



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON

**NULIDAD DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO
CON GARANTÍA HIPOTECARIA, POR LA ILICITUD EN EL
OBJETO, DERIVADO DE LA INVIABILIDAD DEL
ESQUEMA FINANCIERO CONTENIDO EN EL MISMO.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO:
P R E S E N T A :
JOSÉ JAVIER HERNÁNDEZ MUÑOZ

ASESOR : LIC. GUSTAVO JIMÉNEZ GALVAN

m340108

SAN JUAN DE ARAGÓN ESTADO DE MÉXICO,

2005



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi libro de recepción.

NOMBRE Hernández Muñoz

José Javier

FECHA: 26-NOV-09

FIRMA: [Signature]

A MIS PADRES:

Con infinito amor, dedico este trabajo a las personas más importantes en mi vida, **EUSEBIA MUÑOZ CAMPOS** y **CONSTANTINO HERNÁNDEZ BAUTISTA**; agradeciendo todo lo que con su vida, desvelos y preocupaciones han hecho por mí, y a quienes debo, no solo el haber concluido mi carrera profesional, sino el ser una persona completamente feliz; por lo que el presente logro no solo es mío, sino de los tres; sirva pues el presente como testimonio de mi infinito agradecimiento y amor.

A MIS HERMANOS:

JOSÉ CONSTANTINO y **MARIBEL**, por lo que juntos hemos vivido, por el amor y cariño, que siempre me han brindado.

A MIS SOBRINOS:

MARIBEL, MONSERRAT, SAUL y **VALERIA**, con amor y cariño; por la motivación que han sido en mi.

AL LIC. GERMÁN SÁNCHEZ ALONSO:

Por ser el ejemplo de logros y existo, que me motivo día a día, a seguir superándome como persona y profesionalista.

**AL LIC. ARTURO VÁZQUEZ
ESPINOSA:**

Por ser un verdadero compañero, amigo y por contar con su apoyo incondicional.

AL LIC. GUSTAVO JIMÉNEZ GALVAN:

Por la confianza y atención brindada en la elaboración del presente trabajo.

A LOS LICS.

YUNET ADRIANA ABREU BELTRÁN

CESAR GUERRERO BUSTOS

ERIKA IVONNE PARRA RODRÍGUEZ

PATRICIA GARCÍA CARRASCO

Por su valiosa colaboración en el
perfeccionamiento del presente trabajo.

A MIS AMIGOS:

Por su amistad y renovado apoyo.

A MIS PROFESORES:

Por la colaboración que prestaron todos ellos
para la formación académica profesional que
recibí.

A MI QUERIDA UNIVERSIDAD:

Donde logré mi formación profesional y
gran parte de mi formación como ser
humano.

I N D I C E

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	I
CAPITULO 1.....	
DE LAS OBLIGACIONES Y EL ACTO DE COMERCIO.....	1
1.1.- Obligaciones Civiles y Mercantiles.	1
1.2.- Distinción entre obligaciones civiles y obligaciones mercantiles.	4
1.3.- El acto de comercio.....	7
CAPITULO 2.....	
EL CONTRATO BANCARIO.....	13
2.1.- La Banca.....	13
2.2.- El crédito.....	21
2.3.- El crédito bancario como acto de comercio.	22
CAPITULO 3.....	
DE LOS CONTRATOS MERCANTILES, EN ESPECÍFICO EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO Y EL CONTRATO DE HIPOTECA.....	26
3.1.- El contrato de apertura de crédito.....	26
3.2.- El contrato de hipoteca.....	39
3.3.- Elementos de existencia de los contratos de apertura de crédito y de hipoteca.....	49
3.4.- Requisitos de validez del contrato.....	57
3.5.- Sujetos que intervienen en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria....	69
3.6.- Obligaciones de los contratantes.....	70

3.7.- Derechos de lo contratantes.....	71
3.8.- Objeto, licitud e ilicitud en los contratos.....	72
3.9.- Causas de terminación del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria....	78
CAPITULO 4.....	
NULIDAD DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, POR LA ILICITUD EN EL OBJETO, DERIVADO DE LA INVIABILIDAD DEL ESQUEMA FINANCIERO CONTENIDO EN EL MISMO.....	80
4.1.- La voluntad de las partes y los contratos de adhesión.....	80
4.2.- El concepto de crédito hipotecario.....	83
4.3.- Objeto del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.....	84
4.4.- Ilícitud en el objeto.....	84
4.5.- Nulidad del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.....	87
4.6.- Medio idóneo de prueba (prueba pericial en materia del cálculos matemáticos financieros)...	90
4.7.- Inviabilidad económica del crédito.....	94
4.7.1- Estudio Financiero.....	94
4.7.2.- Proyecciones financieras.....	98
4.7.3.- Escenario optimista.....	99
4.7.4.- Escenario realista.....	100
4.8.- Análisis de resolución dictada por autoridad judicial derivada de la demanda de nulidad del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, por la ilicitud en el	101

objeto, derivada de la inviabilidad del esquema financiero contenido en el mismo.....	
4.9.- Jurisprudencias y Criterios Jurisprudenciales.....	106
PROPUESTAS	119
CONCLUSIONES	120
BIBLIOGRAFÍA	123

INTRODUCCIÓN

La problemática en nuestro país, respecto de los créditos con garantía hipotecaria, han ocasionado que la mayoría de éstos se encuentren a la fecha vencidos y no pagados, ya que las Instituciones de Crédito, han viciado el servicio de banca; en específico, el de otorgamiento de contratos de aperturas de crédito como el que nos ocupa, pues ahora no se trata con este servicio de realmente ayudar a aquella persona que acude a una Institución de Crédito a solicitar un crédito para adquirir una casa donde vivir y así darle un mejor tipo de vida a su familia, sino que, de lo que ahora se trata, es de hacer negocio y enriquecerse a costa de ellas, puesto que los bancos les otorgan créditos que no son pagables de acuerdo a la capacidad de pago de cada uno de los acreditados, ya que la misma Ley reguladora de aquellos, que es la Ley de Instituciones de Crédito, en su artículo 65, les obliga a realizar un estudio socioeconómico de cada acreditado que solicita un crédito, así como una proyección financiera del crédito que se pretende autorizar, a efecto de otorgar una seguridad tanto jurídica como económica en la viabilidad del multicitado crédito, lo que las Instituciones de Crédito dejaron de hacer, en perjuicio de los acreditados, no así en perjuicio suyo.

Esto de manera parcial lo ha definido nuestra Suprema Corte de Justicia, en la ejecutoria de la contradicción de tesis 38/98, resolución, que más que jurídica, es de corte político y económico, ya que resulta por demás ilógico, que se diga que la omisión a dicha disposición legal, es en perjuicio de la Institución de Crédito, que es la que no podrá recuperar el crédito otorgado, cuando no hay que olvidar que ésta cuenta con una garantía hipotecaria, y más aún se quedará con todos y cada uno de los pagos realizados a la fecha, así como de aquellos bienes que embargue.

en caso de que exista saldo deudor, resultando en consecuencia ilógico que se haya resuelto en tal sentido.

Pero retomando nuestra idea, se ha viciado el servicio de banca, como anteriormente lo referimos, ya que al ser la Institución de Crédito una persona moral perito en cuestiones financiera y jurídica, al contar con áreas especializadas en dichas ramas, ésta no tiene impedimento alguno para que los créditos que la misma otorgue, sean viables, y en consecuencia liquidados por los acreditados.

Sin embargo, de lo que ahora se trata es de enriquecerse, al otorgar créditos que de antemano saben los bancos que no van a poder ser liquidados por los acreditados a quien se otorgan éstos, al someterlos a esquemas financieros complejos, que en nada son entendibles para el común de las personas, más que para un especialista es materia financiera y actuarial, siempre y cuando éste, cuente con el tiempo suficiente para realizar un estudio minucioso de dicho esquema, con lo que el banco, concluye un negocio redondo, como coloquialmente se podría decir, ya que en momento alguno recibe algún comentario u objeción a su contrato que otorga a sus acreditados, ya que el acreditado, siempre cuenta con la Institución de Crédito como su asesora financiera. Esto es, al ser ella la perito en la materia, el acreditado lo único que le queda es aceptar el dictamen que de uno realiza, toda vez que el banco le señala que le otorgará un crédito apto a su capacidad económica, para lo cual supuestamente realiza un estudio socioeconómico, que le es cobrado al acreditado; sin embargo, y no obstante de señalarle que es sujeto de determinado monto de crédito, que supuestamente es de acuerdo a la capacidad económica de éste, le abre de manera dolosa, una línea de crédito adicional para el pago de pasivos.

Luego entonces, no queda clara la buena fe del banco, quien supuestamente le está prestando servicio de asesor jurídico y financiero, y le concede el crédito que mejor le conviene, ya que, si de acuerdo al resultado del estudio que se le realiza, es capaz de liquidar el crédito que se le concede; ¿para qué otorgarle un crédito adicional para pagar aquellos intereses que no logre liquidar, si supuestamente sí lo va a poder liquidar, porque así se lo ha dictaminado un especialista en materia financiera?, lo que pasa es que no tiene la seguridad de que podrá liquidar el crédito otorgado por el banco, o tiene pleno conocimiento que dicho crédito no es liquidable de acuerdo a la capacidad económica de éste, y de manera dolosa tiene conocimiento de todas y cada una de las consecuencias que esto acarreará, ya que el esquema financiero que contienen los contratos otorgados, se hacen consistir en capitalizar intereses sobre intereses, lo que se encuadra perfectamente en la figura jurídica del anatocismo, que contrario a lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, si se contempla en nuestro Sistema Jurídico Mexicano, de acuerdo al artículo 2661 del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.

Esto denota una falta de seriedad de parte de la citada Suprema Corte de Justicia, para el estudio y análisis de dicha problemática, lo que se concluye en un favoritismo hacia el sistema financiero del país, sacrificando como siempre a la clase más desprotegida que es la acreditada, ya que después de realizar un estudio financiero al contrato de crédito, y de un minucioso estudio al esquema financiero contenido en el mismo, por especialistas en materia financiera y actuarial, se comprueba que dicho esquema financiero es **INVIABLE DE ORIGEN**, esto es, que aunque el acreditado pague puntualmente los pagos que la propia Institución de Crédito le asignó, éste no se liquida, ya que llega el momento en que el crédito absorbe el 100% de los ingresos del acreditado, cuando de acuerdo a las sanas prácticas bancarias, para que un crédito se considere viable, debe absorber únicamente el 30% de los ingresos del acreditado.

De ahí se explica el por qué el otorgamiento de una línea de crédito adicional, que supuestamente y de acuerdo a las sanas prácticas bancarias, no debe rebasar el monto del crédito adicional, cuando muchas de las veces, éste se otorga por diez veces el crédito adicional, lo que no es exagerado, ya que hay personas a quien se les otorgan créditos por un Millón de pesos y lo que se les está cobrando en la actualidad es la cantidad de diez millones de pesos, lo que resulta por demás usurero, esa es la palabra.

Lo que ahora las Instituciones de Crédito practican es la usura, ya que abusando de la necesidad e ignorancia de los acreditados, se les induce al error, se les mantiene en él, mediante artificios y engaños, prometiendo que los créditos se liquidarán en el plazo que se les otorga, a saber, 15 o 20 años, y con el 30% de sus ingresos, siendo éste el falso supuesto que motiva a los acreditados a celebrar los referidos contratos, y más aún, se les obliga a cumplir el objeto de un contrato que es imposible de cumplir, dada la Inviabilidad del esquema financiero contenido en el mismo.

De ahí que el objeto de este trabajo sea, el de demostrar, que el actuar de las Instituciones de Crédito en el otorgamiento de créditos hipotecarios, es de manera dolosa y de mala fe, siempre enfocados a obtener un beneficio desproporcionado, en perjuicio de sus acreditados, llegando a otorgar créditos en los que su objeto es imposible de cumplir, dada la inviabilidad del esquema financiero contenido en los mismos, sin que esto signifique que el crédito en sí sea malo, ya que un crédito otorgado, respetando las sanas prácticas bancarias, así como el estricto apego a la ley, siempre será saludable para la economía y crecimiento del país, en un claro reflejo en beneficio de su Sociedad.

CAPITULO 1

DE LAS OBLIGACIONES Y EL ACTO DE COMERCIO

1.- DE LAS OBLIGACIONES Y EL ACTO DE COMERCIO.

En este primer capítulo abordaremos lo que son las obligaciones civiles de manera general, y las obligaciones mercantiles de manera particular, así como las diferencias existentes entre unas y otras, para así poder adentrarnos al estudio del acto de comercio en si, ya que al tratarse el presente capítulo de la nulidad del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, y ser este en si un acto de comercio, es necesario e indispensable el desarrollo del presente capítulo.

1.1. OBLIGACIONES CIVILES Y MERCANTILES.

Las escasas normas mercantiles sobre obligaciones y contratos son reglas especiales que alteran y derogan principios del derecho civil por contener variantes en su forma, principios que se encuentran vinculados con la propia actividad comercial. Sin embargo, los conceptos generales aplicables al derecho mercantil son los mismos del derecho civil, siendo por ello este último, supletorio en las relaciones comerciales cuando la legislación mercantil es omisa.

Es por lo anterior que nos vemos en la necesidad de estudiar primeramente qué es la obligación y qué es el contrato, para concluir con su significado y así con la importancia de las obligaciones mercantiles.

Por lo que respecta al primer término, es decir, la obligación (comprendido dentro de la denominada teoría general de las obligaciones, piedra angular del derecho), tenemos que:

"Las Instituciones de Justiniano definieron así la obligación: Es un lazo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra Ciudad "¹ "Obligatio est iuris

vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura".²

Los conceptos que proporcionan los actuales tratadistas sobre lo que es la obligación, no difieren mucho del anterior concepto definido por las Instituciones de Justiniano, siendo una de las más representativas la que proporciona el Licenciado Manuel Borja Soriano al señalar:

"Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra llamada acreedor, una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor."³

Derivado de lo anterior, tenemos que la obligación está conformada por tres elementos fundamentales:

1.- Un sujeto activo y un sujeto pasivo.

2.- Una relación jurídica, es decir, una relación protegida por el derecho que da al acreedor la facultad de ejercitar una acción ante el juez para obtener del deudor la prestación objeto de la obligación, o su equivalente.

3.- El objeto, que es una prestación o una abstención de carácter patrimonial.

Las obligaciones nacen de diversas fuentes, siendo una de ellas el contrato, que hoy en día es la más importante de las obligaciones mercantiles, ya que la actividad de los comerciantes consiste básicamente en contratar, misma que se encuentra definida en nuestro Código Civil y en donde, asimismo, podemos apreciar que el contrato es una especie del género convenio; así, el

¹ PETIT, Eugene. Tratado de Derecho Romano, 2a. ed., Editorial Época, S.A., México 1985, p. 313.

² BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General de las obligaciones, 12a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1991, p. 69.

³ Ibidem., p.71.

artículo 1792 establece que: **“Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.”** y el artículo 1793 consigna: **“los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”**

Ambas definiciones son aplicables a la materia mercantil, por lo tanto, se habla de convenios y contratos mercantiles, los cuales quedan sujetos a las reglas y disposiciones establecidas en el Código de Comercio y de manera supletoria al Código Civil.

En virtud de lo anterior, el contrato puede desempeñar funciones muy complejas y dar lugar a situaciones jurídicas; puede crear o transferir relaciones obligatorias o crediticias; crear un derecho al mismo tiempo que una relación obligatoria; como ejemplo tenemos a la hipoteca y la prenda; también puede producir una transmisión patrimonial como lo es la compraventa; puede vincular para la celebración de un futuro contrato que por el momento no se puede o no se requiere estipular, así hablamos del contrato preparatorio.

Siguiendo nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal, los contratos, a su vez, pueden ser clasificados de la siguiente manera; unilaterales, cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada; bilaterales, cuando las partes se obligan recíprocamente; oneroso, aquel en el que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; gratuitos, aquél en donde el provecho es sólo para una de las partes; conmutativos, aquél en donde las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde la celebración del contrato pudiéndose apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause y aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice.

Atendiendo a la división más amplia que han proporcionado diversos doctrinarios, el derecho se divide en derecho público y derecho privado, clasificándose de igual manera las obligaciones en: obligaciones de derecho público y obligaciones de derecho privado.

Dentro del campo del Derecho Privado encontramos el punto que nos interesa, es decir, las obligaciones mercantiles, definidas a su vez por el Licenciado Ernesto Gutiérrez y González de la siguiente manera:

"Son todas aquellas que derivan de una relación surgida entre personas que deben regir su conducta conforme a lo dispuesto en las leyes mercantiles, o aquellas que intrínsecamente las considera la ley como mercantiles sin importar la persona que las realiza."⁴

El tratadista Vázquez del Mercado, siguiendo el concepto de obligación civil, proporciona su definición de lo que es la obligación mercantil, manifestando que:

"...constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación que tiene carácter mercantil porque el acto que la origina es de naturaleza mercantil, un contrato mercantil."⁵

1.2. DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIONES CIVILES Y OBLIGACIONES MERCANTILES.

En virtud de lo antes expuesto, podemos concluir que las normas del derecho mercantil contienen las mismas bases que las normas que conforman el derecho civil, pero las primeras deben ser adaptadas a las exigencias de la rápida actividad mercantil, no existiendo por ello una regulación de las obligaciones mercantiles distinta a la de las obligaciones civiles (excepto algunos

⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las obligaciones, 7a. ed., Editorial Cajica, México 1990, p. 51

⁵ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contratos Mercantiles, 3a. ed., Editorial Porrúa, S.A. México 1989, p. 54.

artículos que se establecen en el Código de Comercio); es decir, los principios y bases son los mismos para ambas, lo que cambian son las modalidades, de tal suerte que la legislación civil se aplica supletoriamente a la legislación mercantil cuando ésta es omisa.

Es por ello que, al no existir diferencia entre las normas reguladoras de las obligaciones mercantiles de las civiles, en nuestro Código de Comercio no encontramos la teoría general de las obligaciones que encontramos en el Código Civil.

El fundamento legal de lo antes expuesto lo encontramos en los artículos 2° y 81 del Código de Comercio, que establecen:

“Artículo 2°. A falta de disposiciones de este código, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común.”

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

De lo anterior concluimos que existen leyes y usos mercantiles, que en su mayoría regulan la diversidad de problemas que ofrecen los actos mercantiles, pero existen particularidades que originan que nos veamos en la necesidad de recurrir supletoriamente a las normas del derecho civil para dar solución al caso concreto.

No obstante lo anterior, la importancia de distinguir entre obligaciones y contratos civiles y obligaciones y contratos mercantiles:

“... se complica en nuestro régimen jurídico de acuerdo con el pacto federal establecido por nuestra Constitución, ya que se asigna al Congreso competencia para legislar en materia de comercio (artículo 73, fracción X), mientras que la legislación civil se conserva como

materia propia de los Estados. La legislación mercantil es única y aplicable a todo el territorio Nacional, la Civil es múltiple y la dictan las entidades federativas para su territorio local. Por tanto, la necesidad de establecer una distinción clara para los contratos que son mercantiles obedece, entre otras, a estas razones básicas.⁶

Otro de los motivos importantes para establecer tal distinción consiste en que en la legislación mercantil encontramos normas excepcionales para las obligaciones y contratos mercantiles, que son reglas especiales que derogan a las normas civiles de carácter general.

Tenemos otro punto importante en cuanto a la legislación procesal que se debe aplicar para el conflicto de intereses y como consecuencia de ello, la vía procesal a seguir, ya que existe tanto legislación procesal civil, como legislación procesal mercantil establecida dentro del Código de Comercio.

Asimismo, no debemos olvidar que en la materia mercantil existen infinidad de usos que son aplicables por la extensión y rapidez de las transacciones comerciales, lo que no sucede en la materia civil.

El Licenciado Javier Arce Gargollo expone que la doctrina ha considerado diversos criterios para determinar en qué casos estamos en presencia de un contrato, o bien, de un acto mercantil:

a).- Debe atenderse a la nota característica del fin, el cual debe ser de lucro o provecho.

b).- Los contratos mercantiles son aquellos que surgen en las relaciones a que da lugar el ejercicio de una empresa o que están vinculados a la actividad empresarial (entendiendo en este punto a la empresa como negociación mercantil).

⁶ ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos, 2a. ed., Editorial Trillas, S.A. de C.V., México 1989, p. 13 y 14

c).- Por su parte, el Licenciado Rodríguez considera que el derecho mercantil es el derecho de los actos en masa, realizados por empresas y que los actos celebrados por empresas poseen también la característica de ser realizados en masa.

d).- Los contratos mercantiles son los que constituyen alguno de los actos de comercio del artículo 75 del Código de Comercio o cuando recaen sobre cosas mercantiles.

Especialmente es en el último inciso antes señalado, en donde se encuentra basada nuestra legislación mercantil, ya que en el Libro Segundo de nuestro Código de Comercio, Título primero, denominado "De los actos de comercio y de los contratos mercantiles en general", el legislador plasmó las formas especiales aplicables a los contratos mercantiles.

1.3 EL ACTO DE COMERCIO.

Tal como lo considera el Licenciado Gutiérrez y González, en algunas ocasiones resulta difícil distinguir una obligación civil de una obligación mercantil, pues ello depende muchas veces de un criterio arbitrario, expresando algunos civilistas que las normas mercantiles son normas excepcionales respecto del derecho civil, lo cual es objetado por los autores de derecho mercantil, desatándose así una serie de desacuerdos y disputas por definir la naturaleza de aquellos actos que presenten duda.

Pero no por lo anterior podemos negar que, tanto las obligaciones mercantiles como las civiles, contienen los mismos elementos estructurales, los cuales han quedado ya señalados. El criterio de distinción entre una y otra es la delimitación del acto de comercio, pues son obligaciones mercantiles las que

deriven de un acto de comercio y obligaciones civiles todas aquellas que no tengan su origen en un acto de comercio.

Para poder comprender mejor lo antes expuesto, explicaremos brevemente la llamada teoría del acto de comercio.

