre el conflicto de fondo y pone término normalmente al proceso.

Estas cuatro etapas integran lo que se conoce como primera instancia o primer grado de conocimiento del litigio. En ocasiones las leyes procesales establecen que es la única instancia, como ocurre con los juicios civiles o con los juicios laborales. En otras ocasiones, los ordenamientos procesales permiten que, a través de la interposición de un recurso (el de apelación, generalmente), se inicie la segunda instancia o segundo grado de conocimiento del litigio, durante la cual se pueden reproducir, repetir o corregir todas o algunas de las etapas de la primera instancia, según la extensión con que las leyes regulen la segunda instancia. Aun en los procesos en los que se permite la segunda instancia, esta regularmente es sólo una fase eventual, contingente, que puede o no presentarse de acuerdo con los intereses y posibilidades de la parte que no obtuvo sentencia estimatoria en la primera instancia.

Pero además de estas cuatro etapas del proceso en primera instancia y de la posibilidad regular de la segunda instancia, también puede presentarse otra etapa en el caso de que la parte vencida no cumpla con la conducta o la prestación a que le obliga la condena; en este supuesto, la parte vencedora puede promover la iniciación y desarrollo de la etapa de ejecución forzada o forzosa, con el objeto de lograr el cumplimiento coactivo de la sentencia, nos referimos a la vía de apremio, que analizaremos a continuación.

4.4. VÍA DE APREMIO.

Apremio viene de apremiar que significa "compeler a uno a que haga prontamente una cosa". En el antiguo procedimiento español se empleaban las frases: "medios o instrumentos de apremio" para significar aquellos de que se valen los jueces, mientras estuvo en uso el tormento, para hacer confesar a los delinquentes el delito cometido; desaparecido el tormento, adquiere la palabra apremio el sentido que propiamente le corresponde significando aquel procedimiento que emplean los tribunales para hacer efectivas sus sentencias.

Alcalá Zamora y Castillo, enseña que, vía equivale a procedimiento. Por lo que vías de apremio son los procedimientos que se siguen para hacer efectivas las sentencias y comprenden sentencias definitivas ejecutoriadas, definitivas recurridas en apelación, cuando ésta se admite en el efecto devolutivo, sentencias interlocutorias laudos arbitrales; convenios celebrados en juicio y transacciones judiciales.

En el Código de Procedimientos Civiles puede recurrirse también al juicio ejecutivo para lograr el mismo fin que se busca a través de la vía de apremio, en casos específicos.

La vía de apremio referida a la ejecución de la sentencia; hace posible la vigencia de la norma abstracta violada o desconocida por la parte que ha sido condenada en el juicio, mediante un complejo de actividades procesales que se unen para satisfacer los derechos y obligaciones que derivan de la sentencia pronunciada en juicio.

Calamandrei afirma que el Estado, en ejecución forzada, se introduce como autoridad en la esfera jurídica del deudor mediante el empleo de la fuerza física y Carnelutti agrega que tanto el proceso de conocimiento como el de ejecución son parte de un todo, visto desde distintos ángulos: en el primero predomina la resolución de un problema discutido y en el segundo la ejecución de una pretensión insatisfecha.

Para Redenti la ejecución tiende a la consecución de un resultado material tangible, que se actúa *manu iudicis* y que en este resultado está el momento de la sanción, si se quiere el acto-hecho de la tutela jurisdiccional. Concluye diciendo que la sentencia no es sino la etapa inicial de una única acción que encuentra después su desenvolvimiento procesal ulterior en los actos de ejecución; de ahí la terminología en uso: meter sin más las manos sobre los bienes del deudor, tomando posesión de ellos y vendiéndolos, etc. (*jus adispiscendae possessionis, jus vendendi, etc.*).

La legislación positiva fija plazos para que el condenado en un juicio cumpla con una sentencia, laudo arbitral o cumpla con un convenio judicial o transacción.

En la Tercera Partida se establecía: "Et si la sentencia fuese dada contra el demandado en razón de alguna cosa que debiese facer, débelo apremiar que la faga" y la Novísima Recopilación fijó tres días para ejecutarla "si fuese sobre raíz o mueble, que no sea

de dinero y si el juicio fuese de sobre dineros, hágalo el alcalde ejecutar hasta diez días".²⁷

En el Código de Procedimientos Civiles se establece un término improrrogable de cinco días para que se cumpla una sentencia o laudo arbitral y para que el obligado acate el convenio judicial o transacción (artículo 506).

Sin embargo, cuando se trata de obligaciones de hacer, el juez puede fijar un plazo prudente (artículo 517 Código de Procedimientos Civiles) lo mismo que para rendición de cuentas (artículo 519 Código de Procedimientos Civiles).

El transcurso del término fijado en la sentencia, convenio o laudo para su cumplimiento voluntario trae diversas consecuencias, según la naturaleza jurídica de la resolución.

La legislación positiva establece distintos procedimientos según se trate de condena a pagar cantidad líquida o ilíquida, daños y perjuicios y frutos, rentas o productos de cualquier clase de rendir cuentas de hacer o no hacer; de dividir cosa común; de entregar cosas muebles o inmuebles y de condena a la entrega de personas.

Tratándose de condena por cantidad líquida o liquidada mediante un incidente, se procede siempre al requerimiento personal al condenado y si no paga se procede al embargo y remate de bienes.

²⁷ ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto. *Cuestiones de terminología procesal*. Editorial UNAM. México Distrito Federal 1972. Págs. 67 y 68.

