



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

DR. ALBERTO FABIÁN MONDRAGÓN PEDRERO

**TESIS
LICENCIADO EN DERECHO
EL CONTRATO DE HIPOTECA Y SU EJECUCIÓN EN EL
DERECHO PROCESAL MERCANTIL**

TESISTA SUSTENTANTE

EDGAR REYNALDO NUÑEZ LEÓN

CIUDAD UNIVERSITARIA, 2016

México, D. F.



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

SR. DR. ISIDRO AVILA MARTINEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E.

El alumno: EDGAR REYNALDO NUÑEZ LEON, con número de cuenta 089322561 realizó bajo la supervisión del SUSCRITO, el trabajo titulado: "EL CONTRATO DE HIPOTECA Y SU EJECUCION EN EL DERECHO PROCESAL MERCANTIL", que presentará como tesis para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El trabajo realizado por dicho alumno reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad".

Atentamente.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU".
Ciudad Universitaria, a 20 de Octubre de 2015.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PEDRERO.
DIRECTOR.



c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Secretaría de Exámenes Profesionales de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumno.
AFMP/csv.

AGRADECIMIENTOS

A MÍ HIJO GABRIEL ALEJANDRO,

*“Han habido montañas y mares que cruzar,
pruebas y cambios que superar,
y todos estos sólo para llegar a ti.*

Gracias por soñar y por permitirme ser parte él.”

A MIS PADRES,

*“Gracias por su extraordinaria paciencia, interminable apoyo,
Infinito amor, consejos; y por siempre enseñarme
a levantarme cuando caigo.*

*A Madre por ayudarme a construir mis sueños,
por ser una mujer excepcional...*

*A mi Padre por estar siempre a mi lado,
por apoyarme en cada momento de mi vida.”*

A GABY,

*“Por su amor y comprensión,
por ayudarme a madurar,
así como darme
el regalo más bello del mundo,
y el ir creciendo juntos.”*

A MIS HERMANAS,

*"No hay palabras que puedan describir mi profundo agradecimiento
hacia ellas, quienes durante todos estos años confiaron en mí;
comprendiendo mis ideales y el tiempo que no estuve".*

A MÍ MAESTROS

*“Gracias a todos y cada uno por compartir su gran sabiduría,
conocimientos y amor a la enseñanza.*

*Una mención especial a mí maestro,
pero sobre todo amigo,
el Dr. Fabián Alberto Mondragón Pedrero,
de quien nunca olvidare sus amables comentarios.”*

A MIS AMIGOS Y AQUELLAS BELLAS PERSONAS QUE HAN SIDO PARTE DE MI VIDA

*“Por compartir buenos y malos momentos.
Porque de cada uno de ustedes
siempre he aprendido cosas
que han sido y serán de gran utilidad en mi vida.”*

EL CONTRATO DE HIPOTECA Y SU EJECUCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL MERCANTIL

PLANTEAMIENTO

INTRODUCCIÓN

I. GENERALIDADES DEL CONTRATO

1. 1. CONCEPTO.....	1
1. 2. ELEMENTOS ESENCIALES.....	3
1.2.2. CONSENTIMIENTO.....	3
1.2.3. OBJETO.....	6
1.2.4. SOLEMNIDAD.....	8
1.3. REQUISITOS DE VALIDEZ.....	9
1.3.1. CAPACIDAD.....	9
1.3.2. AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD.....	13
1.3.3. LICITUD.....	18
1.2.4. FORMA.....	20
1.4. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS EN GENERAL.....	21

II. CONTRATOS PRINCIPALES EN LOS QUE SE OTORGA GARANTÍA

HIPOTECARIA

2.1 MUTUO CON INTERÉS.....	29
2.1.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA.....	30
2.1.1.1. CONSENTIMIENTO.....	30
2.1.1.2. OBJETO.....	31
2.1.2. REQUISITOS DE VALIDEZ.....	33
2.1.2.1. CAPACIDAD.....	33
2.1.2.2. VICIOS DE LA VOLUNTAD.....	33
2.1.2.3. FORMALISMO.....	34
2.1.3. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE MUTUO CON INTERESES Y HIPOTECARIA.....	35
2.2. APERTURA DE CRÉDITO.....	37
2.2.1. DEFINICIÓN.....	37

2.2.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.....	38
2.2.2.1. CONSENTIMIENTO.....	38
2.2.2.2. OBJETO.....	40
2.2.3. REQUISITOS DE VALIDEZ.....	42
2.2.3.1. CAPACIDAD.....	42
2.2.3.2. AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD.....	43
2.2.3.3. FORMA.....	45
2.2.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO APERTURA DE CRÉDITO, (SIMPLE Y EN CUENTA CORRIENTE).....	46
2.3. CONTRATO DE HABITACIÓN O DE AVÍO.....	49
2.3.1. DEFINICIÓN.....	49
2.3.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.....	49
2.3.2.1. CONSENTIMIENTO.....	49
2.3.2.2. OBJETO.....	50
2.3.3. REQUISITOS DE VALIDEZ.....	51
2.3.3.1. CAPACIDAD.....	51
2.3.3.2. VICIOS DE LA VOLUNTAD.....	51
2.3.3.3. FORMA.....	53
2.3.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE HABITACIÓN O AVÍO.....	54
2.3.5. GARANTÍAS.....	55
2.4. CONTRATO REFACCIONARIO.....	58
2.4.1. DEFINICIÓN.....	58
2.4.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.....	59
2.4.2.1. CONSENTIMIENTO.....	59
2.4.2.2. OBJETO.....	60
2.4.3. REQUISITOS DE VALIDEZ.....	61
2.4.3.1. CAPACIDAD.....	61
2.4.3.2. VICIOS DE LA VOLUNTAD.....	62
2.4.3.3. FORMALIDADES.....	63
2.4.4. GARANTÍAS EN EL CONTRATO REFACCIONARIO.....	64
2.4.5. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO REFACCIONARIO.....	65

III. CONTRATO DE HIPOTECA EN PARTICULAR

3.1. CONCEPTO.....	69
3.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.....	69
3.2.1. CONSENTIMIENTO.....	69
3.2.2. OBJETO.....	71
3.3. REQUISITOS DE VALIDEZ.....	73
3.3.1. CAPACIDAD.....	73
3.3.2. VICIOS DE LA VOLUNTAD.....	75
3.3.3. FORMALIDADES.....	76
3.3.4. FIN O MOTIVO.....	77
3.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE HIPOTECA.....	78
3.5. GARANTÍA HIPOTECARIA EN EL CONTRATO DE HIPOTECA.....	78
3.5.1. SEGURIDAD DE LA GARANTÍA RESPECTO DEL OBJETO MATERIAL HIPOTECADO.....	80
3.6. CLASES DE HIPOTECAS.....	81
3.7. ASPECTOS GENERALES DE LA HIPOTECA.....	83
3.8. DERECHOS REALES DERIVADO DE LA HIPOTECA.....	84
3.9. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.....	85

IV. EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA EN EL ÁMBITO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL

4.1. ESPECIAL HIPOTECARIO.....	87
4.1.1. NATURALEZA EJECUTIVA.....	87
4.1.2. PROCEDENCIA VÍA ESPECIAL HIPOTECARIA.....	90
4.1.3. REQUISITOS DE LA DEMANDA.....	92
4.1.4. DOCUMENTOS QUE ACOMPAÑAN A LA DEMANDA.....	93
4.1.5. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.....	94
4.1.6. EMPLAZAMIENTO.....	94
4.1.7. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.....	96
4.1.8. AUDIENCIA DE PRUEBAS.....	100
4.1.8.1. DESAHOGO DE LAS PRUEBAS.....	107
4.1.9. SENTENCIA DEFINITIVA EN EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO.....	109

4.1.10. EJECUCIÓN DE SENTENCIA DEFINITIVA EN EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO.....	110
4.1.10.1. REMATE JUDICIAL.....	110
4.2. JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL.....	114
4.2.1. PROCEDENCIA DEL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL.....	114
4.2.2. REQUISITOS DE LA DEMANDA.....	115
4.2.2.1. DOCUMENTOS QUE SE ACOMPAÑAN A LA DEMANDA.....	115
4.2.3. AUTO DE EXEQUENDO O DE EJECUCIÓN.....	116
4.2.4. CITATORIO.....	116
4.2.5. DILIGENCIA DE REQUERIMIENTO DE PAGO O EMBARGO Y EMPLAZAMIENTO.....	117
4.2.5.1. REQUERIMIENTO DE PAGO O EMBARGO.....	117
4.2.5.2 EMLAZAMIENTO.....	119
4.2.6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.....	
4.2.6.1. CONDUCTA PASIVA DEL DEMANDADO.....	120
4.2.6.2. CONDUCTA ACTIVA DEL DEMANDADO.....	121
4.2.7. PRUEBAS.....	124
4.2.7.1. OFRECIMIENTO Y ADMISIÓN DE PRUEBAS.....	125
4.2.7.2. CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS MÁS FRECUENTES EN EL EJECUTIVO MERCANTL.....	126
4.2.8. ALEGATOS.....	140
4.2.9. SENTENCIA.....	140
4.2.9.1. SENTENCIA EJECUTORIADA O COSA JUZGADA.....	141
4.2.10. EJECUCIÓN DE SENTENCIA.....	142
4.2.10.1. REMATE O VENTA JUDICIAL.....	142
4.2.10.2. AVALUÓ DE LOS BIENES.....	142
4.2.10.3. CERTIFICADO DE GRAVÁMENES.....	143
4.2.10.4. PUBLICIDAD DEL REMATE.....	144
4.2.10.5. DÍA Y HORA DEL REMATE.....	145

CONCLUSIONES

PLANTEAMIENTO

La Hipoteca como acto jurídico, es común y frecuente, por lo que su estudio es de trascendental importancia en el medio legal, pues es una de las más firmes garantías en muchos negocios, su actividad es realizada principalmente por las Instituciones de Crédito y Banca Múltiple, sin que esto limite a los particulares para realizarlo.

La legislación mexicana lo contempla, siendo la materia civil la primera en darle un capítulo especial dentro del Código Civil, por su parte en materia mercantil se regula a través del Código de Comercio y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Es claro que existen varios y diversos contratos que ejemplifican este acto como lo son los contratos de Mutuo con Interés, apertura de crédito, de Habilitación o Avío y Refaccionario, todos con garantía hipotecaria; por ello es importante el estudio y tratamiento de estos desde su fase sustantiva así como adjetiva.

HIPÓTESIS

El Código Civil Federal establece en su Título Decimoquinto, a la hipoteca en su aspecto sustantivo, y su ejecución es de carácter local a través de los códigos procesales civiles locales; por su parte la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, regula en su parte sustantiva algunos contratos que tienen a la garantía hipotecaria como elemento determinante para la realización del acto jurídico y; a el Código de Comercio en su aspecto adjetivo.

Es así que el presente trabajo establece los elementos esenciales y requisitos de validez de los contratos con garantía hipotecaria y en consecuencia su procedimiento para hacerlos ejecutables, recordando en todo momento el derecho real del cual esta investido la hipoteca y del derecho de preferencia y persecución para su cobro.

METODOLOGÍA

El desarrollo del trabajo seguirá la siguiente metodología:

- El método deductivo.- partiendo de conocimientos generales se llegará al conocimiento en particular.
- Se realizará un estudio a partir de autores y maestros en materia civil y mercantil, además del estudio de la legislación nacional en estas materias.

DELIMITACIÓN DEL TEMA

El objetivo del tema es el de explicar a la Hipoteca y su ejecución en los ámbitos civil y mercantil, a través del Juicio Especial Hipotecario y el Juicio Ejecutivo Mercantil. No obstante de tener en cuenta que también se pueden aplicar en otras materias.

JUSTIFICACIÓN

Personal.- Creo que la hipoteca ha tenido una connotación muy importante en la época moderna en nuestra legislación y su vinculación con diversos contratos lo hace trascendental en varias de las ramas comerciales, por ello, es vital su estudio en el ámbito mercantil.

Jurídica.- La hipoteca en el ámbito comercial es regulada, entre otros, por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, así como por el Código Mercantil, el presente trabajo establece algunos de los contratos en los que se consigna la garantía hipotecaria y su correspondiente ejecución; es por esto, que se determinan los elementos esenciales y requisitos de validez que requieren los actos jurídicos para surtir sus efectos legales deseados, así como el procedimiento ejecutivo para el cumplimiento de la obligación.

Social.- Desde el Derecho Romano la hipoteca a tenido un desarrollo muy particular pues su naturaleza civil trascendió al ámbito mercantil, es aquí donde alcanzado un trato accesorio en diversos contratos que han sido y serán de vital importancia en la actividad comercial.

INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo se realiza una exposición del contrato en general, así como de aquellos en los que se otorga garantía hipotecaria, y su correspondiente ejecución en el ámbito civil y mercantil.

El objeto de esta tesis de investigación, es la exposición de los principales contratos en que se otorga garantía hipotecaria, así como su naturaleza jurídica, los elementos esenciales y de los requisitos de validez que dan formalidad al acto jurídico; y de su regulación legal.

Es así que el Contrato de Hipoteca tiene características particulares que lo diferencian de otros actos jurídicos, toda vez que se consignan en documentos que traen aparejada su ejecución, por lo que para hacer exigible su cumplimiento se requiere de un procedimiento ejecutivo o especial, regulado por la legislación mexicana de manera específica en los Códigos Civil Federal y de Comercio, -en su parte sustantiva- y por los Códigos de Procedimientos Civiles locales y de Comercio, -en su partes adjetiva-.

El desarrollo de este trabajo se basa en la siguiente metodología: el método deductivo, es decir, que partiendo de conocimientos generales se llega a un conocimiento particular; realizando una investigación, estudio y recopilación de distinguidos autores en la materia civil y mercantil, así como de la legislación nacional aplicable.

En el primer capítulo se establecen las generalidades de los contratos, sus elementos esenciales y requisitos de validez, mismos sustentan la eficiencia y eficacia del acto jurídico; esto sirva de base para abordar aquellos contratos con garantía hipotecaria.

El segundo capítulo comprende los principales contratos en los que se otorga una garantía hipotecaria, de los que se realizó una explicación destacando el de Mutuo con Interés, Apertura de Crédito, de Habitación o de Avío y el Refaccionario; siendo estos los más relevantes para el presente trabajo y en los cuales el derecho real tiene un carácter de preferencia y de persecución; y haciendo énfasis en el carácter accesorio que tiene dentro de dichos contratos.

En el tercer capítulo se aborda el contrato de hipoteca en particular, señalando sus elementos, características, seguridad, garantía, clases, derechos reales y extinción, entre otros.

El cuarto capítulo contempla la ejecución de la garantía hipotecaria en el ámbito procesal civil y mercantil, divididos en el Juicio Especial Hipotecario y Juicio Ejecutivo Mercantil; determinando la naturaleza jurídica y procedencia de la vía, así como su procedimiento desde la demanda hasta el remate judicial.

Es así que el presente trabajo aborda el contrato de hipoteca y su ejecución en el ámbito civil y mercantil.

I.- GENERALIDADES DEL CONTRATO

CONCEPTO

El término contrato es utilizado en diversas ramas del derecho tanto civil, mercantil, laboral, administrativo, etc., lo cual dificulta dar un concepto

El Código Civil de Argentina, en su artículo 1137 determina que, “hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.¹

En este sentido el artículo 1254 del Código Civil Español, establece: “El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.²

El derecho positivo mexicano precisa claramente una distinción entre convenio y contrato, considerando al primero como un género y al segundo como una especie, sin perder de vista que ambos son a su vez una especie de los actos jurídicos.

El artículo 1792 del Código Civil Federal, de aplicación en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, (y que en lo sucesivo se identificara como C.C.F.) establece: “convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones”, entendiéndose que el convenio tiene un estricto sentido y función negativa, por ende el contrato tiene un estricto sentido y función positiva pues el mismo tiene como objeto el crear o tramitar derechos y obligaciones, tal y como lo determina el artículo 1793 del citado ordenamiento legal, y que a la letra indica, “ los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

Por su parte el Código de Comercio establece en su artículo 78, “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”

Una vez expuesto lo anterior se debe señalar que la palabra contrato en sí misma tiene diversos significados, toda vez que se identifica como acto jurídico, norma individualizada y como un documento en el cual se encuentran pactos y cláusulas convenidas por las partes. Por lo que surge la necesidad de determinar a estos últimos.

¹ ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ÁNGEL, Contratos Civiles, séptima edición, aumentada y actualizada, Edit. Porrúa, México 1998, pág. 19 y 20.

² ídem

➤ Contrato como acto jurídico.

Es aquel que produce una consecuencia, dicha consecuencia tiene carácter jurídico y que invariablemente debe de ser el resultado de un supuesto jurídico.

El supuesto jurídico es a su vez la hipótesis normativa de la cual depende la consecuencia jurídica para existir, toda vez que la falta de este no produce una consecuencia de derecho, por lo que la consecuencia depende del supuesto.

Ahora bien, existen acontecimientos que no producen consecuencias jurídicas, ya que no motivan los supuestos, sin embargo existen otros que si producen consecuencias jurídicas por estar contenidos en supuestos, a estos se les denomina hechos jurídicos.

Los hechos jurídicos se pueden dividir o clasificar en dos categorías los de estricto sentido y los actos jurídicos.

Los primeros son aquellos acontecimientos de la naturaleza o relacionados con el hombre en los que no interviene la voluntad o que interviniendo esta es totalmente irrelevante en la producción de las consecuencias, ya que se motivo el supuesto jurídico, que lleva a consecuencias de derecho.

Los segundos son aquellos acontecimientos del hombre donde interviene su voluntad en forma directa, por lo cual se tiene la motivación directa del supuesto jurídico, siendo en este caso la voluntad relevante para la producción de consecuencias.

En el párrafo anterior se hablo de la voluntad en forma directa del hombre para colocarse en un supuesto, si en el acto interviene una sola voluntad se esta en presencia de un acto monosubjetivo, pero si intervienen dos o más voluntades se habla de plurisubjetivo.

➤ Contrato como norma jurídica

“El fundamento de obligatoriedad del contrato es que en sí mismo es una norma jurídica, no general sino individualizada, que a su vez se apoya en una norma jurídica general (la contenida en el Código Civil Federal) la que a su vez se apoya para fundar su obligatoriedad en una norma de carácter constitucional”.³

Lo anterior es derivado de un proceso de acuerdo de voluntades.

➤ El contrato como documento.

Es el resultado de un proceso contractual el cual se plasma en un documento que puede ser generalmente escrito, que conteniendo signos que permiten vislumbrar la voluntad de los contratantes y que tiene como objeto perdurar en el tiempo o hasta en tanto llegue el término o plazo o se cumplan con los fines establecidos por las partes, o bien en su defecto servir como medio de prueba de uno de los contratantes contra el otro.

³ Ibídem. pág. 25

Por lo que este tipo de contrato a tenido una gran evolución ya que con el tiempo se ha ido perfeccionando tanto sus elementos, contenido, redacción, cláusulas, etc. llegando a ser en la actualidad de gran complejidad y saturados muchas veces de tecnicismos.

1.2.1. ELEMENTOS ESENCIALES

Para la conformación de un acto jurídico debe concurrir una pluralidad de elementos que den vida y existencia al mismo.

“El maestro José Alfredo Domínguez Martínez, establece:

Los elementos esenciales del negocio jurídico (o acto jurídico), son los siguientes:

- a) Manifestación de la voluntad (consentimiento).*
- b) Objeto directo e indirecto.*
- c) Solemnidad (en su caso).”⁴*

La necesidad de participación de los elementos esenciales en la estructura del negocio jurídico se pone de manifiesto con los calificativos atribuidos por la doctrina a dichos elementos. Gutiérrez y González los llama elementos de “existencia” y los considera “básicos”, Rogina Villegas alude a elementos de “definición”, Bonnecase a elementos “constitutivos” y Ruggiro los califica como elementos “fundamentales”.

El C.C.F, en su artículo 1794, establece:

“Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento,

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato”.

1.2.2.- CONSENTIMIENTO

De acuerdo a lo antes referido, el consentimiento es el acuerdo de voluntades para producir o transmitir derechos y obligaciones.

Los elementos del consentimiento son la(s) propuesta(s) y aceptación a la (s) misma(s).

La legislación establece que las voluntades de las partes integrantes del consentimiento pueden externarse en forma expresa o de manera tácita.

⁴ DOMINGUEZ MARTINEZ, JOSE ALFREDO, Derecho Civil, 5º Edición actualizada. Edit. Porrúa, México, p.p. 519.

El artículo 1803 del C.C.F, establece, “El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se entenderá lo siguiente:

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifieste verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II.- El tácito resultará de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o convenio la voluntad deba de manifestarse expresamente.”

Es de señalar que el consentimiento no es solo la oferta o la aceptación, sino que por el contrario debe de haber una declaración unilateral de ambas que concurren en lugar y tiempo, y que se funden en un solo acto jurídico.

Se ha determinado que uno de los elementos del consentimiento lo constituye la oferta, pero nos surge una pregunta ¿cuándo existe una oferta?

La oferta, como declaración unilateral de la voluntad se manifiesta a través de un ofrecimiento que hace una(s) persona(s) a otra(s), no obstante se debe señalar que dicho ofrecimiento puede ser en forma determinada o indeterminada, es decir dirigido a una parte específica o a cualquiera que tenga conocimiento de la oferta.

Asimismo, la aceptación es la manifestación unilateral de la voluntad, por la cual él o los receptorista(s) expresan su conformidad con la oferta realizada, estando de acuerdo en realizar el acto jurídico.

En este punto es necesario establecer la formulación del consentimiento entre personas no presentes, para lo cual me referiré al artículo 1807 del Código Civil Federal., el cual determina: “El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación...”.

Es de señalar que la oferta se considerará como no hecha si la retira su autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación. También el proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe, modificación de la primera. En este caso la respuesta se considerará como nueva proposición que se regirá por lo dispuesto en los artículos anteriores. (Arts. 1808 y 1810 C.C.F.)

Por su parte el artículo 1809 del citado ordenamiento establece: “*Si al tiempo de la aceptación hubiere fallecido el proponente, sin que el aceptante fuere sabedor de su muerte, quedarán los herederos de aquel obligados a sostener el contrato*”.

En materia mercantil el consentimiento se encuentra comprendido en el artículo 78 del C.Com., (y al cual en lo sucesivo se identificará C.Com.) que establece: “En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en manera y términos que quiso obligarse, sin que la validez del acto dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados”.

Sin embargo, el artículo 79 del citado ordenamiento señala como excepción aquellos contratos que deban de hacerse en forma escrita en virtud de la naturaleza que poseen, tal es el caso de los que impliquen derechos reales.

En este sentido el artículo 1796 del C.C.F. señala, “los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deban de revestirse de una forma establecida por la ley, desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o la ley”.

También se puede dar el consentimiento mediante convenios o contratos mercantiles ya sea por correspondencia, telégrafo o mediante el uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier tecnología, los cuales quedan perfeccionados desde el momento en que se reciba la aceptación de la propuesta o de las condiciones en que esta fue modificada conforme al texto del artículo 80 del C.Com., toda vez que antes de la reforma se reconocía la celebración de los contratos por correspondencia.

Cabe destacar las reformas hechas al C.Com., y C.C.F., por las que se establece y reconoce el comercio electrónico y su reglamento.

Se establece en el artículo 93 del C.Com., que para el caso de que la ley exija forma escrita para los contratos y la firma de documentos relativos, estos supuestos se tendrán por cumplidos tratándose de mensaje de datos siempre que este sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

El artículo anterior, también establece que en la celebración de contratos que para la ley se tengan que realizar ante fedatario público, se podrán obligar las partes por medio de mensajes de datos, expresando las mismas los términos en que sean querido obligar, para lo cual el fedatario público hará constar en el instrumento los elementos a través de los cuales se atribuyen dichos mensajes a las partes, quedando bajo su resguardo una versión íntegra de los mismos para poder ser consultados.