El Código de Comercio mexicano no proporciona un concepto de lo que es o significa el acto de comercio, sino que el legislador, en el artículo 75, plasmó un listado enunciativo de los actos de comercio, es decir, un listado en forma no limitativa en relación con aquellos actos que considera como comerciales. Al expresar que no es en forma limitativa nos referimos a que, si bien es cierto que en las primeras veintitrés fracciones estableció aquellas actividades o acciones que la ley considera actos de comercio, en la última fracción deja abierta la posibilidad de que cualquier acto similar a los veintitrés anteriores sea considerado acto de comercio y por tanto quede sujeto a las disposiciones mercantiles. El mencionado artículo 75 reputa como actos de comercio lo siguiente:

- I.** Todas las adquisiciones, enajenaciones y alquileres verificados con propósito de especulación comercial, de mantenimientos, artículos muebles o mercaderías, sea en estado natural, sea después de trabajado o laborados;
- II.** Las compras y ventas de bienes inmuebles, cuando se hagan con dicho propósito de especulación comercial;
- III.** Las compras y ventas de porciones, acciones y obligaciones de las sociedades mercantiles;
- IV.** Los contratos relativos a obligaciones del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio;
- V.** Las empresas de abastecimientos y suministros;
- VI.** Las empresas de construcciones y trabajos públicos y privados;
- VII.** Las empresas de fábricas y manufacturas;
- VIII.** Las empresas de transportes de personas o cosas, por tierra o por agua, y las empresas de turismo;
- IX.** La librerías y las empresas editoriales y tipográficas;
- X.** Las empresas de comisiones, de agencias, de oficinas de negocios comerciales y establecimientos de ventas en pública almoneda.
- XI.** Las empresas de espectáculos públicos;

- XII. Las operaciones de comisión mercantil;
- XIII. Las operaciones de mediación en negocios mercantiles;
- XIV. Las operaciones de bancos;
- XV. Todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación interior y exterior;
- XVI. Los contratos de seguros de toda especie, siempre que sean hechos por empresas;
- XVII. Los depósitos por causa de comercio.
- XVIII. Los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre los certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos;
- XIX. Los cheques, letras de cambio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas;
- XX. Los valores u otros títulos a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;
- XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;
- XXII. Los contratos y obligaciones de los empleados de los comerciantes en lo que concierne al comercio del negociante que los tiene a su servicio;
- XXIII. La enajenación que el propietario o el cultivador hagan de los productos de su finca o de su cultivo;
- XXIV. Cualquiera otros actos de naturaleza análoga a los expresados en este Código.

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por arbitrio judicial."

Es por lo anterior que, por extensión analógica, se da el carácter de comercial a aquellas actividades que a pesar de no estar previstas en los supuestos del artículo 75 del Código de Comercio, tengan semejanza o parecido con alguno de dichos supuestos.

Tampoco los juristas han proporcionado claramente una definición del acto de comercio. Justificándolo al decir que la mercantilidad de los actos deriva exclusivamente de la ley (de la calificación que de ellos se establezca en la ley) y los legisladores suelen ser caprichosos, tal como se deriva de la multitud de leyes que rigen en nuestro derecho.

Es así que el artículo 75 del Código de Comercio de nuestro derecho positivo mexicano, es solamente una disposición enunciativa, ya que su enumeración es ejemplificativa e incluso didáctica, mas no limitativa, como podemos desprenderlo de su última fracción.

"...El tratadista Alfredo Rocco elaboró una teoría sobre el acto de comercio, quien, para llegar a saber lo que es el acto de comercio, siguió un procedimiento inductivo y fue de los casos particulares y el análisis de éstos, a la formación del concepto genérico: procuró encontrar los elementos específicos y comunes a todos los actos enumerados por el Código de Comercio de su país, como actos de comercio o mercantiles."

Siguiendo con el análisis que realizó el mencionado tratadista, clasificó las hipótesis legales referentes al acto de comercio en cuatro grandes categorías.

1ª.- La compra de mercancías y títulos de crédito para revenderlos o alquilarlos y las ventas o arrendamientos subsiguientes, así como la compraventa de inmuebles con fines de especulación comercial; el elemento característico aquí es que la operación no se realiza para el consumo del que realiza el acto, sino para un tercero.

2ª.- Las operaciones realizadas por instituciones bancarias o de crédito; el elemento característico es que, mediante las operaciones realizadas por las instituciones se cambia el crédito de un particular por dinero.

3ª.- Las operaciones celebradas por empresas (en este punto, el autor realiza una lista ejemplificativa de empresas productoras y de servicios): aquí el elemento esencial es que las empresas organizan los factores de la producción y después de transformar la materia prima o de organizar un servicio, destinan lo obtenido para el cambio, no para el uso de la empresa.

4^a.- Las operaciones realizadas por empresas de seguros: el elemento especial que aquí se presenta es el cambio del riesgo personal de cada asegurado por una parte alícuota del riesgo colectivo de todos los asegurados.

A través del análisis anterior, el tratadista Rocco llega al que considera el elemento común entre las cuatro categorías, y el cual le da la esencia al acto de comercio, estableciendo así:

“...concepto de cambio directo o mediato, la interposición en la realización del cambio, y de ahí que el concepto de acto intrinsecamente mercantil es por sí... todo aquel en que se ejecuta un cambio indirecto, o lo que es lo mismo, todo acto de interposición en el cambio, sea cual sea el objeto y la forma de ese cambio.”⁸

De lo anterior, desprendemos que la esencia de todas estas operaciones es la intermediación, derivándose de ello obligaciones para una de las partes o para ambas, generador de obligaciones mercantiles.

Por otra parte, el profesor Tullio Ascarelli, clasifica los actos mercantiles en actos absolutamente comerciales y en actos relativamente comerciales.

Explica que los actos absolutamente comerciales son aquellos que siempre y constantemente son actos de comercio, sea quien fuere el que los ejecute y sean cuales fueren las modalidades de su ejecución, justificando la comercialidad de dichos actos mediante razones históricas, ya que se trata de situaciones o figuras que se han desarrollado en el tiempo con relación a la actividad mercantil, y menciona que dichos actos son: todos los contratos relativos al comercio marítimo y a la navegación, los depósitos en los almacenes generales y todas las operaciones hechas sobre certificados de depósito y bonos de prenda librados por los mismos, los títulos de crédito y las operaciones en

⁸ Ibidem, p. 55 y 56.

ellos consignadas, el reporto, el descuento de créditos en libros, la apertura de crédito, la cuenta corriente, la cuenta de crédito, el crédito de habilitación o avío, el crédito refaccionario, el fideicomiso, los actos constitutivos de una sociedad mercantil y los contratos de seguro, entre otros.

Define a los actos relativamente mercantiles o civiles como aquellos cuya calificación en cuanto a su naturaleza depende de determinadas circunstancias, y es en donde el arbitrio judicial entra en juego para que, en caso de duda, fije la naturaleza comercial del acto.

CAPITULO 2

EL CONTRATO BANCARIO

electricidad), y en otras compiten desventajosamente con empresas públicas (por ejemplo, CONASUPO).⁹

En vista de tal problemática, es necesario que concurren al auxilio tanto las empresas públicas como las privadas proporcionando los medios con que cuenten, lo que presupone la existencia de un orden jurídico completo, moderno y suficiente, así como de reglas e instituciones justas y comprensibles que regulen las actividades de ambas clases de empresas, es decir, normas adecuadas para ambas, sin dejar por ello a un lado los instrumentos contractuales tradicionales.

La tarea del legislador en este sentido no es fácil, pues:

"Esta concurrencia de la actividad económica pública y privada, posible dentro de nuestro orden constitucional, debe mantener el principio de la libertad de comercio y de trabajo, con las restricciones que imponga el orden público a la autonomía de la voluntad, y establecer principios básicos efectivos en contra de la competencia desleal, no sólo entre las empresas privadas, sino de las públicas del Estado en contra de estas últimas."¹⁰

Asimismo, el tratadista Barrera Graf propone que la negociación mercantil se convierta en el centro del derecho mercantil, que regule en forma adecuada la actividad del empresario y que solamente se reserve al derecho civil los actos ocasionales; pero que no por lo anterior se convierta al derecho mercantil en un derecho de empresa.

Es así como surge la necesidad de recurrir a una de las más grandes empresas para obtener crédito: el Banco, quien, una vez que el derecho ha reconocido el ejercicio en masa de la industria del crédito, se ha convertido en

⁹ BARRERA GRAF, Jorge. Temas de Derecho Mercantil, s/ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1983, p. 29.

¹⁰ Ibidem, p. 30.

una institución especializada y en su mayoría de la autonomía privada y mediante la cual:

“Es posible la consecución de fines protegidos por el derecho, cuando reconoce y ampara ciertos efectos jurídicos, inclusive previos, que se producen en determinadas esferas de intereses, traduciéndose en la creación, modificación y extinción de derechos subjetivos, situaciones y relaciones jurídicas, etc., requiriéndose a veces la cooperación de la autoridad.”¹¹

Antiguamente los comerciantes realizaban sus negocios personalmente y se trasladaban al lugar en que necesitaran hacer sus transacciones e intercambios comerciales, pero esto va cambiando poco a poco y el comerciante se vuelve sedentario, bien porque establecía sucursales en los lugares en que tuviera mayores negocios, o bien porque enviara a sus dependientes a realizarlos, y aunado a ello la creación del dinero, lo que facilitaba el intercambio de sus bienes, valores y servicios. Así fue como el derecho mercantil aceptó que el comerciante se auxiliara de otras personas para extender su actividad, y entre dichos auxiliares del comercio nacieron las Organizaciones Auxiliares de Crédito y la propia Banca.

A medida que se desarrolla el comercio, además del dinero y de los auxiliares del comercio, se hace necesario contar con otros recursos para facilitar el intercambio de productos, surgiendo así una serie de modalidades en las transacciones, las cuales se asemejan a las operaciones bancarias actuales.

“Así, durante siglos, se manejaron las transacciones comerciales entre los pueblos de la antigüedad y, se fueron introduciendo en forma un tanto rudimentaria algunas operaciones de tipo bancario que como ahora, son necesarias para facilitar o completar el intercambio.”¹²

¹¹ MUÑOZ, Luis, Derecho Bancario Mexicano, s/ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1974, p. 86.

¹² SALDAÑA Y ALVAREZ, Jorge. Manual del Funcionario Bancario, s/ed., Editor Jorge Saldaña y Álvarez, México 1992, p. 27.

Así tenemos que el maestro Saldaña y Álvarez señala, que a pesar de que las operaciones que se llevaban en la antigüedad eran prácticamente las mismas que se realizan actualmente, es lógico que han ido evolucionando de acuerdo a las necesidades del tipo de comercio de cada pueblo, e inclusive al capricho de sus gobernantes y de las leyes de cada país.

"En el Reglamento nos encontramos ante los albores de lo que ahora es la banca moderna, y con el fin de no dejar al margen el origen de la palabra Banco, es interesante mencionar que algunos autores aseguran que proviene de la palabra alemana bank, que quiere decir literalmente amontonamiento, acumulación y, que usaban para denominar un fondo de acciones de capital y que los italianos, cuando la formación del Banco de Venecia, la adoptaron para designar la acumulación o fondo de valores o dinero, que lleva a la interpretación de la empresa bancaria. Algunos otros tratadistas ubican la palabra Banco en épocas anteriores, relacionando su origen en el mueble o mesa que los cambistas utilizaban para amontonar monedas de diferentes lugares para celebrar sus operaciones."¹³

Así, podemos encontrar múltiples definiciones de la palabra Banco, pudiendo citar la siguiente:

Las instituciones de crédito o banco son empresas que tienen por finalidad el ejercicio habitual de la banca y del crédito. Fundamentalmente se caracterizan por desarrollar actividades de intermediación en el crédito (...) actividad intermediaria entre el capital que busca colocación y el trabajo que lo reclama y pide medios para una aplicación productiva" (Gay de Montellá).

Los bancos son las empresas que están en el centro de una doble corriente de capitales: los ociosos, que llegan al banco por no ser en ese momento necesitados por sus dueños y los que salen del banco para ir a manos de los que lo necesitan. La sustancia del banco consiste en tomar dinero barato y en suministrarlo un poco más caro, con carácter de profesional, esto es, de un modo habitual y como su finalidad; y en virtud de ello, tanto las operaciones en

¹³ Ibidem, p. 28

las que el banco recibe dinero, como en las que el banco da dinero, son operaciones de crédito.

La ley de Instituciones de Crédito, al referirse a las operaciones que pueden realizar una institución de crédito, las cataloga en operaciones de banca y crédito.

Art. 2°.- "El servicio de banca y crédito, sólo podrá presentarse por instituciones de crédito que podrán ser:

- I. Instituciones de banca múltiple, y
- II. Instituciones de banca de desarrollo.

Para efectos de lo dispuesto en la presente Ley, se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivos directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados.

El doctrinario Gilberto Moreno Castañeda, señala que:

"La misión fundamental de las instituciones de crédito es, como refleja claramente en su evolución, actuar como intermediarias en el crédito; centralizando primero los capitales dispersos que se encuentran disponibles y redistribuyéndolos luego en operaciones de crédito a favor de quienes necesitan el auxilio del capital para producir."¹⁴

Es por lo anterior, que podemos decir que el esquema fundamental del banco es el de realizar operaciones de crédito, mediante la obtención de dinero y entregándolo a otros mediante contratos en serie, actos en masa. La empresa bancaria existe para obtener capitales ociosos de quienes no los necesitan y para entregar esos mismos capitales ociosos a quienes los necesitan para su

¹⁴ BAUCHE GARCIA DIEGO, Mario. Operaciones Bancarias, 5ª. Ed., Editorial Porrúa, S.A. México 1985, p. 30.

inversión lucrativa, convirtiéndose con ello en un auxiliar del comercio, en un intermediario mercantil.

De acuerdo con nuestro derecho positivo, las operaciones de crédito son actos de comercio, pudiendo clasificarlas en atención a la función económica en:

a).- Operaciones pasivas: que son los distintos negocios que realiza un banco con el fin de captar capitales de la clientela y aplicarlos a sus propios fines, convirtiéndose así el banco en deudor de los capitales recibidos pudiendo los acreedores requerir la restitución del capital en la forma, plazo y condiciones pactadas. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en los depósitos irregulares de dinero.

b).- Operaciones activas: son aquellas en las que el banco, a través de negocios diversos otorga a los solicitantes dinero (crédito) o disponibilidad para obtenerlo, con cargo a los capitales que previamente ha recibido de sus clientes o a su propio patrimonio, convirtiéndose así el banco en acreedor del dinero que ha facilitado, con derecho a su restitución en las condiciones estipuladas. Ejemplo de lo anterior, lo encontramos en las diversas formas de la apertura de crédito.

Para la mayoría de los intérpretes germanos se entiende por operaciones bancarias los actos de comercio de los institutos de crédito normados por la Ley.

Jurídicamente las operaciones bancarias no existen. Se emplea dicha locución porque los negocios jurídicos de intermediación en el comercio del dinero y del crédito, normal y cotidianamente se realizan por conducto de los bancos (calificación por el sujeto) (Cervantes Ahumada). Convendría pues, calificar como servicios bancarios a las operaciones que realizan los bancos y que no consisten en recibir u otorgar crédito; p.e., cobranzas, operaciones fiduciarias, operaciones de custodia stricto sensu.

Con el carácter de auxiliares del comercio, en particular, en la intermediación y en el tráfico mercantil del crédito, podríamos señalar a las siguientes:

"A la asociación Mexicana de bancos (que realiza funciones de Cámara de Comercio especial).

A las oficinas de representación de bancos extranjeros.

A los Bancos extranjeros que sólo tendrán registro en México.

A los corresponsales de bancos extranjeros en México.

A los corresponsales de bancos mexicanos en el extranjero.

A los bancos internacionales que operan en México.

A las inmobiliarias bancarias."¹⁵

Al definir el tratadista Messineo el término del vocablo banco como "Aquella entidad que se dedica profesionalmente, o sea, en calidad de empresario, al ejercicio de operaciones (o negocios) de crédito, y como tal tiene una específica organización",¹⁶ indica que la función de conceder crédito es una actividad que no es exclusiva del banco: por consiguiente, las operaciones de crédito no son necesariamente operaciones de banco.

El banco recibe crédito (operaciones denominadas pasivas) para después servirse del dinero recibido, con fines de redistribución, dando crédito (operaciones denominadas activas), por lo tanto, él mismo ejerce una función de interposición lucrativa; y es en virtud de lo anterior que el banco, gracias a esa función intermediaria, tiene una organización de empresa.

¹⁵ ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario, 4a. Ed., Editorial Porrúa, S.A. México. 1991, p. 697.

¹⁶ BAUCHA GARCIA DIEGO, Mario, Op. Cit. P. 33.

Pero eso no es todo, la actividad del banco también se ejercita mediante actividades de interposición, ya que recibe pagos por cuenta de terceros (sus clientes) y los efectúa.

Es así, como la banca moderna se presenta como la empresa mediadora del crédito, o sea, como el organismo en el cual se concentra una parte de la oferta y de la demanda de dinero, permitiendo así al mercado del crédito funcionar sin que los ahorradores y los operadores industriales y comerciales se conozcan efectivamente. Y es precisamente esa actividad de intermediación la que fundamentalmente caracteriza a la banca moderna, pues si los ahorradores y los empresarios y comerciantes debieran de contratar directamente entre ellos para ofrecerse y solicitarse capitales, el desarrollo económico sería casi imposible, pues las operaciones de crédito serían mínimas.

El doctrinario Mario Bauche Garciadiego explica, al citar a Garrigues, que la relación que se da entre un banco y el cliente cuando éste abre una cuenta en el banco es indudablemente una relación jurídica y, por tanto, un contrato, ya que tener una cuenta en un banco significa haber hecho una entrega de dinero o de títulos en ese banco o tener un crédito abierto en el mismo. Agrega que desde el punto de vista jurídico, la operación bancaria significa un negocio jurídico, normalmente bilateral, es decir, un contrato concluido por el banco en el desenvolvimiento de su actividad profesional y para la consecución de sus propios fines económicos. Establece que el estudio jurídico de las operaciones bancarias se resume en el estudio jurídico de los negocios bancarios y de las relaciones que de esos negocios se derivan, pero aclara que no toda relación jurídica con un banco consiste en una cuenta pues también existen las denominadas operaciones por ventanilla.

Derivado de lo anterior, podemos afirmar que lo que caracteriza o matiza a un banco es el efectuar operaciones repetidas en el ejercicio de la industria o

actividad bancaria, ya que las operaciones bancarias en sí puede realizarlas cualquier persona que no sea banco, perdiendo por ello dicha denominación.

2.2 EL CRÉDITO

Comenzaremos por definir lo que es el crédito: Del latín *credium*, préstamo, deuda. Derecho que uno tiene a recibir de otro una cosa.

"Para Greco, en sentido moral crédito es la buena reputación de que goza una persona, la consideración favorable en que es tenida en un ambiente social determinado, sea por su rectitud, por su habilidad profesional, por su sólida posición patrimonial, o por todas estas cosas a la vez. Tal significado del crédito tiene para el autor italiano gran importancia, como presupuesto psicológico de los negocios."¹⁷

Gilberto Moreno Castañeda establece la acepción más usual de la palabra en comento, al señalar que:

"... es aquella que se emplea para denotar la confianza a que una persona se hace merecedora por la idoneidad de su conducta, por su apego a la verdad, por la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones, por la firmeza en la realización de los propósitos a sí misma impuestos..."¹⁸

Asimismo, existe un sin número de definiciones respecto de la palabra crédito, entre ellas tenemos las siguientes:

"Para J. Stuart Mill el crédito es el permiso de utilizar el capital de las otras personas en provecho propio; según H.D. MacLeod el crédito es un derecho a actuar; para Roscoe Turner, el crédito es, simplemente, una promesa de pagar en dinero; para Federico Von Kleinwachter el crédito es la confianza en la posibilidad, voluntad y solvencia de un individuo que se refiere al cumplimiento de una obligación contraída."¹⁹

¹⁷ MUÑOZ, LUIS. Op. Cit., p. 81

¹⁸ BAUCHE GARCADIIEGO, Mario. Op. Cit., p. 27 y 28.

¹⁹ Ibidem, p. 28.

El Licenciado Joaquín Rodríguez establece que:

"La operación de crédito se caracteriza por implicar una transmisión actual de la propiedad, de dinero o de títulos por el acreedor, para que la contrapartida se realice tiempo después por el deudor. Indica que cualquiera que sea la operación de crédito que consideremos encontraremos en ella indefectiblemente, los rasgos mencionados: plazo, confianza en la capacidad de contratación y transmisión actual de dominio a cambio de una contraprestación diferida (Greco)."²⁰

Derivado de todo lo anterior, podemos decir que el plazo de término (esa pausa que existe entre el ejercicio del derecho por parte del acreedor a cobrar o hacer exigible el pago y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor), es uno de los elementos indispensables en la operación de crédito así como la confianza, pues se requiere, en la mayoría de los casos, que el acreedor tenga confianza en la capacidad de pago y en la voluntad de cumplir por parte del deudor.

Pero cabe señalar lo siguiente: los dos elementos interiores, no son exclusivos de la operación de crédito, ya que la confianza también se presenta en contratos como lo son el de prenda, comisión y mandato, por citar sólo algunos, incluso, puede generarse una operación de crédito con ausencia de confianza respecto de la voluntad de pagar que tenga el deudor, ya que puede resultar impuesta por una operación previa o realizarse en atención a las garantías otorgadas. Y respecto del plazo, existen diversas figuras jurídicas que requisitan dicho elemento, como ejemplo de ello tenemos las obligaciones a plazo, las obligaciones de hacer y las de dar.

2.3 EL CRÉDITO BANCARIO COMO ACTO DE COMERCIO.

El derecho mercantil es el derecho del comercio y dentro de la materia comercial encontramos a los sujetos (los comerciantes o empresarios), las cosas

²⁰ Loc. cit. P. 30

comerciales y la propia actividad mercantil, dentro de la cual se encuentran la mayor parte de los actos de comercio.

Como resultado de la abolición lograda mediante la Revolución Francesa "El legislador revolucionario pretendió apoyar el edificio del derecho mercantil no en el comerciante, sino en el acto de comercio, que fue concebido, según la expresión de Tena, *como piedra angular de todo el edificio*."²¹

Tal como quedó asentado en el capítulo anterior, el acto de comercio deberá ser calificado en consideración de la persona que lo realiza o por la cosa sobre la cual versa, es así que la mayoría de los actos jurídicos realizados por los bancos, son mercantiles y deberán realizarse, interpretarse y resolverse en base a las directrices establecidas en la legislación mercantil correspondiente.

Por ello, los contratos y operaciones celebrados por cualesquier institución de crédito reconocida en el sistema jurídico mexicano son mercantiles, al tenor de lo dispuesto en las fracciones XIV Y XXI del artículo 75 de nuestro Código de Comercio, que a la letra establece:

"Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio:
XIV. Las operaciones de bancos;
XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil."

"Nuestra ley, a diferencia de la legislación italiana que fue derogada y que le sirvió de modelo, no establece la mercantilidad de estos actos en razón del concepto de la operación bancaria, sino en función de la persona jurídica que los realiza; por ello, para la caracterización de estos actos no es esencial el concepto de crédito, sino el hecho de que sean celebrados por instituciones con autorización para actuar como bancos."²²

²¹ CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil Primer Curso, 4a. Ed., Editorial Herrero, S.A., México 1982, p. 516.