Cuando el acreedor que obtuvo sentencia favorable o derechos derivados de un convenio judicial deja transcurrir el plazo para su ejecución, la legislación positiva establece excepciones que puede hacer valer el condenado en plazos escalonados.

Esas excepciones derivan de hechos o convenios que extinguen o modifican la obligación derivada de la sentencia o del convenio, como puede ser pago, novación, espera, quita, pacto de no pedir, transacción, compensación y cualquier arreglo que modifique su contenido. Con estas excepciones se abre nuevamente una fase de conocimiento previa al remate de bienes.

Realizada la homologación de los laudos arbitrales por los jueces ordinarios competentes, son estos funcionarios los que deben efectuar los procedimientos que implican las vías de apremio para hacer efectivas las obligaciones que derivan de esas resoluciones con la potestad plena que implica su jurisdicción.

La competencia territorial, al limitar el ámbito espacial de la jurisdicción de los órganos jurisdiccionales, obliga al legislador a establecer normas para la ejecución de las sentencias y demás resoluciones dictadas por los tribunales y jueces del extranjero y de los estados de la federación.

En la etapa culminante de la vía de apremio se procede a la venta judicial, forzada, de los bienes que han sido embargados, si para entonces aún no hay cumplimiento de las prestaciones adeudadas.

En tales circunstancias, la vía de apremio, utiliza una terminología que podría producir confusión si no esclarecemos el significado y alcance de los términos gramaticales que se emplean:

Por remate, en el significado gramatical, dentro de su acepción forense, entendemos la adjudicación de una cosa en subasta o almoneda.

A su vez, la palabra "subasta" es referida a la venta pública que se hace al mejor postor. Ello quiere significar que en la venta que se realiza se da oportunidad a que concurren a la enajenación de un bien las personas que deseen adquirirlo, bajo la base de que se transmitirá el dominio al mejor postor o sea, al que ofrezca el precio más alto.

Por su parte, la palabra "almoneda" alude a la venta en pública subasta. En consecuencia, podemos considerar que, gramaticalmente hay una equivalencia de significación entre subasta y almoneda, así como una relación sumamente estrecha con el remate que requiere la realización de la venta a través de la subasta o almoneda.

El destacado procesalista hispano Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, nos esclarece el sentido en que pueden utilizarse las expresiones "trance" y "almoneda":

"Trance equivale a embargo de los bienes del deudor y por tanto, el vocablo está mal empleado en el transcrito pasaje del artículo 461, donde resulta redundante. En cuanto a remate, se

relaciona, no con las medidas apremiativas, sino de manera estricta con el término de la subasta. Almoneda es término que en el lenguaje corriente se aplica de preferencia a la de objetos muebles."²⁸

También en el esclarecimiento del vocabulario forense es oportuno que se deslinde el significado de la palabra "trance" ya que el artículo 461 del Código de Procedimientos Civiles determina que, en el juicio ejecutivo, la sentencia decretará, de resultar probada la acción, que ha lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados y con el producto, pago al acreedor.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, sólo se usa la palabra "almoneda" en el artículo 564 y después ya no vuelve a utilizarse y sólo se usa la expresión "subasta".

En sentido amplio podemos considerar que, de acuerdo con el capítulo de "remates", del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el remate abarca todo el procedimiento que tiende a la venta judicial de los bienes embargados hasta llegar a la adjudicación de esos bienes y la aplicación del producto del remate.

En sentido estricto, el remate comprendería la venta propiamente dicha a una persona determinada por haber sido considerada mejor su postura.

²⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto. Op. Cit. Pág. 70.

El distinguido procesalista mexicano Eduardo Pallares sostiene que el remate "...es un acto jurisdiccional en el cual el Juez se sustituye procesal y civilmente al deudor ejecutado y hace lo que éste debiera hacer voluntariamente: vende el bien para pagar a sus acreedores". En el concepto que antecede del remate se enfoca la voluntad del juzgador que enajena un bien, sustituyéndose a la voluntad del propietario que ha sufrido el embargo del bien.²⁹

En concepto nuestro, se omite aludir a la voluntad del comprador del bien en el remate. Hay un acuerdo de voluntades entre el sujeto vendedor, autoridad jurisdiccional y el sujeto comprador que ha adquirido en virtud del procedimiento de venta forzada.

La palabra remate significa la declaración de preferente formulada por el juez en la vía de apremio, respecto de una de las posturas hechas en la correspondiente subasta, en el caso de que haya habido varias o la de ser aceptable, la que se hubiera hecho con carácter de única.

En este concepto de remate ya encontramos las dos voluntades, la de la persona que hace la postura mejor o la postura única aceptable; y la voluntad del juzgador que considera legal y adecuada la postura con lo que ya puede operar la transmisión del dominio.

²⁹ Cfr. PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 523.

En opinión nuestra, el remate es la institución jurídica en cuya virtud, se transmite el dominio de un bien mueble o inmueble embargado, por la autoridad estatal a la persona física o moral que ha reunido los requisitos legales para adquirirla dentro de la vía de apremio.

Constituyen elementos del concepto propuesto los siguientes:

a) Es una institución jurídica dado que hay un conjunto de relaciones jurídicas unificadas con vista a una finalidad común. Esas relaciones jurídicas van desde el avalúo, certificado de gravámenes, postura legal, hasta publicación de la convocatoria a remate, adjudicación, fincamiento del remate, aprobación del remate, otorgamiento de factura o de escritura pública y entrega de posesión. Tantas relaciones jurídicas se unifican en torno a un objetivo común que consiste en darle ejecución forzada, coercible, a una sentencia, para obtener su acatamiento final.

b) Las consecuencias jurídicas más relevantes en el remate es la transmisión del dominio de una cosa al sujeto que ha hecho manifestación de voluntad de adquirir tal cosa. Se traslada el bien del patrimonio del deudor al patrimonio del adquirente en la llamada venta judicial.

c) El bien, enajenado mediante el procedimiento netamente procesal ejecutivo del remate, puede ser un bien mueble o inmueble.