Dicho mensaje de datos se tendrá por expedido en donde el emisor tenga su domicilio y por recibido donde lo tenga el destinatario, salvo pacto en contrario, de acuerdo a lo que establece el artículo 94 de dicho ordenamiento.

Por su parte, los artículos 1205 y 1298-A del C.Com., reconocen como medios de prueba los mensajes de datos, los cuales serán admitidos y su valoración se realizará con el único objeto de la fiabilidad del método cuando haya sido generada, archivada, comunicada o conservada.

Recapitulando, tanto la oferta como su aceptación en el consentimiento tienen cuatro momentos a saber, que son: **la declaración**, manifestación de la voluntad de contratar que hace una parte a otra ya sea de forma verbal o escrita (por carta, medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos); **la expedición**, cuando el que recibe la oferta manifiesta su aceptación, pudiéndola hacer por los mismos canales que la recibió; **la recepción**, cuando el peticionario recibe la aceptación expresa de la contraparte, por lo que en ese momento se perfecciona el contrato; **la información**, esta se da cuando el oferente o peticionario da conocimiento a su contraparte que ha recibido su aceptación

Es necesario establecer la formación del consentimiento entre personas no presentes, para lo cual me remitiré al artículo 1807 del Código Civil Federal, el cual establece que: "El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación...".

1.2.3.- OBJETO

El Objeto como elemento de existencia del contrato se divide tanto en Objeto Directo como Indirecto, algunos autores como Jose Alfredo Domínguez Martínez y Miguel Ángel Zamora y Valencia, señalan que existe un tercer objeto que es la cosa⁵, por lo cual expondré las tres para una mayor comprensión.

- Objeto Directo o Inmediato.

Objeto Directo o Inmediato del negocio jurídico consiste en crear y transmitir derechos y obligaciones, es decir producir consecuencias jurídicas.

Cabe destacar que el objeto es la conducta de los sujetos que se traduce en dar, hacer o no hacer, toda vez que el objeto directo es inútil e inexacto, ya que todos los contratos tendrían el mismo objeto. Por lo tanto, el objeto de todo contrato es el objeto de la obligación creada por él. De ahí que el contrato tendrá tantos objetos, como obligaciones haya engendrado.

Sin embargo, es claro que el objeto directo lo constituye la creación y transmisión de derechos y obligaciones, toda vez que no solo existe la voluntad de contratar sino también existe el ánimo de obligarse y producir las consecuencias jurídicas que posteriormente habrán de cumplirse en la forma pactada.

- Objeto Indirecto o mediato.

El objeto indirecto o mediato del propio negocio, que no viene a ser sino la conducta asumida por las partes, derivada del objeto directo de la obligación creada o transmitida en derechos u obligaciones, es decir, en un dar, hacer o no hacer.

Un ejemplo de la conducta de Dar lo constituye el contrato de compra-venta, por el cual el vendedor transmite la propiedad a otra persona la cual esta obligada a dar o pagar una determinada cantidad de dinero.

Si las obligaciones que se crean en el contrato son de dar, de acuerdo con el artículo 2011 del C.C.F., pueden consistir:

⁵ ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ÁNGEL, Contratos Civiles, séptima edición, aumentada y actualizada, Edit. Porrúa, México 1998. pág. 30 y 31.

- En la transmisión de dominio de una cosa cierta (compraventa y permuta).
- En la enajenación temporal de uso o goce de cosa cierta (arrendamiento o comodato).
- En la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida (mutuo).

A su vez un ejemplo de conducta de Hacer se establece en el artículo 2243 de C.C.F., toda vez que puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro”; es decir, existe un convenio que exige una obligación de hecho futuro.

Un ejemplo de obligación de No Hacer lo es el contrato de compra-venta en el cual existe una cláusula por la cual el nuevo propietario esta impedido en vender dicha propiedad a persona específica.

El objeto jurídico indirecto del contrato es el objeto directo de la obligación que se traduce en dar, hacer o no hacer. Siendo menester señalar que nuestra legislación no distingue plenamente los objetos jurídicos de los materiales, teniendo como resultado la disputa de este tercer elemento entre los autores.

- Objeto Cosa.

Esta acepción en derecho es muy discutida por los autores, en virtud de que se considera como objeto de los contratos a la Cosa (objeto material), sobre la cual recae la obligación de dar.

La legislación adjetiva civil federal, establece en su artículo 1824.

“Son objetos de los contratos:

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

De igual forma el artículo 1825 señala que las cosas deberán ser físicas y legalmente posibles. “La cosa objeto del contrato”.

- Existir en la naturaleza
- Ser determinada o determinable
- Estar en el comercio.

Expuesto lo anterior es necesario entrar al estudio del artículo antes referido.

- Existir en la naturaleza.

Esto significa que exista material y físicamente al momento de realizar el acto jurídico, sin embargo las cosas futuras pueden ser objetos de contrato siempre y cuando sean susceptibles de existir, ejemplo de lo anterior es la de compra-venta de una casa que aun no se construye, así como la compra de esperanza.

- Ser determinado o determinable

Esto significa que sea cuantificable en especie y calidad, entendiendo por especie una limitación del género es decir, una individualización, en cuanto a la calidad y cantidad, en virtud de que se puede contar, pesar o medir. Un ejemplo, es la compra de arroz, una caja de vinos, unos tapices, etc.; objetos que por su naturaleza requieren ser medidos, pesados o contados.

- Estar dentro del comercio

Para explicar este punto me remitiré a lo expuesto por los artículos 748 y 749 del Código Civil Federal, que a la letra; “Las cosas pueden estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la Ley”, “Están fuera del comercio por su naturaleza las cosas que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y por disposición de la Ley, las que ella declare irreductibles a propiedad particular.” Un ejemplo sería el aire el cual no es susceptible de venderse, la luna, el alma, etc., algo que no está a la venta, ni siquiera futura.

De igual forma las fracciones I a XXIV del artículo 75 del Código de Comercio establecen cuales son los actos de comercio.

1.2.4.- SOLEMNIDAD

La solemnidad es aquella que requiere determinados “ritos” para que el acto jurídico tenga existencia como el testamento y el matrimonio, es decir, que el testamento requiere hacerse de manera particular de acuerdo a lo que dispone el Código Civil en su libro de sucesiones ya que de lo contrario se considera inexistente, de igual manera el matrimonio se realiza ante el Juez del Registro Civil con el fin de que tenga una trascendencia jurídica, ya que el matrimonio religioso es intrascendente en el ámbito legal.

Otros ejemplos de solemnidad lo son:

La compra-venta de una casa si bien es un acto privado la ley exige que dicho acto sea elevado a Escritura Publica ante Notario, de conformidad con lo establecido en los artículos 2317 del Código Civil Federal y 54 de la Ley Notarial, de acuerdo al valor del Bien Inmueble.⁶

⁶ DE PINA VARA, RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Novena edición, Edit. Porrúa, México 1989, pág. 30 y 31.

En el contrato de novación debe de expresarse (no pudiendo ser tácita) que una obligación anterior va a extinguirse y que la existencia de una nueva obligación sustituye a la primera. Esta es la razón de la novación, artículos 2213 y 2215 del C.C.F.

En virtud de lo anterior la solemnidad solo aplica a casos específicos, por lo que no se profundizará más sobre este elemento esencial, baste señalar que algunos actos jurídicos lo requieren en virtud de su naturaleza.

1.3. REQUISITOS DE VALIDEZ

En el capítulo anterior se expuso los elementos esenciales de los contratos tales como el consentimiento, objeto y solemnidad; ahora hablaremos de los requisitos de validez de todo acto jurídico, los cuales son:

- La capacidad
- La ausencia de vicios del consentimiento (tales como el error, dolo y mala fe)
- La licitud del acto
- La forma

En los siguientes puntos se establecerá de manera breve cada uno de los requisitos de validez, acotando en ellos cuando así lo requiera el punto.

1.3.1.- CAPACIDAD

La Capacidad se divide en dos clases: de goce y ejercicio, por lo cual debemos diferenciar en que consiste cada una de ellas.

- La Capacidad de Goce.

Esta capacidad es la aptitud que toda persona tiene para ser sujeto de derechos y obligaciones, por lo cual se hace referencia de todo individuo, pues dicha capacidad inicia desde el nacimiento, siendo menester señalar que nuestra legislación otorga una protección también a los nacituros o a los concebidos, por lo cual antes de continuar es necesario observar lo que dispone el artículo 22 del Código Civil Federal el cual a la letra señala “la capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde con la muerte, pero desde el momento que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código”; lo anterior en virtud de poder ser sujeto de herencias y donaciones, tal y como lo establecen los artículos 1314 y 2357 del Código Civil Federal, claro que

deben de cumplir con la -conditio iuris-, es decir que sean viables “desprendido enteramente del seno materno, viva veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil” de acuerdo a lo que establece el artículo 337 del citado ordenamiento.⁷

De lo explicado en el párrafo que antecede se observa el atributo natural y jurídico de la persona denominado capacidad de goce, la cual implica primeramente la capacidad de la persona para adquirir derechos y obligaciones y, en segundo lugar con atributos propios como es el nombre, estado civil, domicilio, patrimonio y nacionalidad.

Antes de continuar se hará un breve paréntesis, toda vez que las personas físicas no son las únicas que poseen esta capacidad; en virtud que las personas morales también poseen la capacidad de goce, a excepción del atributo denominado estado civil.

- La Capacidad de Ejercicio

Esta capacidad es la aptitud que tienen “determinadas personas” para hacer valer sus derechos y obligaciones por si misma, Bonnecase lo describe brevemente (– ob y t.cii. pag. 378, elementos de derecho civil.) “Es la aptitud de una persona para participar por si misma en la vida jurídica”, por lo cual se debe advertir que aquí no habla ya de la capacidad de goce, sino de ejercicio, en virtud que en la primera quedo establecido que son personas “titulares” de derechos y obligaciones, mientras que las segundas son aquellas que “hacen valer” esos derechos y cumplen con sus obligaciones, por lo que existe una gran diferencia entre el primero y el segundo. Es decir, una persona con capacidad de goce, puede carecer de la capacidad de ejercicio, pero es imposible concebir a una persona con capacidad de ejercicio que carezca de la capacidad de goce; ya que en este último caso es absurdo que el segundo no contemple al primero, por eso cuando se habla de capacidad de ejercicio se entiende la existencia inherente de la capacidad de goce, pero nunca viceversa.

En base a lo anterior, quedo definido tanto la capacidad de goce como la de ejercicio, sin embargo surge la pregunta ¿cuando se adquiere la capacidad de ejercicio?

El artículo 24 del Código Civil Federal, establece los supuestos en que una persona adquiere la capacidad de ejercicio; “el mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona; de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”; de la lectura anterior se determina que un requisito para obtener la capacidad de ejercicio es la mayoría de edad que en nuestro país es de 18 años cumplidos, tal y como lo disponen los artículos 646 y 647 del Código antes referido; “ la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos” y “ el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.”; por lo cual esta es una de las formas en adquirir la capacidad de ejercicio, pero invariablemente esta afirmación establece otra pregunta que seria si, ¿únicamente la mayoría de edad es la forma de adquirir dicha capacidad?

La respuesta es contestada por lo expuesto en los artículos 641 y 643 del

⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO, Contratos Civiles, Sexta edición, corregida y aumentada, Edit. Porrúa, México 1999, pág. 28 y 29.

ordenamiento citado, que establece, “el matrimonio del menor de dieciocho años produce el derecho a la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad”, y “el emancipado tiene la libre disposición de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- De la autorizaron judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces
- De un tutor para negocios judiciales”

Como se observa no solo la mayoría de edad otorga la capacidad de ejercicio sino también la figura jurídica conocida emancipación, la cual surge a través de eventos particulares que, permiten al menor hacer valer sus derechos y cumplir con obligaciones; una vez comprendido esto, se tiene que explicar como se pierde la capacidad de ejercicio.

Al igual que la ley concede y otorga a la persona la capacidad de ejercicio, la misma puede restringir dicha capacidad en determinados supuestos, tales como la “incapacidad general y especial”, que son casos en los que interviene la minoría de edad, así como en el supuesto que aún cuando se tenga la mayoría de edad una persona no posea la capacidad de ejercicio, en virtud de que para la ley dicho sujeto no reúne las características necesarias para ostentar o ejercer dicha capacidad.

El artículo 450 del Código Civil Federal, establece una de las características por las cuales una persona mayor de edad no puede ostentar la capacidad de ejercicio, lo cual plantea, determinando al efecto lo que es la incapacidad.

“Tienen incapacidad natural y legal:

I.- Los menores de edad.

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

Es de considerar que la incapacidad es el acto contrario de la capacidad que impide a una persona pueda ejercer derechos y cumplir obligaciones, es así que se entiende la incapacidad natural; que aún cuando se posea esta acepción de natural de nada sirve si el derecho no lo regula, razón por la cual no se define de esta forma, también de la lectura del párrafo anterior se desprende lo que se conoce como incapacidad legal la cual es de interés directo para fines de la presente tesis, dicha incapacidad ha quedado establecida en el mismo párrafo anterior.

Es necesario señalar el hecho de que los incapacitados generales (naturales y legales) solo pueden ejercer sus derechos por medio de sus representantes legales; padres, en ejercicio de la patria potestad o tutor, como lo establece el artículo 23 del Código Civil Federal.

“La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas en la ley, son restricciones a la personalidad jurídica que no deben menoscabar la dignidad de la persona ni atentar contra la integridad de la familia; pero los incapaces pueden ejercer sus derechos y contraer obligaciones por medio de sus representantes.” Es decir que los representantes y padres en ejercicio de patria potestad se encarguen conforme a la norma de ejercer dichos derechos y cumplir con las obligaciones de los incapaces.

Una vez expuesto la incapacidad general, es necesario establecer otro tipo de incapacidad de ejercicio que es la incapacidad especial, la cual no se encuentra comprendida en el artículo 450, y la cual se refiere a aquella persona con plena capacidad de ejercicio y que por su cargo o relación se encuentran impedido para ejercerla en determinadas situaciones, ejemplos de lo anterior son:

- El tutor, quien no puede contratar con su pupilo
- El administrador quien no puede adquirir los bienes que administra

Es de señalar que para algunos autores esta no es incapacidad, sino más bien una falta de legitimación, sin embargo, en virtud de que este punto no es el central de la presente tesis únicamente se hará un breve pronunciamiento, la doctrina considera a la legitimación como la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de la posición que se tiene frente al acto, es decir, la relación que existe entre los sujetos o uno de los sujetos con el objeto. Así por ejemplo en una compra-venta los padres en ejercicio de la patria potestad no están legitimados para adquirir los bienes del menor; otro ejemplo es el de los extranjeros que no pueden comprar bienes inmuebles dentro de las zonas restringidas.

Por su parte el artículo 2280 del C.C.F., establece: “no pueden comprar los bienes de cuya venta o administración se hallen encargados:

- I.- los tutores y curadores.
- II.- Los mandatarios.
- III.- Los ejecutores testamentarios y los que fueren nombrados en caso de intestado.
- IV.- Los interventores nombrados por el testador o por los herederos;
- V.- Los representantes, administradores e interventores en caso de ausencia;
- VI.- Los empleados públicos.

Expuesta dicha incapacidad especial se da por concluido este inciso de la presente tesis, por lo que es preciso abocarse al estudio del siguiente punto denominado ausencia de vicios del consentimiento.

1.3.2.- AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD

Al igual que en puntos anteriores, antes de entrar al estudio del presente requisito de validez, se debe señalar que para que el acto jurídico sea eficaz “no deberá estar viciada la voluntad”, para lo cual se expondrán los elementos que vician la voluntad de las partes en un acto jurídico, pues solo así se podrá determinar cuando existen vicios del consentimiento y cuando el negocio es valido o invalido, por lo cual me referiré a la voluntad libre.

Es de considerar que los vicios del consentimiento son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo, lo dañan, es decir que, cuando existe alguno de los vicios no solo daña al consentimiento sino que lo suprime, deja de ser vicio, para constituir una falta del consentimiento.

El artículo 1812 del Código Civil Federal establece en -contrario censu- “el consentimiento es valido si se ha dado la voluntad libre de error, violencia o dolo.”

“La voluntad libre es aquella que se exterioriza con pleno conocimiento de lo que se quiere y desea, es decir que existe un acuerdo entre la voluntad interior y exterior, por lo cual dicha voluntad se realizo sin mediación del error (en sus diversas formas) y violencia”. Una vez expuesto lo anterior se determinaran los posibles vicios de los que puede estar plagada la voluntad al momento de realizar el acto jurídico.

Entre los vicios del consentimiento existen dos clases los autónomos y los no autónomos; pero con el fin de comprender mejor empezaremos por el segundo, los NO AUTÓNOMOS. Ya que con frecuencia se confunden unos con otros, lo cual hace confuso su estudio.

Los vicios del consentimiento no autónomos, se pueden subdividir en dolo, mala fe, ignorancia y reticencia.

Por lo que se refiere tanto al dolo, mala fe, ignorancia y reticencia; como se señalo son no autónomos, ya que su principio o fin, según sea el caso, es inducir o mantener a una persona en el error, tal y como lo establece el artículo 1815 del C.C.F., que establece “se entiende por dolo en los contratos, cualquiera sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en el a alguno de los contratantes, una vez conocido”. Esto que aparentemente es distinto a la mala fe en realidad es una acto similar, lo único que varia es la conducta activa o pasiva, es decir, en el dolo (conducta activa) se induce a la persona para cometer un error, mientras que en la mala fe (conducta pasiva) se busca mantener en el error a la persona.

Asimismo, es necesario exponer que en la ignorancia se abusa de la falta de conocimiento o experiencia en determinada materia para hacer que una persona incurra o se mantenga en el error, de igual forma la reticencia, que de acuerdo con la definición de PLANIOL, es el silencio voluntariamente guardado por una de las partes de un hecho o circunstancia que la otra tendría interés en conocer para estar en plena aptitud consciente de celebrar el negocio. Un ejemplo de esta clase de aptitud es la compra-venta de un automóvil en el cual el vendedor tiene conocimiento de las fallas del automóvil de las cuales estaría interesado en conocer el comprador, pero en algunas

ocasiones el mismo vendedor sabe que la unidad tiene problemas mas no sabe cual es dicha falla por no ser experto o conocedor, sin embargo omite hacer comentarios respecto del fallo por olvido o bien por falta interés, pero nunca por dolo o mala fe.

Como anteriormente se señaló es necesario establecer que tanto el dolo, mala fe, ignorancia y reticencia no son vicios de la voluntad autónomos, sino que son derivados del error el cual si es autónomo. Una vez comprendido esto pasará a determinar el error como vicio de la voluntad autónomo.

Error. Como vicio de la voluntad (autónomo).

El artículo 1813 del ordenamiento antes citado, establece: “el error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebren en el falso supuesto que lo motivo y no por otra causa.”

De la lectura anterior se observa que no hay una clara definición de lo que seria el error en su forma, por lo cual tendré ante todo que establecer esta situación para poder continuar.

El error es la manifestación de la voluntad viciada, pues el error consiste en una falsa apreciación, representación y por consiguiente conocimiento de la realidad. Por lo cual es mas que evidente que no existe una apreciación o conocimiento claro de la realidad, motivo que nos conduce inevitablemente a lo establecido por el artículo 1813, antes expuesto, con lo cual queda claro, en virtud de que podemos observar los elementos requeridos para determinar el vicio autónomo de la voluntad.

Una vez conocido el Error como vicio de la voluntad, es necesario establecer que existen varios grados o clases de error⁸, los cuales se clasifican en:

- a) Error radical o error obstáculo. Impide la formación del acto sea cual fuere su naturaleza. (Inexistencia del acto).
- b) Error de gravedad media o error nulidad. No impide la formación del acto, pero, si permite solicitar la nulidad del mismo. (Nulidad).
- c) Error leve o error indiferente. Es aquel acto que tiene errores, pero que son subsanables y que el acto tiene plena validez.

Se hablará brevemente de esta clasificación del Error.

- a) Error radical o error obstáculo.

Esta clase de error se caracteriza por que impide el nacimiento del negocio, la formación del contrato, es decir, que se genera la inexistencia del acto (esta dentro de la teoría tripartita de la ineficacia).

⁸ SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN, De los Contratos Civiles, Vigésimocuarta edición, Edit. Porrúa, México 2010, pág. 52-59

Un ejemplo de esta clase de error consiste el hecho de que una primera persona presta un libro a otra, la cual lo recibe; mientras la primera piensa que el acto realizado es de comodato, la segunda piensa que es una donación, lo que significa que ni siquiera existe un concurso de voluntades ya que cada una de las personas tiene una idea o concepto distinto respecto al libro.

b) Error de gravedad media o error nulidad.

Esta clase de error se caracteriza como se ha señalado en que si bien el acto nace se puede pedir su nulidad, en virtud de que existe un error de hecho o de derecho, ya sea en la cosa o identidad de la persona.

Un ejemplo, es el caso que una persona le compra a otra un terreno en una zona residencial con el objeto de realizar un edificio sin saber, que en esa zona esta prohibida dicha clase de construcciones, situación que motiva la nulidad del contrato ya que el objeto para lo que fue el terreno era la construcción de dicho edificio; otro ejemplo lo constituye cuando una persona le vende por catálogo un traje a otra señalando que es el último, sin saber el vendedor que una tercera persona compra también dicho artículo. Por lo tanto, el acto nació, más la cosa ya no esta disponible por cuestiones distintas a las pactadas, en tal situación ninguna de las partes actúa de mala fe.

Se han expuesto los errores comunes más no hay que olvidar son los vicios de la voluntad autónomos, y se hablará ahora de explorar los conocidos como el error de nulidad el cual se subdivide en error de hecho y de derecho.

El primer error denominado de hechos, se caracteriza por un error en hechos o una ficción en ellos, un ejemplo de esto es el padre que al morir en su testamento deja a su sobrino como heredero universal, pues este piensa que su hijo murió, (hecho manifestado en el testamento), años después el hijo regresa y promueve una nulidad, pues el mismo acredita que existían errores de hecho que presuponían su muerte, cuestión que era falsa.

El segundo error denominado de derecho, se caracteriza por que una de las partes cree que no existe derecho y por lo tanto obligación para contratar, ejemplo de lo anterior lo es cuando un padre no hereda a un hijo, ya que este cree que no tiene derecho por estar fuera del matrimonio, situación errónea pues el hijo fuera del matrimonio tiene los mismos derechos que el nacido dentro del hogar, entonces es valido el juicio de nulidad en contra de los otros para solicitar la porción que le corresponde.

c) Error leve o error indiferente.

Por exclusión esta clase de error es diferente a los dos anteriores vistos, aquí el error como su nombre lo indica es leve o indiferente por lo cual nace o existe el vínculo jurídico y a su vez es de nulidad relativa, es decir, que en este tipo de error existe entonces una irregularidad pero la misma no afecta la sustancia y esencia del contrato,

por lo cual basta que las partes estén de acuerdo para que el acto subsista resolviendo entonces la diferencia, ya que en este tipo de error siempre hubo una plena voluntad de contratar así como existe el objeto e identidad de la persona, por lo cual es subsanable a comparación de los dos anteriores.

Un ejemplo de esta clase de error lo constituye el “que una persona compre un edificio por el hecho que le gusto la puerta que se cree es de roble, posteriormente se da cuenta el comprador que no es de roble sino de pino, aquí hay elementos para suponer una nulidad, pero en realidad la misma solo sería relativa ya que esa puerta es solo parte de una estructura que el adquirió y que en este caso es un edificio”.