²² BARRERA GRAF, Jorge. Temas de Derecho Mercantil, s/ed., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1983, p. 106 y 107.

Agrega el autor que se debe aclarar que no todos los actos y las operaciones realizados por los bancos son comerciales, sino sólo aquellos que refiriéndose a su objeto no están reservados a la regulación exclusiva de otra disciplina jurídica, citando como ejemplo el contrato de arrendamiento por ser esencialmente civil, y los contratos de trabajo celebrados entre las instituciones de crédito y su personal (por estar regulado por el derecho laboral).

En virtud del apoyo legal anterior, podemos afirmar que el llamado negocio bancario u operaciones realizadas por instituciones bancarias son actos de comercio, debiendo tomar en cuenta que, como lo afirma el tratadista Luis Muñoz "El acto de comercio es fuente de relaciones jurídicas, pues bien, toda relación derivada del acto de comercio será mercantil."²³

Lo antes señalado acarrea como consecuencia que las relaciones derivadas de los actos de comercio son mercantiles, a pesar de que dichos actos no sean realizados por comerciantes, y debemos recordar que es frecuente que las personas no comerciantes celebran actos de comercio día con día y por realizar dichos actos se encuentran bajo el amparo del derecho mercantil (regulador de los actos de comercio), pudiendo depender lo anterior de la legislación correspondiente, es decir, del Código de Comercio, ya que en el artículo 1° establece que:

"Los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás Leyes mercantiles aplicables."

Y el artículo cuarto señala que:

"Las personas que accidentalmente, con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aunque no son en derecho comerciantes, quedan, sin embargo, sujetas por ello a las leyes mercantiles. Por tanto, los labradores y fabricantes, y en general todos los que tienen planteado almacén o tienda en alguna

²³ MUÑOZ, Luis. Op. Cit., p. 91.

población para el expendio de los frutos de su finca, o de los productos ya elaborados de su industria o trabajo, sin hacerles alteración al expendierlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas,"

A pesar de que la finalidad primordial de los bancos consiste en servir como intermediarios en la obtención y otorgamiento del crédito, un gran número de las actividades que realizan los bancos no son operaciones de crédito estrictamente, ya que no constituyen una prestación actual a cambio de una futura, sino que son operaciones celebradas como un mero servicio por la facilidad, rapidez y seguridad que brindan las instituciones bancarias a sus clientes. Ejemplo de ello lo encontramos en el pago de los servicios que la clientela del banco efectúa (llámese luz, teléfono, impuestos, etc.).

El negocio bancario se celebra *inter vivos* mediante un instrumento con las características que la ley marque para el caso específico, el cual contiene la voluntad de las partes, la institución bancaria y sus clientes, que por regla general no se encuentran en igualdad jurídica ni económica, pero que tiene un contenido jurídico con disposiciones que regularán los intereses de ambas partes y en ocasiones en relación con terceros con sujeción a cargas y condiciones que constituyen, modifican o resuelven relaciones jurídicas y el cual, protegido por el derecho, reconoce los efectos jurídicos que se produzcan.

El gran desarrollo que ha alcanzado la banca en el mundo entero, y específicamente en México, ha generado la necesidad de crear un marco legal especializado vinculado con las operaciones mercantiles que se realizan a diario. Así, tenemos que el legislador ha creado un gran número de normas jurídicas agrupadas en diversas disposiciones legales que forman un todo para cubrir las necesidades imperantes.

CAPITULO 3

DE LOS CONTRATOS MERCANTILES, EN ESPECÍFICO EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO Y EL CONTRATO DE HIPOTECA

3.- DE LOS CONTRATOS MERCANTILES, EN ESPECÍFICO EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

Es de suma importancia el estudio de los contratos de apertura de crédito e hipoteca, ya que en los mismos sostiene sus bases la presente investigación. Nos es imprescindible conocer a fondo lo que trae aparejado cada uno de estos contratos, en tanto que, conociendo la esencia de los mismos, podremos dar nuestros propios puntos de vista y entrar de lleno al estudio de lo que nos interesa y que es precisamente: La nulidad del Contrato de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria, por la ilicitud en el objeto, derivado de la inviabilidad del esquema financiero contenido en el mismo.

Es por ello preciso hablar de manera particular de cada uno de estos contratos, para tener así una noción general de ellos; por tanto, en el presente capítulo hablaremos de los elementos que constituyen a los instrumentos en mención, así como de los vicios que se pueden generar en los mismos. Sea pues, este capítulo una guía para entender la base de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

3.1.- EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

Definición.

El maestro Mario Bauche Garciadiego, en su obra intitulada "Operaciones Bancarias", hace referencia al concepto del Doctor en derecho Joaquín Garrigues, quien respecto al contrato de apertura de crédito nos manifiesta: "Es aquel contrato por el cuál, el banco se obliga, dentro del límite pactado y

mediante una comisión que percibe el cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente."²⁴

Para Giacomo Molle, la apertura de crédito es: "Un contrato cuyo contenido lo constituye una acreditación, o sea una facultad otorgada al acreditado de percibir hasta una suma determinada en el banco."²⁵

En concepto de Carlos Gilberto Villegas, "La apertura de crédito es una simple promesa del banquero de que en tal época o durante tanto tiempo el empresario podrá contar con las disponibilidades suficientes para efectuar los pagos que prevé"²⁶

Nuestra Legislación ha definido a la apertura de crédito en el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de la siguiente manera:

"En virtud de la apertura de crédito el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y en las condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen".

De los conceptos planteados, extraemos los siguientes elementos:

Necesariamente la existencia de la persona moral que hará entrega del crédito que se plantea en la operación crediticia, las que tradicionalmente lo han sido las instituciones bancarias, obviamente la persona física o moral que tendrá la disponibilidad del crédito concedido. De igual forma tenemos un tercer

²⁴ BAUCHE GARCIADIEGO, Mario, p.258

²⁵ MOLLE, Giacomo. Manual de Derecho Bancario, 2a. Ed., Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1987. p. 137

²⁶ GILBERTO VILLEGAS, Carlos. El Crédito Bancario. S/ed., de Palma Buenos Aires, Argentina, 1988. P. 36.

elemento en el concepto de que tratamos, a saber el tiempo de vigencia del contrato; por lo que percibimos que el contrato que se analiza es de los llamados de tracto sucesivo, en razón de que la restitución del crédito otorgado, se hará periódicamente. Asimismo, referimos que para la existencia de este contrato, el crédito siempre ha de otorgarse en sumas de dinero. De igual forma, para que este contrato exista, en contra presentación al otorgamiento del crédito, deberá ser restituida la cantidad por la que se constituyó el crédito, con las prestaciones accesorias en su caso, si se pactaron en el contrato de mérito; y por último, que el crédito concedido será utilizado necesariamente para el objeto que fue requerido.

Con los elementos que nos aportan los conceptos mencionados, el contrato de apertura de crédito se puede definir de la siguiente manera:

El contrato de apertura de crédito, es aquel por virtud del cual, una institución de crédito, a la que se le denominará "el acreditante", se obliga a entregar, a nombre de una persona física o moral, a la que se le denominará "el acreditado", una determinada suma de dinero, para que éste la disponga en los términos pactados, quedando obligado el acreditado, a restituir al acreditante una suma igual a la solicitada, con los accesorios que se hubieren pactado, y en el término convenido, en el mismo instrumento.

Se ha hablado en reiteradas ocasiones sobre la similitud entre el contrato en estudio y el contrato de mutuo simple y con interés. Demos pues nuestro particular punto de vista:

Distinción entre el contrato de apertura de crédito y el contrato de mutuo.

"Quizás se podría llegar a confundir al contrato de apertura de crédito con el contrato de mutuo, por las razones que aquí se expresan. Iniciemos por conceptuar al contrato de mutuo. El mutuo es: aquel contrato por medio del cual una persona a la que se denomina mutuante, entrega a otra llamada mutuario, una

determinada suma de dinero u otros bienes fungibles, quedando obligado el mutuuario a restituir en cierto plazo, otro tanto de la misma especie y calidad, produciéndose el efecto translativo de dominio, de las cosas que constituyen el objeto del contrato".²⁷

Existen diferencias muy marcadas en ambos contratos, que los hacen inconfundibles.

a) En primer lugar, aún cuando sería un tanto irrelevante, señalamos como primer diferencia, el nombre de ambos negocios.

b) En el contrato de mutuo, si bien es cierto que se puede establecer la entrega de una cantidad de dinero y la restitución de su equivalente, también lo es que se habla de bienes fungibles. Sin duda el dinero también puede ser considerado como bien fungible; sin embargo en el contrato de apertura de crédito, se determina únicamente que la prestación será consistente en dinero y no en otra clase de bienes fungibles.

c) En el contrato de mutuo se produce un efecto translativo de dominio del bien que constituye la materia del contrato a favor del mutuuario, situación que no se presenta en el contrato de apertura de crédito, en razón de que como se ha establecido, el acreditante otorga la suma de dinero a los acreedores del acreditado pero nunca a éste, al cubrir la cantidad adeudada por el acreditado, situación por la cuál el acreditante se convierte en el acreedor único del acreditado. Se puede decir que en las operaciones que nacen del contrato de apertura de crédito, sí existe una translación de dominio de bienes pero esta translación es en relación únicamente a los bienes con los que se cubrió la deuda primaria, pero no así sobre el bien que constituye el contrato de apertura de crédito mismo, es decir, el deudor tiene la disposición del bien sobre el que se constituye el crédito, pero no el crédito en sí.

²⁷ Cfr. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Contratos Civiles. 4a. Ed., Editorial Porrúa S.A., México 1992. P. 145.

d) Asimismo, si bien es cierto que en ambos contratos cuando se trata de dinero, la restitución se hará en la misma especie y género, en el contrato de mutuo, excepcionalmente se pactan obligaciones accesorias, como lo es el pago de intereses (si se pactaron, estaríamos frente a un mutuo con interés); si en el contrato de mutuo es una excepción que se pacten intereses; en el contrato de apertura de crédito no lo es, ya que siempre en todas las operaciones bancarias se ha estilado pactar intereses, al grado de llegar a encuadrarse el llamado Pacto de Anatocismo (pago de interés sobre interés), del cuál se hablará en capítulos posteriores.

Como podemos percatarnos, existen elementos bastantes y suficientes para no caer en la confusión respecto de las obligaciones de ambos contratos; tiene muchas similitudes, es cierto, pero también poseen grandes diferencias, como ya ha quedado expresado.

Para el efecto de tener un mayor entendimiento sobre el contrato de apertura de crédito, hablemos ahora sobre la clasificación del contrato.

Clasificación del contrato de apertura de crédito.

1.- Es un contrato consensual.- Se entiende por contrato consensual, aquel en el que la entrega o tradición, no es un elemento constitutivo del mismo, toda vez que el contrato se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades²⁸. El contrato de apertura de crédito es consensual en virtud de que se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, sin que haya necesidad de entregar o transferir dinero del acreditante al acreditado.

Menciona Giacomo Molle, que "Es un contrato consensual con efectos obligatorios, porque el banco aún cuando está obligado a mantener a disposición

²⁸ Cfr. ZAMORA Y VALENCIA. Miguel Angel. Op. Cit. p. 58.

del acreditado una suma determinada, sigue siendo propietario de ella hasta el momento de su utilización".²⁹

2.- Es Oneroso.- Porque normalmente se pactan gravámenes sobre el crédito asumido. Cabe destacar que algunos autores mencionan que es un contrato oneroso en virtud de que implica obligaciones para ambas partes.

El artículo 1837 del Código Civil para el Distrito Federal nos define a los contratos onerosos, de la manera siguiente:

"Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho solamente es solamente de una de las partes".

Es importante señalar, que no debemos confundir al contrato bilateral, con el oneroso, pues son concepciones diferentes las que se presentan entre un contrato y otro, en tanto que una cosa son los derechos y las obligaciones y otra muy diferentes los provechos y los gravámenes.

3.- Es de tracto sucesivo.- En virtud de que la restitución del crédito objeto del contrato se hace periódicamente.

4.- Es un contrato principal.- En razón de que no requiere de la presencia de otro contrato para su validez, es decir, es un contrato que existe por sí mismo.

5.- En nominado.- En tanto que la ley lo reglamenta, señalando sus elementos y determinando sus consecuencias.

6.- Es Bilateral.- Debido a que concede derechos e impone obligaciones a ambas partes.

²⁹ MOLLE, Giacomo. Op. Cit. p. 138

El artículo 1836 del Código Civil, expresa que son contratos bilaterales aquellos en que las partes se obligan recíprocamente, situación que sí se presenta en el contrato de apertura de crédito.

7.- Es conmutativo.- En razón de que las partes conocen los provechos y gravámenes que genera dicho contrato.

En atención a la conmutatividad del contrato de apertura de crédito, el maestro Carlos Gilberto Villegas manifiesta; "Es conmutativo. No aleatorio, ya que ambas partes conocen **ab initio** sus obligaciones."³⁰

El maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, manifiesta en torno a los contratos conmutativos y aleatorios lo siguiente:

"LOS CONTRATOS CONMUTATIVOS Y ALEATORIOS.- Esta es una subclasificación de los contratos onerosos. Los contratos, desde el punto de vista de la certeza de los provechos y gravámenes que se clasifican en conmutativos y aleatorios. Si los provechos y los gravámenes que genera para las partes son ciertos y conocidos desde la celebración misma del contrato, será conmutativo; si esos provechos y gravámenes no son ciertos y conocidos al momento de celebrarse el contrato, sino que dependen de circunstancias y condiciones posteriores a su celebración, será aleatorio"³¹

Estudiemos la conmutatividad del contrato de apertura de crédito analizando una de las cláusulas que se estilan en los contratos de mérito, en la cual se fijan las condiciones de pago que se regulan en dichos contratos, en la inteligencia de que no todos los contratos en estudio deban establecer las mismas circunstancias; veamos pues el ejemplo de dos tipos de cláusulas contenidas, en los multireferidos Contratos de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria:

³⁰ GILBERTO VILLEGAS, Carlos. Op. Cit., p. 36

³¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel. Ob. Cit., p. 55

PRIMER EJEMPLO:

"PAGOS Y COMISIONES.

SÉXTA.- "EL CLIENTE" se obliga a pagar a el "EL BANCO" el importe del crédito ejercido, sus intereses, intereses moratorios, seguros, y cualesquiera otra cantidad que resulte a su cargo de conformidad con el presente contrato, en un plazo máximo de diez años, contados a partir de la fecha de firma de este instrumento, mediante abonos mensuales sucesivos y consecutivos que se denominaran "pago Mínimo" y que el "Acreditado" deberá realizar el último día hábil de cada mes, cuyo importe inicial durante los primeros seis meses de vigencia del crédito, será por la cantidad que resulte de multiplicar Trece Nuevos Pesos, Moneda Nacional, por cada mil nuevos pesos de crédito inicial a partir del mes de la firma de este contrato.

El pago mínimo se ajustará cada seis meses, a partir de que se inicie el siguiente semestre de vida del crédito, a fin de determinar el nuevo importe que el "Acreditado" deberá pagar durante los siguientes seis meses. Este procedimiento se seguirá cada seis meses durante la vigencia del crédito. Para determinar el nuevo importe de "Pago Mínimo" a cubrir por "El Acreditado" durante cada semestre, se calculará de acuerdo al siguiente procedimiento: se multiplica el saldo insoluto vigente a la fecha de cálculo por la media aritmética de las últimas doce tasas de interés aplicable para el tipo de financiamiento de que se trate más la unidad, dividiendo el resultado entre el número de periodos pendientes por transcurrir. A este resultado se le denominará "factor base de cálculo", y se aplicará bajo el siguiente criterio:

a).- Cuando el "factor base de cálculo" sea superior al "pago mínimo", el "factor base de cálculo" será el nuevo "pago mínimo" vigente en el semestre.

b).- Cuando el "factor base de cálculo" sea inferior al "pago mínimo" se dividirá el "factor base de cálculo" entre el "factor base de cálculo" del semestre

anterior y este resultado se denominará "factor de crecimiento de pago", el cual multiplicado por el pago mínimo, dará por resultado el "pago mínimo" vigente en el semestre.

SEGUNDO EJEMPLO:

SÉPTIMA.- "EL CLIENTE" se obliga a pagar a "EL BANCO" en sus sucursales o cualquiera de las sucursales de los bancos afiliados al sistema carnet, o bien utilizando el sistema de cargo automático en cuenta, misma que se detalla en el anverso de este contrato, las cantidades que a continuación se citan.

a) La suerte principal del crédito dispuesto mediante amortizaciones mensuales y consecutivas en el plazo determinado con "EL BANCO" y sin exceder de 36 meses para CREDI-PERSONAL y de 48 meses para CREDI-ABCD, salvo que se amplíe el plazo en los términos de las cláusulas Décima y Décima Primera de este contrato.

b) Una comisión por concepto de apertura de crédito, calculada sobre el total del mismo a razón de lo estipulado por "EL BANCO".

c) Intereses anuales sobre saldo insolutos a la tasa que resulte de sumar al costo porcentual promedio de captación (C.P.P.) o a la tasa promedio de los certificados de la Tesorería de la Federación a plazo de 28 días (CETES), la que resulte más alta, más el número de puntos porcentuales que determine "EL BANCO".

El costo porcentual promedio (C.C.P.) lo da a conocer mensualmente el Banco de México, el cual determina tomando en cuenta la tasa y en su caso la sobretasa de interés de los pasivos en moneda nacional, correspondiente a préstamos de empresas y particulares y depósitos a plazo, excepto del ahorro

del conjunto de la banca nacional que determine el Banco de México. La tasa de interés aplicable a este crédito es variable y será ajustada en la misma medida en que aumente o disminuya el C.C.P, o CETES, o el costo financiero que lo sustituya.

d) Los intereses moratorios se conformarán adicionando 24 puntos porcentuales sobre la tasa ordinaria señalada.

e) Gastos de Cobranza que "EL BANCO" determine.

f) Gastos de Investigación e informes de Crédito.

g) I.V.A sobre los intereses señalados en los incisos "c" y "d" que antecede.

"EL CLIENTE" se obliga desde ahora a pagar estos intereses, gastos y comisiones, aún cuando sufran modificaciones por ajuste a las condiciones del mercado."

De la transcripción de las cláusulas anteriores, tenemos que la determinación del monto de los pagos estipulados en los contratos del tipo que nos ocupa, está sujeta a ciertas variables respecto de las cuales no se puede tener plena certeza, es decir, el importe de los pagos a cubrir por el acreditado depende de la ocurrencia de fenómenos económicos posteriores a la celebración del contrato de apertura de crédito. Circunstancias tales como las variantes que sufren diversos instrumentos financieros, tales como el Costo Porcentual Promedio (CPP), Tasa de Interés Interbancaria Promedio (TIIP), o los Certificados de la Tesorería (CETES).

No obstante, consideramos que el contrato de apertura de crédito es un contrato comutativo.

Al respecto, nos adherimos al comentario que en torno a los contratos conmutativos hace el maestro Ricardo Treviño García, en los siguientes términos:

"Conmutativo.- El contrato es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas y determinadas desde la celebración del contrato. El legislador agrega en el artículo 1838 del Código Civil, "...de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste...". Esto último no es correcto, ya que las partes pueden conocer cuáles son sus prestaciones, pero ignorar si obtendrán un beneficio o una pérdida, pues esto depende de otros factores económicos, políticos, circunstanciales, etc.³²

Para lo cual me permito hacer mención al siguiente ejemplo:

Una persona física solicita un crédito mediante la celebración de un contrato de apertura de crédito a una Institución Bancaria cualquiera, otorgándose dicho crédito al primero de los mencionados. El préstamo solicitado, lo obtuvo, para la adquisición de un bien inmueble que constituirá su casa, y sobre el cual queda gravada una hipoteca; estableciéndose en el mismo las condiciones de pago que se precisaron en la cláusula que se transcribió en párrafos anteriores. Pues bien, es innegable que el acreditado tiene derechos que le fueron concedidos por la propia celebración del contrato, conoce la cuantía del crédito otorgado; y a su vez el acreditante sabe en términos precisos los derechos y obligaciones que le confiere la propia celebración de contrato; hacemos notar que dada la naturaleza del contrato no se transmite el dominio de la cosa materia del mismo por parte de acreditante hacia el acreditado. De lo anterior, no podemos deducir que por esas circunstancias se puedan también apreciar los beneficios o pérdidas que el contrato reporta a las

³² TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Epítome de los Contratos. s/ed., Mc. Graw Hill. México 1994. p. 68

partes; para el acreditado; más aún, supongamos que en el primer mes el costo porcentual promedio, o la fluctuación de los certificados de la Tesorería de la Federación, arrojaron un costo porcentual bajo, es obvio que se obtuvo un supuesto beneficio; pero si a los pocos días se suscita una crisis hiperinflacionaria, y por consiguiente un considerable aumento en los precios, y por esa condición un exagerado aumento en los costos de los créditos otorgados, se provocaría una pérdida para el acreditado. En consecuencia, la precisión o la certeza de los gravámenes y provechos que pudiese conceder el contrato en cita, es desconocida al tiempo de su otorgamiento.

Por lo anterior, debemos conceder el carácter de aleatorio al contrato en estudio, en virtud de que si bien es cierto que desde el momento de su otorgamiento las partes conocen sus derechos y obligaciones, no menos cierto es que el acreditado conoce sus obligaciones, pero no de manera cierta, exacta y líquida, sino en base a ciertas fórmulas matemáticas financieras por demás complejas, y que escapa la mayoría de veces a su capacidad de entendimiento; dichas fórmulas están supeditadas a los cambios que sobrevengan en el mercado bursátil, respecto de los diversos instrumentos financieros que hemos mencionado, tales como el CPP, TIIP, y CETES.

Concluimos que, no obstante la conmutatividad que posee el contrato en estudio, la mayoría de las veces éste tiende a depender de factores tales como lo son los económicos, los políticos, etc., en la fijación de los gravámenes y/o provechos que por virtud del mismo se pudiesen generar.

Asimismo, en las figuras de la conmutatividad y la aleatoriedad, desprendemos dos principios fundamentales en la celebración de los contratos en mención, así como de cualquier otro acto jurídico, en efecto, nos referimos a los principios denominados como *Pacta Sunt Servanda* y *Rebus sic Stantibus*. El principio *Pacta Sunt Servanda*, estatuye que los contratos legalmente celebrados

deben ser cumplidos, sustentado en la hipótesis de que la obligatoriedad dependerá de la legal celebración del contrato, que supone la observancia de todas las condiciones de validez. En conclusión, si el contrato no es celebrado legalmente, dada su ilicitud, no debe ser puntualmente cumplido, en razón de que se atenta contra la norma *Pacta Sunt Servanda*, es decir, que dada la voluntad exteriorizada, deberá estarse a lo estrictamente estipulado por las partes contratantes.