Tiene importancia hacer esta distinción habida cuenta de que rigen diferentes reglas específicas para el remate de bienes

inmuebles, en comparación con la venta judicial de bienes muebles.

d) En el concepto que hemos propuesto damos énfasis al hecho de que el bien que se remata ha sido embargado pues, este es un paso anterior insustituible, de esencia, requisito *sine qua non* para que se lleve a efecto el remate. Se rematan bienes embargados. No es concebible la venta judicial en remate de un bien que previamente no haya sido embargado, se trata de un presupuesto necesario para el remate.

e) La voluntad enajenante del bien que se remata es la de la autoridad estatal que actúa con todo el imperio que corresponde al Poder Público. Podríamos haber mencionado la autoridad jurisdiccional pero, no lo hicimos para comprender dentro del concepto genérico de remate a la autoridad administrativa y a la autoridad fiscal, que también llevan a efecto la venta forzada de bienes. Por supuesto que, el remate dentro del Derecho Procesal Civil, siempre se lleva a cabo por la autoridad judicial.

f) Naturalmente que, en la venta judicial, llamada remate en el proceso civil, es indispensable la concurrencia de la voluntad de la persona física o moral que adquiere el dominio del bien rematado. Si el juzgador, por disposiciones del Derecho Vigente, se sustituye a la voluntad del propietario del bien embargado, no ocurre lo mismo con la voluntad del comprador, para él la adquisición es resultado de una libre manifestación de su voluntad.

g) Claro que no basta la manifestación de voluntad del adquirente en el remate, es preciso que satisfaga cada uno y todos los requisitos que el legislador ha establecido para la venta judicial. Tales requisitos minuciosos están establecidos para garantizar los intereses del ejecutado, a efecto de que los bienes se vendan en remate en las mejores condiciones de precio.

h) El remate forma parte de la vía de apremio, es decir del proceso de ejecución forzada, cuando el deudor ya ha dejado de cumplir con las obligaciones a su cargo derivadas de una sentencia judicial, de un convenio judicial, de una transacción o de un laudo arbitral.

4.5 PREPARACIÓN DEL REMATE.

El remate ha de llevarse a efecto en el local del Juzgado en que actúe el juez que fuere competente para la ejecución.

Lo anterior lo determina textualmente el artículo 565 del Código de Procedimientos Civiles: "Todo remate de bienes raíces será público y deberá celebrarse en el Juzgado en que actúe el juez que fuere competente para la ejecución."

Cabe observar en relación con este dispositivo, que se refiere exclusivamente a bienes raíces pero, en realidad, en el terreno práctico, se aplica para bienes muebles e inmuebles.

En una forma general, emitimos opinión en el sentido de que debiera revisarse todo el capítulo de los remates para hacer

extensivos al remate de bienes, todos aquellos preceptos que son aplicables y son necesarios en relación con los bienes muebles.

Conforme al texto transcrito del artículo 565 del Código Procesal, el remate ha de ser público. Ello significa que pueden acudir a la diligencia de remate todas las personas que lo deseen, sean o no postores. Es una garantía para la persona afectada por el remate que se observe por cualquier interesado la legalidad del procedimiento.

El acceso genérico a todo interesado a la audiencia de remate, está acorde con el carácter de pública que le corresponde a toda audiencia.

La publicidad de la audiencia de remate no debiera limitarse legislativamente al remate de bienes raíces, sino debe abarcar igualmente el remate de bienes muebles.

En la secuela de actos preparatorios al remate de los bienes raíces, en primer término, destaca el deber del ejecutante de exhibir certificado de gravámenes.

Sobre el particular, dispone literalmente el artículo 566 del citado ordenamiento adjetivo:

"Cuando los bienes embargados fueren raíces, antes de procederse a su avalúo, se acordará que se expida mandamiento al registrador de la propiedad para que remita certificado de gravámenes de los últimos diez años; pero si en autos obrare ya

otro certificado, sólo se pedirá al registro el relativo al período transcurrido desde la fecha de aquél hasta la en que se solicite."

Según el texto del precepto, la petición de expedición de certificación de gravámenes se hace por conducto del Juzgado.

En la práctica, suele suceder que, el interesado obtenga directamente del Registro Público de la Propiedad y del Comercio el certificado de gravámenes. Realmente no hay perjuicio procesal a nadie si el interesado obtiene directamente el certificado del registro pero, no se acata literalmente el dispositivo. Lo que sí es indispensable es que obre ese certificado de gravámenes para que se inicie propiamente el procedimiento tendiente a la venta judicial de los bienes inmuebles.

El requisito de que obre en autos el certificado de gravámenes tiene como objetivo darle a los terceros acreedores que son titulares de los gravámenes la posibilidad de deducir sus derechos que el propio Código Procesal les otorga. Así, establece el artículo 567:

"Si del certificado aparecieren gravámenes, se hará saber a los acreedores el estado de ejecución para que intervengan en el avalúo y subasta de los bienes, si les conviniere."