Una vez que ha quedado comprendido el error como vicio de la voluntad libre para la realización de actos jurídicos, es inevitable hablar de otra clase de conductas que generan una voluntad viciada, tal es el caso del miedo y la violencia, para lo cual se tiene que determinar dicha circunstancia, para el maestro Raúl Ortiz-Urquidí, en su libro Derecho Civil, el miedo o temor “es el verdadero vicio de la voluntad, y no la violencia como generalmente se afirma, ya que en todo caso la violencia viene a ser fuente del miedo, pero el vicio mismo”; con esta reflexión el maestro pretende exponer que en todo caso la violencia no es un vicio de la voluntad sino más bien un factor resultante del miedo o temor el cual si es en su esencia la causa del vicio de la voluntad libre.

Por ello y en virtud de lo anterior expuesto es necesario analizar a la violencia como el factor detonante de la conducta viciada que sería el miedo o temor.

- La Violencia.

Esta puede ser física o moral, existe violencia física- Rogina Villegas, ob, y t, cit; p.369 “cuando por miedo de dolor se coacciona la voluntad a efecto de que se exteriorice en la celebración de un acto jurídico. También existirá cuando por la fuerza se priva a otro de su libertad o de sus bienes, o se le hace daño, para lograr el mismo objeto, o bien, cuando merced a la misma fuerza se pone en peligro la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes de la víctima.”⁹

Cabe señalar que no siempre la violencia física constituye un vicio de la voluntad, ya que esta la anula de tal forma que no deja al violentado para oponerse al acto jurídico, un ejemplo de esta clase de violencia la observamos en el lanzamiento que se hace de un inquilino o ejecutado, pues aunque de por medio existe una conducta de violencia para este, pero la misma es en virtud de un mandamiento judicial, que ordena en contra de la voluntad de aquel.

A mayor abundamiento sobre el tema es necesario observar que el derecho romano conceptualizaba a la violencia física o “uis ablativa” o “uis absoluta”, cuando se utilice la fuerza física o algún agente material que prive de la libertad al contratante, como llevarle la mano para que escriba, moverlo a través de la hipnosis o de la embriaguez total, en cuyos supuestos no hay consentimiento.

⁹ ORTIZ-URQUIDI, RAÚL, Derecho Civil, Tercera edición, Editorial Porrúa, México 1986, pág. 326.

Expuesta la violencia física, a continuación hablaremos de la violencia moral, la cual es la que consiste en conductas que van más encaminadas en provocar el miedo, temor o el terror a otra persona con el objeto de obtener un consentimiento respecto al acto jurídico.

El artículo 1819 del Código Civil Federal establece “hay violencia cuando se emplea la fuerza o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.”

Es de establecer que la violencia moral se genera a través de la intimidación, que produce el temor o miedo, ya que por medio de amenazas o fuerza física se coloca a un contratante en disyuntiva para aceptar en ese momento presente o futuro un acto que sin dicha violencia nunca aceptaría. A lo cual los romanos la llamaban “uis compulsiva”, ya que en ella no se suprime la voluntad, sino solo se vicia, orillando al contratante a preferir una cosa por otra.

Como se observa de lo anterior las amenazas deben importar un peligro inminente, tal es el caso de perder la vida, ejemplo de esto es; te mataré, si no me vendes tu casa; de la honra, sería cuando se amenaza a una persona con comentar algún secreto que pondría en entre dicho su reputación; la libertad, sería cuando se amenaza a alguien de secuestrarlo en caso de no realizar contrato con aquel; la salud, cuando una persona amenaza a otra con contagiarlo con una enfermedad en caso de no acceder al contrato, en una parte considerable de los bienes sería cuando una persona amenaza a esta con volar su fábrica sino hace negocios con el o un tercero, como hemos señalado anteriormente esta clase de violencia no puede ser en contra de cualquier persona sino dirigida hacia el interesado, su cónyuge, sus parientes cercanos hasta el segundo grado colateral.

Se debe de aclarar antes de concluir con este punto, que no todo el temor es un vicio del consentimiento ya que existe el temor reverencial, el cual consiste en una sumisión y respeto del contrato tanto para con el otro, motivado como se señaló por el temor a desagradar al otro, supuesto que de ninguna manera origina la nulidad del acto, tal y como lo establece el artículo 1820 del citado ordenamiento. Un ejemplo de este tipo de temor es el que una persona quiere comprar una casa a otro, pero este no está interesado en vender, el primer sujeto acude ante el padre del segundo para solicitarle interceda por él ante su hijo para la venta, el hijo ante la sumisión y respeto con el padre accede, por lo cual su voluntad no fue del todo libre mas, sin embargo el acto si, por lo cual no se puede alegar en este caso que la voluntad este viciada.

- La Lesión.

La lesión como vicio de la voluntad no está suficientemente reglamentada en nuestra legislación, sin embargo, se puede deducir de circunstancias particulares las cuales dan su origen, como lo son la suma ignorancia, la extrema necesidad o miseria de alguna de las partes al momento de la celebración del acto jurídico.

El elemento objetivo primordial de la lesión lo constituye la gran desproporción, tal como el lucro excesivo, a favor de una de las partes, otro elemento sería el subjetivo que lo constituye la suma ignorancia o la extrema miseria.

La lesión da como resultado que el perjudicado pueda demandar la nulidad absoluta del acto jurídico, siempre y cuando acredite los elementos primordiales (objetivo y subjetivo).

Respecto a éste cabe hacer mención que el artículo 385 del C.Com., establece, “las convenciones mercantiles no se reducirán por causa de lesión, pero el perjudicado, además de la acción criminal, le asistirá la de daños y perjuicios contra el contratante que hubiere procedido con dolo, o malicia en el contrato o su cumplimiento”.

De lo anterior se debe establecer que dicho artículo plantea la lesión como generadora de la nulidad del acto, con excepción de la compra-venta mercantil.

1.3.3. LICITUD

En este punto se definirá lo que es la licitud, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1830 del Código Civil Federal, -contrario sensu -, “es licito el hecho que no contraviene a las leyes de orden público y las buenas costumbres.” Pues bien aunque esta definición es muy amplia se tiene que llegar a un criterio particular, en virtud de que existe una disyuntiva, ya que propiamente el texto del artículo señala de no ser contrario a las leyes, pero ¿a que clase de leyes se refiere?, toda vez que existen de orden público y privado, lo cual complica el contenido de dicha definición, más se sabe de antemano que el legislador trato de expresar que se refería a las leyes de orden público, toda vez que estas son de observancia general, y no las privadas que solo obligan a los particulares, con el fin de entender lo anterior se realiza un paréntesis para definirlo.

En las leyes de orden público, existen una gran diversidad y complejidad, por lo que no es posible enumerarlas y mucho menos señalarlas, por lo que se realizará una clasificación desde un punto de vista dogmático y simplista, empezando por definir las normas de orden público como aquellas de observancia general, en virtud de que el Estado tiene una necesidad de satisfacer y garantizar el bienestar de sus subordinados, mientras que las normas de carácter privado se remiten única y exclusivamente a los particulares y solo obligan a estos; una característica entre estas es que las normas generales o de orden público son irrenunciables y de aplicación general, mientras que las de orden privado son renunciables y de observancia particular.

En base a lo anterior es indispensable hablar de las normas taxativas y dispositivas.

Las Taxativas son aquellas que obligan en todo caso a los particulares independientemente de la voluntad de estos, mientras las segundas dispositivas pueden dejarse de aplicar por voluntad de las partes o una situación jurídica concreta. De ahí que atentar contra las primeras haría anulable el acto, pues como se ha venido señalando las taxativas o de orden público, son aquellas que el Estado crea para el interés general, bien común, seguridad y bienestar de la mayoría.

En este caso, las normas de orden público se encuentran en las leyes constitucionales, administrativas, penales, procesales internacionales públicas, por mencionar algunas, es decir, aquellas que reglamentan la organización y atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, así como las obligaciones y derechos de los particulares en materia política, electoral, de impuestos, servicio militar, etc.; por su puesto no hay que olvidar que dentro del derecho privado existen normas de orden público las cuales están motivadas en un interés general que se comprometería si los particulares impidieran su aplicación, este tipo de normas de orden público en el derecho privado se pueden reducir en cuatro:

- 1.- Las que reglamentan el estado y capacidad de las personas.
- 2.- Las que organizan la propiedad, y especialmente la propiedad inmueble.
- 3.- Las que imponen a las partes prohibiciones o medidas dictadas en interés de los terceros.
- 4.- Las que tienden a la protección de uno de los contratantes frente al otro.

- Las Buenas Costumbres.

Hablar de un acto lícito partiendo del requisito de las buenas costumbres es todo un tabú, pues la costumbre ni es general, ni abstracta lo que hace más difícil comprender su significado, en virtud de que las mismas varían en tiempo, espacio y lugar, por lo tanto las buenas costumbres se refieren primordialmente a la conducta moral de la persona o grupo, ya que como sea señalado esta varía de un tiempo y lugar, así pues no hay que olvidar que los espartanos sacrificaban a sus hijos débiles o enfermos, con el objeto de darle a la patria hijos fuertes y vigorosos, asimismo es de recordar que en el mundo prehispánico los aztecas hacían lo mismo; o el caso que en las Islas Fidji, los hijos matan a los padres cuando están viejos; por lo tanto no es muy claro este punto de buenas costumbres del que nos habla el artículo 1830 del C.C.F., ya que la misma es subjetiva, pues dentro del propio país existe una variedad de usos y costumbres de un lugar a otro, y tal es el caso que hoy en la Selva Lacandona algunos grupos indígenas garantizan el contrato con sus esposas e hijos, cuestión que constitucionalmente está impedida, sin embargo es la costumbre del lugar para celebrar un contrato. Por lo cual tenemos que concluir en que dicha buena costumbre es un criterio subjetivo de la ley que nos determina que el acto debe de hacerse bajo un sano juicio y arbitrio.

1.2.4.- FORMA

La forma es la manera en que se manifiesta la voluntad de contratar, la cual puede ser como ya se a estudiado anteriormente de forma expresa o tácita, esto nos lleva a la reflexión de que esta puede ser verbal, por escrito, por signos inequívocos o por comportamiento o conducta, que permite presumir la aceptación del negocio jurídico, sin embargo cabe hacer la aclaración que existen diversas clasificaciones de la forma en los contratos que derivan del tipo de contrato que se desee celebrar, por lo cual se puede afirmar que no existe contrato que no este revestido de forma para su realización.

La clasificación de los contratos respecto de la forma, será de acuerdo en la medida que la ley lo permita o regule ya que hay negocios jurídicos que se pueden celebrar de forma oral, otros requieren de forma escrita (la cual no es indispensable como se estableció anteriormente), otros deberán de realizarse ante alguna autoridad, servidor público o ante fedatario público, en virtud que la ley lo exige para tener validez, es así que la clasificación de estos se divide en consensuales, formales y solemnes.

- Los consensuales.

Estos son los que se perfeccionan por el mero consentimiento y para cuya validez, por tanto, no se requiere ninguna formalidad. Esto de ninguna manera significa que no pueda revestirse de manera escrita, pero no es necesaria para que el acto tenga validez; un ejemplo de estos es la compra-venta de automóvil, televisores, refrigerador, etc., en los cuales existe de hecho una factura, pero la misma es mas para efectos fiscales que para la validez del acto; de igual forma cabe aclara que la que esta clase de forma se puede llevar acabo a través de señas o mímica, o por hechos que presupongan un consentimiento.

- Los formales.

Esta clase de negocios se les llama formales porqué para su validez necesariamente requiere de una forma escrita, por ende no admite el consentimiento tácito, ni el manifestado por mímica o verbal, sino única y exclusivamente de forma expresa y por escrito. Un ejemplo de esta clase de forma lo encontramos en lo expuesto por el artículo 2317 del Código Civil Federal, el cual establece, en su primer párrafo. “ Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda al equivalente a trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor a dicha suma, podrá otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante notario, juez competente o Registro Público de la Propiedad.”

- Los solemnes.

Estos requieren de una forma especial escrita, la cual es de tal importancia que la falta de ella afecta la existencia del acto jurídico, de ahí la gran diferencia entre solemnidad y forma, pues aunque ambas son formalidades escritas de los negocios, fundamentalmente se distinguen por que la solemnidad se refiere es un elemento esencial del negocio, mientras la forma es un requisito de validez del acto, por lo cual su trascendencia es la nulidad, ya que en la forma el negocio nace, mas esta afectado de nulidad como ya se señalo, y la solemnidad no permite que el negocio llegue a existir. Un ejemplo de este es el matrimonio en el cual no basta la celebración religiosa, sino esta acompañado de la civil, el cual le da forma al acto jurídico pues se realiza ante un Juez del Registro Civil, ejemplo que ya expuesto en un capítulo anterior.

- Los reales.

Este último punto en la clasificación de la forma como requisito de validez, es distinto a los anteriores, toda vez que estos se caracterizan por la entrega de la cosa (res), es decir, aquí existe la bilateralidad pues este se perfecciona con la entrega de la cosa y no por el mero consentimiento o la forma escrita, y mucho menos por signos inequívocos o mímica, sino por la entrega de la cosa como se ha señalado, de tal manera que no existe como acto jurídico para el derecho, sino hasta el momento en que se efectúa la entrega de lo pactado. Un ejemplo de esta clase de forma la encontramos tanto en materia civil como mercantil, pero para fines de explicación se utiliza la última señalada; ejemplo, la cuenta de cheques que el banco no entrega sino hasta el depósito de dinero para abrir la misma.

1.4. CARACTERÍSTICAS DE LOS CONTRATOS EN GENERAL

Antes de establecer las características de los contratos en general es necesario decir que el derecho es por demás extenso debiendo señalar que existe una diversidad inmensa de contratos tanto civiles, mercantiles, administrativos, laborales, etc.; pero también es cierto que dichos contratos por más amplios que sean guardan principios y características generales, cuestión que se analizará.

La conveniencia de clasificar a los contratos obedece a necesidades de carácter didáctico y de interpretación.¹⁰

El estudio de un contrato puede facilitarse en la medida que se pueda ubicar dentro de un grupo o tipo especial al cual pertenezca conforme a una determinada clasificación, con lo que se facilita la su interpretación y comprensión general.

¹⁰ ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ÁNGEL, Contratos Civiles, séptima edición, aumentada y actualizada, Edit. Porrúa, México 1998. pág. 51-57.

Los contratos se pueden clasificar desde diversos puntos de vista, según el aspecto de que se trate, así pues podemos ver los contratos desde una perspectiva de las obligaciones que generan, y de los provechos y gravámenes que traen consigo el acto; los contratos se clasifican:

- Los contratos unilaterales y bilaterales.

Los contratos desde un punto de vista de las obligaciones que generan pueden ser unilaterales y bilaterales. Si genera obligación para ambas partes es bilateral; si solo genera obligaciones para una de las partes y derechos para la otra, es unilateral.

Antes de continuar, es de señalar que no se debe confundir acto unilateral con contrato unilateral, ya que en esencia son diferentes, en virtud que el primero puede consistir en un testamento, donde no existe un acuerdo de voluntades, sino únicamente una manifestación de voluntad por parte del testador; mientras que en el segundo si hay un acuerdo de voluntades, pero aquí solo se obliga una de las partes.

El artículo 1835 del Código Civil Federal establece: “El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que esta le quede obligada.”

El artículo complementa lo ya expuesto sobre el contrato unilateral, pero, nos surge una pregunta ¿cuando un contrato es bilateral y cuando unilateral? Para determinarlo se debe observar antes que todo el momento de la celebración del contrato, un ejemplo de lo anterior bien lo sería el contrato de comodato, o el de donación donde una de las partes tiene la obligación y otra los provechos.

En el párrafo anterior se resalta la necesidad de observar el contrato desde su celebración, ya que en ocasiones el mismo en un inicio es unilateral (obligación solo para una de las partes), sin embargo, posteriormente puede convertirse por determinadas circunstancias en un contrato bilateral (obligaciones recíprocas), aunque parezca complicado en la realidad no lo es, un ejemplo de esto, retomando el texto del párrafo anterior se encuentra en la donación, donde como quedo señalado nace unilateral, pero se convierte en bilateral, cuando se revoca la donación por el donante. A esta clase de contratos que se transforman la doctrina los denomina sinalagmáticos imperfectos.

Expuestos los contratos unilaterales se explicaran los contratos bilaterales que como se señalo, son aquellos que generan “obligaciones recíprocas para las partes”, tal y como lo determina el artículo 1836 del código en cita, a este respecto cabe indicar que la doctrina lo define como sinalagmáticos perfectos (en contra posición de los imperfectos que se señalaron en el párrafo anterior).

De acuerdo a la doctrina causalista, en los contratos bilaterales la obligación de uno de los contratantes tiene como causa la obligación del otro.

Recapitulando:

1. En el contrato bilateral las obligaciones son recíprocas por lo tanto, “la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”, (art. 1797 C.C.F.)

El interés práctico en la clasificación que se ha venido señalando obedece a que en los contratos bilaterales se puede poner la excepción de –contrato no cumplido-, (exceptio non adimpleti contractus), es decir, un demandante no puede exigir el cumplimiento de la obligación a la otra parte, si este no ha cumplido con la suya.

2. Sin embargo, si el título ejecutivo contiene obligaciones recíprocas, la parte que solicite la ejecución, al presentar su demanda hará la consignación de las prestaciones debidas al demandado o comprobará fehacientemente haber cumplido con su obligación. Así pues, en la acción proforma el actor no puede solicitar al juzgador que eleve a escritura pública un contrato de compraventa, si al inicio del procedimiento no demostró el haber cubierto la totalidad de la compra o consigno la diferencia.

3.- En los contratos bilaterales los riesgos por pérdida total o parcial de la cosa siguen las reglas del Código Civil Federal, en virtud de lo expuesto por el artículo 2023 y 2024 que a la letra dicen:

“En los casos de enajenación con reserva de posesión, uso o goce de la cosa hasta cierto tiempo, se observarán las siguientes reglas:

I.- Si hay convenio expreso se estará a lo estipulado;

II.- Si la pérdida fuere por culpa de alguno de los contratantes, el importe será de la responsabilidad de este;

III.- A falta de convenio o de culpa, cada interesado sufrirá la pérdida que le corresponda, en todo, si la cosa perece totalmente, o en parte, si la pérdida fuese solamente parcial;

IV.- en caso de la fracción que precede, si la pérdida fuere parcial y las partes no se convinieren en la disminución de sus respectivos derechos, se nombrarán peritos que lo determinen.”

Y

“En los contratos en que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte.”

- Los contratos onerosos y gratuitos.

Analizaremos a continuación los contratos onerosos y gratuitos sin olvidar su enfoque desde un punto de vista de los provechos y gravámenes que generan, lo cual los hace diferentes a los unilaterales y bilaterales por lo que se analizan en base a la obligación que producen; una vez expuesto lo anterior se establecerá, si el contrato genera provechos y gravámenes para las partes es oneroso; sin embargo si el contrario genera provechos para una parte y gravámenes para la otra se habla de un contrato gratuito.

Con frecuencia se confunden el contrato bilateral con el oneroso, pero como se mencionó anteriormente, el primero se refiere a las obligaciones recíprocas, mientras que el segundo a los provechos o gravámenes. Así pues, el contrato de compra-venta es oneroso en tanto que genera provechos y gravámenes recíprocas para las partes, en virtud de que el vendedor obtiene un provecho (que es el precio), y sufre un gravamen (que es el desprenderse de la cosa); mientras que para el comprador el provecho lo consiste en recibir la cosa y el gravamen lo constituye el pagar el precio.

Por el contrario el contrato gratuito como sea señalado anteriormente sólo genera provecho para una parte y gravamen para la otra, un ejemplo de esto lo tenemos en la donación, por la cual el donatario recibe el provecho (consistente en la donación), mientras que el donante genera el gravamen, que consiste en desprenderse de la cosa donada; otros ejemplos lo son el contrato de comodato, mutuo simple y mandamiento gratuito.

Es necesario decir, que en los contratos gratuitos existe una liberalidad o la libertad de dar o de hacer sin obtener una contraprestación; esta libertad tiene dos elementos uno psicológico que nace del animus domini, o el poder de libre disposición; y el económico que es la ausencia de ganancias o ventajas.

Una vez expuesto lo anterior es necesario señalar que existen contratos que pueden ser al mismo tiempo gratuitos y bilaterales, tal es el caso del comodato, pues primeramente generan obligaciones recíprocas para las partes, pero al mismo tiempo generan provechos para el comodatario y gravamen para el comodante. También pueden existir contratos que sean al mismo tiempo onerosos y unilaterales, tal es el caso del contrato de mutuo con intereses, ya que aparentemente genera un gravamen, que no lo es, en virtud de que lo mutuado invariablemente será devuelto, más el interés pactado, es decir, el mutuatario tiene que devolver el supuesto provecho más el pago del interés pactado (lo cual si genera un gravamen, siendo esto lo que recae el provecho).

Una vez que han sido expuestos los contratos unilaterales y bilaterales; así como los onerosos y gratuitos, invariable es pues indicar que los onerosos se subdividen en conmutativos y aleatorios, mismos que se analizan a continuación.

- Los contratos conmutativos y aleatorios.

Los contratos onerosos, se subdividen en conmutativos y aleatorios, estos se deben de estudiar desde el punto de vista de la certeza de los provechos y gravámenes que generan, así pues si los provechos y gravámenes que generan para las partes son ciertos y conocidos desde el mismo momento de la celebración de contrato, este será conmutativo; más sin embargo, si los provechos y gravámenes que se generan no son ciertos y conocidos desde el momento del contrato el mismo será aleatorio.

El artículo 1838 del Código Civil Federal, establece: “El contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause este. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino que hasta que este acontecimiento se realice.”

Ya expuesto lo anterior es fácil determinar cuando un contrato oneroso es conmutativo y/o aleatorio, como ejemplo de los conmutativos están la compra-venta, el arrendamiento, la permuta, etc.; y de los aleatorios la renta vitalicia, la compra de esperanza, los juegos de azar, apuestas permitidas, etc., sin embargo estos no son los únicos dentro de la clasificación general de los contratos, pues existen dentro de la misma otros tales como los solemnes, formales, reales y consensuales, dicha clasificación surge del Código Civil Federal, más de ellos haré una muy breve reseña, pues de alguna u otra forma ya sea hablado de estos en puntos anteriores.

Los contratos solemnes, formales y consensuales, se observan desde un punto de vista de la forma en que puede darse o manifestarse la voluntad o el consentimiento como un acuerdo de las voluntades de las partes en los términos de un supuesto.

- Los contratos solemnes.

Se denomina solemnidad cuando los formalismos son un elemento de existencia del contrato, de tal suerte que sino se satisfacen las formalidades requeridas por la ley, el contrato es inexistente, es decir, en esta clase de actos no basta el consentimiento o manifestación de la voluntad, sino como se señalo la ley exige una formalidad que de faltar declararí de facto inexistente el acto y por ende los efectos de este. Un ejemplo de lo anterior se observa en el matrimonio y el testamento, no por que haya más sino porque el ordenamiento solo exige una formalidad muy específica en estos dos actos.

- Los contratos formales.