Por su parte el principio *Rebus Sic Stantibus* establece que en los contratos, y en especial en los llamados de tracto sucesivo, la subsistencia de éstos está sujeta a la permanencia de los motivos o circunstancias que originaron esa relación contractual, es decir, el contrato permanecerá de la forma en que se encontraba al celebrarse si las circunstancias no se modifican. En ese sentido y al igual que en la teoría de la imprevisión, no cabe compeler al cumplimiento de la obligación concertada en la época en que se constituyó esa obligación contractual, por tanto, si a la fecha de ejecución de las obligaciones y derechos contraídas, circunstancias extraordinarias imprevisibles hacen que el cumplimiento de la prestación resulte excesivamente ruinoso para el obligado, o quizás aun para el acreedor.

8.- Es un contrato formal.- Toda vez que la Ley establece que el consentimiento debe de manifestarse por determinados medios, en nuestra legislación, lo es por escrito.

9.- Es intuitu personae.- En razón de que se toman en cuenta las cualidades del acreditado, (solvencia, honestidad, aptitud, confianza, etc.).

Características del contrato de apertura de Crédito.

1.- El contrato de apertura de crédito, es un contrato, en el que no se transmite al acreditado el dominio de la cosa materia que lo constituye.

2.- El objeto de este contrato siempre será el otorgamiento de un crédito, y la disponibilidad del mismo.

3.- El acreditado debe de restituir el crédito otorgado, en la misma especie y género en que le fue otorgado, con sus accesorios correspondientes, en su caso, ello comprende, intereses, comisiones y demás cargos que se deriven.

4.- El acreditante normalmente lo es una institución Bancaria.

5.- El pago de intereses convencionales, moratorios, comisiones y demás gravámenes que se estipulan en el contrato, regularmente se encuentran sujetos a los cambios que operan en el mercado bursátil.

3.2.- EL CONTRATO DE HIPOTECA.

Antes de analizar a la garantía real de hipoteca en nuestra legislación actual, consideramos conveniente conocer los antecedentes de las garantías reales, abordaremos únicamente al derecho romano, ya que es dentro de este sistema jurídico donde encontramos las bases de nuestras actuales disposiciones legales.

El pignus (prenda)³³, garantiza el cumplimiento de una determinada obligación, a través de la entrega de una cosa.

Los presupuestos para que operara la prenda de una determinada cosa son:

a) Que la "res" se halle por lo menos en propiedad pretoria del pignorante.

³³ Cfr. D'ORS. Alvaro. Derecho Privado Romano. 8a. ed., EUNSA. Pamplona, 1991. P.468.

- b) Que las partes concerten un negocio no formal de prenda.
- c) Que exista una obligación principal cuyo cumplimiento venga a ser garantizado por la prenda.

La cosa que se entrega en prenda se entrega siempre en garantía y no en propiedad, en razón de que la cosa deberá ser restituida cuando se cumpla con la obligación garantizada. Solamente pueden ser dados en prenda los bienes específicos ya sean muebles o inmuebles.

El pignorante que sustrae la prenda al acreedor pignoraticio comete el llamado *furtum possessionis*. El acreedor pignoraticio que usa la cosa pignorada sin consentimiento del pignorante, comete *furtum usus* (D. 47,2,15; h.t. 55 (54)pr.).

Pignus conventum, *pignus obligatum* o Hipoteca (prenda sin desplazamiento posesorio).- Esta es una modalidad de *pignus* en la cual a diferencia de *datio pignoris* no hay desplazamiento de la cosa dada en prenda a favor del acreedor, hasta en tanto no se haya incumplido con la obligación que ha sido garantizada (D.13, 7, 9, 2). El pignorante conserva la cosa pero el acreedor hipotecario queda facultado para reclamar su posesión (*ius vendendi*) y para cobrarse con su precio (*ius distrahendi*).

La hipoteca se generaliza desde el siglo I d.C., sin embargo, no existe la distinción entre la hipoteca y la prenda, "...para la jurisprudencia romana, la hipoteca es un tipo único de garantía real, en el que la entrega posesoria puede ser inmediata o quedar diferida."³⁴. En este mismo sentido, Marciano afirma en D. 20,1,5,1: "*Inter. Pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*" (Entre la prenda y la hipoteca la diferencia es sólo nominal).

³⁴ D'ORS, Alvaro. Ob. Cit. p. 469.

La hipoteca al ser una prenda sin desplazamiento posesorio, es posible, en los siguientes casos:

a) Que la hipoteca se constituya sobre bienes corporales e incorporales, p.e. derechos reales de crédito: el derecho de superficie (D.20,1,11,2; h.t. 11, 13; h.t 12,13,7,16,2; 20,1,13; 20,4,15); un crédito (pignus nominis, D.13,7,18pr.). el mismo derecho de prenda (subpignus D. 20, 1,13,2); una universalidad como un rebaño o todo un patrimonio (D.20,1,6; h.t. 13pr.); o sobre bienes futuros (D. 20,1,15pr.).

b) Que se constituya por disposición testamentaria (D. 13, 7, 26pr); por presunción jurídica de la voluntad de constituirla (hipoteca táctica, p.e. Vide. D. 20,2,24); por disposición de una Ley (hipoteca legal Vide. D. 49.14.46,3; Cl. 8. 14(15), 1).

c) Que haya concurrencia de varias hipotecas sobre un mismo bien, en tanto el valor de la cosa sea superior al de las obligaciones que ya garantiza (D. 20,1,15,2; 44,2,19). En virtud de la regla: prior tempore, potior iure (primero en el tiempo, mejor en derecho Cl. 8,17(18), 3), el acreedor que constituyó la hipoteca más antigua, tendrá preferencia para ejercitar el ius vendendi y satisfacer su crédito. Es posible que el acreedor de rango anterior ejercite el ius offerendi et succedendi y ofrezca al acreedor de rango anterior al suyo, el pago de su crédito viniendo a ocupar su posición. Independientemente de que el acreedor acepte o no, el oferente se coloca en su grado (D.20,4,11,4; 20,5 pr; h.t 6; h.t 12 pr.).

No obstante la afirmación plasmada en D. 50,17,25, y atribuida a Pomponio, en la cual manifiesta que la garantía real es más segura que la personal), la falta de publicidad de las hipotecas determinó la preferencia de las garantías personales por sobre las reales.

Hecho un análisis sobre las garantías reales dentro del sistema jurídico romano antiguo, estudiemos ahora al derecho real de hipoteca en nuestro actual sistema jurídico.

Definición del contrato de hipoteca.

"La hipoteca es un contrato por el cuál se da nacimiento a un derecho real de garantía, que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles; pero siempre registrables y enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al constituyente de la posesión del bien, y que otorga a su titular los derechos de persecución de venta y preferencia en el pago, para el caso del incumplimiento de la obligación."³⁵

"La hipoteca es un contrato por virtud del cuál una persona llamada deudor hipotecario, constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien generalmente inmueble determinado y enajenable, a favor de la otra parte llamada acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de una obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la Ley."³⁶

Nuestra legislación, en el Código Civil para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para Toda la República en Materia del Fuero Federal, ha definido al contrato de hipoteca de la siguiente manera:

"Artículo 2893.- La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley".

Para entender la definición sobre la hipoteca, conceptuemos primeramente a los elementos que la constituyen:

³⁵ Aguilar Carvajal, Leopoldo. Contratos Civiles, 2a. ed., Porrúa S.A. México, 1977. p. 270.

³⁶ Zamora y Valencia, Miguel Ángel. Ob. Cit. P. 319

Derecho real.- Se define como la relación que guarda su titular frente a todas las personas que tienen el deber (no obligación) de no perturbar ese derecho, es decir, dicho deber se traduce en una simple abstención.

Se ha definido también como "...aquel derecho, que concede a su titular un poder inmediato y directo sobre una cosa y que puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos..."³⁷

En cuanto a los términos que emplea el artículo transcrito, debemos decir que la hipoteca debe definirse como un derecho real y no como una garantía real, ya que si bien es cierto que se constituye para garantizar y asegurar una obligación principal, también lo es que el derecho que adquiere el acreedor hipotecario, con respecto al bien que fue gravado con la hipoteca, le concede un carácter limitativo sobre los bienes hipotecados, hasta en tanto no se ejercite la acción correspondiente, para hacer valer lo pactado al constituir la hipoteca, además de que este derecho puede ser ejercitado y hecho valer frente a todos, luego entonces, lo que se ejercita es un derecho real para hacer cumplir la garantía derivada de la hipoteca.

Prelación o derecho de preferencia.- Consiste en que la hipoteca debe ser registrable, para que el derecho que de ella emana, sea oponible a terceros; ya que como lo ha señalado el artículo 2919 del Código Civil, la hipoteca nunca será tácita, ni general, para producir sus efectos contra terceros.

La figura de la prelación, se encuentra reglamentada en los artículos 3013 a 3017 del Código Civil.

El derecho de preferencia a que se refiere el artículo 2893 del Código Civil, al definir a la hipoteca, lo establece el artículo 2981, al señalar:

³⁷ Arce Cervantes, José. De los Bienes. s/ed., Porrúa S.A. México, 1990. p. 30.

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

Del análisis de las anteriores definiciones, podemos expresar nuestra definición propia del contrato de hipoteca:

Es el contrato por medio del cual se constituye un derecho real, a favor de una persona a la que se le denomina acreedor hipotecario, a efecto de garantizar una determinada obligación, sin desposeer al deudor de los bienes que fueron gravados. Otorgándosele al acreedor hipotecario, el derecho de persecución, de enajenación y de preferencia, en caso de que el deudor incumpla con la obligación que le corresponde, en el grado de prelación que la ley establece.

Clasificación del contrato de hipoteca.

Es un contrato accesorio.- En razón de que este contrato no tiene existencia propia, es decir, depende de la presencia de un contrato principal para su existencia. Por esta característica, el contrato de hipoteca sigue la misma suerte del contrato principal.

Es un contrato gratuito.- En virtud de que los provechos son generados para el acreedor y los gravámenes para el deudor.

Es un contrato oneroso, por excepción.- Se presentará esta cualidad en el contrato de hipoteca, cuando el acreedor hipotecario pague una contraprestación al deudor de la hipoteca, por la celebración del contrato y como consecuencia, la constitución del derecho real respectivo.

Es un contrato bilateral.- Ya que se constituyen derechos y obligaciones para ambas partes.

Es un contrato consensual en oposición a real.- En razón de que este contrato se perfecciona por el simple consentimiento de los contratantes, sin necesidad de entregar la cosa.

Es un contrato formal.- Porque la ley civil ordena que este contrato se manifieste por determinados medios, es decir, siempre se requiere de una manifestación determinada impuesta por la ley, para la validez del mismo.

Es un contrato nominado.- Ya que se encuentra reglamentado en la ley.

Características del contrato de hipoteca.

1.- Como ya lo hemos mencionado, el contrato de hipoteca es un contrato accesorio de garantía, por lo que su existencia y validez depende de su existencia y validez de la obligación que es garantizada.

2.- La extinción del contrato principal, extingue la hipoteca.

3.- La hipoteca es un derecho real de garantía del cumplimiento de la obligación principal del cual depende, lo que significa que el valor del bien sobre el que se gravó la hipoteca, garantiza preferentemente el cumplimiento de dicha obligación.

4.- La hipoteca debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad para que surta efectos contra tercero.

5.- La hipoteca inscrita produce efectos frente a terceros, es oponible "**erga omnes**", es decir, se da frente a todos y contra todos. Solamente recae sobre bienes determinados que puedan ser inscritos en el Registro Público de la Propiedad.

6.- La hipoteca debe constituirse sobre bienes enajenables, los que pueden ser dispuestos por el acreedor hipotecario, para cubrir la garantía que de la hipoteca se desprende.

7.- Es un contrato en el cuál no se desposee al deudor hipotecario de los bienes gravados, mismos que no está obligado a entregar, hasta en tanto no se haga efectiva la garantía que implica la hipoteca.

Consideraciones especiales en el contrato de hipoteca.

BIENES SUSCEPTIBLES DE SER HIPOTECADOS.

Interpretando a contrario sensu el artículo 2898 del Código Civil deduciremos los bienes que son susceptibles de gravarse con el derecho real de hipoteca.

Artículo 2898.- "No se podrán hipotecar:

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

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

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

IV.- El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por este código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes;

V.- El uso y la habitación;

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

Ahora bien, interpretando correctamente el contrato de hipoteca, no son en sí los mismos bienes los que son materia de la hipoteca, en virtud de que al acreedor hipotecario no se le permite actuar material y tangiblemente sobre dichos bienes, como sucede en el derecho real de propiedad o de usufructo. Lo que verdaderamente es hipotecado, es el derecho que el deudor ejerce sobre la cosa.

En cuanto a los bienes que pueden ser hipotecados, los podemos clasificar de la siguiente manera:

1° Todos los bienes inmuebles;

2° Los bienes muebles a que se refiere el artículo 754 del Código Civil, siempre que tenga la cualidad de ser obligaciones a la orden o al portador, a cuyo efecto se tendrá en cuenta lo dispuesto por el artículo 2915 si devengan intereses.

Por último, la hipoteca se extiende, aunque no se exprese:

A.- A las accesiones naturales del bien hipotecado;

B.- A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados;

C.- A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no pueden separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;

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

CLASES DE HIPOTECA.

HIPOTECAS VOLUNTARIAS. Son aquellas hipotecas, convenidas entre las partes o impuestas por disposición del propietario de los bienes sobre los cuales se constituye el derecho real de garantía hipotecaria. (Artículo 2920 del Código Civil).

HIPOTECAS NECESARIA.- Son aquéllas que por disposición de la Ley, están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores. (Artículo 2931 C.C.).

Es de gran importancia el estudio de la hipoteca necesaria, en razón de que este tipo de hipotecas, son las que se implementan en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, es decir, el acreditante en este tipo de contratos, debe de obtener garantía de los créditos que otorga al acreditado, constituyéndose dicha garantía, mediante la hipoteca de determinados bienes del acreditado. La hipoteca necesaria podrá ser exigida en cualquier momento, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que debiera haber sido asegurada (Artículo 2931). En los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, normalmente se constituye la hipoteca desde el momento en que se otorga el crédito al acreditado.

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 2934 de la ley en consulta, la hipoteca necesaria durará el mismo tiempo que dure la obligación que con ella se garantiza.

En el contrato de apertura de crédito, la hipoteca durará el tiempo que duré la liquidación del crédito concedido, es decir, durante el tiempo en que se

cumpla la obligación de pago, ello en razón de la regla según la cual, lo accesorio sigue la suerte del principal.

HIPOTECA NAVAL. Regida por los artículos 121, 122, 125 y 126 de la Ley de Navegación y Comercio Marítimos, en forma especial.

HIPOTECA DE PROPIETARIO. Con ella se grava un bien a favor del mismo dueño para tener preferencia en el cobro de un crédito con su valor, frente a otros acreedores hipotecarios. Nuestro derecho la admite, cuando por ministerio de Ley se aplica la subrogación.

3.3.- ELEMENTOS DE EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO Y DE HIPOTECA.

Antes de plantear los elementos de existencia de los contratos de apertura de crédito e hipoteca, debemos conocer primeramente que son esos elementos; los doctrinarios y la ley han establecido que dichos elementos lo son: El consentimiento o voluntad para realizar un determinado acto jurídico o contrato, el objeto de dicho acto, y excepcionalmente la solemnidad.

CONSENTIMIENTO.

Hablemos primeramente del consentimiento en el acto jurídico. El acto jurídico es la exteriorización de la voluntad del hombre que produce consecuencias de derecho. Nos percatamos que de dicha definición, se desprende el cimiento del acto jurídico: la exteriorización de la voluntad.

Para el maestro Julien Bonnecase, el consentimiento es: "El acuerdo de voluntades constitutivos del contrato",³⁸ para el maestro Rafael Rojina Villegas

³⁸ BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil, Harla, México, 1993. p. 794.

es: "El acuerdo o concurso de voluntades, que tiene por objeto la creación o transmisión de derechos y obligaciones"³⁹.

Los diversos tratadistas que han definido al consentimiento, refieren que en él necesariamente, se presenta el acuerdo de dos o más voluntades y que además dichas voluntades, deben encaminarse a la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

Por lo anterior, consideramos que el consentimiento es el acuerdo de dos o más voluntades para la realización de un determinado contrato, en este caso contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

En términos del artículo 1803 del Código Civil, el consentimiento puede ser expreso o tácito.

"El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente".

Los elementos que constituyen al consentimiento son la oferta y la aceptación.

Oferta o Policitación.

"Se entiende por oferta o policitación, la proposición que realiza uno de los futuros contratantes al otro, proponiendo las condiciones sobre las que versará el contrato a celebrar".⁴⁰

Nuestro Código Civil establece las formas en que se puede formular la oferta:

³⁹ ROJINA VILLEGAS. Rafael, Teoría General de las Obligaciones, Porrúa S.A. México, 1993. p. 52

⁴⁰ Cfr. BORJA SORIANO. Manuel. Op. Cit. P. 121.

Clases de Oferta (Entre presentes).

- 1.- Oferta con plazo (Art. 1804).
- 2.- Oferta sin fijación de plazo (Art. 1805).
- 3.- Oferta por teléfono (Art. 1805. in. Fine).

Oferta con plazo entre presentes.- El artículo 1804 del Código Civil dispone:

“Toda persona que propone a otra la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, queda ligada por su oferta hasta la expiración del plazo”.

De este artículo se desprende que el ofertante estará obligado a recibir la aceptación por parte de su futuro contratante, hasta que concluya el plazo fijado por el mismo ofertante; si durante ese tiempo la persona a quien se dirige la oferta, no da una respuesta aceptándola, el ofertante quedará desligado de la obligación que contrajo al emitir la policitud.

Oferta sin fijación de plazo entre presentes.- Al igual que la oferta con plazo, la oferta sin fijación de plazo se encuentra reglamentada por el Código Civil en su artículo 1805, el cual prevé:

“Cuando la oferta se haga a una persona presente, sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la oferta queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la hecha por teléfono”.

Es claro y preciso el artículo que regula a la oferta sin fijación de plazo. Nos refiere dicho numeral, que el ofertante al momento de pronunciar la policitud, deberá tener una aceptación inmediata, si no la obtiene, quedará desligado de la obligación contraída con la mención de la oferta.

Oferta por teléfono.- Este tipo de oferta sigue la suerte que tiene la oferta sin fijación de plazo, por lo que los comentarios hechos a la segunda de las ofertas mencionadas, se reproducen en este apartado, en obvio de repeticiones.

Oferta entre no presentes.

1.- Oferta con plazo (Artículo 1804. Código Civil).

2.- Oferta sin plazo (Artículo 1806 Código Civil).

Oferta con plazo, entre no presentes.- Este tipo de oferta, sigue la regla de la oferta con plazo entre presentes, ya que nuestro Código Civil se refiere en su artículo 1804 parte inicial, a "Toda persona...", por lo que no delimita si se está o no presente; en consecuencia, el ofertante está obligado a sostener su oferta al destinatario de la misma, hasta la expiración del plazo que se concedió a dicha oferta.

Oferta sin plazo, entre no presentes.- Esta clase de oferta es regulada por el artículo 1806 del Código de Comercio, al preceptuar;

"Cuando la oferta se haga sin fijación de plazo a una persona no presente, el autor de la oferta, quedará 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".

En nuestros días, resulta un tanto ambiguo este numeral, bastaría con que concediera al destinatario de la oferta, el término de tres días, toda vez que las comunicaciones de hoy en día son rápidas.

Aceptación.

Gramaticalmente entendemos por aceptación, el recibir lo que se nos da u ofrece. En el ámbito jurídico y para la integración del consentimiento, significa aprobar la oferta que hace el peticionante u ofertantes, para la celebración de un contrato determinado.

Así por ejemplo. En el contrato de apertura de crédito, el acreditante puede hacer una oferta, consistente en el no cobro de los intereses moratorios, si se reestructura la deuda contraída y vencida. La oferta irá encaminada a todas aquellas personas que se hallen en el supuesto que se plantea, y si aceptan reestructurar su deuda, se estará integrando el consentimiento.

Lo mencionado en este apartado sobre el consentimiento se puede resumir en la siguiente fórmula:

OFERTA + ACEPTACIÓN = CONSENTIMIENTO.

Hecho el análisis sobre la figura del consentimiento en los contratos, veamos ahora, el consentimiento que se manifiesta en los contratos de apertura de crédito, hipoteca y de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

El consentimiento en el contrato de apertura de crédito.

Dada la vitalidad del contrato de apertura de crédito el consentimiento lo constituye el acuerdo de voluntades del acreditante y del acreditado para conceder a favor del último la disponibilidad del crédito, a cambio de la contraprestación consistente en la restitución del crédito otorgado, con los accesorios correspondientes, sin que opere la transmisión de dominio sobre el objeto materia del contrato, a favor del acreditado.

Este contrato se perfecciona sin que sea necesario entregar la cosa.

El consentimiento en el Contrato de Hipoteca.

El consentimiento en este contrato se da por el acuerdo de voluntades entre el deudor hipotecario y el acreedor hipotecario.

En este contrato deberá precisarse en forma concreta la obligación que se garantiza y el monto de la misma. Asimismo, deberá de determinarse de manera indubitable el bien o el derecho sobre el que se constituye la hipoteca.

El contrato de hipoteca se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades de las partes. Sin embargo, el derecho real que se constituye por la hipoteca deberá ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, para que surta efectos contra terceros.

El consentimiento en el Contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

Tanto el acreditante y acreedor hipotecario como el acreditado y deudor hipotecario, deben exteriorizar su voluntad para el perfeccionamiento de este contrato, por el simple hecho de querer realizar el acto dentro de los lineamientos establecidos por la ley. Deben formalizar el derecho real que emerge de la garantía hipotecaria, debiendo inscribirlo en el Registro Público de la Propiedad para que produzca los efectos legales respectivos. La hipoteca que en este contrato se manifiesta, es la llamada hipoteca necesaria, misma que es un requisito para garantizar la restitución del crédito dispuesto por parte del acreditante hacia su deudor.

Objeto del Contrato de apertura de crédito.

El objeto de este contrato lo es el otorgamiento del crédito y la disponibilidad del mismo.

Los artículos 292 y 293 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, determinan el alcance del objeto de los contratos de apertura de crédito.