Para que tal derecho opcional pueda deducirse, la exhibición y llamamiento de los terceros debe ser anterior al avalúo y a la subasta. Complementariamente, el artículo 568 fija los derechos de los terceros:

"Los acreedores citados conforme al artículo anterior tendrán derecho:

"I. Para intervenir en el acto del remate, pudiendo hacer al juez las observaciones que estimen oportunas para garantizar sus derechos;

"II. Para recurrir el auto de aprobación del remate, en su caso; y

"III. Para nombrar a su costa un perito que con los nombrados por el ejecutante y el ejecutado practiquen el avalúo de la cosa. Nunca disfrutará de este derecho después de practicado el avalúo por los peritos de las partes o el tercero en discordia, en su caso, ni cuando la valorización se haga por otros medios."

La fracción III transcrita la debemos entender en el sentido de que los terceros deben ser notificados con anterioridad a la práctica del avalúo pues, de otra manera, se les privaría del derecho que esa fracción les otorga a designar un perito.

Diferente será el caso en que el tercero deje pasar la oportunidad procesal que se le confiere por negligencia.

La expedición del certificado de gravámenes que debe obrar en autos requerirá el pago de derechos que el actor se ve obligado a realizar para que pueda iniciarse el proceso, que tiende al remate de los bienes.

Naturalmente que, esto será sin perjuicio de que lo cargue a su correspondiente planilla de costas que se causen por el procedimiento de ejecución.

El valor que se atribuye a los bienes embargados en la base para fijar la postura legal y así poder convocar al remate respectivo.

La parte actora deberá solicitar que se proceda al avalúo de los bienes embargados. Designará un perito valuador de su parte y solicitará que se le prevenga a la contraria para que designe perito valuador de su parte, apercibida que, de no hacerlo dentro del término de tres días que se le fije, para ello el Juez hará la designación en su rebeldía.

El avalúo está sujeto a las reglas que rigen la prueba pericial, únicamente es preciso señalar que tiene una regla propia para el nombramiento del perito en discordia. Textualmente dispone el artículo 569 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

"El avalúo se practicará de acuerdo con las reglas establecidas para la prueba pericial. Si fueren más de dos los peritos valuadores no habrá necesidad de nombrar tercero en discordia."

Es bastante omisa la legislación en cuanto a que no tiene una previsión, referente a la fijación de cuantías diferentes por los peritos de ambas partes y por el tercer perito en discordia. Consideramos que se requiere un pronunciamiento del juzgador para concederle mayor valor a alguno de los dictámenes periciales rendidos y aún para que él fije el valor, dado su carácter de perito de peritos que se deriva del artículo 419 del mismo código

adjetivo, en cuanto a que la prueba pericial se valora según el prudente arbitrio del juez.

El requisito del avalúo previo para que se pueda proceder a la subasta o almoneda, está reiterado por el primer párrafo del artículo 511 del mismo código Procesal.

Este dispositivo está mal ubicado, pues debería estar al lado del precepto que transcribimos en este inciso. Determina el texto del citado artículo 511, en su primer párrafo:

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

El avalúo anterior ha de realizarse conforme a las reglas de la prueba pericial. De otra manera, debe considerarse que no existe tal avalúo anterior, a menos que, se esté dentro de los supuestos del segundo párrafo del artículo 511, que a la letra dice:

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

Es muy usual en los contratos hipotecarios, que las partes hayan fijado convencionalmente un precio al inmueble, dentro de

las estipulaciones del contrato. Igualmente, es frecuente que, ese precio no haya sido fijado arbitrariamente, sino que tenga como base un avalúo bancario.

La defensa del ejecutado, respecto al precio fijado contractualmente, está en la última parte del segundo párrafo del artículo 511, pues el transcurso del tiempo hace variar el precio por la pérdida de valor adquisitivo de la moneda y por la plusvalía. Esto último cuando se trata de inmuebles.

Respecto de bienes muebles, el deterioro de éstos, les hace variar su precio y la situación no la previene el artículo 511. En este caso, sería el acreedor el interesado en que se hiciera nuevo avalúo para que no estuviese sobrevaluado al irse el bien a la subasta. Esta situación se produce principalmente respecto de automóviles, aviones o barcos.

Los honorarios de los peritos valuadores, para el caso de que no haya convenio con ellos y para el caso de que se reclamen los honorarios en costas judiciales, están regidos en el artículo 140 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal,

4.6 ALMONEDA DEL REMATE.

Después del avalúo, la siguiente etapa en el proceso de remate, está constituida por la convocatoria a pública subasta, a fin de llamar a los posibles postores, interesados en la adquisición de los bienes embargados que se someterán a la correspondiente venta judicial.

La convocatoria a pública subasta ha de realizarse con estricta sujeción a lo que disponen los artículos 570 y 572 del Código de Procedimientos Civiles, pues la falta de adhesión a tales preceptos puede producir como consecuencia que el remate no se apruebe.

Nos permitimos reproducir el texto de tales preceptos:

"Artículo 570. Hecho el avalúo se sacarán los bienes a pública subasta, anunciándose por medio de edictos que se fijaran por dos veces en los tableros de avisos de juzgado y en los de la Tesorería del Distrito Federal, debiendo mediar entre una y otra publicación siete días hábiles y entre la última y la fecha del remate, igual plazo. Si el valor de la cosa pasare del equivalente a ciento ochenta y dos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, se insertaran además los edictos en un periódico de información. A petición de cualquiera de las partes y a su costa el juez puede usar además de los dichos, algún otro medio de publicidad para convocar postores".