Estos se caracterizan por que deben de cumplir una forma predeterminada por la ley igual que los solemnes, pero a diferencia de aquellos este no genera una inexistencia, sino que las consecuencias que se pretendían son distintas en la práctica, en virtud de la falta de forma, así pues estos al no realizarse conforme a la ley generan efectos jurídicos distintos a lo pretendido, un ejemplo de esto lo tenemos en el artículo 2059 del Código Civil Federal el cual establece, “cuando la deuda fuere pagada por el deudor con dinero que un tercero le prestaré con ese objeto, el prestamista quedará subrogado por ministerio de la ley en los derechos del acreedor, si el préstamo constare en título auténtico en que se declare que el dinero fue prestado para el pago de la misma deuda. Por falta de esta circunstancia, el que presto solo tendrá los derechos que exprese su relativo contrato.” De lo anterior se señala que la falta de forma específica en el contrato no produce el efecto pretendido, pues el tercero por ministerio de ley asumía el carácter de acreedor, respecto del deudor que se había pagado en primer término, mientras que la falta de forma origino que se estuviera a lo establecido en el contrato o documento suscrito por el tercero y el deudor.

- Los contratos consensuales.

En estos la ley exige una forma determinada para que produzca las consecuencias jurídicas pretendidas, ya que en caso de no realizarlo así destruye retroactivamente el acto, dejándolo en la inexistencia, es decir, en este caso no basta el consentimiento como manifestación de la voluntad, sino la manera en que la ley exige se debe exteriorizar la voluntad, como efecto de aceptación. Un ejemplo lo constituye la permuta de mueble, la compra-venta de un inmueble, el mutuo, etc.

Ahora bien en un principio se señalo a los contratos reales, daré una breve explicación.

- Los contratos reales.

Esta clase de contratos que a propósito omití del orden en que previamente fueron señalados se caracteriza porque se perfecciona con la entrega material de la cosa, así pues este contrato tiene la peculiaridad que para existir se debe entregar la cosa al momento de la celebración del acto; la legislación civil únicamente prevé para tal caso el contrato de prenda.

Existen aparte de los anteriores señalados, otros contratos llamados principales y accesorios; instantáneos o de tracto sucesivo; nominados e innominados; mixtos y de unión, de los cuales también daremos una breve, pero, concreta explicación.

- Los contratos principales y accesorios.

Esta clase de contratos se deben analizar desde el punto de vista de la autonomía y de la dependencia receptivamente.

Son contratos principales aquellos que su existencia y validez no están supeditas a una obligación preexistente o anterior, es decir tiene autonomía propia o existen por ellos mismos. Un ejemplo de los anteriores son todos los reglamentados por el código civil, mercantil, laboral, etc.

Los contratos accesorios en contra posición a aquellos, son los que dependen para su existencia y validez de una obligación anterior o previa al contrato celebrado, por cual da nacimiento u origen a este. Esta clase de contratos también reciben el nombre de contratos garantía, en virtud de que se celebran para garantizar el cumplimiento de una obligación preexistente. Un ejemplo de estos lo constituye la hipoteca, fianza y prenda.

- Los contratos instantáneos o de tracto sucesivo.

Esta clase de contratos se estudian desde un punto de vista de la posibilidad real y jurídica de cumplir en un solo acto o en plazo determinado con las prestaciones convenidas.

Los contratos instantáneos son aquellos en los cuales las prestaciones hechas por las partes se ejecutan instantáneamente o en un solo acto. Un ejemplo de lo anterior es la compra-venta y la donación.

Los contratos de tracto sucesivo en contra posición de aquel, son aquellas en las cuales las partes acuerdan que las prestaciones se cumplan o ejecuten en un determinado lapso de tiempo, en virtud de que ni real ni jurídicamente se puede realizar en un solo acto. Un ejemplo de este contrato lo es el arrendamiento y el comodato.

- Los contratos nominados, innominados y mixtos.

Estos se analizan de acuerdo a la reglamentación que se haga o deje de hacer por la legislación.

Los contratos nominados son todos aquellos que están determinados o conceptualizados por la legislación aplicable, en el cual se determinan sus elementos, sus consecuencias, y en su caso sus causas de terminación. El que un contrato tenga nombre no le da la categoría de nominado, pues los contratos de censo y de anticresis, esto es que por su contenido se convierten en innominados, ya sea por una o varias prestaciones y cláusulas contenidas en el que difieren o son distintas a las contempladas por la ley, lo que en ningún momento significa que sean contrarias ya que existe de antemano un *lactum censu*, a este respecto cabe señalar que un contrato puede ser nominado y de hecho así se conceptúa, pero en virtud de sus elementos, consecuencias o causas de terminación, sería innominado.

Los contratos innominados son aquellos que la ley no regula o reglamenta en relación a las obligaciones principales que se generan como efecto de la celebración del contrato, aunque este tenga un nombre, lo cierto es que es innominado. Esta clase de contrato se da en gran medida por la cambiante situación social, política y económica, por lo cual las personas buscan medios más eficiente y eficaces de realizar actos jurídicos que contemplen situaciones prácticas y generales.

- Los contratos mixtos.

Esta clase de contratos tiene la peculiaridad de que su conformación única se basa en diversos contratos, por lo que es un híbrido de los mismos. En puntos anteriores se a señalado que el derecho era demasiado extenso, motivo por el cual existe una diversidad de actos jurídicos que de alguna u otra forma tienen que ser parte del ámbito jurídico, así pues surgen los contratos mixtos, los cuales se forman a partir de una estructura tanto de contratos nominados como innominados, por lo que se pueden clasificar en contratos mixtos en sentido estricto, en contratos de doble tipo y contratos combinados.

Los contratos mixtos en sentido estricto son aquellos que se integran a partir de un contrato nominado, pero que tienen un elemento extraño a el que puede ser contenido de otro contrato diferente. Un ejemplo de este contrato lo es cuando una persona presta alguna cosa a otra a cambio de que esta le dé una cantidad de dinero y a su vez realice una actividad.

Los contratos de doble tipo son aquellos en los cuales todas las prestaciones de una de las partes encuadran en un tipo de contrato nominado, mientras que las prestaciones de la contraparte encuadran en otro tipo de contrato nominados e incluso innominado. Un ejemplo clásico de lo anterior, lo es el hecho de que una parte le permite a su abogado el uso, disfrute o goce de alguna cosa a cambio de que aquella preste sus servicios profesionales mientras dura el procedimiento.

Los contratos combinados son aquellos en los cuales las prestaciones de una de las partes son resultado de uno o más tipos de contratos nominados e innominados, mientras que la prestación de la contraparte es solo dinero. Un ejemplo también clásico lo es el hospedaje donde el hotelero brinda hospedaje alimentos, uso y goce de las instalaciones a cambio de cierta cantidad de dinero.

II. CONTRATOS PRINCIPALES EN LOS QUE SE OTORGA GARANTÍA HIPOTECARIA

2.1 MUTUO CON INTERÉS.

DEFINICIÓN.

“El contrato de mutuo con interés es aquel en el cual una parte llamada mutuante se obliga a transferir en forma onerosa la propiedad de una suma de dinero o de bienes fungibles, a otra denominada mutuuario, quien está obligado a devolver otro tanto de la misma especie y cantidad”; lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 2384 del Código Civil Federal.

En el contrato de mutuo es permitido que las partes pacten el pago de un interés a cargo del mutuuario, respecto de los bienes fungibles o cantidad de dinero entregado. De acuerdo a lo que dispone el artículo 2393 del C.C.F., en este sentido el artículo 361 del C. de Com., señala, *“toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste por escrito, se reputa a interés”*.

Por su parte el maestro Miguel Ángel Zamora y Valencia¹¹, lo define como:

*“...aquel por virtud del cual una persona llamada mutuante se obliga a entregar a la otra llamada mutuuario, una suma de dinero u otros bienes fungibles, quien se obliga a restituirlo en cierto plazo, otro tanto de la misma especie y calidad y que produce el efecto traslativo de dominio respecto de las cosas que constituyen el objeto del contrato”*¹⁰

Por su parte los artículos 358 y 359 del C. de Com., establecen: “se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas a éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciante”, “consintiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta la especie de la moneda, siendo extranjera, en el que sea de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño o beneficio del prestador.

En los préstamos de títulos o valores pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o sus equivalentes, si aquellos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario

Si los préstamos fueran en especie deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido la especie debida”.

Continuando con la definición de este contrato es conveniente señalar los elementos de existencia y requisitos de validez del mismo para diferenciarlo claramente de los posteriores que exponga.

¹¹ ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ÁNGEL, Contratos Civiles, séptima edición, aumentada y actualizada, Edit. Porrúa, México 1998. Pág. 161

2.1.1 ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

2.1.1.1 CONSENTIMIENTO.

Este elemento de existencia ya se abordó en el primer capítulo de la presente tesis, así que únicamente lo adecuare al tipo de contrato que se expone.

El consentimiento en el contrato de mutuo, es la suma de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, por medio de la manifestación de la voluntad que exterioricen las partes. Por lo cual el consentimiento está sujeto a la oferta y aceptación de las partes.

El mutuante que propone al mutuuario la celebración de un contrato fijando un plazo para aceptar, queda ligado por su oferta hasta la expiración del plazo; mas cuando la oferta se haga sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la misma queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplica a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata. (arts. 1804 y 1805 C.C.F.).

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. (art. 1806 C.C.F.)

El contrato quedará formulado desde el momento en que el proponente reciba la aceptación, quedando ligado por su oferta; por lo que tanto la propuesta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos. Para el caso que la propuesta y aceptación se realicen a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos. Asimismo el proponente queda libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera. Para lo cual la respuesta se considera como nueva proposición que se regirá de acuerdo a la ley. (arts. 1807, 1810 y 1811 C.C.F.).

De lo anterior se establece que cuando la oferta y aceptación tienen cuatro momentos: **la declaración**, que es la policitud que hace una parte a otra ya sea de forma verbal o escrita (por carta, medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos), por el que se exprese la voluntad de contratar; **la expedición**, esta se da cuando el que recibe la oferta manifiesta su aceptación, pudiéndola hacer por los mismos canales que la recibió; **la recepción**, cuando el peticionante recibe la aceptación expresa de la contraparte, por lo que en ese momento se perfecciona el contrato; **la información**, esta se da cuando el oferente o peticionante da conocimiento a su contraparte que ha recibido su aceptación.¹²

¹² ORTIZ-URQUIDI, RAÚL, Derecho Civil, Tercera edición, Editorial Porrúa, México 1986, pág. 283.

2.1.1.2. OBJETO.

Todo contrato tiene un objeto el cual se divide en objeto directo e indirecto, en el contrato de mutuo objeto directo se traduce en la creación y transmisión de derechos y obligaciones; mientras que el objeto indirecto será cuando obligaciones se traduzcan en una conducta de dar, hacer o no hacer.

Para el caso del contrato de mutuo el objeto indirecto se traduce en una prestación de *Dar*; de acuerdo la fracción III, del artículo 2011 del C.C.F.

El artículo 1824 del citado ordenamiento, establece: “*Son objeto de los contratos:*

I.- La cosa que el obligado debe dar;

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

En el contrato de mutuo el objeto material será el dinero o los bienes fungibles, esto con el fin de que lo mutuado sea restituido por otro de la misma especie calidad y cantidad.

Así, en el contrato de mutuo, el mutuante se obliga a poner a disposición del mutuuario un bien (generalmente dinero), o un bien fungible para que el mutuuario lo restituya en la misma especie y cantidad (así como sus accesorios) en los términos y condiciones pactadas; observando que la conducta de ambos respecto del objeto indirecto se tradujo en una obligación de dar.

En base a lo anterior se pueden determinar las obligaciones del mutuante como del mutuuario, mismas que se traducen en prestaciones de Dar

Mutuante:

1. Entregar la cosa.
2. Trasmirir la propiedad de la cosa (ya sea un bien fungible o en dinero).
3. Responder de los vicios ocultos (estos los veremos en los vicios del consentimiento)

Mutuuario:

1. Devolver la cosa en la misma especie y calidad.
2. Responder de los vicios ocultos de lo restituido. (Esto cuando lo restituido sea fungible y sea de distinta calidad y especie a lo acordado, tratándose de moneda cuando esta sea falsa).
3. Responder por los vicios ocultos de los bienes dados en garantía.
4. Al pago de los accesorios pactados por las partes.

Para efectos del presente capítulo en el cual se otorga garantía hipotecaria hablare del objeto material que las partes deben darse como prestación para que el contrato surta sus efectos legales.

En cuanto al objeto material de los contratos estos deben cumplir con lo dispuesto por el artículo 1825 del C.C.F., el cual establece:

“La cosa objeto del contrato debe:

1º. Existir en la naturaleza.

2º. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

3º. Estar en el comercio. “

Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato; sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento (art.1825 C.C.).

➤ *Existir en la naturaleza.*

En el contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria; el objeto material de la garantía otorgado por el mutuuario debe de existir al momento de celebrar el contrato, por lo que opera el hecho de que pudiera llegar a existir como en el contrato de compraventa de una casa que se va a construir o de una cosecha.

➤ *Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.*

En el contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria el objeto material (generalmente inmueble) debe de ser determinado y determinable, es decir identificar plenamente el bien inmueble hipotecado.

Así la hipoteca solo puede recaer sobre bienes especialmente determinados, dentro de que comprende;

- I. A las accesiones naturales del bien hipotecado;
- II. A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados;
- III. A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;
- IV. A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados. (arts. 2895 y 2896 C.C.F.)

➤ *Estar dentro del comercio.*

El objeto material en el contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria no debe estar fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley. Es decir, no se puede dar como garantía el aire, la luz del sol, los parques, monumentos históricos, algún miembro u órgano del cuerpo, etc. 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. (arts. 748 y 749 C.C.F.)

No podrán ser parte del contrato los objetos de dominio público (art. 765 y 767 C.C.F.)

2.1.2. REQUISITOS DE VALIDEZ.

2.1.2.1. CAPACIDAD.

En cuanto a la capacidad, esta queda establecida en el capítulo anterior (1.3.1), por lo que me referiré a esta a partir del presente acto jurídico; el contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria es traslativo de dominio, tanto el mutuante como el mutuuario requieren tener la capacidad de ejercicio así como su subdivisión que es la capacidad de contratar, para el caso de que alguno de los contratantes estuviese representado es necesario que el representante tenga las facultades de administración y dominio; sin embargo, la ley prevé una excepción en cuanto a la representación, cuando el menor de edad o emancipado pueda convertirse en mutuante o mutuuario, en virtud de no estar en el lugar el tutor o representante legítimo, o bien cuando carezca de aquel; y el menor o emancipado requiera de dinero o bienes fungibles para proporcionar alimentos.

Para la representación de personas morales que puedan ser en el contrato mutuante o mutuuario el representante legal, debe acreditar tener la facultad para la realización de actos de administración y dominio.

2.1.2.2. VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Este surge cuando el consentimiento sea dado por error, o arrancado por violencia o sorprendido por dolo (art.1812 C.C.F.).

Los vicios del consentimiento, ya expuestos con anterioridad (1.3.2.), son materia de comentario; en base a situaciones particulares que a continuación se señalan.

- I.** El error en base a la naturaleza del contrato, este se da cuando los contratantes entienden situaciones distintas al acordar, ejemplo de esto es cuando el mutuuario piensa que lo mutuado es una donación o que es un mutuo gratuito, mientras el mutuante tiene la idea que se trata de un mutuo oneroso, conocido también como error radical u obstáculo.
- II.** Error de identidad, este se da cuando lo mutuado es distinto a lo que se pretendía, también conocido como error de gravedad media o nulidad.
- III.** Error intuitu personae, este se da cuando el mutuante o mutuuario son distintos de quienes se pensaba o bien cuando lo mutuado es recibido por una persona distinta a la señalada. Denominado también error leve o indiferente.

Cabe señalar que el error en sus diversas formas obedece a una falta atención de los contratantes, sin embargo cuando se habla de dolo tenemos presente el engaño como artificio del contrato.

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 de uno de los contratantes, una vez conocido.(art.1815 C.C.F.)

Un ejemplo de lo anterior es, cuando el mutuante cobra un interés superior al pactado, o bien cuando el mutuuario garantiza el mutuo con algún bien (generalmente inmueble) del que necesita autorización expresa para disponer (el tutor respecto de los bienes que administra o del menor emancipado).

Sin embargo, si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones. (art. 1817 C.C.F.)

Todo contrato celebrado en que obre violencia será nulo entendiéndose por esta aquella en donde se emplee la fuerza física o (psicológica) por medio de amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado; y cuando esta provenga de alguno de los contratantes o un tercero interesado o no en el contrato. Queda excluido de lo anterior el temor reverencial. (arts. 1818, 1819 y 1820 C.C.F.)

La lesión como vicio de la voluntad no está suficientemente reglamentado en nuestra legislación, sin embargo se puede deducir de circunstancias particulares las cuales dan su origen, como lo son la suma ignorancia, la extrema necesidad o miseria de alguna de las partes al momento de la celebración del acto jurídico

El elemento objetivo primordial de la lesión lo constituye la gran desproporción, tal como el lucro excesivo, a favor de una de las partes, otro elemento sería el subjetivo que lo constituye la suma ignorancia o la extrema miseria.

Un ejemplo de lo anterior lo sería en el contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria, cuando abusando el mutuante de suma inexperiencia o extrema necesidad del mutuuario señala un interés excesivo, para lo cual el mutuuario podrá solicitar la nulidad absoluta del contrato.

2.1.2.3. FORMALISMO

Toda vez que este contrato es consensual no requiere de la entrega de cosa para su perfeccionamiento, sino únicamente la transmisión de propiedad y la restitución posterior en los términos y condiciones pactados; sin embargo cuando se habla de garantía hipotecaria debe realizarse siguiendo las reglas de la compraventa, es decir, debe otorgarse en escritura pública si se trata de bienes inmuebles que excedan de la cantidad de resultante de 365 veces el salario diario mínimo vigente para el Distrito Federal, así mismo cuando se trate de créditos en los que se constituya una garantía hipotecaria se observarán las formalidades de los artículos 2317, 2320 y 2917 del C.C.F.

El contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria es formal, ya que para su validez se requiere de la forma escrita, en la que conste la constitución de la hipoteca, además de ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad con el fin de que surta efectos frente a terceros, de acuerdo a lo establecido por el artículo 2919 del C.C.F.

O bien, por contrato privado firmado por las partes y dos testigos, ratificado ante el registrador público, juez o fedatario público, siempre y cuando el valor de avalúo del bien no exceda los trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo vigente para el Distrito Federal.

2.1.3. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE MUTUO CON INTERESES Y GARANTÍA HIPOTECARIA

- *Traslativo de Dominio*, en virtud de que se transfiere la propiedad de una cantidad de dinero o de un bien fungible, con el objeto de ser restituido en un futuro en la forma que convengan las partes.
- *Principal*, en virtud de no depender de otro para su existencia.
- *Bilateral*, toda vez se crean obligaciones y derechos para las partes contratantes.
- *Oneroso*, ya que se establece una contraprestación denominada interés la cual puede consistir en dinero o en género. Entendiendo por interés la compensación que el mutuuario da al mutuante por concepto de lo mutuado.
- *Formalidad*, el mismo no requiere de formalismo alguna, en virtud que puede ser realizado verbalmente, en escrito privado o mediante escritura pública. (de este último hablare con posterioridad).
- *Tracto Sucesivo* ya que las contraprestaciones se cumplen a través de cierto tiempo.
- *Conmutativo* pues desde el momento de su celebración las partes conocen las cargas y gravámenes, en virtud de ser esta ciertas y determinables.

Recapitulando, en el contrato de Mutuo con interés las partes pueden sujetarse a un tipo interés legal o bien fijar uno a su entera conveniencia, siempre y cuando se cumpla con lo establecido por las disposiciones legales aplicables, es decir, *“en el mutuo las partes pueden pactar un interés que puede ser legal o convencional, siendo menester señalar que en el ámbito civil el interés legal es del 9% anual, mientras que en materia mercantil es del 6% anual, pudiendo las partes establecer un interés convencional el cual de acuerdo con la legislación civil federal en sus artículos 2395 y 2396 indica “...el interés convencional es el que fijen los contratantes, y que puede ser mayor o menor que el interés legal, pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal”*; *“si se ha convenido un interés más alto que el legal, el deudor, después de seis meses, contados desde que se celebren el contrato, puede reembolsar el capital, cualquiera sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos”*.

Es necesario indicar que para efectos del pago de intereses en el ámbito mercantil de conformidad con el artículo 361 del C. Com. Se establece: *“toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputará a interés”*.

El artículo 2397 del C.C.F., regula: *“las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses”*. Sin embargo el artículo 363 del C. de Com., señala a éste respecto: *“los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”*. Lo anterior evidencia la mercantilidad que se le ha dado al mutuo o préstamo dentro del ámbito comercial, donde impera la onerosidad como forma de negocio.

Continuando con el tema de este capítulo, es indispensable señalar que el contrato de mutuo con interés puede ser garantizado por parte del mutuante o deudor por medio de una hipoteca (que otorgue el propio mutuuario o un tercero a quien se le identifica como deudor hipotecario), es decir, un contrato denominado de mutuo con interés y garantía hipotecaria en el cual la obligación que se genera de lo mutuado o prestado se garantiza a través de un derecho real que lo constituye un bien inmueble, de conformidad con lo que establecen los artículos 2893, 2906, 2920 del C.C.F.

Dicho contrato en cuanto a su formalidad deberá de sujetarse a lo dispuesto por los artículos 2894, 2917, 2919 y 2921 del ordenamiento citado, y el cual establece en sus preceptos que dicho bien hipotecado quedara gravado, así como la formalidad que habrá de guardar en escrito privado y de la inscripción correspondiente en el Registro Público de la Propiedad con el objeto de surtir efectos frente a terceros.

Por lo que se refiere a la capacidad de los contratantes esta se ha expuesto tanto en el capítulo primero y en párrafos anteriores, pero, es conveniente indicar lo que disponen los artículos 2904, 2920, 2938 del C.C.F; en el cual dicha hipoteca puede ser constituida por el deudor o un tercero a su favor, o de quienes tienen el derecho a exigir una necesaria.

La duración del contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria depende de las condiciones pactadas entre las partes, destacando que si el cumplimiento de la obligación es en tiempo indeterminado y el mutuuario fuere labrador o semejante la restitución se hará en la próxima cosecha de acuerdo a lo que disponen los artículos 2385 del C.C.F., o bien 30 días después de la interpelación judicial, extrajudicial o notarial, de acuerdo a los artículos 2080 del Código Civil Federal y 360 del Código de Comercio.

Tanto la entrega como la restitución de lo mutuado o prestado y sus accesorios se realizaran en el lugar acordado por las partes, a falta de este en el lugar donde se encuentren las cosas o el domicilio del mutuante o acreedor.

2.2. APERTURA DE CRÉDITO

2.2.1. DEFINICIÓN

“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 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.” (art. 291 LGTOC)

De la definición anterior se desprende que el contrato de apertura de crédito tiene dos efectos a saber que son:

- A) Inmediato, consistente en la concesión del crédito del acreditante al acreditado;
- B) Futuro o eventual, se da cuando el acreditado retira las partidas puestas a su disposición por el acreditante, o utilizar la firma de éste en la asunción de obligaciones por cuenta del acreditado.

La apertura de crédito es un instrumento que por sus características y flexibilidad de operación, permite cubrir diversas necesidades crediticias. El fin de este financiamiento es poner recursos a disposición del cliente mediante un contrato a corto, mediano o largo plazo, del cual se destacan dos posibles tipos de modalidades en su disposición:

En el estudio de la apertura de crédito seguiré los lineamientos del autor Raúl Cervantes Ahumada, quien indica que, puede ser por su *objeto* y por su *forma de disposición*.

La apertura de crédito por objeto se divide en de Dinero y de Firma; **de Dinero** cuando el acreditante se obligue a poner a disposición del acreditado una determinada suma de dinero, para que el acreditado disponga de ella en los términos pactados; y será **de firma** cuando el acreditante ponga a disposición del acreditado su propia capacidad crediticia para contraer por cuenta de éste una obligación.