Artículo 292.- "Si las partes fijaron el límite al importe del crédito se entenderá, salvo pacto en contrario, que en él quedan comprendidos los intereses, comisiones y gastos que deba cubrir el acreditado".

Artículo 293.- "Si en el contrato no se señala un límite a disposiciones del acreditado, y tampoco es posible determinar el importe del crédito por el objeto a que se destina, o de algún otro modo, convenido por las partes, se entenderá que el acreditante está facultado para fijar ese límite en cualquier tiempo".

El crédito deberá ser en cantidades líquidas. Entenderemos por cantidades líquidas, aquellas que son cobrables de manera inmediata a su presentación.

El objeto en el Contrato de hipoteca.

La hipoteca deberá recaer sobre bienes que tengan las características de ser: Determinados, enajenables e inscribibles.

Enajenables.- La razón de que los bienes deban ser enajenables, se refiere a que el valor de los mismos constituyen la garantía del cumplimiento de la obligación principal; en consecuencia si no son susceptibles de enajenación dichos bienes, no se podría obtener el valor para pagar el crédito garantizado⁴¹

⁴¹ Cfr. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Ob. Cit, p.323.

Inscribibles.- Los bienes sobre los que recae la hipoteca, deberán ser susceptibles de ser registrables, en razón de que ello perfecciona el contrato, además de ser tal inscripción oponible a terceros.

Los bienes a que se extiende el derecho hipotecario, bienes que no comprende la hipoteca y los bienes no susceptibles de hipotecarse, los hemos tratado en notas anteriores

Objeto en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

En análisis del objeto que constituye a los contratos de apertura de crédito e hipoteca, determinaremos el objeto que constituye al contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

Como lo establecimos en notas anteriores, el objeto que constituye el contrato de apertura de crédito, lo es el crédito y la disponibilidad que se tiene del mismo; y en el contrato de hipoteca, lo son aquellos bienes cuyas características han quedado precisadas; en consecuencia, el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, tendrá por objeto la disponibilidad del crédito que otorga el acreditante al acreditado, la contraprestación que se origina por parte del deudor hacia su acreedor, así como el derecho real de hipoteca constituido con motivo de la celebración del contrato. Esquematicemos.

Un sujeto "A" solicita un crédito de 1000 pesos a una institución bancaria "B", para la adquisición de un departamento por parte de "A". Dicho crédito es otorgado entre las partes, para que se disponga en los términos convenidos, obligándose "A", a restituir el crédito con los accesorios correspondientes.

Para garantizar el pago del crédito dispuesto a favor del sujeto "B" constituye una hipoteca sobre el bien que adquirió "A".

En consecuencia, tenemos que el objeto en esta operación será el crédito y la disponibilidad del mismo, así como la restitución del crédito y sus accesorios, de igual forma lo es el derecho que el acreedor ejerce sobre la cosa materia de la hipoteca.

LA SOLEMNIDAD.

La solemnidad en los actos jurídicos la entendemos, como aquellos ritos que deben realizarse al celebrar el acto jurídico, mismos que condicionan su existencia.

Sin la presencia de esas formas solemnes, el acto jurídico no existe, por lo que constituye un requisito imprescindible para su creación.

Son actos jurídicos solemnes;

*El matrimonio.

*La adopción.

*El divorcio administrativo.

*La suscripción de un Título de Crédito, en razón de que debe de cumplirse con la serie de menciones y declaraciones precisadas por la Ley.

Dentro del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, la solemnidad no es necesaria para el perfeccionamiento de éste.

3-4.- REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.

Los requisitos de validez del acto jurídico son: La forma, la ausencia de vicios en la voluntad o consentimiento, la licitud en el objeto, en el motivo o fin (Vide pág. 43) y la capacidad.

LA CAPACIDAD.

Es sabido por los estudiosos del Derecho, que los individuos al realizar determinados actos jurídicos, deben de contar con la capacidad que la ley exige para la celebración de los mismos; en este caso, el otorgamiento de un contrato. Estudiemos, entonces, la capacidad de las partes para contratar.

Esta es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; para ejercer los primeros y asumir las segundas. Es un requisito para que el acto jurídico tenga validez, es decir, las partes al intervenir en la realización del acto, deben ser capaces para ejecutarlo.

En este orden de ideas, deducimos que hay dos tipos de capacidad, que son:

Capacidad de goce.- Es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, misma que se reconoce al individuo por la ley mediante el simple efecto del nacimiento. Por tanto, se considera un atributo de la personalidad. Cabe destacar que a los concebidos y no nacidos, la ley les reconoce ciertos derechos, tal como el derecho a heredar.

Capacidad de ejercicio.- Es la aptitud para ejercer derechos y cumplir obligaciones, misma que se adquiere a través de la mayoría de edad. Aunque los menores de edad pueden hacerse representar para tales efectos, por medio de quien ejerce la patria potestad sobre ellos.

Es importante distinguir la capacidad general de aquella que se requiere para la ejecución de una obligación del tipo contractual. A tal efecto, el artículo 1798 del Código Civil para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para

toda la República en materia del Fuero Federal, señala: “ **Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley**”.

Las excepciones a que se refiere el artículo 1798 mencionado, los define el artículo 450 del mismo ordenamiento, al disponer:

“Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad;

II.- Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos, y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio”.

Este artículo menciona a aquellos que tienen incapacidad general de ejercicio.

En cuanto a la incapacidad de goce, la ley no establece de manera general, quienes adolecen de dicha capacidad, sino que particulariza y señala quienes carecen de la aptitud para ser titulares de ciertos derechos, los que a continuación se mencionan:

a) El artículo 27 Constitucional dispone que los extranjeros no tiene aptitud de ser titulares de derechos sobre bienes inmuebles cuando éstos están ubicados dentro del territorio nacional en la llamada “zona prohibida”

b) Los tutores, mandatarios, albaceas, representantes del ausente y empleados públicos, no pueden adquirir bienes respecto de cuya venta o administración se hallen encargado. (Artículo, 2280 del C.C.).

c) Los ministros de los cultos no tienen aptitud para ser titulares de derechos hereditarios por testamento de los ministros del mismo culto o de un

particular con el que no tengan parentesco dentro del cuarto grado. La misma incapacidad la tienen los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos de los ministros, respecto de las personas a quienes éstos hayan prestado cualquier clase de auxilios espirituales, durante la enfermedad de que hubieren fallecido o de quienes hayan sido directores espirituales de los mismos ministros (Artículo 1325, Código Civil); sin embargo, ello no es óbice para que puedan ser titulares de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles por ejemplo, ya que tales derechos pueden adquirirlos por otros medios diferentes a los señalados.

"Cabe destacar, que no debemos confundir a la incapacidad de goce, con el desconocimiento de la personalidad jurídica. En virtud de que la ley, al imponer una incapacidad de goce, presupone la existencia de la persona jurídica a quien establece esa limitación. La personalidad jurídica, es el reconocimiento que la ley hace al sujeto físico o moral, para ser susceptible de regular su status jurídicamente, es decir, para que pueda desenvolverse en el ámbito de la norma jurídica. La capacidad de goce y sus restricciones, hacen referencia a situaciones determinadas y singularizadas, como las que ya se han mencionado. Debemos ser precisos en cuanto al estudio de la capacidad de los contratantes, en virtud de que de ello depende el cumplimiento de las obligaciones que se contraen, en determinado acto jurídico".⁴²

CAPACIDAD DE LAS PARTES QUE INTERVIENEN EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO, HIPOTECA Y APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPTOECARIA.

La capacidad de los sujetos que intervienen en el contrato de apertura de crédito, se estima como una capacidad general de goce, y obviamente de ejercicio, siempre y cuando no se encuadren dentro de los presupuestos a que hemos hecho referencia, para que los otorgantes puedan asumir las obligaciones que emanan de la celebración del contrato, bajo pena de nulidad relativa en caso de contravención.

⁴² Cfr. ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Ob. Cit. P.37

Con respecto al contrato de hipoteca, la capacidad que debe de poseer el deudor hipotecario, la manifiesta el artículo 2906 de Código Civil, al disponer:

“Sólo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados”.

Pueden enajenar todas aquellas personas que no se encuentran en las situaciones que se plantearon al mencionar al artículo 450 del Código Civil y demás numerales que se precisaron en el tema sobre la capacidad general de las partes para contratar.

Con respecto al acreedor hipotecario, éste requiere de la capacidad de ejercicio para la celebración del contrato.

Cabe hacer mención que los contratantes deberán estar exentos de las limitaciones que impone la ley, mismas que han quedado expresadas en este apartado.

ASUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

Consideremos brevemente a los vicios que se pueden presentar en el consentimiento, al momento de la celebración del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

Entendemos por consentimiento, el acuerdo de dos o más voluntades para producir un efecto jurídico determinado, siendo indispensable una manifestación exterior, para que éste se produzca.

El consentimiento puede ser afectado por el error, el dolo, la mala fe, la violencia y la lesión.

a) **Error.-** Se entiende como el estado subjetivo de las partes, que lleva al falso conocimiento de la realidad. En los actos jurídicos debemos entenderlo como una apreciación contraria del acto jurídico a celebrar o bien del objeto o motivo determinante de la voluntad.

En la figura jurídica del error, se desprenden a su vez las siguientes clasificaciones:

Error de derecho.- Se presenta en los actos jurídicos, cuando signifique un desconocimiento total o parcial de una norma jurídica, que conlleva a una apreciación falsa de disposición legal aplicable. Este tipo de error trae aparejada la nulidad del acto jurídico realizado; a este efecto el artículo 1813 del Código Civil expresa:

"El error de hecho o de derecho 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 éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa."

Error de hecho.- Este tipo de error incide en las condiciones materiales del acto jurídico, de tal suerte que su presencia invalida a dicho acto jurídico, al igual que el error de derecho nulifica el acto jurídico.

Error obstáculo.- Se presenta cuando hay una discrepancia o discordancia entre lo que se denomina voluntad interna y lo que se llama voluntad declarada, ya que aquella no se manifiesta tal como es. Normalmente este tipo de error recae sobre la naturaleza del acto a ejecutar (error en el negocio) o sobre la identidad en el objeto y materia del acto (error en el cuerpo). Este tipo de error producirá la inexistencia del acto jurídico.

Error vicio, nulidad o determinante.- En este tipo de error se da una absoluta concordancia entre lo que es la voluntad interna y la declarada, sin

embargo, la primera se ha desviado en cuanto a su formación. Incide fundamentalmente sobre circunstancias o cualidades que determinan la función del objeto materia del acto (error en la sustancia) o sobre las cualidades de la persona (error en la persona). Este tipo de error se sanciona con la nulidad relativa del negocio.

Error indiferente.- Este no recae sobre el motivo determinante de la voluntad y por tanto resulta accidental y sin relevancia para el derecho, de modo que no invalida el acto.

Error de cálculo.- Es aquel que se refiere exclusivamente al número de cosas que constituyen al objeto del acto jurídico y únicamente da paso a su correspondiente rectificación.

b) **Dolo y mala fe.-** Es cualquier artificio engaño o maquinación de carácter fraudulento, por el que una persona es inducida por otra a celebrar un acto jurídico, que de otro modo no hubiera otorgado, porque de conocerlo se habría realizado de distinta forma. Según la doctrina, el dolo puede ser positivo o negativo, el primero de los mencionados, se forma por los artificios o engaños utilizados por una parte para inducir a la otra a error o mantenerla en él; en el segundo de los casos, se da lo que se conoce como mala fe, misma que según la ley consiste en la disimulación del error una vez conocido por alguna de las partes.

La concepción jurídica sobre los vicios en la voluntad llamados dolo y mala fe, la establece el artículo 1815 del Código Civil, al disponer:

"Se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error o uno de los contratantes, una vez conocido".

"Este vicio es causa de nulidad relativa en el contrato, si el error a que induce o que es mantenido por el mismo, recae sobre el motivo determinante del sujeto en la celebración del negocio"⁴³

c) **Violencia.**- Entendemos por violencia, el miedo originado por la coacción o amenaza de un mal injusto, que es ejercida sobre la voluntad de un individuo, para hacerlo consentir en el otorgamiento de un acto jurídico determinado.

El maestro, Ernesto Gutiérrez y González, ha definido a la violencia de la siguiente manera "Es el miedo originado por la amenaza de sufrir un daño personal, o que lo sufran personas o cosas que se tienen en alta estima y que lleva a dar la voluntad de realizar un acto jurídico".⁴⁴

De las anteriores definiciones, determinamos dos tipos de violencia, a saber son:

Violencia física.- Se presenta cuando por medio del dolor físico, la privación de la libertad o la fuerza física, se coacciona a una de las partes, para celebrar un determinado acto jurídico.

Violencia moral.- Esta tiene lugar cuando se hacen amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad o la salud, etc.; misma que fuerza a la exteriorización de voluntad de una de las partes contratantes.

El maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia manifiesta en cuanto a la violencia que: "El artículo 1819 indica que hay violencia cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la libertad, la honra, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes, o de sus parientes

⁴³ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Ob. Cit. p.42.

⁴⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Ob. Cit. p.305

colaterales dentro del segundo grado, para determinar a una persona a celebrar un contrato. La violencia en si o el temor, que nace de ella, vicia la voluntad del sujeto y origina una causa de nulidad relativa del acto.⁴⁵

d) **Lesión.**- Consistente en una notoria desproporción entre lo que se da y lo que a cambio se recibe. Siempre se da en los actos jurídicos bilaterales.

La sanción ante la presencia de la lesión, hay quienes afirman que no lo es una acción de nulidad sino de rescisión; para esclarecer el problema, tanto el artículo 17 como el artículo 2228 del Código Civil en cita, han establecido que la lesión ocasiona como consecuencia la nulidad absoluta del acto, y, en su caso, la reducción equitativa del monto de la obligación contraída.

Ausencia de vicios en el consentimiento en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

En cuanto a los vicios del consentimiento en el contrato de apertura de crédito, no existen normas especiales, en consecuencia, se aplicarán las reglas generales que han quedado precisadas.

En el contrato de hipoteca.

No se encuentran disposiciones especiales en este contrato, por lo que se deberán aplicar las reglas generales en materia de obligaciones mismas que se han precisado en notas anteriores.

En este apartado solamente trataremos a la forma, en virtud de que los demás elementos han sido tratados en puntos anteriores.

⁴⁵ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Ob. Cit. p. 43

LA FORMA.

Es la manera en que se exterioriza la voluntad de los contratantes, ya por escrito, ya de manera verbal, o por medio de signos inequívocos que presumen la voluntad de contratar (V. gr.: Mímica).

Precisemos de manera breve cada una de estas formas:

De forma verbal.- Indica que la manera de exteriorizar nuestra voluntad, es por medio de la palabra hablada.

De forma escrita.- La voluntad se expresa mediante la escritura, sirviéndose de documentos públicos o documentos privados.

Son documentos públicos, aquellos que son emitidos por funcionarios que gozan de fe pública (V. gr.: Notario Público), así como aquellos documentos que son expedidos por funcionarios en ejercicio de las funciones que les fueron conferidas.

Documento privado, es aquel que proviene de los particulares y que suscriben por su propio derecho.

De forma mímica.- La voluntad se manifiesta mediante signos inequívocos o señas que la presumen.

La voluntad también puede ser de forma tácita, es decir, cuando resulta de hechos o actos que la presupongan o autoricen a presumirlo (Artículo 1803 Código Civil).

El Silencio.

En lo que respecta al silencio como una forma de expresión de la voluntad, el Maestro Joaquín Martínez Alfaro, señala: "El silencio consiste en la abstención de manifestar el consentimiento, sin embargo, algunos lo han considerado como un modo tácito de exteriorizar la voluntad".⁴⁶

En nuestra opinión no debemos entender al silencio, como una forma de exteriorización de la voluntad de manera tácita, toda vez que en el consentimiento tácito si se exterioriza la voluntad de los contratantes y el silencio nada expresa.

En el ámbito jurídico, el silencio no puede ser considerado como una aceptación, sin embargo, existen algunas excepciones en cuanto al silencio, cuando se presentan determinaciones, produciéndose efectos de derecho, por ejemplo, cuando en un determinado juicio de índole civil, al momento en que se solicita a alguna de las partes se presente a absolver posiciones en el desahogo de la prueba confesional, si ésta no se presenta, o presentándose al desahogo no contesta, se le tendrá por confeso de las posiciones que resulten calificadas de legales, (se entiende por posición calificada de legal, aquella pregunta que le es formulada a quien absuelve una confesión y que la misma esta hecha conforme a derecho.

Valga el señalamiento de que si bien es cierto que en este tipo de actos el silencio produce efectos y/o consecuencias de derecho, también lo es que ya hubo una manifestación de voluntad de una de las partes que intervienen en el acto jurídico, el silencio es solamente el efecto que se da por parte de la otra parte en dicho acto, y que es sancionada en los términos que se han asentado.

⁴⁶ MARTINEZ ALFARO, J. Teoría de las Obligaciones, Porrúa S.A. México, 1993. p. 76.

Pero el silencio en sí, no puede producir un solo efecto ya que con éste no se manifiesta absolutamente nada.

La sanción que se produce en los contratos por falta de forma es la nulidad relativa.

La forma en el contrato de apertura de crédito.- Esta deberá de plasmarse por escrito, dada la característica de formalidad que tiene este contrato.

Igualmente el contrato de hipoteca también deberá constar siempre por escrito, por lo que decimos que es un contrato formal. Por regla general el contrato debe de constar en escritura pública, ello de conformidad con el artículo 2917 en relación con los artículos 2317 y 2320 del Código Civil.

Asimismo, el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria se ha de otorgar por escrito, además de constar en escritura pública, a efecto de que la hipoteca que se deriva del contrato principal, sea registrable.

La interpretación lógica del artículo 71 de la Ley de Instituciones de Crédito en su párrafo primero, reafirma lo manifestado.

“El contrato de apertura de crédito será ejecutivo para exigir el cumplimiento de dicha obligación”.

De la lectura del texto del artículo citado, desprendemos que para ejercitar el derecho literal que en el contrato se consigna, necesariamente éste deberá constar por escrito; a mayor abundamiento, si se constituye la garantía de hipoteca, este contrato de hipoteca por ser un contrato formal, deberá constar por escrito; luego entonces, si la obligación accesoria debe de constar por escrito, innegablemente la obligación principal deberá hacerse constar en la misma forma.

3.5.- SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

De la propia definición del contrato de apertura de crédito se desprenden los sujetos que intervienen en dicho contrato, mismos que se han venido mencionando a lo largo de la presente investigación, los cuales son:

El acreditante.- Es aquella persona moral que concede la disponibilidad del crédito.

El acreditado.- Es aquella persona física o moral a la que se le otorga el crédito y la disponibilidad del mismo.

En el contrato de hipoteca los sujetos que intervienen en la celebración del mismo, son:

El acreedor hipotecario.- Que es quien adquiere ese derecho real de garantía que constituye en su favor el deudor hipotecario.

El deudor hipotecario.- Es quien dispone de un bien y constituye la hipoteca a favor del acreedor hipotecario.

En conclusión, en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, son los mismos elementos personales que los que intervienen en el contrato de apertura de crédito simple, es decir, se les designará igualmente como acreditante y acreditado respectivamente. No se hace mención especial en cuanto al contrato de hipoteca, en razón de que como lo hemos venido señalando, éste es un contrato accesorio y en consecuencia sigue la suerte del principal, por lo que la hipoteca se desprende necesariamente de la apertura de crédito; en razón de ello, debemos estar a la obligación principal y no a la accesoria, en la determinación en dicho contrato.

3.6.- OBLIGACIONES DE LOS CONTRATANTES.

OBLIGACIONES DEL ACREDITANTE.

- 1.- Otorgar el crédito y la disponibilidad del mismo al acreditado.

- 2.- Está obligado a responder por los vicios ocultos en el otorgamiento del crédito.

- 3.- Ante la aceptación, el endoso, el aval o la suscripción de un título de crédito, así como de la ejecución que resulte de la obligación que contraiga el acreditante por cuenta del acreditado, el acreditante está obligado a disminuir el saldo del crédito, salvo pacto en contrario. (Artículo 297, último párrafo Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

- 4.- No queda facultado para descontar o ceder el crédito documentado con títulos de crédito, antes de su vencimiento, salvo autorización expresa del acreditado. (Artículo 299 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

- 5.- Pagar los impuestos que le son exigidos por la Ley.

- 6.- Dado que el contrato de hipoteca es un contrato unilateral, el acreditante no asume obligaciones con respecto a ese derecho real.

OBLIGACIONES DEL ACREDITADO.

- 1.- Restituir al acreditante el crédito dispuesto.

- 2.- Pagar al acreditante los intereses, comisiones, premios y demás gastos que se deriven del crédito otorgado.

3.- Restituir el crédito en la misma especie que fue concedido, es decir, en cantidades líquidas.

4.- Conservar el bien hipotecado en tal estado que sirva de garantía al acreditante.

5.- No puede realizar actos respecto del bien hipotecado, que puedan perjudicar al acreedor en la garantía de su crédito.

3.7.- DERECHOS DE LOS CONTRATANTES.

DERECHOS DEL ACREDITANTE.

1.- Todas aquellas obligaciones que tiene el acreditado, son derechos para el acreditante.

2.- Le asiste el derecho de persecución del bien hipotecado; es decir, el gravamen de hipoteca continúa sobre el bien aún cuando se transmita su propiedad o se constituyan sobre él nuevos gravámenes.

3.- Le asiste el derecho de enajenación del bien hipotecario, en caso de incumplimiento.

4.- Goza del derecho de preferencia, mismo que ha sido estudiado, al analizar el contrato de hipoteca.

5.- Le favorece el derecho de ampliación, si por culpa del deudor el bien hipotecado, sufre algún demérito.

6.- Tiene todos aquellos derechos específicos que lleguen a pactarse en la celebración del contrato.

DERECHOS DEL ACREDITADO.

1.- Todas las obligaciones del acreditante son derechos para el acreditado.

2.- Tiene derecho a la disponibilidad del crédito otorgado. Le favorece el derecho de disponer del bien hipotecado para enajenarlo o imponerle otros gravámenes.

3.- Tiene derecho a la posesión del bien hipotecado.

4.- Le asiste el derecho de administrar el bien hipotecario, con las limitaciones que la ley le imponga.

5.- Percibe los frutos del bien dado en hipoteca antes de que les sea exigida la obligación que garantiza.

3.8.- OBJETO, LICITUD E ILICITUD EN LOS CONTRATOS:

EL OBJETO.