El artículo 570 transcrito nos sugiere los siguientes comentarios:

a) Al no referirse el precepto exclusivamente a los bienes inmuebles, pudiera pensarse que tales reglas también abarcan a los bienes muebles. Esto no se ha interpretado así en la práctica, dado que el artículo 598 se refiere al remate de bienes muebles. Por ello no vemos en los periódicos la convocatoria al remate de bienes muebles.

b) La razón de la publicación de la convocatoria a subasta es dar a conocer a mayor número de posibles postores la realización del remate de bienes, para que el bien se venda en las mejores condiciones pecuniarias, lo que beneficia al ejecutante y al ejecutado.

4.7 FINCAMIENTO DEL REMATE.

Es postura el ofrecimiento escrito de un precio y de unas condiciones de pago por la persona física o moral interesada en adquirir el bien que se pretende vender judicialmente.

A su vez, es postura legal la que, además de reunir las características anotadas, se subordina a las exigencias que establece el derecho vigente.

En el Distrito Federal, la postura legal ha de reunir los requisitos que marcan los artículos 573, 574, 575, 576, 579 y 580 del Código de Procedimientos Civiles, a saber:

a) La postura legal debe cubrir las dos terceras partes del avalúo o del precio fijado a la finca hipotecada por los contratantes (artículo 573).

b) En las condiciones de pago que se ofrezcan, la parte de contado debe ser suficiente para pagar el crédito o créditos que han sido objeto del juicio y las costas. Cuando por el importe del avalúo no sea suficiente la parte de contado para cubrir el crédito

o créditos y las costas, será postura legal las dos tercias partes del avalúo dadas al contado (artículo 573).

c) La postura legal debe estar respaldada por un depósito en Nacional Financiera, S. A., de una cantidad igual por lo menos al diez por ciento efectivo del valor de los bienes, que sirva de base para el remate, pues sin este requisito la postura no será admitida. Esta cantidad es recuperable.

Textualmente dispone el artículo 574 del Código de Procedimientos Civiles:

"Para tomar parte en la subasta deberán los licitadores consignar previamente, en el establecimiento de crédito destinado al efecto por la ley, una cantidad igual por lo menos al diez por ciento efectivo del valor de los bienes, que sirva de base para el remate, sin cuyo requisito no serán admitidas.

"Se devolverán dichas consignaciones a sus respectivos dueños acto continuo al remate, excepto la que corresponda al mejor postor, la cual se reservará en depósito como garantía del cumplimiento de su obligación y en su caso como parte del precio de la venta."

d) El ejecutante no está obligado a consignar el depósito antes mencionado y puede tomar parte en la subasta y mejorar las posturas que se hicieren (artículo 575).

e) El postor ha de actuar por derecho propio. Si actúa en representación de otro, deberá tener poder y cláusula especial. Se

prohíbe hacer postura reservándose la facultad de declarar después el nombre de la persona para quien se hizo (artículo 576).

f) El postor ha de concurrir al Juzgado el día y hora de la subasta pública (artículo 579), si quiere mejorar su postura.

g) La postura tendrá que ser declarada como buena por el juzgador (artículo 580).

h) Los postores presentes pueden mejorar sus posturas formuladas por escrito (artículo 580).

i) El juez determinará cuál es la postura preferente (Artículo 580)

El día del remate, en el local del Juzgado, a la hora señalada, personalmente, el juez debe pasar lista de los postores presentados y concederá media hora para admitir a los que de nuevo se presenten (artículo 579).

Transcurrida la media hora, el juez declarará que va a procederse al remate y ya no admitirá nuevos postores (artículo 579).

Acto seguido, revisará las propuestas presentadas, desechando, desde luego, las que no tengan postura legal y las que no estuvieren acompañadas del billete de depósito a que se refiere el artículo 574 (artículo 579).

El juez calificará como buenas aquellas posturas que reúna los requisitos legales para ser posturas legales y las leerá en alta voz por sí mismo o mandará darles lectura por la secretaria, para que los postores presentes puedan mejorarlas (artículo 580).

Si hay varias posturas legales, el juez decidirá cuál es la preferente. Hecha esta declaración de postura preferente, el juez preguntará si alguno de los licitadores la mejora (artículo 580).

En caso de que alguno la mejore dentro de los cinco minutos que sigan a la pregunta, interrogará de nuevo si algún postor puja la mejora; y así sucesivamente con respecto a las pujas que se hagan.

En cualquier momento en que, pasados cinco minutos de hecha la pregunta correspondiente, no se mejorare la última postura o puja, declarará el tribunal fincado el remate en favor del postor que hubiere hecho aquella (artículo 580).

Al declarar fincado el remate mandará el juez que dentro del término de tres días siguientes se otorgue al comprador la escritura de adjudicación correspondiente en los términos de su postura y que se le entreguen los bienes rematados (artículo 581).

En el supuesto de que no se presente postor alguno, quedará al arbitrio del ejecutante pedir en el momento de la diligencia que se le adjudiquen los bienes por el precio de avalúo que sirvió de base para el remate o que se saquen de nuevo a pública subasta con rebaja del veinte por ciento de la tasación (artículo 582).

Esta segunda subasta se anunciará y celebrará en igual forma que la anterior (artículo 582).

Si en la segunda subasta tampoco hubiere licitadores, el actor podrá pedir o la adjudicación por el precio que sirvió de base para la segunda subasta, o que se le entreguen en administración los bienes para aplicar sus productos al pago de los intereses y extinción del capital y de las costas (artículo 583).