En cuanto a la *forma de disposición*, esta puede ser **simple o en cuenta corriente**; será **simple** cuando el acreditado agote el crédito por la simple disposición que de él haga, entendiéndose que cualquier cantidad que el acreditado entregue al acreditante será por concepto de abono al saldo, por lo cual el acreditado no podrá volver a disponer de él crédito aun cuando no haya vencido el término pactado. Un ejemplo lo es cuando el acreditante pone a disposición del acreditado, durante un año. La cantidad de un millón de pesos, durante este plazo el acreditado podrá pedir cuantas entregas parciales desee, hasta que se agote el millón de pesos. Si cumplido el año el acreditado ha solicitado entregas de 650 mil pesos, no podrá utilizar los 350 mil pesos que le restan, porque feneció el plazo durante el que el acreditante estaba obligado. A la inversa, en caso de

que el acreditante disponga del millón de pesos antes del vencimiento del contrato, no podrá volver a solicitar más dinero, en virtud de que el acreditante estaba obligado solo por esa cantidad; *es necesario hacer la diferenciación con el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.*

De lo anterior se desprende que el contrato de apertura de crédito simple que se acaba de delinear, *termina cuando se agota la cantidad puesta a disposición del acreditado, o bien, cuando se agota el tiempo durante el cual existía la obligación por parte del acreditante de ponerlo a disposición, lo que suceda primero.*

El contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, es aquél en virtud del cual (artículo 296 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito), el término permanece invariable, pero el acreditado, conforme vaya haciendo uso del dinero puesto a su disposición, podrá ir pagando con entregas parciales, en forma que nunca se agote el límite máximo del crédito; si el límite es de un millón de pesos, se solicitan trescientos mil pesos, después se pagan doscientos mil pesos, después se vuelven a solicitar seiscientos mil pesos, al día siguiente se pagan cuatrocientos mil pesos, y así sucesivamente, de manera que nunca se sobrepase el límite; este sistema también se denomina de saldos revolventes, que es el utilizado en las tarjetas de crédito y en algunos descuentos bancarios.

De acuerdo a lo establecido por el maestro Raúl Cervantes Ahumada, el contrato de apertura de crédito, es en la práctica una actividad realizada casi exclusivamente por los bancos, de forma incluso que todos los créditos personales, conocidos como quirografarios (por oposición a los préstamos que se garantizan con garantías reales), se instrumentan precisamente mediante un contrato de apertura de crédito. No obstante, el derecho mexicano no ha convertido esta figura en privativa de los bancos, y por tanto, permanece la posibilidad de que pueda ser otorgado entre dos personas particulares de derecho privado.¹³

2.2.2 ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Como todo acto jurídico, el contrato de Apertura de Crédito, requiere del cumplimiento de los elemento de existencia, de los cuales ya se hablo en el primer capítulo de la tesis; por lo que únicamente se adecuara al mismo.

2.2.2.1 CONSENTIMIENTO

“El consentimiento puede ser expreso o tácito, para ello se estará a lo siguiente:

I.- Será expreso cuando la voluntad se manifiesta verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos, y

II.- 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.” (art. 1803 C.C.F.)

¹³ CERVANTES AHUMADA, RAÚL. Títulos y Operaciones de Crédito. Decimocuarta edición, 2º Reimpresión. Editorial Porrúa, México 2000. pág. 245-250.

El consentimiento en el contrato de apertura de crédito será la suma de dos o más voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones, por medio de la manifestación de la voluntad que exterioricen las partes. Por lo cual al igual que en el derecho civil las partes quedan sujetos por su oferta, así como por la aceptación.

El Código de Comercio habla someramente del consentimiento en su artículo 78 el cual establece: *“En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”*

En los contratos en general existe la unilateralidad; en el contrato de apertura de crédito no es la excepción, ya que la oferta para contratar puede surgir de cualquiera de las partes por lo que cualquiera de ellos puede ser en un momento determinado oferente o proponente, un ejemplo sería cuando cualquiera de nosotros acude a una institución bancaria a solicitar un crédito, desde el momento en que nosotros acudimos a dicha institución nos convertimos en proponentes el banco en receptor (no hablo de recepcionista en el sentido legal) de nuestra oferta, o viceversa los bancos a través de campañas publicitarias en medios puede hacer su oferta al público en general; o a una persona determinada por lo cual, como señale la función de emisor y receptor es variable; pero para efectos prácticos se indica que el banco es el oferente, (haciendo notar que entre particulares también se puede realizar el contrato de apertura de crédito, más esta actividad es realizada en su mayoría por los bancos),

La teoría civil reconoce dos momentos a saber que es la oferta y la aceptación, banco (acreditante) propone al cliente (acreditado) la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, quedando ligado por su oferta hasta la expiración del plazo; mas cuando la oferta se haga sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la misma queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata. (arts. 1804 y 1805 C.C.F.)

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. (art. 1806 C.C.F.)

El contrato quedará formulado desde el momento en que el proponente reciba la aceptación, quedando ligado por su oferta; por lo que tanto la oferta y aceptación hechas por telégrafo producen efectos si los contratantes con anterioridad habían estipulado por escrito esta manera de contratar, y si los originales de los respectivos telegramas contienen las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos. Para el caso que la propuesta y aceptación se realicen a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos. Asimismo el proponente quedará libre de su oferta cuando la respuesta que reciba no sea una aceptación lisa y llana, sino que importe modificación de la primera. Para lo cual la respuesta se considerará como nueva proposición que se regirá de acuerdo a la ley. (arts. 1807, 1810 y 1811 C.C.F.)

El Código de Comercio establece en su tercer párrafo del artículo 89, que: “*En los actos de comercio y en la formulación de los mismos podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología...*”.

De lo anterior expuesto se desprende que la oferta y aceptación tiene cuatro momentos:

La Declaración, que es la oferta que hace una parte a otra, ya sea de forma verbal o escrita (por carta, medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos), por el que se exprese la voluntad de contratar; en este caso por lo regular es el banco.

La Expedición, esta se da cuando el que recibe la oferta manifiesta su aceptación, pudiéndola hacer por los mismos canales que la recibió; en este caso es el cliente.

La Recepción, cuando el solicitante (Banco) recibe la aceptación expresa de la contraparte (cliente), por lo que en ese momento se perfecciona el contrato;

La información, esta se da cuando el oferente o policitante da conocimiento a su contraparte que ha recibido su aceptación ¹⁴

2.2.2.2. OBJETO.

En este punto se establecerá tanto el objeto directo como el indirecto; amén de que este punto ya ha sido expuesto en el capítulo primero.

Objeto Directo.

Para el presente contrato de apertura de crédito este se refiere a la creación de derechos y obligación los derechos que se establecen entre el acreditante y acreditado.

Objeto Indirecto.

Se habla de las obligaciones que surgen entre las partes, toda vez que en el presente contrato de apertura de crédito dichas obligaciones *o prestaciones de las partes se traducen en un Hacer*; en contraposición del mutuo que son obligaciones de Dar.

Es decir, el acreditante se obliga a poner a disposición del acreditado una determinada *suma de Dinero*, o bien contraer por cuenta de éste una obligación (*de firma*), en cualquier forma se habla de una *obligación de hacer*, para que el acreditado haga uso del crédito en la forma y términos pactados.

Por su parte el acreditado queda obligado ha hacer la restitución de las sumas de dinero de que dispuso, o bien ha cubrir oportunamente el importe de la obligación que contrajo, así como el pago de accesorios en caso de haberlo estipulado.

Toda vez que se habla de obligaciones, es de establecer la del acreditante como la del acreditado.

¹⁴ ORTIZ-URQUIDI, RAÚL. Ob. Cit. pág. 283.

Acreditante:

- 1.- Poner a disposición del acreditado una suma de dinero;
- 2.- o bien, contraer por cuenta de este una obligación.
- 3.- Respetar los términos y condiciones convenidas.
- 4.- A respetar el plazo (si se hubiera fijado).

Acreditado:

- 1.- Hacer uso del crédito en la forma, términos y condiciones establecidos.
- 2.- Restituir al acreditante las sumas de dinero de que dispuso;
- 3.- o bien, cubrir oportunamente el importe de la obligación que contrajo.
- 4.- Pagar los accesorios (en caso de haberse establecido).

El objeto material en el contrato de apertura de crédito simple o en cuenta corriente, se vincula esencialmente a la cosa que el acreditado dispone como garantía para el cumplimiento de su obligación.

En la apertura de crédito simple o en cuenta corriente, puede ser pactada con garantía personal o *real*. (art. 298 LGTOC)

De lo anterior es necesario señalar que toda obligación es de carácter personal, más esta se puede extender a un derecho real del cual a su vez genera una garantía real sobre un bien (generalmente inmueble) determinado, por lo que esta seguirá las reglas de lo establecido en el Código Civil Federal y de Comercio, es decir, ser determinado o determinable, existir en la naturaleza o ser susceptible de existir y estar dentro del comercio (art. 1825, 1826 y 2895 del C.C.F.)

Por lo que se regirá por el Título Décimo Quinto del Código Civil Federal de aplicación supletoria en materia común.

Así, la hipoteca se extenderá aunque no se especifique

- I. A las accesiones naturales del bien hipotecado;
- II. A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados;
- III. A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;
- IV. A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados. (art. 2895 y 2896 C.C.F.)

Es menester indicar que también se pueden hipotecar aviones, barcos, vías férreas, maquinaria, dinero en caja y los propios créditos.

2.2.3. REQUISITOS DE VALIDEZ

2.2.3.1. CAPACIDAD

En el contrato de apertura crédito simple o en cuenta corriente las partes requieren tener la capacidad para contratar.

El Código Civil Federal en su artículo 24 establece: *“El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona; de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la Ley”*; asimismo el artículo 1798 del citado ordenamiento señala: *“Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley.”*

Por su parte el artículo 5 del Código de Comercio establece *“Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo.”*

También el artículo 3°, con relación al artículo 2° de la LGTOC., señala: *“Todos los que tengan capacidad legal para contratar, conforme a las Leyes que menciona el artículo anterior, podrán efectuar las operaciones a que se refiere esta ley, salvo aquellas que requieran concesión o autorización especial.”*

Es necesario señalar que no se requiere ser comerciante para realizar actos comerciales, tal como lo dispone el artículo 4° del C.Com., el cual establece: *“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 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 expenderlos, serán considerados comerciantes en cuanto concierne a sus almacenes o tiendas.”* Por lo que la capacidad para realizar actos comerciales no se limita a la actividad.

Por otro lado, son incapaces para contratar los incapacitados ya sea hecho natural o por disposición legal, tal como los menores de edad, así como los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que por su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. (art. 450 C.C.F.)

El menor de edad emancipado tiene la capacidad de ejercicio, por lo cual puede disponer libremente de sus bienes, siempre y cuando pida una autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces o bien por medio de un tutor para negocios judiciales. (art. 643 C.C.F.)

Los extranjeros podrán realizar actos jurídicos contratos siempre y cuando tengan la capacidad de contratar, sin más limitación que la que establezcan las leyes.

La incapacidad para contratar también involucra aunque no se establezca legalmente a aquellos que aparezcan en las listas de buró de crédito, lo cual es un acto discriminatorio, más este también es un criterio del consentimiento del acreditante.

La incapacidad para celebrar actos de comercio también es por ley, de acuerdo a lo que establece el artículo 12 del Código de Comercio:

“No pueden ejercer el comercio:

I. Los corredores;

II. Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;

III. Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión.

La limitación a que se refiere la fracción anterior, comenzará a surtir sus efectos a partir de que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará hasta que se cumpla con la condena”.

A su vez dicha incapacidad también será por ley de aquellos que administren bienes de incapaces, por lo que no podrán celebrar este contrato sin autorización expresa:

- El tutor no puede hipotecar los bienes de su pupilo sin autorización judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 561 del C.C.F.
- El emancipado solo podrá hipotecar sus bienes mediante autorización judicial (art.643 fracc. I).
- No se puede hipotecar el patrimonio familiar (art. 727).
- El usuario y el que tiene derecho de habitación no pueden hipotecar. (art.1051).
- El albacea no puede hipotecar sin consentimiento de los herederos o legatarios los bienes de la herencia. (art.1719)

La capacidad para contratar, se podrá realizar mediante un representante, ya sea en mandato; gestión de negocios, tutoría, comisionista etc. Para lo cual se necesita de estar legitimado mediante mandato judicial o poder general para realización de actos de administración de dominio, por lo que este será de forma expresa entre el representado y el representante. Ya sea entre personas físicas o morales o mediante disposición legal que ordene un juez.

2.2.3.2. AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD.

En el contrato de apertura de crédito simple o en cuenta corriente el consentimiento debe darse en forma libre y veraz, de tal manera que las partes estén de acuerdo tanto en la persona, objeto y las formalidades y condiciones del contrato. Por lo que el consentimiento no deberá estar viciado por error, dolo, mala fe, violencia o lesión.

De cada uno de estos hablare brevemente pues ya sean analizado en el primer capítulo de esta tesis, por lo que solo se adecuaron a hipótesis.¹⁵

Error Obstáculo.

- De identidad de persona.- cuando en el contrato una de las partes ostenta una identidad que no es la suya, más esto no impide que sea obligado a cumplir con su obligación una vez que se establezca. (un ejemplo lo es, cuando el acreditando, no tenga legitimación para celebrar el acto jurídico).
- Identidad del objeto.- este se refiere a las prestaciones que ambas partes se deben de hacer. (ej. cuando una de las partes piensa que el contrato es en dólares y la otra en pesos)
- Naturaleza del contrato. Un ejemplo, para el presente contrato es que una de las partes cree que se celebra un contrato de apertura de crédito simple y la otra un contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

Error Nulidad.

- Error de hecho.- este se da cuando recae sobre la naturaleza o las características del objeto material, un ejemplo lo es cuando una parte tiene la idea que el mismo se baso en UDIS y la otra piensa que se realizo en pesos.
- Error de Derecho.- este se basa en la falsa interpretación legal aplicable al mismo contrato, un ejemplo de esto se basa en el límite de crédito que tienen el acreditado.

Error Indiferente.

- Este se da cuando las cantidades dispuestas y restituidas son distintas para las partes, por lo que solo se realizará la adecuación correspondiente.

Dolo.

- Este se da cuando se utiliza sugestión o artificios para hacer caer o mantener en el error a la contraparte, un ejemplo lo es cuando el revocado de un mandato celebra dicho contrato sabiendo de antemano que no tiene la capacidad.

Mala fe.

- Este se da cuando una de las partes conoce el error en que incurrió su contraria y se permite que continúe en él; un ejemplo lo es cuando el acreditado suscribe más pagarés de los debidos y el acreditante al darse cuenta no le indica nada al acreditado.

¹⁵ ORTIZ-URQUIDI, RAÚL, Derecho Civil, Tercera edición, Editorial Porrúa, México 1986, pág. 317-324.

Violencia.

- Es resultante del uso de la fuerza física o amenaza que importe peligro de perder la vida la honra, libertad, o salud o perder una parte considerable de sus bienes o de su cónyuge, ascendientes o descendientes, o parientes colaterales hasta el segundo grado.

Lesión.

- Este se da cuando se explota la suma ignorancia o la extrema necesidad del otro obteniendo un lucro excesivo, para lo cual se vale de un aspecto psicológico y objetivo; siendo necesario señalar que la lesión solo ocurre en los contratos conmutativos y onerosos, un ejemplo clásico es el del interés desproporcionado, más cabe hacer la aclaración que la ignorancia no exime de la responsabilidad a la parte afectada, así como el hecho que en el ámbito mercantil se establece en su artículo 78 del código de comercio que en las convenciones mercantiles las partes se obligan en los términos que quiso.

2.2.3.3. FORMA

En cuanto a la forma, todos los contratos lo son porque requieren de la exteriorización de la voluntad ya sea expresa o tácita.

La formalidad que el presente contrato de apertura crédito simple o en cuenta corriente debe cumplir, la misma es libre; más el presente capítulo trata de los contratos en que se otorga garantía hipotecaria, por lo cual las formalidades son restrictivas, en virtud de que el mismo se realizará en protocolo mediante escritura pública ante notario público, siguiendo la formalidad establecida para los contratos de compraventa e hipoteca.

Esto es, que el contrato de apertura de crédito simple o en cuenta corriente con garantía hipotecaria, es decir, que los bienes sean determinados o determinables, susceptibles de enajenación y la inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

Por lo que el contrato se vuelve formal debido a la garantía hipotecaria que respalda el cumplimiento de la obligación del acreditado, esta podrá ser en escritura pública realizada ante notario público, o bien en documento privado firmado por las partes y dos testigos y ratificado ante notario público, juez competente o registro público de la propiedad, siempre y cuando el valor de avalúo de lo hipotecado no exceda los 365 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal. (art. 2317 C.C.F.)

En contrario **sensu**, cuando el valor de lo hipotecado exceda los 365 veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal se realizara en escritura pública.

El presente contrato de apertura de crédito simple o en cuenta corriente es de carácter privado, y en su mayoría es realizado por bancos, lo que implica que sea de forma expreso

2.2.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO APERTURA DE CRÉDITO, (SIMPLE Y EN CUENTA CORRIENTE)

- PRINCIPAL, porque su existencia y validez no dependen de un contrato anterior.
- BILATERAL, ya que se establecen derechos y obligaciones entre el acreditante y acreditado.
- ONEROSO, toda vez que existen provechos y gravámenes entre las partes, derivado del acto jurídico.
- FORMAL, dicho acto jurídico debe de reunir los requisitos que ordena la ley.
- INSTANTANEO O DE TRACTO SUCESIVO, esto de acuerdo a lo pactado por las partes en el contrato, ya que la disposición que haga el acreditado puede ser en un solo momento o en varias remesas.
- CONMUTATIVO, desde la celebración del acto jurídico, las partes conocen los provechos y gravámenes.
- TRASLATIVO DE DOMINIO, se transfiere la propiedad de dinero, con el fin de ser restituida en un futuro, o bien hasta que se agote dicha cantidad.
- NOMINADO, ya que están determinados o conceptualizados por una legislación aplicable.
- CONSENSUAL, porque la ley exige una forma determina de realizarlos, con el fin de obtener las consecuencias jurídicas deseadas.

(Lo anterior, es en referencia a lo establecido, por el maestro Ramón Sánchez Medal)¹⁶

A continuación hablaré de la garantía hipotecaria.

Este tipo de crédito puede instrumentarse, tanto con garantías personales como garantías reales, y debe documentarse mediante un contrato, debidamente firmado e inscrito ante fedatario, así como resguardados los pagarés de cada disposición, suscritos a favor del banco.

Como en todo contrato de crédito, en el de apertura de crédito, la garantía ocupa un primer lugar en importancia, pudiendo ser real como personal (en la práctica generalmente es una garantía personal) entendiéndose extendida, salvo pacto en contrario, para cubrir las cantidades que el acreditado utilice dentro de los límites de su crédito y cualquiera que sea el valor de la garantía (artículo 298 LGTOC.) Cuando al saldar la cuenta comente quede un saldo a favor del acreditante, éste, es inmediatamente exigible, y tendrá naturaleza ejecutable (artículos 296. Párrafo Segundo y 308 LGTOC-) La ejecución se verificará precisamente en la garantía otorgada para tal efecto.

La caducidad y la prescripción en este contrato se organizan de acuerdo a la teoría general de las obligaciones mercantiles, y en su defecto, civiles. El plazo de rectificación de errores de cálculo, omisiones o duplicaciones, salvo pacto en contrario, prescribe en 6 meses a partir de la extinción del contrato (artículos 296, Párrafo Segundo, y 309 LGTOC)

¹⁶ SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN. Ob. Cit. pág. 111-120.

Cuando para la ejecución del objetivo del contrato, es decir, cuando al disponer de la cantidad límite de crédito, se provoquen gastos y comisiones, éstas se entenderán comprendidas dentro del propio límite, salvo pacto en contrario. Si el límite de crédito es de un millón de pesos, pero al disponer de seiscientos mil pesos se provoca por cualquier motivo gastos por cuatrocientos mil pesos, el límite de crédito se extinguió por haber llegado a un millón (artículo 292 LGTOC.) Si no se fija un límite específico para el monto del crédito puesto a disposición del acreditado, el acreditante estará facultado para fijar dicho límite en cualquier tiempo; en su defecto, el acreditado, actuando de buena fe, podrá disponer del crédito o del derecho proporcionado sin más límites que los fijados por su capacidad personal (artículo 293 LGTOC.)

Si no se pacta un plazo específico, se entenderá liquidado 6 meses después de su celebración, salvo pacto o uso en contrario, artículos 296, Segundo Párrafo y 308 Primera Parte LGTOC) Cuando o se pacte un plazo específico para la devolución de las sumas de que puede disponer el acreditado, o para que reintegre las que haya pagado por cuenta suya el acreditante, se entenderá que la restitución debe nacerse al expirar el término señalado para el uso del crédito, o en su defecto, dentro del mes que siga a la extinción de este último (artículo 300 LGTOC.)

Cuando el pago de la prestación puesta a disposición del acreditado consista en la firma de un título de crédito, éste hará disminuir el saldo, a menos que otra cosa se estipule, en una cantidad igual al valor del documento (artículo 297 LGTOC)

En todo caso el acreditado podrá disponer, a la vista, de la suma objeto del contrato, o bien de una cantidad parcial menor a ella, salvo que otra cosa se haya estipulado expresamente (artículo 295 LGTOC)

No obstante que esté expresamente fijado en el contrato, el importe del crédito y el plazo en el que se debe disponer de él, las partes podrán convenir que cualquiera de ellas restrinja tanto la cantidad como el plazo, o ambos a la vez, inclusive, denunciar el contrato a partir de una fecha, notificando su intención adecuada y oportunamente a la otra parte (artículo 294, Primer Párrafo LGTOC)

Como se planteo, en caso de que no se estipule término al contrato, se entenderá que cualquiera de las partes lo podrá dar por concluido en todo tiempo, notificando adecuada y oportunamente a la otra parte. Tras lo cual, se extinguirá el crédito en la cantidad que no se hubiere utilizado, pero se deberán pagar los premios, comisiones y demás gastos correspondientes a las sumas sobre las que no se haya dispuesto (salvo pacto diferente.) Cuando se hubiere pactado expresamente un término al contrato, éste se extinguirá, cesando en consecuencia el derecho del acreditado a hacer uso del crédito, con el simple acontecimiento del término fatal.

Cuando no se haya fijado expresamente un término al contrato ni se haya denunciado unilateralmente, quedara extinguido siempre y cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias (artículo 301 LGTOC);

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

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

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

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

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

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

La denuncia del contrato, denota la facultad que asiste a cualquiera de las partes para dar por terminado unilateralmente, sin que esto signifique denunciar el incumplimiento de la otra parte, o incurrir en incumplimiento al darlo por terminado, puede utilizarse en materia de contratos de crédito a partir de la fecha que se estipule como forzosa para ambas partes. Es decir, convenido un plazo mínimo, una vez terminado, se abre el derecho a cualquiera de las partes de denunciar la terminación a partir de una fecha específica, señalada para ello por el denunciante. Durante la denuncia y la fecha pactada para el término del contrato, las obligaciones y derechos de las partes; o a falta de ésta, ante notario o corredor, y en su defecto, por conducto de la primera autoridad política del lugar de su residencia, siendo aplicables al acto respectivo los párrafos tercero y cuarto del artículo 143.

Como utilidad en la actualidad, el Contrato de Apertura de Crédito, en su modalidad de cuenta corriente, es la base en que este sostenido el funcionamiento de la tarjeta de crédito, tanto comercial como bancario.