Como se ha mencionado en líneas anteriores, del objeto se han tomado diversas acepciones en cuanto al objeto del contrato se refiere. Son las siguientes:

"A.- El objeto directo.- Consiste en la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

B.- El objeto indirecto.- Es la conducta que debe observar el deudor, la que puede consistir en dar, hacer o no hacer.

C.- La cosa misma que debe darse o el hecho o la abstención que debe prestarse.

D.- El objeto del contrato es el objeto de la obligación creada por el mismo; por lo que el contrato tendrá tantos objetos, como obligaciones haya creado".⁴⁷

Al objeto indirecto de los contratos se refiere el artículo 1824 del Código Civil, al disponer:

"Son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar;

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

De la disposición jurídica que se ha transcrito, derivamos tres tipos de obligaciones en cuanto a su objeto: Obligaciones de dar, obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer:

Los requisitos que determinan a la obligación de dar, son por disposición de la Ley en el artículo 1825 del Código Civil, los siguientes:

1° Existir en la naturaleza.

2° Ser determinada o determinable.

3° Estar en el comercio.

Posibilidad física.- La cosa es físicamente posible cuando existe en la naturaleza y es susceptible de llegar a existir, hay imposibilidad física cuando la cosa no existe y no puede llegar a existir.

Posibilidad Jurídica.- Este es el segundo requisito esencial para que jurídicamente la cosa objeto del contrato sea posible.

⁴⁷ Cfr. BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, Harla, México, 1984. P. 68

Se dice que una cosa es jurídicamente posible, cuando se encuentra en el comercio y es determinada o determinable en cuanto a su especie.

Requisito sine qua non para la posibilidad jurídica del objeto, lo es que éste se encuentre dentro del comercio. Si el objeto no se encuentra dentro del comercio, estaremos ante un caso de imposibilidad jurídica. Los artículos del 747 del 749 del Código Civil, determinan las cosas que se encuentran fuera del comercio:

Artículo 747.- "Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio".

Artículo 748.- "Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley".

Artículo 749.- "Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la Ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

En cuanto a las cosas que se encuentran fuera del comercio por su naturaleza, tenemos al aire, al sol, a la luna, a las estrellas, al mar, etc.

En cuanto a las cosas que lo están por disposición de la ley, tenemos a los bienes de uso común y a aquellos bienes que son destinados a un servicio público.

Determinación del Objeto.- En nuestro derecho existen tres grados en la determinación de las cosas, las cuales son: Determinación individual, determinación en especie y determinación en género.

Determinación individual.- Esta se presenta cuando la cosa tiene en sí rasgos, que la hacen distinta a cualquier otra.

Determinación en especie.- En este tipo de determinación, la cosa posee ciertas características iguales a otras, sin que por esas características se pueda distinguir entre ambas cosas.

Por ejemplo. 50 kg. De azúcar blanca, no se pueden distinguir de otros 50 kg. De azúcar de la misma clase.

Determinación en género.- Este tipo de determinación sólo tiene interés para otro tipo de ciencias, como lo pueden ser las ciencias naturales, por lo que carece de trascendencia jurídica, en tanto que esas cosas conforme a derecho, no son determinables.

Por ejemplo, si una persona se obliga a entregar piedras sin especificar de que clase de piedras, y en atención a que existen piedras preciosas de gran valor y piedras que carece de valor alguno, el deudor quedará liberado de su obligación haciendo entrega de cualquier tipo de piedras que le fueren menos agraviosas.

Los tipos de obligaciones de dar, los enumera el artículo 2011 de nuestro Código Civil.

“La prestación de cosa puede consistir:

I.- En la traslación de dominio de cosa cierta;

II.- En la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta;

III.- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida”.

Obligaciones de hacer o no hacer.

Este tipo de obligaciones se encuentran reguladas por la Ley en cita; en sus numerales 2027 y 2028, los que disponen lo siguiente:

“Si el obligado a prestar un hecho, no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho”.

“El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado”.

Posibilidad física de las obligaciones de hacer o no hacer.- El hecho o la abstención debida serán posibles físicamente, cuando sean conforme a las leyes de la naturaleza que necesariamente deberá regirlos. serán físicamente imposibles cuando sean contrarios a una ley natural que constituya un obstáculo insuperable para su realización.

Por ejemplo.- El que un individuo se comprometa a vender objetos a los que no les afecte la Ley de la gravedad.

Posibilidad Jurídica de las obligaciones de hacer o no hacer.- Este tipo de obligaciones son jurídicamente posibles, cuando se realizan con apego a los presupuestos lógico jurídicos de una norma jurídica que necesariamente debe regirlos; toda vez que de no ser así se estaría ante un obstáculo insuperable para su ejecución.

Por ejemplo.- Un hecho jurídicamente imposible, sería el que un particular transmitiera por donación, el monumento del ángel de la independencia.

LICITUD E ILICITUD EN LOS CONTRATOS.

Resulta lícito un contrato, cuando las prestaciones de hecho o la abstención debida, son lícitas en términos de los artículos 1824, 1825, 1826, 1827 y demás relativos y aplicables del Código Civil, sin embargo, la licitud no es un elemento de existencia del objeto, sino sólo un requisito de validez.

Se presumen lícitas las obligaciones de hacer o de abstenerse, cuando éstas no son contrarias a la ley y a las buenas costumbres y como consecuencia lícito el contrato que contiene dichas obligaciones y por el contrario se consideran ilícitas aquellas que son contrarias a la ley de orden público y a las buenas costumbres en términos del artículo 1830 del Código Civil.

La sanción que establece el Código Civil, en su artículo 2224 para el caso de que no se integre debidamente el consentimiento y el objeto, es decir, los elementos esenciales del acto jurídico, lo es la inexistencia del acto, misma que evitará que el acto puede producir efecto legal alguno, sin que dicho acto sea susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción, pudiendo invocarse dicha inexistencia por cualquier interesado. No obstante, nuestros más altos Tribunales, en virtud de que el artículo 2226 del Código Civil atribuye a la nulidad absoluta rasgos semejantes a la inexistencia, han llegado a considerar que la diferencia entre nulidad e inexistencia, es meramente teórica.

"NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEÓRICAS.- Aun cuando el artículo 2224 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales emplea la expresión "acto jurídico inexistente", en la que pretende basarse la división tripartita de la invalidez de los actos jurídicos, según la cual se les agrupa en inexistentes nulos y anulables, tal distinción tiene meros efectos teóricos, porque el tratamiento que el propio código da a las inexistencias, es el de nulidades. Según puede verse en las situaciones previstas por los artículos 1427, 1433, 1434, 1826, en relación con los 2950, fracción III, 2042, 2270 y 2779, en las que, teóricamente, se trata de inexistencias por falta de objeto, no obstante, el código las trata como nulidades, y en los casos de los artículos 1802, 2182 y 2183, en los que, la falta de consentimiento originaría la inexistencia, pero también el código los trata como nulidades".

Sexta Época, Cuarta Parte.

Vol. XI pág. 130 A.D. 2596757 Federico Baños Unanimidad de 4 Votos.

Vol. XIX Pág. 172 A.D.2633/58 Donato Antonio Pérez 5 Votos.

Vol. LXVI Pág. 44 A.D. 1924/60 Pilar Mancilla Pérez Unanimidad de 4 Votos.

Vol. LXXXVII Pág. 16 A.D. 8668/62 Pedro Flores López Unanimidad de 4 Votos.

Vol. XC Pág. 46 A.D. 1205/52 Manuel Ahued Unanimidad de 4 Votos.

De ahí que un contrato es ilícito, cuando no reúne todos y cada uno de los requisitos de existencia y de validez contemplados en nuestro Código Civil vigente y por el contrario cuando los reúne es un contrato lícito.

3.9.- CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

Las causas de terminación del contrato de apertura de crédito las establece el artículo 301 del la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que dispone:

“El crédito se extinguirá, cesando en consecuencia el derecho del acreditado a hacer uso de él en lo futuro:

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

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

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

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

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

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

Las causas legales de terminación del contrato de hipoteca, las señala el artículo 2941 del Código Civil que dispone:

“Podrá pedirse y deberá ordenarse en su caso la extinción de la hipoteca:

I.- Cuando se extinga el bien hipotecario;

II.- Cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía;

III.- Cuando se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecario.

IV.- Cuando se expropie por causa de utilidad pública el bien hipotecado.

Observándose lo dispuesto en el artículo 2910;

V.- Cuando se remate judicialmente la finca hipotecada, teniendo aplicación lo prevenido en el artículo 2325;

VI.- Por la remisión expresa del acreedor;

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

El maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia, manifiesta que la hipoteca puede extinguirse por la vía directa:

A.- Por nulidad, rescisión y por las demás causas normales de extinción de las obligaciones.

B.- Por destrucción del bien, o del derecho hipotecado.

C.- Porque se resuelva o extinga el derecho del deudor sobre el bien hipotecario.

D.- Por expropiación del bien.

E.- Por remate judicial del bien.

F.- Por remisión expresa del acreedor.

G.- Por declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

Por vía de consecuencia, la hipoteca se extingue si la obligación principal se extingue.

CAPITULO 4

**NULIDAD DEL CONTRATO DE
APERTURA DE CRÉDITO CON
GARANTÍA HIPOTECARIA, POR
LA ILICITUD EN EL OBJETO,
DERIVADO DE LA INVIABILIDAD
DEL ESQUEMA FINANCIERO
CONTENIDO EN EL MISMO**

4.- NULIDAD DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, POR LA ILICITUD EN EL OBJETO, DERIVADO DE LA INVIABILIDAD DEL ESQUEMA FINANCIERO CONTENIDO EN EL MISMO:

En este capítulo se abordará el fondo del presente trabajo, en el que se estudiarán tanto la voluntad o consentimiento (como un elemento de los contratos), como el Crédito Hipotecario, el objeto de éste, la ilicitud en el mismo, para entrar de lleno al estudio de la Nulidad del Contrato de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria, por la ilicitud en el objeto, derivado de la Inviabilidad del Esquema Financiero contenido en el mismo, abordando claro está, el medio idóneo de prueba para demostrar la nulidad que se alegue, en el que se abarcaran de igual forma los temas como inviabilidad económica del crédito, estudio financiero, proyecciones financieras, escenario optimista, escenario realista, para finalizar con el estudio de la resolución dictada en un caso práctico. Todo ello encaminado a demostrar que las instituciones de crédito, abusando de la ignorancia de los acreditados en materia económica, financiera y actuarial, así como de la necesidad de obtener una vivienda digna y decorosa, someten los primeros a los segundos bajo engaños y artificios a otorgar su consentimiento en la celebración de contratos en los que el objeto de los mismos es imposible de cumplir, dada la inviabilidad del esquema financiero contenido en los mismos, en relación directa con la capacidad económica de los acreditados.

4.1.- LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN:

Toda persona al firmar un contrato tiene en mente la idea de que se trata de un acuerdo entre dos o más personas; aun los concededores en la materia jurídica entienden y definen de la anterior manera el concepto de contrato, es decir la voluntad, el deseo interno de llegar a establecer un acuerdo entre dos o

4.2.- CONCEPTO DE CRÉDITO HIPOTECARIO:

El crédito hipotecario es un préstamo que se utiliza para adquirir un bien raíz, generalmente una casa habitación; también se utiliza este mismo concepto para obtener una suma de dinero para cualquier fin, poniendo como garantía un bien raíz, un inmueble, una casa; en cualquiera de los casos queda como garantía del préstamo, el inmueble o casa, es decir, queda hipotecada y en caso de que el préstamo no pueda liquidarse, lo primero que el acreedor puede hacer, es ejecutar la hipoteca y cobrarse el préstamo con el producto de la venta de la misma.

Generalmente el prestamista o acreedor es el banco y, como es una de sus formas de hacer negocio, los bancos compiten entre sí para convencer al público de que sus respectivas ofertas de productos son mejores que la de los demás bancos. Esto tiene una importancia fundamental en el problema legal que nos ocupa, **porque las ofertas financieras de los bancos se convierten en el motivo determinante de la voluntad del deudor al solicitar el crédito**; dicho de otra manera, el deudor seleccionará el banco acreedor por ser el que le ofreció la mejor oferta económica, **no importa quién preste el dinero, lo que convence es en qué condiciones pide que se le pague.**

Debiendo entenderse que el objeto del banco, lo es el crédito que otorga al acreditado, esto es, el dinero que presta, por lo que la casa o inmueble es sólo la primer garantía de que se pagará el dinero prestado, más sus accesorios. Así que, si el saldo es mayor que el valor comercial de la casa dada en garantía, y el banco demandará y venciera en juicio, para empezar, se cobraría con la casa, y en caso de no ser suficiente, con cualquier otro bien inmueble que tenga; y si aún así no alcanza, tratará de que el deudor solidario pague la deuda, ya sea en efectivo o a través de algún bien inmueble que sea de su propiedad, hasta completar el saldo que diga se le debe al banco.

4.3.- OBJETO DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA:

Es importante que quede claro, cuales son las características que debe reunir el **OBJETO** de todo contrato, y que se hacen consistir en que éste sea **POSIBLE y LICÍTO**, según lo establece nuestro Derecho Positivo Mexicano en el artículo 1827 del Código Civil para el Distrito Federal. De ahí que el punto medular del presente trabajo sea el poder demostrar que, derivado de la **IMPOSIBILIDAD** de dar cumplimiento con el **OBJETO** del referido contrato, que es el de que el acreditado haga pago del crédito otorgado, en los términos supuestamente convenidos y que de manera unilateral fueron fijados en términos del esquema financiero contenido en los Contratos de Apertura de Crédito Simple con Garantía Hipotecaria, dada la INVIABILIDAD del mencionado esquema financiero, y que se traduce en la ilicitud en el objeto, y como consecuencia la nulidad absoluta de dicho contrato.

4.4.- ILICITUD EN EL OBJETO:

Lo primero que hay que ubicar en este trabajo, es indicar cuál es el objeto del contrato, y posteriormente cuál es el motivo determinante de la voluntad de celebrarlo.

En este sentido es evidente que el banco quiere prestar dinero para cobrar interés por él, es decir, quiere hacer negocio de banco; también es evidente que el deudor quiere dinero para adquirir una casa, sin embargo, ese no fue el motivo determinante de su voluntad al firmar el contrato con un banco específicamente y no con otro, porque si así fuera le daría lo mismo celebrar el contrato con cualquier banco que le pudiera prestar la cantidad solicitada, no con uno en especial.

La decisión de escoger un Banco u otro, no está basado en cual de ellos presta el capital requerido, **sino en las condiciones en que lo presta y en qué requisitos pide para prestarlo.**

Por su parte, el Banco sabe que el usuario del crédito escogerá de entre un abanico de ofertas crediticias, y sabe que para ser elegido, su oferta debe ser competitiva en comparación con la de los demás bancos; por tanto, el motivo determinante de su voluntad no sólo es prestar el dinero y cobrarlo con intereses, sino ganar la competencia con los demás bancos. Para lograrlo tiene que plantear una forma de cobrar y recuperar el crédito otorgado que sea atractiva para sus clientes (aunque sea simulada o disfrazada, ya que a través del transcurso del término del contrato, la recuperación no será tan atractiva para los acreditados).

De lo que se desprende que el **OBJETO** del contrato, desde ambos puntos de vista, el del acreedor (Banco) y el del acreditado (deudor), no es simplemente el préstamo del dinero, sino que incluye además el esquema financiero para pagarlo (cobrarlo desde el punto de vista del banco). De hecho, los contratos en cuestión dedican casi todo su clausulado a definir y explicar el método de pago y sus folletos explicativos lo mismo, resultando que la cantidad a prestar es un elemento simple y sin mayores complicaciones del contrato.

En consecuencia, es evidente que el **OBJETO** del contrato es el préstamo y el método de pago o modelo financiero; **y en consecuencia, si se acredita que el modelo financiero es ilegal, el contrato es nulo por consecuencia.**

Corroborar lo anterior los siguientes artículos del Código Civil para el Distrito Federal.

Artículo 1824 del Código Civil.- “Son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar;

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer...”.

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

- I.- Posible;
- II.- Lícito...”.

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

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

Luego entonces, de un debida lectura y razonamiento de los preceptos en cita, podemos concluir que prestar dinero no es ilícito, pero la manera de cobrarlo sí puede serlo, por lo tanto es necesario enfocarnos a los modelos financieros con que los Bancos han venido prestando y pretendiendo cobrar el dinero, por que precisamente ahí esta la causal de nulidad de los Contratos de Crédito Simple con Garantía Hipotecaria otorgados por los Bancos, materia del presente trabajo, pues en la mayoría de los casos sus modelos financieros son ilegales, es decir, violan la ley.

Esto es, porque violentan disposiciones de orden público y de observancia general, que conducen a la **NULIDAD ABSOLUTA** del contrato, porque la voluntad de los contratantes no puede pasar por encima de disposiciones que protegen la estabilidad y la sana convivencia de las personas. A estas disposiciones se les conoce como de orden público, mismas que son de observancia general y obligatoria.

Artículo 8° del Código Civil.- “Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto los casos en que la ley ordene lo contrario”.

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

4.5.- NULIDAD DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA:

Siendo preciso transcribir lo establecido por el artículo 2226 del Código Civil, mismo que en su parte conducente a la letra dice; **“La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparece por la confirmación o la prescripción”**; debiendo entender en consecuencia que la nulidad absoluta se actualiza cuando en un acto jurídico (Contrato de Apertura de Crédito), se dan los presupuestos jurídicos establecidos por la ley que encuadran en los vicios del consentimiento, así como en la ilicitud del **OBJETO**, al contravenir leyes prohibitivas o de interés público o por ser contrario a las buenas costumbres.

Luego entonces en caso de ser declarada por el juez la nulidad que se demande, provoca que dicho acto jurídico no tenga efectos legales, no obliga legalmente a los contratantes a cumplirlo. Claro que para que un contrato sea nulo, quiere decir que primeramente se celebró, tal vez hasta se llevó a cabo un tiempo, pero está mal hecho y no tiene valor legal.

No se debe dejar pasar por alto el hecho de que en el Derecho Positivo Mexicano la voluntad de las partes expresada en un contrato es la máxima ley de los contratos, ya que baste remitirnos a lo que establece el artículo 2395 del Código Civil que es del tenor siguiente; **“El interés legal es el nueve por ciento. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal...”**; sin embargo, dicho precepto legal no precisa en que proporción mayor o menor puede ser dicho interés. Como puede verse, la ley deja libre al contratante de comprometerse como mejor le parezca. Sin embargo es importante precisar, que dicha libertad contractual tiene dos limitantes forzosas e ineludibles:

La primera que se deriva del interés público que está por encima de la voluntad individual.

La segunda de técnica jurídica sobre la que tampoco puede prevalecer el capricho de los contratantes; y en términos del artículo 77 en relación con el 81 del Código de Comercio, las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio, y que serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del Derecho Civil acerca de las causas que invalidan los contratos; y además, considerando que por regla general la nulidad absoluta no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, éstos serán destruidos en forma retroactiva, cuando se pronuncie por el juez la nulidad absoluta, misma que no desaparece por la confirmación o por prescripción, tal y como lo previene el artículo 2226 del Código Civil.

Luego entonces, las leyes de orden público obligan a que los contratos no dispongan cosas en contra de aquéllas, o cuando dicen expresamente que un derecho no es renunciable, (uno no puede firmar un contrato de esclavitud aunque quiera ser esclavo, porque es contra la ley).

Sin embargo prevalece el criterio de que uno se obliga como quiso hacerlo y en consecuencia debe cumplir con los términos en que se obliga.

Artículo 1796 del Código Civil.- "Los Contratos... obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley".

Es importante dejar en claro que se puede anular un contrato, pero sólo cuando viola leyes de orden público, tales como, que el objeto o fin del contrato no sea lícito, (**no es lícito un contrato cuyo objeto es la producción de amapola, aunque las partes estén de acuerdo**), también puede anularse cuando uno no

quiera comprometerse de esa manera y fue obligado, engañado, o simplemente cometió un error y puede demostrarlo.

Artículo 1795 del Código Civil.- "El contrato puede ser invalidado:

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II.- Por vicios del consentimiento:

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

IV.- Por que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece...".

A propósito se invocan y hacen valer artículos del Código Civil, porque se recurre a ellos de manera supletoria, es decir, cuando la legislación mercantil no prevea expresamente algo en concreto, se recurre a la legislación civil.

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

EN LOS CRÉDITOS HIPOTECARIOS APLICA LA NULIDAD, ¿POR QUÉ?

En este caso aplica la **NULIDAD ABSOLUTA**, porque el Contrato de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria viola disposiciones de orden público y de observancia general, tales como lo establecido por el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito.- "Para el otorgamiento de sus financiamientos, las Instituciones de Crédito **deberán** estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la

calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Los montos, plazos, regímenes de amortización, y en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, **deberán** tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados. La Comisión Nacional Bancaria vigilará que las Instituciones de Crédito observen debidamente lo dispuesto en el presente artículo”.

4.6.- MEDIO IDONEO DE PRUEBA (Prueba Pericial en Materia de Cálculos Matemáticos Financieros):

Luego entonces, si de conformidad con lo establecido por los artículos 278, 285 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la ley refuta como medios de prueba todos aquellos encaminados a acreditar los hechos controvertidos de la demanda, y siempre y cuando éstos no sean contra el derecho y la moral; y en específico la **PRUEBA PERICIAL**, a la que hace referencia el artículo 346 del Código Adjetivo Civil en cita, mismo que en su parte conducente a la letra dice:

“La prueba pericial solo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate, más no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presupone como necesarios en los jueces, por lo que se desecharan de oficio aquellas periciales que se ofrezcan por las partes para ese tipo de conocimientos, o que se encuentren acreditadas en autos con otras pruebas, o tan solo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares. Los peritos deben tener título en la ciencia, arte, técnica, oficio o industria a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer, si la ciencia, arte, técnica o industria requieren

título para su ejercicio. Si no lo requirieran o requiriéndolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas a satisfacción del juez, aún cuando no tengan título. El título de habilitación de corredor público acredita para todos los efectos la calidad de perito valuator”.

Consecuentemente, dicha prueba debe ofrecerse en dichos términos, la cual debe ser admitida por el juez al tratarse de una pericial en materia de cálculos matemáticos financieros, por lo que al ser rendida en tal sentido, tanto el dictamen pericial del acreditado y en su caso el tercero en discordia que en su caso un juez llegue a nombrar, debe tenerse como tal y en virtud acreditada la inviabilidad del esquema financiero contenido en el contrato de referencia, y como consecuencia por acreditada la **NULIDAD ABSOLUTA** del contrato de mérito, de conformidad a lo establecido por el artículo 2224 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, mismo que en su parte conducente a la letra dice; **“El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado”.**

En consecuencia y siendo necesario a efecto de que se declare la procedencia de la **NULIDAD ABSOLUTA** del contrato de apertura de crédito simple con garantía hipotecaria, el demostrar con medió idóneo de prueba la **IMPOSIBILIDAD** de dar cumplimiento con el **OBJETO** del contrato, esto es, al pago del crédito otorgado al acreditado.