Si el ejecutante no opta por alguno de los dos supuestos anteriores, podrá pedir que se celebre una tercera subasta sin sujeción a tipo. En este caso, si hubiere postor que ofrezca las dos terceras partes del precio que sirvió de base para la segunda subasta y que acepte las condiciones de la misma, se fincará el remate sin más trámites en él (artículo 584).

Si no llegase a dichas dos tercias partes, con suspensión del fincamiento del remate, se hará saber el precio ofrecido al deudor, el cual dentro de los veinte días siguientes podrá pagar al acreedor librando los bienes o presentar persona que mejore la postura (artículo 584) .

Transcurridos los veinte días sin que el deudor haya pagado ni traído mejor postor, se aprobará el remate mandando llevar a efecto la venta (artículo 584).

Si en el término de los veinte días se mejora la postura, el juez mandará abrir nueva licitación entre los dos postores, citándose dentro de tres días para que en su presencia hagan las

pujas y se adjudicará la finca al que hiciere la proposición más ventajosa (artículo 585).

Si el primer postor, en vista de la mejora hecha por el segundo, manifestare que renuncia a sus derechos o no se presentare a la licitación, se fincará en favor del segundo. Lo mismo se hará con el primero si el segundo no se presenta a la licitación (artículo 585).

En caso de que, en la tercera subasta, se hiciere postura admisible en cuanto al precio, pero ofreciendo pagar a plazos o alterando alguna otra condición, se hará saber al acreedor, el cual podrá pedir en los nueve días siguientes la adjudicación de los bienes en las dos tercias partes del precio de la segunda subasta; y si no hace uso de este derecho, se aprobará el remate en los términos ofrecidos por el postor (artículo 586).

Cualquier liquidación que tenga que hacerse de los gravámenes que afecten a los inmuebles vendidos, gastos de la ejecución y demás, se regulará por el juez con un escrito de cada parte y resolución dentro del tercer día (artículo 587).

4.8 APROBACIÓN DEL REMATE.

Aunque la legislación no es explícita, del artículo 588 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal extraemos la necesidad de que se produzca un acto del juzgador que es indispensable para que el remate produzca los efectos jurídicos que le corresponden de transmisión del dominio. Ese acto debe ser el auto de aprobación del remate.

El juzgador ha de revisar minuciosamente todos los pasos que se han dado en la subasta pública o subastas y los actos preparatorios a la misma y si reúnen todos y cada uno de los requisitos legales, produce la aprobación del remate. En caso negativo, desaprobará el remate.

El fincamiento del remate a favor de persona determinada está sujeto a la revisión respectiva por el juzgador y a la aprobación posterior.

La aprobación o reprobación del remate merecía tener una disposición más amplia y más clara en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal pues, en la actualidad, sólo está prevista tan importante resolución, en el artículo 588.

4.9 ADJUDICACIÓN.

Después de la aprobación del remate, son procedentes los siguientes actos:

- a) Otorgamiento de la escritura de adjudicación;
- b) Consignación del precio de remate;
- c) Entrega del bien o bienes rematados;
- d) Entrega de los títulos de propiedad;
- e) Pago al acreedor de las prestaciones pecuniarias a su favor;
- f) Entrega del remanente al deudor.

En el supuesto de que el comprador no consignare el precio en el plazo que el juez señale, o por su culpa dejare de tener efecto la venta, se procederá a nueva subasta como si no se hubiera celebrado, perdiendo el postor el depósito a que se refiere el artículo 574, que se aplicará por vía de indemnización, por partes iguales, al ejecutante y al ejecutado (artículo 588).

Consignado el precio, se hará saber al deudor que dentro del tercer día otorgue la escritura de venta en favor del comprador, apercibido que, de no hacerlo, el juez lo hará en su rebeldía haciéndolo constar así (artículo 589).

Una vez aprobado el remate, se ordenará la cancelación de la hipoteca, es decir, girar oficio al Registro Público de la Propiedad y de comercio de la entidad en que haya sido hipotecado el inmueble y se procederá a la designación del Notario Público, para que tire la escritura correspondiente de adjudicación, siendo, en este momento otorgada la posesión del bien inmueble.

Dado que en la practica, esto se hace por sentencia interlocutoria, en su caso si el inmueble se encuentra ocupado, de procederá a su lanzamiento a su costa, facultando al C. Secretario Actuario, para que haga el uso de la fuerza pública y rompimiento de cerraduras, girando oficio a la Secretaria de Seguridad Publica, para que proporcione los elementos necesarios para la practica de la diligencia, entregando el funcionario publico, la posesión tanto física como material del bien inmueble,

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La utilidad del contrato tiende a desaparecer por la prevalencia de los intereses sociales sobre los intereses individuales, pues ya se proclama la decadencia del contrato, el dirigismo contractual, la publicitación del contrato, queriendo dar a entender con tales expresiones que hoy día la voluntad de las partes juega un papel muy limitado y secundario en la formación del contrato, por la intervención cada vez mayor del Estado en el contenido del mismo.

SEGUNDA.- La concepción amplia del contrato, identifica al contrato con la convención o acto jurídico bilateral y que incluye todo acuerdo dirigido a crear, modificar, o extinguir relaciones de obligación y a constituir relaciones de derecho de familia. Luego estaría la concepción estricta en que se separa a la convención del contrato, siendo la primera el género y el segundo la especie.

TERCERA.- La oferta, denominada también propuesta o policitud, consiste en la declaración unilateral de voluntad que hace una persona a otra u otras, proponiéndoles la celebración de un contrato.