2.3. CONTRATO DE HABILITACIÓN O DE AVÍO

2.3.1. DEFINICION

"En virtud del contrato de crédito de habilitación o avío, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa." (art. 321 LGTOC)

El contrato de habilitación o de avío es de *especial destino*, es decir, que están destinados para un uso o actividad específica que en este caso es para el fomento de la producción de una empresa o industria que está funcionando o bien que está por iniciar sus actividades. Por lo que una característica importante de este tipo de contrato, es que el importe del crédito, se aplica preferentemente a la materia prima y al pago de la mano de obra directa, así como a todos los elementos que se relacionen de forma inmediata con el proceso productivo, y estén destinados a transformarse en manufactura.

De lo anterior se puede diferenciar el contrato de habilitación o avío con el refaccionario que expondré posteriormente, toda vez que el primero tiene como fin la adquisición de *bienes de consumo*, mientras que en el segundo con dicho crédito se adquieren *bienes de capital*.

En cuanto a la disposición del crédito, podrá ser otorgado en los términos de la sección 1a. del capítulo *de los créditos*, es decir, que el acreditado podrá otorgar a la orden del acreditante, pagarés que representen las disposiciones que haga del crédito concedido, siempre que los vencimientos no sean posteriores al del crédito, que se haga constar en tales documentos su procedencia de una manera que queden suficientemente identificados y que revelen las anotaciones de registro del crédito original. La transmisión de estos títulos implica, en todo caso, la responsabilidad solidaria de quien la efectúe y el traspaso de la parte correspondiente del principal del crédito representada por el pagaré, con las garantías y demás derechos accesorios, en la proporción que corresponda. (art.325 LGTOC).

2.3.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

2.3.2.1. CONSENTIMIENTO.

Como he señalado con anterioridad el consentimiento será el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o trasmisión de derechos y obligaciones; en el presente contrato la manifestación de la voluntad se exteriorizara de forma expresa. De manera tal que la oferta y aceptación lleguen a establecer el consentimiento.

El consentimiento en el Contrato de Habilitación o de Avío, consistirá en la exteriorización de la voluntad tanto del acreditante (Aviador) como el acreditado (Aviado) respecto de la celebración de un acto jurídico; más aún tratándose de derechos y obligaciones sobre bienes de especial destino.

Es así que el Contrato de Habilitación o Avío, tiene una unilateralidad, toda vez que la oferta para contratar puede surgir de cualquiera, siendo el caso que en un momento determinado ambas partes se pueden convertir en oferente o proponente, un ejemplo de esto lo es, cuando una persona acude a una institución bancaria a solicitar un crédito, adquiriendo la calidad de proponente y el banco en receptor (no hablo de recepcionista en el sentido legal) por lo que se hace una oferta; o viceversa los bancos a través de campañas publicitarias en medios pueden hacer su oferta (por lo que hace a este contrato, siempre será a persona determinada); y sin embargo, como señale la función de emisor y receptor es variable; pero para efectos prácticos se indica que el banco es el oferente, (recordando que entre particulares también se puede realizar este contrato, más esta actividad es realizada en su mayoría por los bancos),

De lo anterior se desprenden dos momentos que son la oferta y la aceptación, banco (aviador) propone al cliente (aviado) la celebración de un contrato fijándole un plazo para aceptar, quedando ligado por su oferta hasta la expiración del plazo; más cuando la oferta se haga sin fijación de plazo para aceptarla, el autor de la misma queda desligado si la aceptación no se hace inmediatamente. La misma regla se aplicará a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata; como se analizo anteriormente.

2.3.2.2. OBJETO

En cuanto al objeto es de señalar que son obligaciones de Dar; por una parte el Banco (aviador) pone a disposición del aviado dinero o bien contrae obligaciones por cuenta de este; (en este caso ya no es necesario hablar del plazo, remesa y crédito, pues sería repetitivo), sin embargo, es de destacar que el Aviado, tiene la obligación de invertir el crédito en los términos y condiciones pactados; lo que se traduce en obligaciones de Hacer o No Hacer.

Así, el objeto directo consistirá en la creación obligaciones entre las partes; mientras que el objeto indirecto se traduce en una obligación de hacer para las partes.

- Objeto Directo.- en el presente contrato como en todos es la creación de obligaciones entre las partes.
 - Objeto Indirecto.- en el presente contrato se habla de obligaciones de hacer; por lo que estas se entenderán mejor al exponer las obligaciones de las partes.
- Obligaciones del acreditante (conocido como aviador).
- I. Este queda obligado a poner a disposición del acreditado o aviado una suma de dinero.
 - II. Tendrá la obligación de supervisar que el aviado destine el crédito en la forma, condiciones y términos establecidos.

➤ Obligaciones del acreditante (conocido como aviado)

- I. Está obligado a invertir el importe del crédito en la adquisición de materias primas y materiales; y en el pago de jornales, salarios y gastos directos de explotación, de la empresa.
- II. A disponer y restituir el crédito en la forma pactada.
- III. A cumplir con las condiciones y plazos del contrato.

En cuanto al objeto material del contrato lo constituye las materias primas y materiales adquiridos, así como los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes. (art. 322 LGTOC).

2.3.3. REQUISITOS DE VALIDEZ

2.3.3.1. CAPACIDAD

En cuanto a la capacidad, esta sigue la regla de los contratos en general, por lo cual no es necesario abundar en ella; baste saber que los contratantes deben poseerla con el fin de no generar una nulidad del acto jurídico.

La capacidad para contratar es en sí una subdivisión de la capacidad de ejercicio, por lo cual para celebrar un contrato ya sea por persona física deberá estar en pleno uso de la capacidad de ejercicio; tratándose de representante ya sea por incapacidad legal o natural el mismo deberá estar legitimado cumpliendo con las formalidades de ley; y en caso de ser representante de aquel que es hábil para contratar deberá tener facultades de expresas para celebrar el acto.

Tratándose del aviador, este debe de contar con la capacidad de ejercicio, en caso de ser persona moral, estar facultado para realizar este tipo de contrato; por lo que hace al aviado tener la capacidad de ejercicio, y en su caso estar legitimado para realizar el contrato, absteniéndose aquellos impedidos o limitados por ley; toda vez que no solo se habla de obligaciones personales, ya que existen garantías reales.

Es menester señalar que también están impedidos para contratar aquellas personas físicas o morales que estén dentro de las listas del Buró bancario; mas esto no obedece a la capacidad de las partes sino al consentimiento para contratar.

2.3.3.2. VICIOS DE LA VOLUNTAD

Se ha expuesto anteriormente que en todo contrato el consentimiento debe darse en forma libre y veraz, de tal manera que las partes estén de acuerdo tanto en la persona, objeto y las formalidades y condiciones del contrato. Por lo que el consentimiento no deberá estar viciado por error, dolo, mala fe, violencia o lesión; sin embargo, es necesario diferenciarlo del contrato de apertura de crédito.

Por lo que hablaré brevemente de cada uno de estos adecuándolos a la hipótesis.¹⁷

¹⁷ ORTIZ-URQUIDI, RAÚL. Ob. Cit. pág. 317-324.

Error Obstáculo.

- De identidad de persona.- cuando en el contrato una de las partes ostenta una identidad que no es la suya, mas esto no impide que sea obligado a cumplir con su obligación una vez que se establezca la misma.
- Identidad del objeto.- este se refiere a las prestaciones que ambas partes se deben *de hacer*.
- Naturaleza del contrato. Un ejemplo, para el presente contrato es que una de las partes cree que se celebra un contrato de habilitación o avío y la otra un contrato refaccionario.

Error Nulidad

- Error de hecho.- este se da cuando recae sobre la naturaleza o las características del objeto material, un ejemplo lo es cuando una parte tiene la idea que el mismo para la compra bienes de consumo (contrato de habilitación o avío) y la otra piensa que es para la adquisición de bienes de capital (contrato refaccionario).
- Error de Derecho.- este se basa en la falsa interpretación legal aplicable al mismo contrato, volviendo al ejemplo anterior el aviador y el aviado consienten en celebrar un contrato de habilitación o avío; mas el aviado por ignorancia (situación que no lo excluye de responsabilidad) utiliza una parte del importe del crédito para el pago de responsabilidades fiscales, mismas que son comprendidas únicamente para el contrato refaccionario.

Error Indiferente.

- Este se da cuando las cantidades dispuestas y restituidas son distintas para las partes, por lo que solo se realizara la adecuación correspondiente.

Dolo.

- Este se da cuando se utiliza sugestión o artificios para hacer caer o mantener en el error a la contraparte, un ejemplo lo es cuando el crédito concedido se utiliza para el pago de responsabilidades fiscales y no para la adquisición de materias primas.

Mala fe.

- Este se da cuando una de las partes conoce el error en que incurrió su contraria y se permite que continúe en él; un ejemplo lo es cuando el acreditado suscribe mas pagares de los debidos y el acreditante al darse cuenta no le indica nada al acreditado.

Violencia.

- Es resultante del uso de la fuerza física o amenaza que importe peligro de perder la vida la honra, libertad, o salud o perder unas parte considerable

de sus bienes o de su cónyuge, ascendientes o descendientes, o parientes colaterales hasta el segundo grado.

Lesión.

- Este se da cuando se explota la suma ignorancia o la extrema necesidad del otro obteniendo un lucro excesivo, para lo cual se vale de un aspecto psicológico y objetivo; siendo necesario señalar que la lesión solo ocurre en los contratos conmutativos y onerosos, un ejemplo clásico es el del interés desproporcionado, más cabe hacer la aclaración que la ignorancia no exime de la responsabilidad a la parte afectada, así como el hecho que en el ámbito mercantil se establece en su artículo 78 del código de comercio que en las convenciones mercantiles las partes se obligan en los términos que quisieron.

2.3.3.3. FORMA

En cuanto a la forma, esta ha quedado explicada desde el capítulo primero; por lo que únicamente es de comentar, que esta es la exteriorización de la voluntad, ya sea expresa o tácita.

En cuanto a la formalidad del contrato de habilitación o avío, el mismo es consensual, sin embargo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece formalidades para su realización.

“Los contratos de crédito refaccionario o de habilitación o avío:

I.- Expresarán el objeto de la operación, la duración y la forma en que el beneficiario podrá disponer del crédito materia del contrato;

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

III.- Se consignarán en contrato privado que se firmará por triplicado ante dos testigos conocidos y se ratificará ante el Encargado del Registro Público de que habla la fracción IV.

IV.- Serán inscritos en la Sección Única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio.

Si en la garantía se incluyen bienes inmuebles, deberá inscribirse, adicionalmente, en el Registro Público de la Propiedad que corresponda, según la ubicación de los bienes inmuebles afectos en garantía.

Los contratos de habilitación o refacción surtirán efectos contra tercero desde la fecha y hora de su inscripción conforme a los párrafos anteriores. (art. 326 LGTOC).”

Los contratos de Habilitación o Avío requieren forma escrita.

Expresarán el objeto de la operación, la duración y la forma en que el beneficiario podrá disponer del crédito material del contrato. Fijarán con toda precisión, los bienes que se afecten en garantía, y señalarán los demás términos y condiciones del contrato.

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

Tanto las Instituciones de Banca Múltiple como la Banca de Desarrollo, están expresamente autorizadas para celebrar créditos de Habilitación o Avío. Pero hay pequeñas variaciones entre unas y otras, fundamentalmente respecto del término al cual puede conceder cada crédito.

En este tipo de contratos, pueden ser acreditadas todas las personas físicas o morales que no tengan incompatibilidad con el comercio y que no estén disminuidos o inhabilitados en su capacidad de ejercicio, en los términos de las reglas generales del derecho de crédito (artículos 3° y 2°. LGTOC)

El término del Contrato de Aviamiento varía según el tipo de institución de crédito que lo otorgue. Cuando sea un banco de depósito, no podrá exceder de dos años; cuando sea de una institución de ahorro o sociedades financieras, será de tres años.

2.3.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE HABILITACIÓN O AVÍO

- PRINCIPAL, porque su existencia y validez no dependen de un contrato anterior.
- CONSENSUAL, en mismo no es en si consensual ya que habiendo garantías reales es de formalidades restringidas (salvo cuando exista una garantía hipotecaria como accesorio)
- BILATERAL, ya que se establecen derechos y obligaciones entre el acreditante y acreditado.
- ONEROSO, toda vez que existen provechos y gravámenes entre las partes, derivado del acto jurídico.
- FORMAL, dicho acto jurídico debe de reunir los requisitos que ordena la ley.
- INSTANTANEO O DE TRACTO SUCESIVO, esto de acuerdo a lo pactado por las partes en el contrato, ya que la disposición que haga el acreditado puede ser en un solo momento o en varias remesas.
- CONMUTATIVO, desde la celebración del acto jurídico, las partes conocen los provechos y gravámenes.
- TRASLATIVO DE DOMINIO, se transfiere la propiedad de dinero, con el fin de ser restituida en un futuro, o bien hasta que se agote dicha cantidad.
- NOMINADO, ya que están determinados o conceptualizados por una legislación aplicable.

2.3.5. GARANTÍAS

“Los créditos de habilitación o avío estarán garantizados con las materias primas y materiales adquiridos, y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes.” (art.322 LGTOC).

En este punto es menester señalar que *“independientemente, de la garantía propia de estos créditos, se pueden pactar garantías adicionales, ya sea personales o reales, Esto es, debido a que la primera parte del artículo 325 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, remite entre otros, al artículo 298, que establece que la apertura de crédito puede pactarse con garantía personal o real”*¹⁸

Cabe aclarar, que en los créditos de habilitación o avío, la garantía tiene el carácter de prenda, en virtud de que la misma se constituye con los bienes que se adquirieron con el crédito, o sobre un bien futuro; sin embargo la Sección Quinta, del Capítulo IV, de la LGTOC, que regula el presente contrato, no impide expresamente la constitución de una garantía hipotecaria sobre el crédito; por lo que, las partes pueden pactar alguna garantía hipotecaria adicional, siguiendo el espíritu de lo que establece el artículo 78 del Código de Comercio, el cual establece: En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

Dicha garantía hipotecaria se regirá por lo dispuesto en el Capítulo Primero, Hipoteca en General, Título Décimo Quinto del Código Civil Federal, art. 2896, por lo que la misma recae sobre *bienes especialmente determinados*, extendiéndose:

- I. A las accesiones naturales del bien hipotecado;
- II. A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados;
- III. A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;
- IV. A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados.

Asimismo, salvo pacto en contrario:

- I. Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito;
- II. Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada. (Artículos 2894, 2895 y 2896 C.C.F.)

A continuación procederé a dar una explicación del contrato.

¹⁸ VÁSQUEZ DEL MERCADO, OSCAR, Contratos Mercantiles, 11° edición, Edit. Porrúa. México 2001. pág. 492.

Los créditos de Habilitación o Avío, son sistemas ideados específicamente como medios de apoyo y soporte a la producción, en los sectores industriales, comerciales y agropecuarios. Al igual que todos los contratos de crédito otorgados por bancos, los anteriores, están comprendidos entre los clasificados en apertura de crédito, y en todo caso, su forma es la de un contrato *consensual* simple.

Los créditos de Habilitación o Avío, son el caso más ilustrativo de que el crédito bancario debe estar dirigido a la promoción y fomento de las actividades productivas y no para la simple sustitución de acreedor.

El importe del crédito se fijara de acuerdo al valor que se compruebe por medio de avalúo practicado a los bienes otorgados en garantía, incluyéndose los bienes adquiridos con el importe del crédito. Cuando exista garantía adicional hipotecaria, su importe no excederá del porcentaje que, mediante disposiciones de carácter general, establezca la Secretaria de Hacienda y Crédito Público respecto del valor de los bienes dados en garantía.

Éste tipo de crédito, debe proponerse a las empresas agrícolas, ganaderas, industriales o de servicios que necesitan financiar sus actos productivos a plazo de 36 meses.

Entre los principales destinos de éste crédito, se encuentran los avíos agrícolas, para la preparación, siembra y cultivo de tierras, compra de semillas y fertilizantes, insecticidas, compra de refacciones, combustibles, etc.

Los avíos ganaderos sirven para financiar ganado para engorda en constes o de pastoreo, compra de aves para engorda y reposición de aves de postura, compra de pasturas y forrajes, medicinas y pago de servicios veterinarios. Existe también el avío industrial, que sirve para la adquisición de materias primas y materiales, pago de jornales y salarios, energía eléctrica, agua, etc.

Cuando se habla de créditos de avío, se habla de créditos que tienden a dotar a una empresa de los elementos necesarios para su normal producción. Por lo que, el que concede el crédito se llama aviador, el que lo recibe, el aviado.

Los contratos de habilitación o avío no surtirán efectos contra terceros, sino desde la fecha y hora de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

En síntesis, los créditos de habilitación o avío estarán garantizados con las materias primas y materiales adquiridos, y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes (artículos 322 y 324 LGTOC), sin embargo como señale anteriormente dicha garantía se puede ampliar para fines prácticos a una hipoteca; en cuyo caso se habla de garantías adicionales

La definición más apropiada para este tipo de crédito es la que señala por el artículo 321 LGTOC: *“El contrato en virtud del cual el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de la empresa”*.

Este tipo de contrato puede celebrarse por escrito y de la forma convencional que el banco y el cliente acuerden, el acreditado podrá, además otorgar a la orden del banco, pagarés que representen sus disposiciones, siempre que los plazos no sean posteriores al vencimiento del crédito y se haga constar en los documentos su procedencia como crédito original. Estos pagarés podrán endosarse y, en tal caso, el endosante responde solidariamente del pago cambiario en los términos que se analizaron anteriormente; igualmente, este pagaré representará los derechos principales y accesorios propiamente dichos. *Los créditos de avío, debidamente registrados se pagarán con preferencia a los créditos refaccionarios, y ambos, con preferencia a los hipotecarios inscritos con posterioridad.* Asimismo, cuando el traspaso de la propiedad o negociación se efectúe sin consentimiento previo del banco o quien tenga un derecho de preferencia a su favor, por lo que se tendrá el derecho de rescindir el contrato o dar por vencida la obligación exigiendo el pago inmediato (artículo 328 LGTOC)

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

Recapitulando, generalmente el crédito de habilitación o avío, tendrá como garantía precisamente, los insumos adquiridos, pero como éstos se adquieren para ser transformados en artículos terminados, la garantía también está constituida por los bienes finalmente elaborados. No obstante, el contenido proteccionista a favor de las Instituciones de crédito, lo exitoso para ellas no es ejecutar la garantía, sino obtener el pago de sus créditos. Para esto es necesario realizar un previo análisis, del prospecto del deudor y, sólo concederlo a personas ampliamente solventes en términos comerciales. La ejecución de las garantías presenta un cierto número de problemas, cuyo costo en tiempo de oportunidad e interés puede ser más alto que el precio de los bienes en garantía.

2.4. CONTRATO REFACCIONARIO

2.4.1. DEFINICIÓN

“En virtud del contrato de crédito refaccionario, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado, o animales de cría; en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado.

También podrá pactarse en el contrato de crédito refaccionario, que parte del importe del crédito se destine a cubrir las responsabilidades fiscales que pesen sobre la empresa del acreditado o sobre los bienes que éste use con motivo de la misma, al tiempo de celebrarse el contrato, y que parte asimismo de ese importe se aplique a pagar los adeudos en que hubiere incurrido el acreditado por gastos de explotación o por la compra de los bienes muebles o inmuebles o de la ejecución de las obras que antes se mencionan, siempre que los actos u operaciones de que procedan tales adeudos hayan tenido lugar dentro del año anterior a la fecha del contrato.” (art. 323 LGTOC)

El maestro Oscar Vásquez del Mercado, señala respecto de los contratos de Habilitación o Avío y el Refaccionario: *“Estos créditos se han considerado que tiene su aplicación en el campo de la producción. Son créditos que se entiende deben destinarse a inversiones con certeza de rentabilidad conveniente y se procure la creación, conservación y mejora de la riqueza agrícola, forestal y agropecuaria. Tiene como característica, a diferencia de otros en los que el acreditado puede libremente disponer de ellos.”*¹⁹

En este sentido el contrato de crédito Refaccionario al igual que el contrato de habilitación o de avío, la aplicación del crédito es de *especial destino*, es decir, el acuerdo de voluntades predetermina el uso o actividad específica que en este caso es para el fomento de la producción de una empresa o industria que está funcionando o bien que está por iniciar sus actividades. Por lo que una característica importante de este de contrato, es que el importe del crédito, se utiliza para *la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado, o animales de cría; en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado.* A diferencia del contrato de habilitación o avío en el refaccionario se adquieren bienes de capital, los cuales tienen como misión producir otros bienes.

Lo anterior permite diferenciar el **contrato el refaccionario** de su similar de habilitación o avío, ya que en el primero el crédito es para adquirir bienes de capital que producirán otros bienes, mientras que en de **habilitación o avío** observamos que se adquieren bienes de consumo.

¹⁹ VÁSQUEZ DEL MERCADO, OSCAR. Ob. Cit. Pág.490.

Por lo que se refiere a este contrato se le aplican las reglas generales de lo dispuesto en el Capítulo IV, De los Créditos de la LGTOC, en virtud de que el crédito puede ser por medio de apertura de crédito simple o en cuenta corriente; en cuanto a su disposición podrá ser en dinero o firma.

Dicha disposición del crédito, podrá ser otorgado en los términos de la Sección 1a. del capítulo *de los créditos*, es decir, que la disposición sea en dinero por lo cual el acreditante pondrá a disposición del acreditado una suma de dinero, o bien, en firma, por la cual el acreditado podrá otorgar a la orden del acreditante, pagarés que representen las disposiciones que haga del crédito concedido, siempre que los vencimientos no sean posteriores al del crédito, que se haga constar en tales documentos su procedencia de una manera que queden suficientemente identificados y que revelen las anotaciones de registro del crédito original. La transmisión de estos títulos implica, en todo caso, la responsabilidad solidaria de quien la efectúe y el traspaso de la parte correspondiente del principal del crédito representada por el pagaré, con las garantías y demás derechos accesorios, en la proporción que corresponda. (art.325 LGTOC).

2.4.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

2.4.2.1 CONSENTIMIENTO.

Por lo que hace al consentimiento, este se adecuara al tipo de contrato en mención.

Como se ha señalado con anterioridad el consentimiento será el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones; en el presente contrato la manifestación de la voluntad se exteriorizará de forma expresa. De manera tal que la oferta y aceptación lleguen a establecer el consentimiento.

En el presente contrato refaccionario dicha manifestación de la voluntad deberá exteriorizarse de forma expresa, verbal o escrita, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos.

En todo contrato el consentimiento se integra por la oferta y la aceptación, esta surte sus efectos cuando se realiza entre presentes, mas cuando hay ausencia de alguna de las partes estas con base en un *contexto*.

Sin embargo cuando alguna de las partes no esté presente la exteriorización de la voluntad se podrá realizar, *por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos. (art. 1803 del C.C.F.); en el ámbito mercantil se establece: “En los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología...” (art. 89 C.Com.)*

Es de tomar en cuenta, -aún cuando ya se hablo de estos-, los cuatro sistemas de integración del consentimiento como son la *declaración, expedición, recepción e información*; siendo menester señalar que el Banco (refaccionador) o el cliente (refaccionado) pueden convertirse en el proceso del acto jurídico, en declarante; sin embargo, por lo regular es el banco.

2.4.2.2. OBJETO

El objeto en el contrato refaccionario lo constituye la obligación de Dar, por parte del Refaccionador; así como la obligación de Hacer por parte del Refaccionado; en virtud del especial destino contemplado en el contrato.

Es así que:

El objeto directo en el presente contrato refaccionario es la creación de obligaciones por ambas partes.