¿Pero cómo se demuestra esto?. Por medio de un análisis financiero del contrato de apertura de crédito, en éste análisis un perito financiero, matemático o un ingeniero con experiencia en fórmulas financieras y en proyecciones, diagnostica la viabilidad del modelo financiero plasmado en la escritura pública en la que se hace constar en contrato de referencia.

Dicho análisis financiero es desahogado a través de una prueba pericial en materia de cálculos matemáticos financieros, ofreciéndola junto con las demás pruebas en el momento procesal oportuno, en virtud de tratarse de una materia especial, tal y como lo establece el citado artículo 2224 del Código Civil vigente para el Distrito Federal.

Dicha prueba versará sobre un cuestionario que deberá resolver el perito designado por cada una de las partes; es importante señalar que por ningún motivo es recomendable permitir que la otra parte no desahogue la pericial en cita dentro de la dilación probatoria, ya que al tratarse de una prueba colegiada, la misma se perfecciona, hasta que ambos dictámenes se encuentran rendidos; en dado caso pedir que se designe perito en rebeldía o en sustitución a la contraria, y de ser necesario, un perito tercero en discordia, a efecto de que siempre quede perfeccionada dicha probanza.

Desde el punto de vista común, el peritaje es un estudio en el cual el perito identifica cuáles son las variables que usa el contrato, elabora proyecciones financieras de estas variables, es decir, estima cuál podría ser el valor de estas variables en el futuro, y utilizando estos valores elabora proyecciones financieras con las que estima el posible comportamiento de crédito al futuro y diagnostica si en las condiciones en que está planteado es razonable esperar que el acreditado pueda cumplir con su compromiso. Con base en estas proyecciones el banco podría decidir cosas como:

- Aumentar el ingreso solicitado como requisito.
- Aumentar el valor de la erogación mensual, por ejemplo del 12 al millar al 16 al millar.
- Prestarle menos dinero al solicitante de acuerdo con su capacidad económica.

QUÉ SE PRETENDE DEMOSTRAR CON DICHA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE CÁLCULOS MATEMÁTICOS FINANCIEROS:

Se pretende demostrar varias cosas:

1.- Que el modelo financiero es **INVIABLE DE ORIGEN Y VIOLENTA LO ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 65 DE LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.**

2.- Que es posible estimar el comportamiento de las variables financieras dentro de rangos razonables, cosa que expresamente es responsabilidad del banco según lo establece el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito.

3.- Que los pronósticos financieros del crédito eran pésimos; es decir, lo que se podía esperar es que el acreditado no pagará el crédito.

4.- Que el promedio histórico de las variables financieras era tal que si lo aplicáramos al modelo planteado en el contrato **conducía a la insolvencia y hasta la imposibilidad material.**

5.- Que el banco sí estaba en posibilidad de hacer estas estimaciones que la ley le exige, que no son magia, sino su trabajo cotidiano.

6.- Que la posibilidad de que el acreditado pudiera pagar es comparable con la posibilidad de sacarse la lotería.

7.- Mostrar el grado de dificultad que significa elaborar estos estudios para las personas no expertas en hacerlos, haciendo ver lo complicado de las fórmulas matemáticas; lo difícil que es obtener la información financiera histórica para hacer las proyecciones (cuando no se es banco y se tienen como parte de su rutina de trabajo normal), la magnitud de trabajo de cálculo, que sólo se puede elaborar con una computadora o con mucho tiempo y dificultades, en

resumen; mostrar que es prácticamente imposible prever el comportamiento del crédito por una persona común.

4.7.- INVIABILIDAD ECONÓMICA DEL CRÉDITO:

En este subcapítulo se tratará directamente los elementos y circunstancias que configuran la Inviabilidad de un esquema financiero, a efecto de que se traduzca en la imposibilidad material de dar cumplimiento al objeto del contrato.

4.7.1.- ESTUDIO FINANCIERO.- Desde el punto de vista financiero, casi todos los créditos hipotecarios con refinanciamiento de intereses son inviables, es decir, desde el momento que se otorgaron, lo que se podía estimar al respecto de su posible recuperación (pago de la deuda), era que no iba a ser posible.

Esto significa que no se encontraban escenarios económicos razonables hacia el futuro que pudieran pronosticar el correcto funcionamiento de los créditos, todo lo que se podía predecir al respecto de esto, era que no se lograrían cobrar; por lo tanto, los modelos eran inviables, esto en franca trasgresión a lo establecido por el artículo 65 de la ley de Instituciones de Crédito.

Es preciso conocer la definición de viabilidad del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que dice a la letra: “...**Viabilidad: Calidad de viable. Viable: Dicese principalmente de las criaturas que, nacidas o no a tiempo, salen a la luz con robustez o fuerza bastante para seguir viviendo.- Dicese del asunto que, por sus circunstancias, tiene probabilidades de poderse llevar a cabo...**”; de estas definiciones podemos desprender el concepto de **VIABLE**, para el tema que nos ocupa, se considera que el contrato de crédito es **VIABLE**, si al momento en que se firma pueden estimarse variables financieras tales que pronostiquen “**con robustez o fuerza bastante**” que el deudor podrá cumplir con su compromiso en el futuro, es decir, que tendrá ingresos probables lo suficientemente elevados para pagar el crédito.

Los tipos de crédito que nos ocupan suponen dos o más variables en el contrato que pueden ser las tasas líder en el mercado (TIIP, CPP, TIE, CETES, ETC.), el Salario Mínimo o la Inflación, y en algunos casos, manejan parámetros que modulan el comportamiento del modelo financiero como son la porción de financiamiento y complemento en algunos modelos y el factor "F", en otros, además deben suponer una variable adicional, que es ingreso probable del acreditado. En vista de que la viabilidad del crédito dependerá del comportamiento futuro de todas estas variables, deberán ser estimadas de acuerdo al comportamiento pasado de las mismas; además, y toda vez que los contratos son a largo plazo (10, 15, 20, ó 30 años), habrá que tomar en cuenta cuando menos 10 años de historia para estimar razonablemente el futuro de las variables, y en los proyectos a más largo plazo, más de 10 años.

PARA ESTIMAR EL COMPORTAMIENTO FUTURO DE LAS VARIABLES FINANCIERAS, EXISTEN VARIOS METODOS, POR EJEMPLO:

1.- Especular que pudieran ser de tal o cual manera durante algunos periodos determinados. Por supuesto que este método no tiene ningún fundamento estadístico ni matemático.

2.- Otra manera es tomar en cuenta el comportamiento de estas variables en el pasado durante un periodo razonablemente grande, de acuerdo al periodo de tiempo que queremos pronosticar en el futuro; habría que tomar en cuenta 10 a 15 años hacia el pasado, por ejemplo, se suman las tasas de interés que han regido mensualmente en los últimos trece años y se dividen entre los 156 meses que estos trece años representan, lo que nos dará la tasa promedio que ha manejado el mercado en ese periodo; de esta forma, se calcula también la inflación.

3.- Otra forma es suponer que en el futuro las variables económicas van a permanecer "constantes" tal y como estén en el momento del inicio del crédito, y no considerar su promedio histórico.

DE LAS TRES FORMAS MENCIONADAS PARA ESTIMAR EL FUTURO DE LAS VARIABLES FINANCIERAS EN CUESTIÓN, SE ESTIMA QUE:

La primera debe desecharse por falta de apoyo objetivo y por ser meramente especulativa.

La segunda, que consistiría en calcular el promedio histórico de las variables financieras en cuestión durante trece años anteriores al contrato, y utilizar este valor promedio para pronosticar el posible comportamiento del crédito, es la más razonable.

La tercer forma de estimar el futuro con base en lo que está vigente estrictamente el día anterior al inicio del crédito, es mala porque no toma en cuenta los constantes altibajos a los que están sujetas las variables financieras que rigen el contrato y que la historia nos demuestra; por tanto, corremos el enorme riesgo de pronosticar el futuro con base en una situación extrema y casual, que no tiene ninguna probabilidad de mantenerse durante un periodo largo. El ingreso probable del acreditado se puede estimar con base al crecimiento del Salario Mínimo con respecto a la inflación, o simplemente considerar que el sujeto mantendrá su ingreso al ritmo de la inflación, que ya es decir mucho, puesto que en los últimos veinte años el Salario se ha ido deteriorando con respecto a la inflación, tan sólo en los últimos cinco años se ha perdido casi el 30% del poder adquisitivo del Salario Mínimo.

Luego entonces, con estas consideraciones podemos crear un ambiente hacia el futuro que nos sirva para estimar el probable comportamiento del crédito.

Si bien es cierto que no hay ninguna manera de prever el exacto comportamiento futuro que va a tener dicho crédito, sin embargo, el comportamiento estimado con base en los promedios históricos representará la realidad con suficiente aproximación como para tomar decisiones y normar criterios hacia el futuro.

LA INFLACIÓN, EL SALARIO MÍNIMO Y LO QUE SE PODÍA PREVER DE ESTOS:

Como ya se dijo, el Salario Mínimo es una variable económica que lleva veinte años persiguiendo a la inflación con muy malos resultados; tan sólo en los últimos cinco años ha perdido 30% de su poder adquisitivo; en consecuencia, es fácil prever que los Salarios pierden poder adquisitivo con respecto a la inflación.

Algunos créditos hipotecarios han sido reestructurados en **UDIS (UNIDADES DE INVERSIÓN)**, con lo cual el acreditado (deudor) queda comprometido a mantener su ingreso al ritmo de la inflación, lo que como todos sabemos es imposible, es decir, como si su ingreso también estuviera en **UDIS (UNIDADES DE INVERSIÓN)**; como esto no es verdad, ya que la historia nos indica que cada vez va a pagar un porcentaje mayor de su ingreso para liquidar los pagos mensuales del crédito y, muy probablemente, llegará el momento en que ese porcentaje supere el 50% de su ingreso (sino es que más), y por tanto, lo condene a la insolvencia y al "no pago"; tómese en cuenta que según los parámetros internacionales de solvencia, el abono nunca debe de superar el 30% del ingreso del acreditado.

Entonces, cabe preguntarnos, ¿se podía prever la inflación, el salario mínimo, y los ingresos probables de los acreditados (deudores)? Bueno, lo que se podía prever es que el crecimiento del ingreso estuviera limitado entre dos fronteras; el crecimiento del salario mínimo, cuando menos; y el crecimiento de la inflación como máximo, esto no quiere decir que ninguna persona pudiera

incrementar sus ingresos más arriba de la inflación, ni tampoco quiere decir que todas las personas iban a incrementar sus ingresos cuando menos al ritmo del salario mínimo; lo que quiere decir, es que para fines de proyectar el futuro y hacer estudios de viabilidad, estos dos parámetros servirían como marco de estimación, puesto que las estadísticas nos demuestran que la mayor parte de la población económicamente activa, va a incrementar sus ingresos dentro de estos dos índices de referencia.

4.7.2.- PROYECCIONES FINANCIERAS.

Cómo puede el Banco "saber" si un crédito será o no viable en el futuro, cuando no saben cómo van a variar las tasas de interés, cómo va a variar la inflación, y cómo va a variar el salario; esto es, a través de llevar a cabo proyecciones financieras hacia el futuro, es decir, estimar que todas estas variables cuyo comportamiento futuro no se conoce, van a tener un determinado comportamiento, para que esto genere una predicción razonable, esto es, para que una estimación le permita al Banco decidir si otorga o no el crédito o si tiene que modificar las condiciones del mismo para hacerlo viable, de ahí que se debe cumplir con dos condiciones fundamentales:

1.- Que su método de cálculo se apegue a las reglas matemáticas y financieras establecidas en el contrato.

2.- Que las estimaciones a futuro de las variables financieras que intervienen en el contrato sean razonables y objetivas.

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

Dicho sea de paso, los modelos matemáticos contenidos en los contratos de crédito con refinanciamiento pueden merecer muchos calificativos menos el de sencillos y entendibles, así que la aseveración anterior pudiera ser mucho más difícil de lo que parece, ya que sólo podría ser verificado por un experto en la materia, tales como un Ingeniero, Actuario, Financiero, o un Matemático.

La segunda condición a diferencia de la primera, no puede verificarse numéricamente, sino que tiene que recurrirse al sentido común, y a las prácticas generalmente aceptadas para hacer este tipo de proyecciones, porque se necesita estimar el posible comportamiento de variables económicas que no están fijas en el contrato, y que cambian mes con mes. No quiere decir que el contrato las dejó indefinidas, sino que el contrato las utiliza como variables, no como valores fijos, por tanto, el contrato define cómo se irán utilizando estos valores de acuerdo a como se vayan presentando en el mercado.

4.7.3.- ESCENARIO OPTIMISTA:

1.- Que las tasas de referencia (CIIP, CIIE, CETES, CPP, ETC.), se mantuvieran tan bajas como estaban al momento de otorgar el crédito, y aún más absurdamente optimistas, que continuarán bajando más.

2.- Que la inflación no rebotará, es decir, que también se mantuviera tan baja como en los años que se contrataron la mayoría de los Contratos de Apertura de Crédito con Garantía Hipotecaria, entre 1989 y 1994.

3.- Que los ingresos de las personas se mantuvieran creciendo al ritmo de la inflación o más.

Como se puede ver, todas estas apreciaciones son muy optimistas por que van en contra de la historia económica reciente del país, y esperar que estas

cosas ocurrieran, era casi como esperar un milagro desde el punto de vista estadístico.

4.7.4.- ESCENARIO REALISTA:

1.- Que las tasas de referencia (CIIP, CIIE, CETES, CPP, ETC.), regresaran a sus promedios históricos en algún momento cercano.

2.- Que la inflación regresara a sus niveles históricos, es decir, que volviera a subir.

3.- Que los ingresos de las personas crecieran al ritmo del salario mínimo o un poco más, pero definitivamente por debajo del ritmo de la inflación.

Todas estas expectativas para crear escenarios hacia el futuro, se enmarcan dentro de lo que las cifras históricas podían pronosticar razonablemente, y en consecuencia, con estas consideraciones debieron haberse hecho los pronósticos financieros y los estudios de viabilidad.

CUÁLES CRÉDITOS SON INVIABLES Y CUÁLES NO:

Se consideran inviables todos los créditos a los que se les haya elaborado proyecciones financieras basadas en estimaciones realistas de las variables económicas y cuyo resultado haya sido que el acreditado pagará una proporción mayor al 30% de su ingreso probable, es decir, que las proyecciones financieras indiquen que en algún momento del crédito el acreditado caerá en insolvencia.

Por supuesto que en modelos financieros que posponen el pago del interés, la erogación neta que tiene que pagar el acreditado al principio del crédito, es proporcionalmente menor que lo que tendrá que pagar conforme el tiempo transcurre; así que calificar como solvente a una persona porque al inicio del

crédito sólo éste pagando el 30% de su ingreso es un error garrafal. Para asegurarse de que el pago mensual se mantendrá por debajo de ese porcentaje del ingreso, es indispensable elaborar proyecciones financieras en las que se tome en cuenta el crecimiento del ingreso comparado con el crecimiento de la erogación neta o pago mensual para poder determinar si la proporción se mantiene a lo largo de la vida del crédito y no solamente durante unos cuantos años.

Se puede decir que más de 65% de los créditos con refinanciamiento de intereses no soporta la prueba mencionada en los dos párrafos anteriores, es decir, si se les elaboran proyecciones financieras realistas de acuerdo a las condiciones que prevalecían en el momento en que fueron otorgados, estas proyecciones arrojan como resultado que el acreditado iba a llegar a la insolvencia en algún momento de la vida del crédito alrededor de la mitad del plazo. Pero lo que es peor, es que en el 40% de los casos las proyecciones financieras resultan inviables aún con escenarios a futuro optimistas. Lo que se podía pronosticar para estos créditos es que no iban a poder ser liquidados aunque se mantuvieran las condiciones económicas previas a la tan mentada crisis de diciembre de 1994, aun sin esa crisis el acreditado no iba a estar en posibilidades de liquidar el crédito.

4.8.- ANÁLISIS DE RESOLUCIÓN DICTADA POR AUTORIDAD JUDICIAL DERIVADA DE LA DEMANDA DE NULIDAD DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA, POR LA ILICITUD EN EL OBJETO, DERIVADA DE LA INVIABILIDAD DEL ESQUEMA FINANCIERO CONTENIDO EN EL MISMO.

A continuación se transcribe parte de la resolución dictada en los autos del Juicio de Garantías promovido por Rocío Sánchez Lobaton, con número de amparo D.C. 20/2000-13, misma que en su parte conducente a la letra dice:

“...En efecto del análisis que este Tribunal Colegiado emprende de las constancias que integran los autos del juicio de amparo que se sustancia, a las que se les otorga pleno valor probatorio de conformidad con lo establecido por los numerales 129 y 202 del Código Federal de Procedimientos Civiles de aplicación supletoria a la Ley de Amparo, según lo permite el artículo 2° de dicha Ley reglamentaria, de los artículos 103 y 107 Constitucionales, claramente se advierte que al instaurar su demanda inicial, en el capítulo relativo a los hechos, la entonces actora hoy impetrante de garantías en el mercado con el número 3), sostuvo la actualización de la hipótesis contenida en el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, señalando al respecto que la Institución Bancaria demandada, desde la celebración del Básico de la Acción planeó obtener un lucro excesivo con respecto a ella por su notoria inexperiencia en asuntos de carácter financiero; cuando el Banco es especialista en finanzas.

Asimismo, demandó la nulidad del contrato fundatorio de la acción basando su nulidad en la circunstancia de que su consentimiento fue otorgado por error al haberlo inducido el Banco a creer que podía pagar el crédito y por ello, asegura que la Institución Bancaria actuó con dolo y mala fe al haberle propuesto un esquema financiero que de antemano sabía que la acreditada no podía pagar, concluyendo en el sentido de que el método financiero propuesto por el Banco no era viable.

Ahora bien, conforme a lo previsto por el artículo 1795, fracción II del Código Civil para el Distrito Federal, supletorio al Código de Comercio, los contratos pueden ser invalidados o nulificados por la existencia de vicios del consentimiento que impidan que el acto surta efectos plenamente.

De igual forma, el artículo 1813 del ordenamiento antes citado, señala que el error de hecho o de derecho invalida el contrato.

Dicho lo anterior, resulta evidente que la Sala responsable no abordó, como era su obligación, el análisis de la nulidad del contrato pretendida por la quejosa, pues tal y como aduce la impetrante de garantías, el error en la voluntad es una causa determinante de la procedibilidad de la nulidad de los actos jurídicos y, para ello precisamente ofreció y se desahogó la prueba Pericial Matemática Financiera de mérito, con la que pretendía demostrar que el crédito desde su origen era inviable, por lo que se le indujo al error al hacer creer que podría pagarlo en el lapso previsto en el contrato fundatorio de la acción.

Ahora bien, es evidente que para demostrar que en un momento determinado el contrato era inviable desde su origen, como lo aduce la hoy quejosa, la prueba idónea para acreditar tal supuesto es la pericial matemática financiera, porque se le indujo y se le hizo permanecer en error, lo que es evidente, es materia de nulidad.

No siendo óbice a lo anterior el hecho de que la hoy quejosa hubiese manifestado ante el Notario Público que protocolizó el acto jurídico que entendió el contenido y las consecuencias jurídicas del contrato, manifestando su consentimiento mediante su firma, pues no con ello se demuestra que la acreditada, en un momento determinado, conocía el error en el que se dice se le mantuvo.

Resultando entonces fundado el hecho de que la autoridad responsable dejó de valorar la prueba pericial desahogada en el juicio de origen, con la que se pretendía demostrar la procedencia

de la acción de nulidad por vicios del consentimiento, específicamente por el error en que se indujo a la acreditada con dolo y mala fe del acreditante, por ser inviable desde su origen el crédito otorgado.

Por lo tanto del análisis que se lleva a cabo de lo resuelto por la sala responsable no se advierte que ésta hubiera hecho un estudio pormenorizado de las causas de nulidad por vicios en el consentimiento y de la prueba pericial desahogada en el caso justiciable, sino que su respuesta al efecto fue dogmática e imprecisa.

Cabe señalar, que si bien es cierto nuestro máximo Tribunal de Justicia ya determino que la omisión por parte de la Institución de Crédito, de realizar el estudio socioeconómico del acreditado, no invalida el contrato de apertura de crédito; no menos veraz el hecho de que, lo que en el presente caso se alega, es la nulidad no por la falta del referido estudio, sino el error en el que se hizo incurrir a la acreditada al hacerle creer que de acuerdo al esquema financiero propuesto por el Banco, se pagaría el crédito.

Bajo esta tesitura, al haber dejado de analizar lo relativo a la nulidad absoluta del contrato basal por vicios del consentimiento invocadas por la quejosa, al haber omitido valorar la prueba pericial en cálculos matemáticos financieros aportada al juicio de origen, es incuestionable que la sala responsable violo, en perjuicio de la quejosa, las garantías individuales que invoca, al haber dejado de observar el principio de congruencia que establece el artículo 81 del Código de Procedimientos Civiles, supletorio al Código de Comercio, y 1327 de este último ordenamiento mercantil, por lo que procede otorgar la protección del Amparo solicitado para el efecto de que la

Sala responsable deje insubsistente la sentencia reclamada y en su lugar emita otra en la que, con plenitud de jurisdicción, estudie la totalidad de los agravios y especialmente analice la nulidad del contrato base de la acción por vicios en el consentimiento relacionado con la prueba pericial ya referida, y en términos de lo planteado en el tercer agravio hecho valer por la entonces apelante, hoy quejosa.

Apoya lo anteriormente sostenido la jurisprudencia número tres, consultable a fojas ocho, Tercera Sala, de informes de labores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al año de mil novecientos ochenta y dos, Segunda Parte, que dice:

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN, ESTUDIO INNECESARIO DE LOS.- Si al examinar los conceptos de violación invocados en la demanda de amparo, resulta fundado uno de éstos, y el mismo es suficiente para otorgar al peticionario de garantías la protección y el amparo de la Justicia Federal, resulta innecesario el estudio de los demás motivos de queja...”.