CUARTA.- Para que la oferta sea eficaz y sea tomada en consideración por el destinatario, debe ser seria y concreta. Esto quiere decir que debe contener los datos necesarios para la plena individualización del contrato que se ofrece celebrar, describiéndolo en todos sus detalles y pormenores.

QUINTA.- La obligación nos constriñe a un dar, o un hacer o a un prestar algo y su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio del deudor. Por consecuencia cuando el acreedor exige el cumplimiento de la obligación es posible que su intención se agote en un resultado en tanto que el deudor sólo quiera cumplir en cuanto sea posible y necesario.

SEXTA.- La propuesta y la aceptación pueden hacerse telegráficamente, siempre que los contratantes con anterioridad hubieren estipulado por escrito esta forma de contratación y que los originales de los respectivos telegramas contengan las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.

SÉPTIMA.- La causa que da nacimiento a la obligación expresará con claridad, el objeto de esa obligación, si se celebró un contrato de obra a precio alzado la obligación del sastre será terminar el traje; si encargo la realización de un acto jurídico a un representante, el objeto de la obligación será su actividad, a no ser que hubiéramos pactado el resultado.

OCTAVA.- La obligación es susceptible de valoración económica y el objeto es la transmisión de derechos y obligaciones, puede consistir en un dar una cosa o en un hacer o no hacer un hecho.

NOVENA.- Puede entenderse como capacidad, la aptitud o suficiencia para alguna cosa. Jurídicamente se entiende como la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o como la facultad o posibilidad de que esta persona

pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma.

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

DÉCIMO PRIMERA.- Se define a la mala fe como la "disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido". Es pues una actitud pasiva de una de las partes en el acto jurídico frente al error en que se encuentra la otra, ya que habiéndolo advertido lo disimula y se aprovecha de él.

DÉCIMO SEGUNDA.- Con el término hipoteca, se designan tanto al contrato, como al derecho real de garantía, que es aquél que se constituye sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor hipotecario del bien y que le da derecho a su titular de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la ley.

DÉCIMO TERCERA.- La hipoteca, en el sistema del Código Civil, puede ser voluntaria o necesaria. La primera y es la convenida entre partes o por disposición unilateral del dueño de los bienes. La hipoteca necesaria tiene su origen en un mandato legal y su

finalidad consiste en preservar los derechos o intereses de determinado tipo de personas, colocadas en situación de inferioridad, ya sea por minoría de edad u otra clase de incapacidad o bien los intereses de los administrados forzosos cuyos administradores deben garantizar su gestión.

DÉCIMO CUARTA.- El contrato de mutuo pueda clasificarse como unilateral, en la realidad económica éste no surge sino hasta la entrega de la cosa y la obligación del mutuario a restituir otro tanto de la misma especie y calidad. Si se pactase el pago de intereses y el deudor incumpliese en alguno de los pagos, el mutuante puede dar por terminado el contrato por la pérdida del beneficio del término en función de la mora, pero siempre que después de contraída la obligación el deudor resultara insolvente.

DÉCIMO QUINTA.- El mutuo puede ser civil o mercantil, siendo el primero el del derecho común y el segundo aquel que se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, puede también ser mutuo simple o, a interés.

DÉCIMO SEXTA.- El fundamento por el cual el legislador faculta para que el mutuante pueda convenir con el mutuario en el pago de un interés se encuentra la razón económica del exceso o escasez del dinero. Si nada se dijera sobre el valor del interés, el legislador lo presume en un nueve por ciento anual; pero las partes pueden convenir un interés diferente al señalado por el texto y éste recibe el nombre de interés convencional.

DÉCIMA SÉPTIMA.- El arrendamiento financiero, es el contrato en virtud del cual la arrendadora financiera se obliga a adquirir determinados bienes y a conceder su uso o goce temporal, a plazo forzoso, a una persona física o moral, obligándose ésta a pagar como contraprestación, que se liquidará en pagos parciales, según se convenga, una cantidad de dinero determinada o determinable, que cubra el valor de adquisición de los bienes, las cargas financieras y los demás accesorios, y adoptar al vencimiento del contrato alguna de las opciones terminales previstas en la ley aplicable.

DÉCIMO OCTAVA.- Todos los actos que integran el proceso comparten el objetivo final de éste (que consiste en la composición del litigio), tales actos también se encuentran orientados por la finalidad que persigue cada una de estas etapas procesales. Estas, además de su integración teleológica, tienen una vinculación cronológica, en cuanto que los actos que comprenden se verifican progresivamente en el tiempo en plazos y términos precisos, y lógica, en razón de que se enlazan entre sí como presupuestos y consecuencias.

DÉCIMO NOVENA.- La garantía es una locución que se refiere a los contratos cuya finalidad es asegurar al acreedor el pago de su crédito otorgando con ello, confianza en el deudor. Son pues, necesariamente contratos accesorios. Se divide en garantía real y garantía personal, dependiendo de la seguridad emanada de los bienes, en el primer caso, o de las personas, en el segundo. Surgen como una expresión de la responsabilidad del deudor en el cumplimiento de sus obligaciones.

VIGÉSIMA.- Esta garantía contractual se da mediante la fianza, prenda e hipoteca, antiguamente también existía la anticresis. Históricamente surgen primero las garantías personales. Éstas aseguran el cumplimiento de la obligación mediante la creación de una pluralidad de deudores, disminuyendo, con ello, el riesgo que corre el acreedor de no ser pagado; la fianza es el contrato regulado por el Código Civil que responde a esta necesidad.