El Objeto Indirecto; toda vez que en este contrato establece obligaciones de hacer, señalaré que obligaciones corresponden tanto al acreditante (refaccionador) y acreditado (refaccionado), el acreditado se obliga a poner a disposición del acreditante una suma de dinero o bien a contraer por cuenta de este una obligación (como se observa dicha disposición puede ser en dinero o firma analizados con anterioridad); por su parte el acreditado está obligado a restituirle al acreditante las sumas de que dispuso o bien a cubrir oportunamente el importe de la obligación que contrajo y en su defecto a pagar los intereses, prestaciones, gastos o comisiones que se estipulen.

El Objeto Material del contrato refaccionario lo constituye la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado, o animales de cría; en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado; es decir, bienes de capital que van a producir otros bienes.

En la segunda parte del artículo 323 de la LGTOC, se establece: *“También podrá pactarse en el contrato de crédito refaccionario, que parte del importe del crédito se destine a cubrir las responsabilidades fiscales que pesen sobre la empresa del acreditado o sobre los bienes que éste use con motivo de la misma, al tiempo de celebrarse el contrato, y que parte asimismo de ese importe se aplique a pagar los adeudos en que hubiere incurrido el acreditado por gastos de explotación o por la compra de los bienes muebles o inmuebles o de la ejecución de las obras que antes se mencionan, siempre que los actos u operaciones de que procedan tales adeudos hayan tenido lugar dentro del año anterior a la fecha del contrato”*.

De la lectura de esta segunda parte se desprende que se vulnera la naturaleza jurídica del contrato refaccionario, pues el mismo además de ser de especial destino tiene por objeto material la adquisición de bienes de capital y no la de sustitución de deudas.

2.4.3. REQUISITOS DE VALIDEZ

2.4.3.1. CAPACIDAD

La capacidad para contratar es en si una subdivisión de la capacidad de ejercicio, la cual ya ha sido analizada anteriormente; por lo que solo puede celebrar el contrato aquella persona que no esté limitada o prohibida de forma legal, tratándose de personas morales que tengan reconocida dicha facultad.

Cabe mencionar que son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval, o aceptación y las demás operaciones que en ellos se consignent, son actos de comercio. Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o trasmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con éstos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 2o., cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente del título, y por la Ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos.

Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio. (art. 1º LGTOC)

El menor de edad emancipado tiene la capacidad de ejercicio, por lo cual puede disponer libremente de sus bienes, siempre y cuando pida una autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces o bien por medio de un tutor para negocios judiciales. (art. 643 C.C.F.)

La representación para contratar se realizará de acuerdo a lo establecido en el Código Civil Federal, de aplicación supletoria.

Sólo podrá celebrar un contrato aquel que es hábil para contratar, haciéndolo por sí o por otro legalmente autorizado; por lo que no se puede contratar a nombre de otro que sea hábil sin su autorización o por disposición de Ley; cualquier hecho contrario a lo anterior ocasionara la nulidad del acto, salvo que el representado lo ratifique en términos de ley. (arts. 1800-1802 C.C.F.)

Dicha representación también se vincula a las personas morales porque su representante deberá de tener la capacidad para celebrar actos de administración y en su caso de dominio, respecto de las obligaciones que contraiga por cuenta de su representado.

2.4.3.2. VICIOS DE LA VOLUNTAD

Como se ha señalado, en todo contrato el consentimiento debe darse en *forma libre y veraz*, de tal manera que las partes estén de *acuerdo* tanto en la persona, *objeto* y *las formalidades y condiciones del contrato*. Por lo que el consentimiento no deberá estar viciado por error, dolo, mala fe, violencia o lesión.

Expondré brevemente cada uno de estas figuras, pues en el primer capítulo de esta tesis se hizo la exposición de estos adecuándolos a la hipótesis.

Error Obstáculo.

- De identidad de persona, cuando en el contrato una de las partes ostenta una identidad que no es la suya, mas esto no impide que sea obligado a cumplir con su obligación una vez que se establezca la misma.
- Identidad del objeto, este se refiere a las prestaciones que ambas partes se deben *de hacer*.
- Naturaleza del contrato. Un ejemplo, para el presente contrato es que una de las partes cree que se celebra un contrato refaccionario y la otra un contrato de habilitación o avío.

Error Nulidad

- Error de Hecho; este se da cuando recae sobre la naturaleza o las características del objeto material, un ejemplo lo es cuando una parte tiene la idea que el mismo es para la adquisición de bienes de capital (contrato refaccionario) y la otra piensa que es para la adquisición bienes de consumo (contrato de habilitación o avío).
- Error de Derecho; este se basa en la falsa interpretación legal aplicable al mismo contrato, volviendo al ejemplo anterior el acreditado (refaccionado) utiliza una parte del crédito para la adquisición de bienes de consumo (que son propios del contrato de habilitación o avío)

Error Indiferente.

- Este se da cuando las cantidades dispuestas y restituidas son distintas para las partes, por lo que solo se realizara la adecuación correspondiente.

Dolo.

Este se da cuando se utiliza sugestión o artificios para hacer caer o mantener en el error a la contraparte, un ejemplo lo es cuando el crédito concedido se utiliza para la adquisición de bienes de consumo (sabiendo el acreditado que está prohibido) y no para bienes de capital.

Mala fe.

- Este se da cuando una de las partes conoce el error en que incurrió su contraria y se permite que continúe en él; un ejemplo lo es cuando el acreditado suscribe mas pagares de los debidos y el acreditante al darse cuenta no le indica nada al acreditado.

Violencia.

- Es resultante del uso de la fuerza física o amenaza que importe peligro de perder la vida la honra, libertad, o salud o perder unas parte considerable de sus bienes o de su cónyuge, ascendientes o descendientes, o parientes colaterales hasta el segundo grado.

Lesión.

- Este se da cuando se explota la suma ignorancia o la extrema necesidad del otro obteniendo un lucro excesivo, para lo cual se vale de un aspecto psicológico y objetivo; siendo necesario señalar que la lesión solo ocurre en los contratos conmutativos y onerosos, un ejemplo clásico es el del interés desproporcionado, mas cabe hacer la aclaración que la ignorancia no exime de la responsabilidad a la parte afectada, así como el hecho que en el ámbito mercantil se establece en su artículo 78 del código de comercio que en las convenciones mercantiles las partes se obligan en los términos que quiso.

2.4.3.3. FORMALIDADES

Anteriormente se expuso que todos los contratos tienen forma, en virtud de que requieren de la exteriorización de la voluntad ya sea expresa o tácita.

En cuanto a la formalidad que el presente contrato refaccionario el mismo es consensual, sin embargo la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece formalidades para la realización del mismo.

Los contratos de crédito refaccionario o de habilitación o avío:

- I.- Expresarán el objeto de la operación, la duración y la forma en que el beneficiario podrá disponer del crédito materia del contrato;*
- II.- Fijarán, con toda precisión, los bienes que se afecten en garantía, y señalarán los demás términos y condiciones del contrato;*
- III.- Se consignarán en contrato privado que se firmará por triplicado ante dos testigos conocidos y se ratificará ante el Encargado del Registro de que habla la fracción IV.*

IV.- Serán inscritos en la Sección Única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio.

Si en la garantía se incluyen bienes inmuebles, deberá inscribirse, adicionalmente, en el Registro Público de la Propiedad que corresponda, según la ubicación de los bienes inmuebles afectos en garantía.

Los contratos de habilitación o refacción surtirán efectos contra tercero desde la fecha y hora de su inscripción conforme a los párrafos anteriores. (art. 326 LGTOC).

En virtud de que en el contrato de crédito refaccionario las garantías naturales se constituyen sobre las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos, futuros, pendientes o ya obtenidos, de la empresa (art.324 LGTOC); dichos créditos tienen formalidades restringidas (a diferencia de los de habilitación o avío) por lo cual, pueden existir garantías hipotecarias, mismas que deberán de seguir las formalidades de la compraventa, establecido en el Código Civil Federal y de aplicación supletoria; pudiendo hacer el contrato en un documento privado (frac. III, art. 326 LGTOC), inscrito en el Sección Única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio o en escritura pública ante notario público, o corredor público; e inscribiendo el contrato en el Registro Público de la Propiedad.

2.4.4. GARANTÍAS EN EL CONTRATO REFACCIONARIO.

“Los créditos refaccionarios quedarán garantizados, simultánea o separadamente, con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos, futuros, pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo” (art. 324 LGTOC)

De la lectura del artículo anterior se desprende la garantía hipotecaria, aun cuando el artículo 331 del citado ordenamiento habla de un derecho real consignado en prenda, más como señale se establece una garantía hipotecaria derivado de un derecho real que dista de la prenda cuando se habla de bienes raíces e inmuebles con lo que se garantiza el cumplimiento de la obligación personal del acreditado; de ahí, la diferencia con el contrato con los anteriores señalados, pues en aquellos la garantía hipotecaria es adicional a las consignadas, mientras que en el contrato refaccionario claramente denota dicha garantía hipotecaria en su numeral 324. Para reforzar esto me remitiré a lo establecido por el artículo 332 de la LGTOC; que señala:

“La garantía que se constituya por préstamos refaccionarios sobre fincas, construcciones, edificios y muebles inmovilizados, comprenderá:

- I.- El terreno constitutivo del predio;*
- II.- Los edificios y cualesquiera otras construcciones existentes al tiempo de hacerse el préstamo, o edificados con posterioridad a él;*
- III.- Las accesiones y mejoras permanentes;*

IV.- Los muebles inmovilizados y los animales fijados en el documento en que se consigne el préstamo, como pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería; y

V.- La indemnización eventual que se obtenga por seguro en caso de destrucción de los bienes dichos.”

En virtud de la garantía a que se refiere el artículo anterior, el acreedor tendrá derecho de preferencia para el pago de su crédito con el producto de los bienes gravados, sobre todos los demás acreedores del deudor, con excepción de los llamados de dominio y de los acreedores por créditos hipotecarios inscritos con anterioridad.

La preferencia que en este artículo se establece, no se extinguirá por el hecho de pasar los bienes gravados a poder de tercero, cualquiera que sea la causa de la traslación de dominio. (art. 333 LGTOC).

Los anteriores numerales tienen gran similitud con el capítulo de hipoteca y sus artículos 2894, 2895 y 2896 del Código Civil Federal, en virtud del tipo de bienes que garantizan el cumplimiento de la obligación personal, el derecho de persecución y preferencia de pago; sin embargo una diferencia que no se puede dejar de observar es la relativa que la hipoteca tiene el carácter de garantía accesoria, mientras en este contrato refaccionario se habla de una garantía natural, en virtud de que puede ser simultánea o separadamente (art. 324).

También, el acreditado puede dar como garantía complementaria pagarés a la orden del acreditante, a medida que vaya disponiendo del crédito, en la cuantía de éstas disposiciones, siempre que los vencimientos de los pagarés, no sean de vencimiento posterior al del crédito. En los documentos debe hacerse constar su procedencia de una manera que quede suficientemente identificado y que revelen las anotaciones del registro original quien traspasa el pagaré responde solidariamente de su pago. (arts. 325 y 327, tercer párrafo LGTOC.)

2.4.5. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO REFACCIONARIO.

- PRINCIPAL, porque su existencia y validez no dependen de un contrato anterior.
- CONSENSUAL, en oposición a real, el mismo no es en si consensual ya que habiendo garantías reales es de formalidades restringidas (salvo cuando exista una garantía hipotecaria como accesorio)
- BILATERAL, ya que se establecen derechos y obligaciones entre el acreditante y acreditado.
- ONEROSO, toda vez que existen provechos y gravámenes entre las partes, derivado del acto jurídico.
- FORMAL, dicho acto jurídico debe de reunir los requisitos que ordena la ley.
- INSTANTANEO O DE TRACTO SUCESIVO, esto de acuerdo a lo pactado por las partes en el contrato, ya que la disposición que haga el acreditado puede ser en un solo momento o en varias remesas.
- CONMUTATIVO, desde la celebración del acto jurídico, las partes conocen los provechos y gravámenes.

- TRASLATIVO DE DOMINIO, se transfiere la propiedad de dinero, con el fin de ser restituida en un futuro, o bien hasta que se agote dicha cantidad.
- NOMINADO, ya que están determinados o conceptualizados por una legislación aplicable.

A continuación daré una breve explicación del contrato refaccionario.

El Contrato Refaccionario es de carácter permanente, o bien tiende a tener una larga duración, lo que hace posible su empleo durante varios ciclos productivos. En el Contrato Refaccionario, se aplica una operación más de fondo, en preparar a la empresa para el fenómeno productivo.

Los créditos refaccionarios se encuentran regulados en el artículo 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece que en virtud del contrato de crédito refaccionario, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría, en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes, en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado.

El crédito refaccionario quedará garantizado simultáneamente o separadamente, con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo (artículo 324 LGTOC.) En síntesis, ***los créditos refaccionarios pueden tener como garantía bienes muebles inmuebles.***

El artículo 329 de la LGTOC, establece: *"En los casos de créditos refaccionarios o de habilitación o avío, la prenda podrá quedar en poder del deudor. Este se considerará, para los fines de la responsabilidad civil y penal correspondiente, como depositario Judicial de los frutos, productos, ganados, aperos y demás muebles dados en prenda"*.

El artículo 328 del citado ordenamiento establece un derecho de preferencia en los siguientes términos: "Los créditos de Habilitación o Avío, debidamente registrados se pagarán con preferencia a los refaccionarios, y ambos con preferencia a los hipotecarios inscritos con posterioridad. Cuando el traspaso de la propiedad o negociación para cuyo fomento se haya otorgado el préstamo sea hecho sin consentimiento previo del acreedor, dará a éste derecho de rescindir el contrato o a dar por vencida anticipadamente la obligación y a exigir su pago inmediato".

"En virtud de esta garantía el acreedor tendrá derecho de preferencia para el pago de su crédito con el producto de los bienes gravados sobre todos los demás acreedores del deudor, con excepción de los llamados de dominio y de los acreedores por créditos hipotecarios inscritos con anterioridad. La preferencia que se establece no se extinguirá por el hecho de pasar los bienes gravados a poder de tercero, cualquiera que sea la causa de traslación de dominio." (Artículo 333 LGTOC)

El acreedor podrá reivindicar los frutos o productos dados en prenda de un crédito de habilitación o refaccionario contra quienes los hayan adquirido directamente del acreditado o contra los adquirentes posteriores que hayan conocido o debido conocer las prendas constituidas sobre ellos. (art. 330 LGTOC.)

El crédito refaccionario es de una apertura de crédito, con destino especial. El artículo 326 del mismo ordenamiento, señala: *“Los contratos de crédito refaccionario o de habilitación o avío:*

- I. Expresarán el objeto de la operación, la duración y la forma en que el beneficiario podrá disponer del crédito materia del contrato.*
 - II. Fijarán, con toda precisión, los bienes que se afecten en garantía, y señalarán los demás términos y condiciones del contrato.*
 - III. Se consignarán en contratos privados que se firmarán por triplicado ante dos testigos conocidos, y se ratificarán ante el encargado del Registro Público del que habla la Fracción IV.*
 - IV. Serán inscritos en la Sección Única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio.*
- ...
...”

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

Mediante éste tipo de crédito, se puede realizar el pago de pasivos que provienen de los gastos de explotación, de la compra de bienes muebles o inmuebles, siempre que las operaciones de que provengan dichos pasivos hayan tenido lugar dentro del año anterior a la fecha del contrato. El plazo máximo de éstos créditos, puede ser de quince años, sin embargo en la práctica bancaria se otorgan en plazos de hasta cinco años.

Los créditos refaccionarios deben quedar debidamente garantizados con las fincas, construcciones o edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles y con los frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento se destine el crédito o con partes de dichos bienes, esto de acuerdo al artículo 324 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente- Se puede contar con garantías reales adicionales sobre bienes muebles e inmuebles, o sobre la unidad industrial, agrícola o ganadera a la que se destina el financiamiento.

El acreedor, tendrá en todo tiempo el derecho de designar un interventor que cuide el exacto cumplimiento de las obligaciones del acreditado También tiene, el acreedor, derecho de rescindir el contrato, dar por vencida anticipadamente la obligación, y exigir el reembolso de las sumas que se hayan proporcionado con sus intereses, si el

acreditado emplea los fondos que se le suministren en fines distintos de los pactados, o no atienden a su negociación con la diligencia debida (art. 327 LGTOC).

Las instituciones de crédito de banca múltiple como las de Desarrollo, están expresamente autorizadas para celebrar contratos de créditos refaccionarios. Pero hay pequeñas variaciones entre unas y otras, fundamentalmente respecto del término al cual puede conceder cada crédito- En este tipo de contratos, pueden ser acreditadas todas las personas físicas o morales que no tengan incompatibilidad con el comercio y que no estén disminuidos o inhabilitados en su capacidad de ejercicio, en los términos de las reglas generales del derecho de crédito (artículos 3° y 2°. LGTOC)

El término del Contrato Refaccionario, tanto en los bancos de depósito como en los de ahorro y las financieras, el plazo no deberá exceder de 20 años. No obstante, el contenido proteccionista a favor de las instituciones de crédito, lo exitoso para ellas no es ejecutar la garantía, sino obtener el pago de sus créditos. Para esto es necesario realizar un previo análisis, del prospecto del deudor y, sólo concederlo a personas ampliamente solventes en términos comerciales. La ejecución de las garantías presente un cierto número de problemas, cuyo costo en tiempo de oportunidad e interés puede ser más alto que el precio de los bienes en garantía.

Estos créditos se otorgan a empresas sanas con necesidades de capital a mediano o largo plazo, para el crecimiento razonable y para reestructurar sus adeudos a corto plazo cuando sean plenamente justificables, en las cuales el solicitante aporta la mitad con recursos propios sobre el total del proyecto, ya que el crédito representa un apoyo financiero y no capital de riesgo.

Conclusión.

Para concluir este capítulo, es necesario señalar que los contratos de Mutuo con Intereses, Apertura de Crédito, Habilidad o Avío y Refaccionario, son actos jurídicos en los que se consignan obligaciones personales, que accesoriamente pueden ser garantizados con una garantía real; señalando de antemano que no son los únicos, pero sí los más frecuentes.

Lo anterior queda entendido, pues si bien es cierto que el otorgamiento del Crédito por parte del Banco (acreditante) se traduce en una conducta de sólo dar, también lo es la obligación del cliente (acreditado) de restituir el crédito en los términos y condiciones pactados; y por la conducta de Hacer a la que está condicionado.

Esto sin dejar de lado, que todo contrato produce o trasmite derechos y obligaciones para las partes; es de señalar que tanto el contrato de Habilidad o Avío y Refaccionario son de especial destino, lo que limita por si mismo el crédito y lo constriñe a un hecho en particular.

III. CONTRATO DE HIPOTECA EN PARTICULAR

3.1 CONCEPTO

Régimen Legal.

“La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da a este, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagada con el valor de los bienes, en grado de preferencia establecido por la ley” (art. 2893 C.C.F.)

El maestro Ramón Sánchez Medal, establece: Hipoteca *“Contrato por el que el deudor o un tercero en una determinada obligación, conceden el derecho a hacer que se venda un determinado bien en caso de incumplimiento de dicha obligación y a que se pague con su precio el pago de la misma con preferencia a otros acreedores”*²⁰

El maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo, señala: *“Es un contrato en virtud del cual se constituye un derecho real sobre bienes enajenables que no se entregan al acreedor, para garantizar con su valor el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago”*²¹

De las definiciones del Código Civil Federal y doctrinarios, puedo aportar:

“El contrato de hipoteca es aquel en el que una persona, denominada deudor hipotecario, constituye a favor de otra, llamada acreedor hipotecario, un derecho real sobre bienes inmuebles (generalmente), que son de su propiedad o de los que tenga facultad de disponer, los cuales son especialmente determinados y enajenables y que no se entregan al acreedor; para que en caso de incumplimiento de la obligación principal y/o accesorios, el acreedor hipotecario tenga acción para ser pagado en preferencia con el valor de los bienes, de acuerdo a lo que establezca la ley”.

3.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

3.2.1. CONSENTIMIENTO.

Es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones; en el presente contrato la manifestación de la voluntad se exteriorizara de forma expresa. De manera tal que la oferta y aceptación lleguen a establecer el consentimiento.

En el presente contrato de Hipoteca dicha manifestación de la voluntad deberá exteriorizarse de forma expresa.

En todo contrato el consentimiento se integra por la oferta y la aceptación, pudiendo las partes fijar un plazo para la aceptación, por lo cual la oferta expira cuando fenezca el plazo; en caso de no establecerse un plazo para la aceptación el oferente queda desligado de la misma si no se acepta inmediatamente; la misma regla se aplicará

²⁰ SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN. De Los Contratos Civiles; Décimo Séptima Edición actualizada, Editorial Porrúa. México 2001. Pág. 489.

²¹ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Ob. Cit. pág. 347.

a la oferta hecha por teléfono o a través de cualquier otro medio electrónico, óptico o de cualquier otra tecnología que permita la expresión de la oferta y la aceptación de ésta en forma inmediata. (arts. 1804 y 1805 C.C.).

La oferta y aceptación surten sus efectos cuando se realiza entre presentes, mas cuando hay ausencia de alguna de las partes deberá de haber un *contexto para perfeccionarse*.

Sin embargo, cuando alguna de las partes no esté presente la exteriorización de la voluntad se podrá realizar, *por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología, o por signos inequívocos.* (art. 1803 del C.C.F.); en el ámbito mercantil se establece, que: *“En los actos de comercio podrán emplearse los medios electrónicos, ópticos o cualquier otra tecnología. Para efecto del presente Código....”* (art. 89, tercer párrafo, C.COM.)

Teniendo en cuenta los cuatro momentos que son la *declaración, expedición, recepción e información*, de los cuales ya he hablado anteriormente, por lo que solo los enunciaré.

Los contratantes entre ausentes (no confundir con el término jurídico de ausencia), se da en cuatro momentos a saber, que son:

- **La Declaración**, es cuando el que ha recibido un mensaje por carta, correo electrónico, óptico, etc., expresa verbalmente o por el mismo conducto su acuerdo para contratar.
- **La Expedición**, cuando el que recibió la oferta contesta ya sea por el mismo medio u otro que este dentro de la ley, ya sea verbal o escrito aceptando la oferta;
- **La Recepción**, cuando el oferente recibe la contestación de aceptación, por lo que desde este momento se perfecciona el acto;
- **La Información**, cuando el oferente hace saber al aceptante que recibió su mensaje de aceptación.²²

Como se observa el contrato de hipoteca se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, mas cabe aclarar que, el derecho real se perfecciona hasta la inscripción del contrato en el Registro Público de la Propiedad.

Por su parte el artículo 78 del Código de Comercio establece: *"En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en manera y términos que quiso obligarse, sin que la validez del acto dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados"*.

De acuerdo, a las reformas del 29 de mayo de 2000 al Código Civil Federal y el 29 de agosto del 2003, hechas al Código de Comercio, se reconoce el comercio electrónico, como forma de hacer negocios jurídicos, es decir, otorgar el consentimiento.

²² ORTIZ-URQUIDI, RAÚL, Ob. Cit., pág. 283.

3.2.2. OBJETO.

El objeto en el contrato de hipoteca se contempla de la siguiente forma:

Objeto Directo. Lo constituye la celebración del propio acto jurídico en el cual se crean derechos y obligaciones de cada una de las partes.

Objeto Indirecto. Está conformado por las obligaciones recíprocas de la partes en el contrato, por lo cual el acreedor hipotecario se obliga a Dar al deudor hipotecario un bien fungible (el cual generalmente consiste en dinero), mientras que el deudor hipotecario se compromete al cumplimiento de lo pactado no solo a través de una obligación personal, sino que lo garantiza con derecho real.

Obligaciones del acreedor y deudor hipotecarios.

Acreedor Hipotecario.

- Poner a disposición del deudor hipotecario una determinada cantidad de dinero (generalmente).
- Cumplir con los términos, condiciones y plazos del contrato.