Del análisis de la resolución en cita, se desprende claramente y sin lugar a dudas que al acreditarse en el juicio de origen la **INVIABILIDAD** del esquema financiero contenido en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, a través de la Pericial en Materia de Cálculos Matemáticos Financieros, es suficiente para declarar la **NULIDAD** del mismo, ya que como se ha dicho a lo largo del presente trabajo, ya sea como alegación de **ERROR**, (al haber inducido al acreditado a suscribir un contrato, del cual se tenía plena certeza, que al habérsele realizado un estudio previo, por el especialista en la materia, esto es el banco, quien había dado el visto bueno para que se firmará, ya que no se tendría problema alguno en liquidarlo con base en los términos que unilateralmente había establecido dicha Institución); o bien por alegación de **ILICITUD EN EL OBJETO**,

(derivado igualmente de la inviabilidad del esquema financiero contenido en el mismo, ya que nunca se podría dar cumplimiento a la obligación contraída, porque llega el momento que los pagos que se tienen que hacer rebasan el 100% de los ingresos del acreditado; de ahí que si bien es cierto que uno de los argumentos para demandar la Nulidad, lo sea el hecho de haberse dejado de dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito), no menos cierto es que, no es el único argumento, ya que dicha nulidad se demanda con base en que el consentimiento fue arrancado mediante error, dolo y mala fe, así como que el objeto del contrato es imposible de cumplir, esto en franca contravención a lo establecido por los artículos 1812, 1813, 1814, 1815, 1816, 1817, 1824, 1827, 1828, 1830, 1831 y demás relativos y aplicables del Código Civil.

4.9.- JURISPRUDENCIAS Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.

A continuación se transcriben criterios y jurisprudencias relacionadas con el tema en particular que nos ocupa, y que es materia del presente trabajo de tesis, a efecto de conocer las diversas percepciones que al respecto tiene nuestro máximo tribunal:

"Novena Época

Instancia: SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL
DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Febrero de 1998

Tesis: I.7o.C. J/2

Página: 415

CRÉDITO ADICIONAL O REFINANCIAMIENTO, SISTEMA DE. ES UN ACTO SIMULADO QUE ENCIERRA UN PACTO DE ANATOCISMO. Las cláusulas y definiciones del contrato base de la

acción, contempladas a la luz de la doctrina y de las disposiciones legales relativas, permiten arribar a la convicción de que el llamado sistema de crédito adicional se estructuró desde un punto de vista económico pero no jurídico, con la finalidad de que los intereses devengados que no pudieran cubrir los acreditados, los pagaran con las cantidades de que dispusieran mes a mes, al amparo del crédito adicional, durante el tiempo en que los intereses fueran mayores a los pagos mensuales de capital, previstos en una de sus cláusulas. Esos pagos de intereses, en virtud de las cantidades dispuestas del crédito adicional, se sumarían al capital, y sobre ambos conceptos, es decir, sobre intereses y suerte principal, se causarían otros intereses. No puede darse interpretación distinta al esquema financiero. En otras palabras, el sistema de crédito adicional se diseñó para pagar intereses cuando los acreditados no tuvieran capacidad de cubrir el capital; de este modo, el pago se aplicaría primero a intereses y, de quedar algún remanente, se aplicaría a la suerte principal; en caso de que el pago de los acreditados no alcanzara a cubrir el monto de los intereses devengados, el banco, mediante un asiento contable de cargo y abono, tomaría del crédito adicional el importe necesario para pagar los intereses faltantes. Sucede que, como ya se dijo, el importe del crédito adicional se sumaría al crédito inicial y ambos generarían intereses. La realidad del caso es que el crédito adicional o refinanciamiento establecido en el contrato de apertura de crédito simple con interés y garantía hipotecaria, es un acto simulado para capitalizar los intereses devengados no pagados, ya que no es verdad que se trate de un nuevo crédito otorgado para pagar intereses debidos. En efecto, como no se entregó ningún dinero para cubrir los intereses causados, pues incluso se expresó en una de sus cláusulas que las disposiciones del crédito adicional se documentarían con asientos contables, lo cual no es otra cosa sino la denominada falsedad

ideológica por dinero no entregado, que consiste, como precisado quedó con anterioridad, en que cuando no se entrega el dinero que se dice prestado y sólo se producen movimientos contables para que la cantidad dispuesta quede en favor del banco acreditante, se simula el cobro por su cuenta de cantidades adeudadas. Se está, entonces, en presencia de un acto simulado que encierra un pacto de anatocismo, prohibido por los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil para el Distrito Federal.

SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 6247/97. José Manuel Fermín Vázquez Legaria y Luz María Tejeda Domínguez. 16 de octubre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Rolando Javier García Martínez.

Amparo directo 8607/97. María Guadalupe Bernal Silva. 4 de diciembre de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Adolfo Olgúin García. Secretaria: Teresa Bonilla Pizano.

Amparo directo 4507/97. María del Carmen González Cortés. 15 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta. Secretaria: Laura Ivón Nájera Flores.

Amparo directo 10037/97. Sergio Pardavé Torres. 22 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera.

Amparo directo 6397/97. Fulgencio Gómez Manuel e Ysabel Carlos García de Gómez. 29 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Adolfo Olgúin García. Secretaria: Lilia Rodríguez González.

Véase:

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 5, tesis por contradicción P./J. 57/98 de rubro "APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILÍCITO DE INTERESES SOBRE INTERESES."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 365, tesis por contradicción P./J. 56/98 de rubro "APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. POR SÍ SOLA, NO CONSTITUYE SIMULACIÓN."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 366, tesis por contradicción P./J. 58/98 de rubro "APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 367, tesis por contradicción P./J. 61/98 de rubro "APERTURA DE CRÉDITO. LAS AMORTIZACIONES REALIZADAS POR EL DEUDOR CONVALIDAN LA NULIDAD RELATIVA DE QUE PUDIERA ADOLESCER LA CLÁUSULA EN QUE SE PACTA UN CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 368, tesis por contradicción P./J. 55/98 de rubro "APERTURA DE CRÉDITO. NO SON NULAS LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACIÓN DEL

ACREDITADO, DE AVISAR CON ANTICIPACIÓN SI RECHAZA LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 369, tesis por contradicción P./J. 51/98 de rubro "APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DEL CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 370, tesis por contradicción P./J. 53/98 de rubro "APERTURA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO MERCANTIL. LEGISLACIÓN APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 372, tesis por contradicción P./J. 48/98 de rubro "CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 374, tesis por contradicción P./J. 60/98 de rubro "CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO LA PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACIÓN DE LOS RÉDITOS, A CONDICIÓN DE QUE EXISTA ACUERDO EXPRESO."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 375, tesis por contradicción P./J. 49/98 de rubro "CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, PERO SÍ PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 376, tesis por contradicción P./J. 59/98 de rubro "CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO)."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 378, tesis por contradicción P./J. 52/98 de rubro "VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO."

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo viii, octubre de 1998, página 378, tesis por contradicción P./J. 54/98 de rubro "INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO SON DETERMINABLES, NO IMPRECISAS."

"Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Octubre de 1998

Tesis: P./J. 52/98

Página: 378

VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO. El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que éstas tienen la obligación de que, previo al otorgamiento de financiamientos, realicen el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Asimismo, el citado precepto señala que los montos, plazos, regímenes de amortización y, en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados. Además, el mencionado dispositivo prevé que la Comisión Nacional Bancaria vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el citado artículo. Estos requisitos tienen como finalidad buscar la seguridad de las operaciones, previendo la viabilidad del crédito que se otorgue, a efecto de que se obtenga su recuperación en los términos y condiciones que fije la política bancaria y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones. Ahora bien, a la Comisión Nacional Bancaria corresponde la vigilancia del cumplimiento de la mencionada obligación, entidad a la que los artículos 108, 109 y 110 de la citada ley le conceden facultades sancionadoras de carácter administrativo e, incluso el artículo 112 del cuerpo legal en cita, considera como

delictivas algunas de las conductas irregulares en el otorgamiento de los financiamientos; sin embargo, el incumplimiento de la obligación de mérito de ninguna manera incide en los elementos fundamentales del contrato de apertura de crédito, como son el objeto y el consentimiento, traducidos, el primero, en que se ponga a disposición del acreditado una suma de dinero, o se obligue el acreditante a contraer por cuenta del acreditado una obligación, la cual debe restituir a este último en los términos y condiciones pactados y, el segundo, en el acuerdo coincidente de voluntades sobre este objeto, por lo que carece de trascendencia para la validez del acto jurídico la omisión del indicado estudio. Además, en cualquier caso esa situación perjudicaría a la institución de crédito y no así al deudor, ya que la primera es quien sufriría el perjuicio por no recuperar el dinero prestado sin prever la situación económica, solvencia y capacidad de pago del segundo, en cambio, éste de todos modos recibió el beneficio del crédito. Por tanto, no existe razón jurídica alguna para que la omisión de la realización del estudio de viabilidad económica del proyecto respectivo dé lugar a declarar la nulidad del contrato de apertura de crédito.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Octavo en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número 52/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho".

"Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Octubre de 1998

Tesis: P. LXIII/98

Página: 384

VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE BANCA MÚLTIPLE DE REALIZAR EL CITADO ESTUDIO, NO PUEDE SER RECLAMADA POR EL ACREDITADO EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO POR CARECER DE LEGITIMACIÓN ACTIVA. La obligación contenida en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, consistente en que, previo al otorgamiento de financiamientos, las instituciones de crédito realicen el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, busca la seguridad de las operaciones, previendo la viabilidad del crédito que se otorgue, a efecto de que se obtenga su recuperación en los términos y condiciones que fije la política bancaria y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones, protegiendo a éstas de posibles incumplimientos que redunden en perjuicio a su patrimonio, es decir, que la omisión de la obligación señalada perjudicaría a la institución de crédito y no así al acreditado, ya que la primera es quien resentiría el perjuicio por no recuperar el dinero prestado sin prever

la situación económica, solvencia y capacidad de pago del deudor. Por lo consiguiente, el acreditado carece de legimación activa.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Octavo en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

El Tribunal Pleno en sesión celebrada hoy emitió, con el número LXIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho”.

De las anteriores resoluciones, podemos ver, como de manera parcial la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resuelve favoreciendo al sistema financiero mexicano, atendiendo más a una situación político económica, que apegándose a derecho; ya que es claro el artículo 65 de la citada Ley de Instituciones de Crédito, mismo que textualmente a la letra dice: “...Para el otorgamiento de sus financiamientos, las instituciones de crédito deberán estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Los montos, plazos, regímenes de amortización, y en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados.

La Comisión Nacional Bancaria vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el presente artículo"; luego entonces y partiendo del principio de que la Ley de Instituciones de Crédito es un conjunto de normas jurídicas de orden público y de observancia obligatoria, la misma no puede estar restringido su cumplimiento solamente a una de las partes que intervienen en el servicio de la banca y crédito, sino que debe ser observada y cumplida por todos aquellos que intervengan en la celebración del citado servicio de banca y crédito; máxime se observa lo que establece por el artículo 1° de la ley que nos ocupa, la cual textualmente señala: **"La presente ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito; la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito; las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano"**; de ahí que el cumplimiento del artículo 65 del cuerpo de leyes en cita, es con el objeto de salvaguardar los intereses tanto del banco, como del acreditado quien solicita el crédito; ya que es importante comprende que el dar cumplimiento a tal dispositivo, es el mejor inicio para que el crédito que se otorgue sea un crédito sano y viable, y que convenga a ambas partes, tanto al banco en obtener una ganancia considerablemente razonable por el otorgamiento del crédito, y al acreditado, de con ese crédito obtener una vivienda digna y decorosa donde vivir con su familia; ya que dependerá en gran parte, el importe del crédito que otorgue el banco, del estudio socioeconómico que realice éste último al acreditado, para conocer realmente la situación económica del mismo y su real y verdadera capacidad de pago; así como el estudio de viabilidad económica del proyecto de inversión, esto es el estudio financiero que lleve a cabo del tipo de esquema financiero que contemple el crédito que va a otorgar, en relación con los conceptos de los estados financieros, esto es con los diversos instrumentos financieros del país y que se observarán en el citado esquema financiero, que será el modo de recuperar el crédito otorgado, ya sea tratando de estimar el movimiento que tendrán los citados instrumentos financieros, tales como el CPP, TIIP, TIEE, CETES, así como el

movimiento que tendrá la inflación; a efecto de poder desarrollar el mejor esquema financiero de recuperación del crédito otorgado y de acuerdo y en relación directa con la capacidad económica del acreditado a quien se otorgará el citado crédito.

Con lo que podemos concluir, que si el banco de un inicio deja de dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, sabe de antemano, dado el equipo tanto humano como material con el que cuenta, que el crédito que esta otorgando no es viable, tan es así, que, otorga una línea de crédito adicional, con la finalidad de que los intereses devengados que no puedan cubrir los acreditados, los pagaran con las cantidades de que dispongan mes a mes, al amparo del crédito adicional, durante el tiempo en que los intereses sean mayores a los pagos mensuales de capital, previstos en una de sus cláusulas. (que lo será casi por todo el tiempo de vida del crédito). El monto generado de dichos intereses, derivados de las cantidades dispuestas del crédito adicional, se sumaran al capital, y sobre ambos conceptos, es decir, sobre intereses y suerte principal, se causarían otros intereses, es de importancia remarcar que no puede darse interpretación distinta al esquema financiero contenido en los contratos otorgados por los bancos. En otras palabras, el sistema de crédito adicional se diseñó para pagar intereses cuando los acreditados no tengan capacidad de cubrir el capital; de este modo, el pago se aplicaría primero a intereses y, de quedar algún remanente, se aplicara a la suerte principal; en caso de que el pago de los acreditados no alcance a cubrir el monto de los intereses devengados, el banco, mediante un asiento contable de cargo y abono, tomara del crédito adicional el importe necesario para pagar los intereses faltantes. Sucede que, como ya se dijo, el importe del crédito adicional se sumara al crédito inicial y ambos generaran intereses. La realidad del caso es que el crédito adicional o refinanciamiento establecido en el contrato de apertura de crédito simple con interés y garantía hipotecaria, es un acto simulado para capitalizar los intereses devengados no pagados, ya que no es verdad que se trate de un nuevo crédito otorgado para pagar intereses debidos. Toda vez que, como no se entregó ningún dinero para cubrir los intereses causados, pues incluso existe

cláusula expresa en la que se señala, que las disposiciones del crédito adicional se documentaran con asientos contables, lo cual no es otra cosa sino la denominada falsedad ideológica por dinero no entregado, que consiste, como precisado quedó con anterioridad, en que cuando no se entrega el dinero que se dice prestado, sólo se produzcan movimientos contables para que la cantidad dispuesta quede en favor del banco acreditante, esto es, se simula el cobro por su cuenta de cantidades adeudadas. Se está, entonces, en presencia de un acto simulado que encierra un pacto de anatocismo, prohibido por los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil para el Distrito Federal y que en consecuencia es NULO DE PLENO DERECHO.

PROPUESTAS:

1.- Que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNVB), la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUCEF), así como la Procuraduría Federal del Consumidor (PFC), intervengan en la elaboración y aprobación de los proyectos de contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria, que los bancos ofrezcan al público en general, procurando siempre la equidad en las contraprestaciones, y el apego de dichos contratos a la ley, y a las sanas prácticas bancarias.

2.- Que la autoridad judicial sancione en su caso, el incumplimiento por parte de las Instituciones de Crédito a lo establecido por el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, al tratarse ésta de una disposición de orden público.

3.- Que en caso de que se acredite ante la autoridad judicial, la imposibilidad material de cumplir por parte del acreditado y de acuerdo a su capacidad económica, el pago del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, que de manera unilateral le haya señalado el propio banco, derivada dicha imposibilidad de un indebido otorgamiento de crédito, por haber omitido realizar por parte del banco un adecuado estudio socioeconómico al acredito y un estudio financiero del proyecto de crédito, se decrete la Nulidad del referido contrato, por ilicitud en el objeto, de conformidad a los artículos 1794 y 1827 del Código Civil para el Distrito Federal.

CONCLUSIONES:

1.- Las Instituciones de Crédito han viciado el servicio de la banca en México, en específico el de otorgamiento de los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

2.- El contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, no se trata de un contrato bilateral, ya que en la práctica se trata de un contrato unilateral, de los llamados de adhesión, dado que en momento alguno participa el acreditado en la elaboración y redacción de dicho contrato, pues éste se le pone a la vista una sola vez, que es cuando lo debe de firmar ante Fedatario Público.

3.- El esquema financiero contenido en el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, no es entendible para el común de las personas, ya que goza de una gran complejidad, entendible únicamente para expertos en materia financiera y actuarial, siempre y cuando estos últimos, gocen de tiempo suficiente para su estudio.

4.- Dicho contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, se encuentra afectado de Nulidad Absoluta, al ser imposible el objeto del mismo, esto es, al no poderse pagar el crédito concedido, dada la capacidad económica de los acreditados, ya que muchas de las veces, dicho pago absorbe más del 100% de sus ingresos, lo que resulta material imposible, hacer dicho pago, y dejar de allegarse los demás elementos de subsistencia de todo ser humano, a saber, alimentos, vestido, educación, entretenimiento, etc.

5.- El incumplimiento por parte de las Instituciones de Crédito a lo establecido por el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, ocasiona la mayoría de las veces, la imposibilidad de cumplimiento de los contratos que nos ocupan, debido a la omisión o incorrecta realización de un estudio socioeconómico a aquella

persona que solicita un crédito, para realmente conocer su capacidad de pago y en base a ésta, conceder la línea de crédito que sea la adecuada de acuerdo a su situación económica, y en consecuencia capacidad real de pago.

6.- De igual forma, el incumplimiento por parte de las Instituciones de Crédito a lo establecido por el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, respecto de la realización de un estudio financiero, en el que se tome como parámetro el contorno económico del país, y el movimiento que tengan en dicho momento, los instrumentos financieros que se contengan en el referido esquema financiero, como son CPP (Costo Porcentual Promedio), CETES (certificados de la Tesorería), TIIP (Tasa de Interés Interbancaria Promedio), realizando proyecciones financieras, en las que se contemple siempre el antecedente histórico de dichos instrumentos, a fin de prever los movimientos que a futuro puedan tener, y con razón de causa, formular un esquema financiero más seguro, y con menos posibilidades de dispararse y volverse imposible de cumplir.

7.- Siempre el que resulta perdedor en la relación jurídica en estudio, es el acreditado, ya que tarde o temprano caerá en mora y terminará perdiendo la garantía otorgada, los pagos que haya hecho, y más aún bienes de su propiedad que de acuerdo al monto de su adeudo le serán embargados y rematados por la Institución de Crédito acreedora.

8.- La solución a esta problemática, es sin lugar a duda, primeramente que se obligue a las Instituciones de Crédito a dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, para así tener un buen inicio en la relación entre éstas y los acreditados, y en segundo lugar que se imponga como obligación a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUCEF), así como a la Procuraduría Federal del Consumidor (PFC), la intervención a efecto de que den seguimiento y asesoría a los acreditados, en toda celebración y otorgamiento por parte de las Instituciones de Crédito, respecto de

este tipo de contratos, cuidando siempre la claridad, entendimiento, equidad y apego a derecho de todo acto que se celebre para tal efecto, esto con la finalidad de evitar que se continúen celebrando contratos leoninos, oscuros, desproporcionados, inentendibles, y por sobre todo afectados de Nulidad, al violentar la ley; logrando así el otorgamiento de créditos sanos, justos y apegados a la letra de la ley.

BIBLIOGRAFIA:

ACOSTA ROMERO, Miguel. Derecho Bancario, 4a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1991, 1008 págs.

ARCE CERVANTES, José. De Los Bienes, s/ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1990, 145 págs.

ARCE GARGOLLO, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos, 2a. ed., Editorial Trillas, S.A. De C.V., México 1989, 270 págs.

AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo. Contratos Civiles, 2a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1977, 301 págs.

BARRERA GRAF, Jorge. Temas de Derecho Mercantil, s/ed., Universidad Nacional Autónoma De México, Instituto De Investigaciones Jurídicas, México 1983, 108 págs.

BAUCHE GARCADIAGO, Mario. Operaciones Bancarias, 5a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1985, 485 págs.

BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, 3a. ed., Editorial Harla, México 1994, 621 págs.

BONNECASE, Julien. Tratado Elemental De Derecho Civil, s/ed., Editorial Harla, México 1993, 1048 págs.

BORJA SORIANO, Manuel. Teoría General De Las Obligaciones, 12a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1991, 732 págs.

CERVANTES AHUMADA, Raúl. Derecho Mercantil. Primer Curso, 4a. ed., Editorial Herrero, S.A., México 1982, 688 págs.

D ORDS, Álvaro. Derecho Privado Romano, 8a. ed., Editorial Eunsa, Pamplona, España 1991, 635 págs.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho De Las Obligaciones, 7a. ed., Editorial Cajica, S.A., México 1990, 1083 págs.

MARTÍNEZ ALFARO, Joaquín. Teoría De Las Obligaciones, s/ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1989, 382 págs.

MOLLE, Giacomo. Manual De Derecho Bancario, 2a. Ed., Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina 1987, 293 págs.

MUÑOZ, Luis. Derecho Bancario Mexicano, s/ed., Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1974, 531 págs.

PETIT, Eugéne. Tratado De Derecho Romano, 2a. Ed., Editorial Época, S.A., México 1985, 717 págs.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. Teoría General De Las Obligaciones, 7a. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1998, 805 págs.

SALDAÑA ÁLVAREZ, Jorge. Manual Del Funcionario Bancario, s/ed., Editor Jorge Saldaña Y Álvarez, México 1992.

TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Epítome De Los Contratos, s/ed., Editorial Mc, Graw Hill, México 1994, 85 págs.

VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar. Contratos Mercantiles, 3a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1989, 538 págs.

VILLEGAS CARLOS, Gilberto. El Crédito Bancario, s/ed., Editorial De Palma, Buenos Aires, Argentina 1988, 325 págs.

ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Ángel. Contratos Civiles, 4a. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1992, 412 págs.

OBRAS QUE SE REFIEREN A LA METODOLOGÍA DE ELABORACIÓN DE TESIS:

LARA SÁENZ, Leoncio. Procesos De Investigación Jurídica, 2a. ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1993, 263 págs.

ESCALANTE, Beatriz. Curso De Redacción Para Escritores Y Periodistas (Teoría Y Ejercicios), 3a. Ed., Editorial Porrúa, S.A., México 1999, 345 págs.

ESCAMILLA GONZÁLEZ, Gloria. MANUAL DE METODOLOGÍA Y TÉCNICA BIBLIOGRÁFICAS, INSTITUTO DE INVESTIGACIONES BIBLIOGRÁFICAS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, 3a. ed., SOLAR SERVICIOS EDITORES, MÉXICO 1982, 161 págs.

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004.

Código de Comercio, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004.

Ley de Instituciones de Crédito, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Editorial Porrúa, S.A., México, 2004.