VIGÉSIMO PRIMERA.- En algunos casos esta garantía personal no surge de terceros, sino a través de contratos innominados como podría ser un contrato de indemnización, con los que se cumple la finalidad de otorgar al acreedor una mayor seguridad sin que sea necesario afectar el patrimonio del deudor.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- De esta forma las garantías reales gravan un bien del patrimonio del deudor dotando al acreedor de un derecho real sobre el mismo de tal manera que, en casos de incumplimiento, pueda obtener el pago de su crédito del producto de la venta. Estas garantías reales se dan con la hipoteca y la prenda. En estos casos, pues, el acreedor tiene dos acciones para el cobro de su crédito: la acción hipotecaria o prendaria, por un lado, que recae sobre el bien gravado en contra del poseedor o detentador, y la acción personal en contra del deudor sobre todos sus bienes.

VIGÉSIMO TERCERA.- Almoneda alude a la venta en pública subasta. En consecuencia, podemos considerar que, gramaticalmente hay una equivalencia de significación entre subasta y almoneda, así como una relación sumamente estrecha

con el remate que requiere la realización de la venta a través de la subasta o almoneda.

VIGÉSIMO CUARTA.- Pueden utilizarse las expresiones trance y almoneda. Trance equivale a embargo de los bienes del deudor, en cuanto a remate, se relaciona, no con las medidas de apremio, sino de manera estricta con el término de la subasta. Almoneda es término que en el lenguaje corriente se aplica de preferencia a la de objetos muebles.

VIGÉSIMO QUINTA.- Después del avalúo, la siguiente etapa en el proceso de remate, está constituida por la convocatoria a pública subasta, a fin de llamar a los posibles postores, interesados en la adquisición de los bienes embargados que se someterán a la correspondiente venta judicial.

VIGÉSIMO SEXTA.- Debe establecerse en el bien que se saca a remate, el precio fijado en el avalúo, el monto de la postura legal, el Juzgado en el que se llevará a cabo el remate, el expediente en que se tramita el procedimiento de ejecución, la fecha señalada para el remate o pública subasta.

VIGÉSIMO SÉPTIMA.- Aprobado el remate, por auto firme el juez ordena el otorgamiento de la escritura de adjudicación y la entrega de los bienes al comprador pero, en esa misma resolución ordena al comprador que consigne, ya sea ante el propio juez o ante el notario que va a autorizar la escritura respectiva, el precio del remate.

VIGÉSIMO OCTAVA.- Una vez que la sentencia interlocutoria de aprobación de remate, ha causado ejecutoria, se ordenará la designación de notario publico, para que tire la escritura correspondiente o sea, la de nuevo adjudicatario del bien inmueble.

VIGÉSIMO NOVENA.- Una vez hecho lo anterior, en caso de encontrarse ocupado el inmueble se procederá a su lanzamiento. autorizando al C, Secretario Actuario, el uso de la fuerza pública y rompimiento de cerraduras.

BIBLIOGRAFÍA.

ABASCAL ZAMORA, José María. Voz Avío. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo A- CH. Editorial Porrúa - UNAM. México 1996. 9ª Edición.

ACOSTA ROMERO, Miguel. Voz Apertura de Crédito. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo A- CH. Editorial Porrúa - UNAM. México 1996. 9ª Edición.

ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, Niceto. Cuestiones de terminología procesal. Editorial UNAM. México 1972.

BECERRA BAUTISTA, José. El proceso civil en México. Editorial Porrúa. México 1995. 16ª Edición.

BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de la Obligaciones. Editorial Porrúa. México 2000. 27ª Edición.

BUEN LOZANO, Néstor De. La decadencia del Contrato. Textos Universitarios. México 1965.

CORNEJO CERTUCHA, Francisco. Voz Contrato. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo A- CH. Editorial Porrúa - UNAM. México 1996. 9ª Edición.

CRUZ PONCE, Lisandro. Voz Consentimiento. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo A- CH. Editorial Porrúa - UNAM. México 1996. 9ª Edición.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. México 1995. 34ª Edición.

GRECO, Paolo. Curso de Derecho Bancario. Traducción de Raúl Cervantes Ahumada. Editorial Jus. México 1945.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones. Editorial José María Cajica. Puebla, Pue. México 1974. 5ª Edición.

KELSEN, Hans. El contrato y el Tratado analizados desde el punto de vista de la Teoría Pura del Derecho. Traducción de Eduardo García Máynez. Editora Nacional. México 1979.

MANTILLA MOLINA, Roberto L. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México 1996. 29ª Edición.

MOTILLA MARTÍNEZ, Jesús. El factoring. Revista Jurídica Tomo II. México 1981.

PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. México 1995.

PINA, Rafael de y CASTILLO LARRAÑAGA. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. México 1995. 25ª Edición.

PLANIOL, Marcelo y otro. Tratado práctico de Derecho Civil francés. Tomo VI. Editorial Cultura. La Habana Cuba 1942.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo V. Vol. I. Obligaciones. Editorial Porrúa. México 1995. 26ª Edición.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón. De los contratos Civiles. Editorial Porrúa. México 1995. 14ª Edición.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. Voz Arrendamiento Financiero. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo A- CH. Editorial Porrúa - UNAM. México 1996. 9ª Edición.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro. Voz Factoraje. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo D-H. Editorial Porrúa - UNAM. México 1996. 9ª Edición.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles. Editorial Porrúa. México 1992. 4ª Edición.

LEGISLACIÓN.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Vo. Bo.