Deudor Hipotecario.

- Cumplir con su obligación personal.
- Garantizar el cumplimiento de la obligación personal a través de un derecho real (generalmente Inmueble).
- A conservar en buen estado la garantía real.
- A responder en caso de evicción del objeto material dado en garantía.
- A responder por la insuficiencia en la garantía otorgada.
- A no arrendarlo (salvo pacto en contrario).
- A cumplir los términos, condiciones y plazos establecidos en el contrato

En cuanto al objeto material, vinculado a la cosa, susceptible de ser hipotecada, me remitiré a lo dispuesto por el artículo 1824 del Código Civil Federal.

“La cosa objeto del contrato debe:

1o. Existir en la naturaleza.

2o. Ser determinada o determinable en cuanto a su especie.

3o. Estar en el comercio”.

- Existir en la naturaleza.

En el contrato de hipoteca el objeto material que el deudor hipotecario pone como garantía para el cumplimiento de su obligación personal deberá de existir en el momento de celebrar el contrato, por lo que en este caso no opera el hecho de que pudiera llegar a existir como en el caso de una compraventa de una casa que se va a construir o de una cosecha; en virtud de que el objeto material debe ser especialmente determinado en oposición a determinable, pues no se puede hipotecar lo que aun no existe. (art. 2895 C.C.F.)

Sin embargo, cabe aclarar que si se puede hipotecar una cosa futura, siempre y cuando sean inherentes a lo hipotecado o resultado de lo hipotecado, así como también cuando lo hipotecado sea insuficiente para garantizar el cumplimiento de la obligación. (arts. 1826, 2907 y 2909 C.C.F.) Por oposición no pueden ser hipotecados los bienes futuros relativos a la herencia o donación.

- *Ser determinada o determinable.*

En el contrato de hipoteca el bien dado en garantía (generalmente inmueble), deberá ser especialmente determinado (art. 2895 C.C.F.)

Dicha exigencia impide la constitución de hipotecas tácitas o generales que perjudican el crédito del deudor e impiden la constitución de segundas o ulteriores hipotecas sobre los bienes, por la inseguridad que representa para otros acreedores, la falta de precisión del bien que constituye la garantía para el cumplimiento de la obligación. (art. 2895 C.C.F.) "La hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados no obstante lo anterior, existe una excepción a esta regla, al permitir la ley la hipoteca respecto de la parte alícuota del derecho de un copropietario ya que la porción indivisa del copropietario de un bien, no es determinada y sólo puede determinarse al concluir la copropiedad por la división del bien. En este caso, la hipoteca sólo gravará la parte que le corresponda en la división al deudor hipotecario y el acreedor tiene el derecho de intervenir en la división para impedir que pueda aplicarse a su deudor, en su perjuicio, una parte del bien con valor inferior al que legalmente le corresponda (art.2902 C.C.F.). El hecho que la ley permita la hipoteca de parte alícuota en la copropiedad, obedece a que esta falta de determinación del bien hipotecado no tiene los inconvenientes de la hipoteca tácita o general, porque ni perjudica al crédito del deudor, ni impide la constitución de ulteriores gravámenes y además está determinado el bien respecto del cual tiene el deudor su derecho indiviso.

El artículo 2896 del C.C.F., establece que la hipoteca se extiende, a bienes, aunque no se especifique en el contrato:

- I. Las accesiones naturales del bien hipotecado;*
- II. Las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados;*
- III. Los objetos muebles incorporados permanentemente, por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de esta o deterioro de esos objetos.*
- IV. Los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre edificios hipotecados."*

Los objetos materiales de la hipoteca también podrán consistir en bienes litigiosos, a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado preventivamente, o si se hace constar en el Título Constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito. (art. 2898, frac. VI. C.C.F.)

Dentro de los bienes que son susceptibles de hipotecar encontramos aviones, barcos, ferrocarriles, comprendiendo esta última concesión, vía férrea, maquina, dinero en caja y créditos, así como también los bienes muebles incorporados en forma permanente a las fincas y que no puedan separarse de la misma sin menoscabo de está. Tal y como lo establece la fracción III del artículo 2896 del C.C.F.

De igual forma lo son la nuda propiedad (art. 2900 del C.C.F.) que se extiende al usufructo siempre y cuando se consolide en aquella. También lo es el usufructo de acuerdo a lo establecido por el artículo 2903 del citado ordenamiento, el cual se refiere al hecho de hipotecar el usufructo del un bien mientras esté dure ya que al finalizar el mismo se tendrá que sustituir la garantía.

El artículo 2902 del código antes referido, establece que el copropietario solo podrá hipotecar la parte alícuota que le corresponde del bien, siempre y cuando tenga el consentimiento de los demás copropietarios.

También se puede hipotecar la servidumbre siempre y cuando esta hipoteca contemple al predio dominante, tal y como lo establece la fracción III del artículo 2898.

No se debe olvidar que un bien hipotecado, es susceptible de ser nuevamente hipotecado, tanto en segundo como en tercer lugar de acuerdo a lo establecido en el artículo 2901 del Código citado.

- Estar en el comercio.

El bien susceptible de hipotecar debe ser enajenable, esto con el objeto de que garantice el cumplimiento de la obligación principal, por ende el objeto material del contrato de hipoteca no deberá estar fuera del comercio ya sea por su naturaleza o por disposición de Ley, es decir quedan fuera del comercio aquellos bienes que no puedan ser poseídos por un individuo exclusivamente, o por disposición legal en aquellos que se declare irreductibles a propiedad particular. (art. 748 y 749 C.C.F.)

3.3. REQUISITOS DE VALIDEZ

3.3.1. CAPACIDAD.

“El mayor de edad tiene la facultad de disponer libremente de su persona y de sus bienes, salvo las limitaciones que establece la ley”. (art.24 C.C.F.).

El artículo 1798 del Código Civil Federal establece: *“Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley”.*

Por su parte el artículo 5 del Código de Comercio establece: *“Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal de ejercerlo”.*

En la hipoteca las partes requieren tener la capacidad para contratar, como subdivisión de la capacidad de ejercicio, la cual deberá ser amplia y sin limitaciones.

Por lo que no pueden contratar aquellos que tengan límite en su capacidad (mejor conocido como incapacidad), ya sea por un hecho natural o por disposición legal; dentro de los cuales tenemos a los menores emancipados, quienes para hipotecar necesitan de autorización judicial, así como los mayores de edad que por causa de enfermedad reversible o irreversible, o que en su estado particular de discapacidad, ya sea de carácter físico, sensorial, intelectual, emocional, mental o varias de ellas a la vez, no puedan gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad, por sí mismos o por algún medio que la supla. (arts. 450, 451 y 643-I C.C.F.)

La legitimación es una facultad que otorga la ley a una tercera persona para que contraiga obligaciones y/o derechos a nombre de su representado (ya sea persona física o moral) por lo cual dicha legitimación podrá ser en representación de una persona con capacidad de ejercicio o por disposición de ley de aquellas que tengan límite en su capacidad; en ambos casos el representante tendrá la administración de bienes, la cual puede ser amplia o restringida.

A su vez también están limitados para contratar aquellos que administren bienes de incapaces (algunos autores refieren que esto no es propiamente una incapacidad, sino más bien una falta de legitimación), por lo que no podrán celebrar este contrato sin autorización expresa:

- El tutor no puede hipotecar los bienes de su pupilo sin autorización judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 561 del C.C.F.
- El emancipado solo podrá hipotecar sus bienes mediante autorización judicial (art.643 fracc. I).
- No se puede hipotecar el patrimonio familiar (727).
- El usuario y el que tiene derecho de habitación no pueden hipotecar. (art.1051).
- El albacea no puede hipotecar sin consentimiento de los herederos o legatarios los bienes de la herencia. (art.1719).

Es menester señalar que también están impedidos para contratar aquellas personas físicas o morales que estén en las listas del buró bancario; más esto no obedece a la capacidad de las partes sino al consentimiento para contratar de alguna de ellas.

Toda vez que el contrato de Hipoteca es traslativo de dominio tanto el acreedor hipotecario como el deudor hipotecario requieren tener la capacidad de ejercicio así como su subdivisión que es la capacidad de contratar; para el caso de que alguno de los contratantes estuviese representado es necesario que el representante tenga las facultades de administración y dominio; Sin embargo, la ley prevé una excepción en cuanto a la representación, cuando el menor de edad o emancipado pueda convertirse en acreedor o deudor, en virtud de no estar en el lugar el tutor o representante legítimo, o bien cuando carezca de aquel; y el menor o emancipado requiera de dinero o bienes fungibles para proporcionar alimentos.

Para la representación de personas morales que puedan ser en el contrato mutuante o mutuuario el representante legal, deberá acreditar tener la facultad para la realización de actos de administración y dominio.

Para el caso de celebrar un contrato donde se otorgue una garantía hipotecaria es necesario que el acreedor no requiere tenerla capacidad de general para contratar, por su parte el deudor hipotecario deberá de haber acreditado la capacidad general, así como la facultad para disponer de los bienes propios o ajenos que se pretenden hipotecar; en virtud de que solo puede hipotecar aquel que puede enajenar. (Art. 2906 C.C.F.)

3.3.2. VICIOS DE LA VOLUNTAD.

En el contrato de hipoteca el consentimiento es expreso y se debe otorgar en forma libre y veraz, de tal manera que acreedor hipotecario y deudor hipotecario estén de acuerdo tanto en la persona, objeto y las formalidades y condiciones del contrato. Por lo que el consentimiento no deberá estar viciado por error, dolo, mala fe, violencia o lesión.

De cada uno de los vicios del consentimiento hablaré brevemente adecuándolos al contrato de Hipoteca:

Error Obstáculo.

- *De identidad de persona.*- cuando en el contrato una de las partes ostenta una identidad que no es la suya, mas esto no impide que sea obligado a cumplir con su obligación una vez que se establezca su identidad.
- *Identidad del objeto.*- este se refiere a las prestaciones que ambas partes se deben de *Dar y Hacer.* por ejemplo, cuando la garantía hipotecaria es distinta a la acordada o no se puede identificar plenamente.
- *Naturaleza del contrato.* Un ejemplo, para el presente contrato es que una de las partes cree que se celebra un contrato de Hipoteca y la otra piensa que es un contrato de Prenda.

Error Nulidad

- *Error de Hecho.*- este se da cuando recae sobre la naturaleza o las características del objeto material, un ejemplo lo es cuando el acreedor hipotecario desposee al deudor hipotecario del objeto material de la garantía.
- *Error de Derecho.*- este se basa en la falsa interpretación legal aplicable al mismo contrato, volviendo al ejemplo anterior el deudor hipotecario entrega la posesión al acreedor hipotecario del bien generalmente inmueble, por ignorancia de ambos o mala fe de alguno de ellos.

Error Indiferente.

- También llamado aritmético, un ejemplo lo es cuando las partes no señalaron las medidas correctas de la parte alícuota a hipotecar, por lo que sólo se realizará la adecuación correspondiente.

Dolo.

- Este se da cuando se utiliza sugestión o artificios para hacer caer o mantener en el error a la contraparte, un ejemplo lo es cuando el menor de

edad emancipado hipoteca algún bien de su propiedad (sabiendo de antemano que necesita de la autorización judicial o consentimiento del tutor).

Mala fe.

- Este se da cuando una de las partes conoce el error en que incurrió su contraria y se permite que continúe en él; un ejemplo lo es cuando el acreditado suscribe mas pagarés de los debidos y el acreditante al darse cuenta no le indica nada al acreditado.

Violencia.

- Es resultante del uso de la fuerza física o amenaza que importe peligro de perder la vida la honra, libertad, o salud o perder unas parte considerable de sus bienes o de su cónyuge, ascendientes o descendientes, o parientes colaterales hasta el segundo grado.

Lesión.

- Este se da cuando se explota la suma ignorancia o la extrema necesidad del otro obteniendo un lucro excesivo, para lo cual se vale de un aspecto psicológico y objetivo; siendo necesario señalar que la lesión solo ocurre en los contratos conmutativos y onerosos, un ejemplo clásico es el interés desproporcionado; o bien cuando se hipotequen los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca; o bien la servidumbre de paso, cuando esta no comprenda el predio dominante.

3.3.3. FORMALIDADES.

Todo contrato tiene forma, en virtud de que requieren la exteriorización de la voluntad ya sea de forma expresa o tácita; en el contrato de hipoteca dicha forma siempre es expresa (art. 2919 C.C.F.)

El maestro Bernardo Pérez Fernández del Castillo, señala:

“En cuanto a las formalidades en el contrato de hipoteca, estas siguen las mismas reglas de la compraventa. Esto es, debe de otorgarse en escritura pública si se trata de bienes inmuebles que excedan de la cantidad de resultante de 365 veces el salario mínimo general, así mismo cuando se trate de créditos en los que se constituya una garantía hipotecaria se observaran las formalidades del los artículos 2317, 2320 y 2917 del C.C.F.”²³

El contrato de hipoteca es formal, ya que para su validez se requiere de la forma escrita, en la que conste la constitución de la hipoteca, además de ser registrada en el Registro Público de la Propiedad con el fin de que surta efectos frente a terceros, de acuerdo a lo establecido por el artículo 2919 del Código Civil Federal.

²³ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO. Ob. Cit. Pág.354.

O bien, en escritura privada firmada por las partes y dos testigos, ratificada ante el registrador público, juez o fedatario público, siempre y cuando el valor de avalúo del bien no exceda los trescientos sesenta y cinco días de salario mínimo vigente.

Para el caso de constituirse una hipoteca por declaración unilateral de la voluntad, o en ciertas hipotecas necesarias, o constituidas por el legatario o heredero por disposición del testador, se seguirán las formalidades indicadas en los párrafos anteriores, con la salvedad de que no es necesaria la comparecencia del acreedor.

Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor, según avalúo bancario sean mayor de trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo vigente en el Distrito Federal y que implique la creación y transmisión derechos reales estimados en más de esa suma o que garanticen un crédito por mayor cantidad que la mencionada, deberán constar en escritura pública ante notario, salvo los casos de excepción a los que se refieren los artículos 2317, 2320 y 2917 del Código Civil Federal".

Es de mencionar que, el contrato de hipoteca se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, **sin embargo cabe aclarar que, el derecho real se perfecciona hasta la inscripción del contrato en el Registro Público de la Propiedad;** para que sea oponible frente a terceros.

3.3.4. FIN O MOTIVO

El fin de la hipoteca es garantizar el cumplimiento de la obligación personal del deudor, mediante el establecimiento de un derecho real sobre un bien inmueble (generalmente), que cumple con las condiciones de enajenable, siendo en todo momento determinado y determinable.

Dicho derecho real que tiene el acreedor respecto del o los bienes del deudor son oponibles a terceros, siempre y cuando se cumpla con las formalidades descritas en el punto anterior.

El objeto, fin o motivo no solo se refiere a los bienes inmuebles exclusivamente, toda vez que el ámbito mercantil se puede hipotecar aeronaves, navíos mercantes y comerciales; y líneas férreas, etc., por lo cual el derecho real puede tener distinta connotación dependiendo de la materia de que se hable.

Uno de los principios de este fin o motivo de la hipoteca es que se constituye sobre bienes que son enajenables, por lo cual no se puede hipotecar los futuros, es decir, aquello que el heredero pudiera esperar recibir como una herencia o donación.

La garantía real que se establece a través del derecho real puede ser propiedad del deudor o de un tercero; es por ello que se admite se hipoteque la parte alícuota de un bien cuando este se encuentra bajo el régimen de copropiedad.

Abundando; la garantía real consiste en el derecho que tiene el acreedor para ser pagado por el incumplimiento de la obligación personal del deudor, en preferencia a otros acreedores de aquel, con el valor del bien hipotecado, sin necesidad durante la vigencia del contrato de desposeer al deudor del bien.

3.4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE HIPOTECA.

- ACCESORIO. Pues su validez depende de la existencia de una obligación principal.
- BILATERAL O UNILATERAL. El primero por un acuerdo de la voluntad de las partes o bien por declaración unilateral para efectos de administración del heredero o legatario, así como para garantizar obligaciones futuras o sujetas a condición.
- FORMAL. Dicho acto debe cumplir con las formalidades que establece la ley para surtir efectos contra terceros.
- DE TRACTO SUCESIVO. En virtud del derecho real que se establece para garantizar el cumplimiento de una obligación personal, que está sujeta a término, plazo o condición.
- NOMINADO. Pues está regulado por la Ley Sustantiva Civil y comprendido en otras legislaciones como mercantil y fiscal.
- CONSENSUAL. Porque la ley los reviste de una determinada forma para celebrarlos.²⁴

3.5. GARANTÍA HIPOTECARIA EN EL CONTRATO DE HIPOTECA.

El objeto de la garantía es de cumplir con obligaciones futuras, de las cuales no sólo se precisa la fuente o el hecho de que podrían nacer, en virtud de que como he señalado la garantía proviene de un derecho real, que a su vez deriva de una obligación personal que tiene el deudor hipotecario con su acreedor.

El objeto material de la garantía hipotecaria debe existir en la naturaleza, ser especialmente determinado y estar en el comercio. (arts. 1825 y 2895 C.C.F)

La garantía hipotecaria deberá tener la característica de *ser enajenable*, en virtud de que dicho objeto material será objeto de gravamen, por lo cual sólo se puede hipotecar aquel bien (generalmente inmueble) que sea susceptible de enajenarse (art. 2894 y 2906 C.C.F.)

La razón de que los bienes hipotecados sean susceptibles de enajenación obedece a que su valor constituye la garantía del cumplimiento de la obligación personal y principal del deudor; por lo cual, aun cuando el contrato de hipoteca no es traslativo de dominio su función consiste en dar certidumbre de enajenación del bien para el pago de la obligación que garantiza. Asimismo, cabe hacer mención que el objetivo de gravar el bien inscribiéndolo en el Registro Público de la Propiedad obedece a hacerlo oponible frente a terceros.

Existen diversas clases de hipotecas de las cuales hablaré posteriormente; la hipoteca generalmente recae sobre bienes inmuebles, la cual se extiende aunque no se exprese:

²⁴ ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 409.

- I.- A las accesiones naturales del bien hipotecado;
- II.- A las mejoras hechas por el propietario en los bienes gravados;
- III.- A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;
- IV.- A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado, y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados. (Art. 2896 C.C.F.)

En este tenor se indica, que:

- “Puede hipotecarse la nuda propiedad, en cuyo caso si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, la hipoteca se extenderá al mismo usufructo si así se hubiere pactado.” (Art. 2900 C.C.F.)
- “Pueden también ser hipotecados los bienes que ya lo estén anteriormente, aunque sea con el pacto de no volverlos a hipotecar, salvo en todo caso los derechos de prelación que establece este Código. El pacto de no volver a hipotecar es nulo.” (Art. 2901 C.C.F.)

Es menester señalar que la hipoteca no comprende, *salvo pacto en contrario*:

- I.- Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito;
- II.- Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada. (art. 2897 C.C.F.).

Es necesario señalar aquellos bienes que *no son susceptibles de 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 preventivamente, o si se hace constar en el Título Constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito. (art. 2898 C.C.F.).

En este mismo tenor:

- “La hipoteca de una construcción levantada en terreno ajeno no comprende el área.” (art. 2899 C.C.F.)

3.5.1. SEGURIDAD DE LA GARANTÍA RESPECTO DEL OBJETO MATERIAL HIPOTECADO.

- “La hipoteca constituida sobre derechos reales, sólo durará mientras éstos subsistan; pero si los derechos en que aquélla se hubiere constituido se han extinguido por culpa del que los disfrutaba, éste tiene obligación de constituir una nueva hipoteca a satisfacción del acreedor y, en caso contrario, a pagarle todos los daños y perjuicios. Si el derecho hipotecado fuere el de usufructo y éste concluyere por voluntad del usufructuario, la hipoteca subsistirá hasta que venza el tiempo en el que el usufructo hubiera concluido, al no haber mediado el hecho voluntario que le puso fin.” (art. 2903 C.C.F.)
- “Si el inmueble hipotecado se hiciera, con o sin culpa del deudor, insuficiente para la seguridad de la deuda, podrá el acreedor exigir que se mejore la hipoteca hasta que a juicio de peritos garantice debidamente la obligación principal.” (art. 2907 C.C.F.)
- “Si quedare comprobada la insuficiencia de la finca y el deudor no mejorare la hipoteca en los términos del artículo 2907, dentro de los ocho días siguientes a la declaración judicial correspondiente, procederá el cobro del crédito hipotecario, dándose por vencida la hipoteca para todos los efectos legales.” (art. 2909 C.C.F.)
- “Si la finca estuviere asegurada y se destruyere por incendio u otro caso fortuito, subsistirá la hipoteca en los restos de la finca, y además el valor del seguro quedará afecto al pago. Si el crédito fuere de plazo cumplido, podrá el acreedor pedir la retención del seguro, y si no lo fuere, podrá pedir que dicho valor se imponga a su satisfacción, para que se verifique el pago al vencimiento del plazo. Lo mismo se observará con el precio que se obtuviere en el caso de ocupación por causa de utilidad pública o de venta judicial.” (art. 2910 C.C.F.)
- Si se hipotecaren varias fincas para la seguridad de un sólo crédito, es necesario determinar por qué porción del crédito responde cada una, pudiendo el deudor liberar del gravamen cada finca pagando la parte correspondiente; en caso de dividirse la finca se repartirá equitativamente el gravamen entre las fracciones (arts. 1912 y 2913 C.C.F.)

3.6. CLASES DE HIPOTECAS.

Al margen de existir diversas clases de hipotecas, como la “*de propietario y la Naval*”²⁵, me enfocaré en las del ámbito civil como son las *voluntarias y necesarias*.

a) “*Las Hipotecas Voluntarias son aquellas convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen.*” (art. 2920 C.C.F.)

*Estas se constituyen por la voluntad espontánea del deudor, o para cumplir con una obligación impuesta por el dueño de los bienes que se hipotecan; un ejemplo de lo anterior se da cuando el testador impone al heredero o legatario de un determinado bien de la sucesión, la obligación de hipotecarlo a favor de un legatario de pensión, ya sea por una simple declaración unilateral de la voluntad en términos de ley, o mediante contrato o acuerdo de voluntades.*²⁶

b) “*Las Hipotecas Necesarias. Llamase necesaria a la hipoteca especial y expresa que por disposición de la ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran, o para garantizar los créditos de determinados acreedores.*” (art. 2931 C.C.F.)

Dicha hipoteca también puede constituirse por declaración unilateral de la voluntad del deudor y por pedimento ante el juez para que firme en rebeldía del deudor. (art. 2935 C.C.F.)

Por lo que solo podrá hipotecar un bien aquella persona que pueda enajenar, así como solo pueden hipotecarse bienes enajenables, sin embargo, la hipoteca también puede ser constituida tanto por el deudor como por otro a su favor. (arts. 2906 y 2904 C.C.F.)

CASOS EN QUE SE DEBE CONCEDER LA HIPOTECA NECESARIA.

Tienen derecho de pedir la hipoteca necesaria para seguridad de sus créditos:

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

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

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

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

V.- El Estado, los pueblos y los establecimientos públicos, sobre los bienes de sus administradores o recaudadores, para asegurar las rentas de sus respectivos cargos. (art. 2935 C.C.F.)

²⁵ ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ÁNGEL. Ob. Cit. Pág. 415.

²⁶ SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN. Ob. Cit. 492.

Para lo cual:

- La constitución de la hipoteca necesaria podrá exigirse en cualquier tiempo, aunque hubiere cesado la causa que le diera fundamento, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado. (art. 2932 C.C.F.)
- El tutor interino dará garantía por el importe anual de los alimentos. Si administrare algún fondo destinado a este objeto, por él dará la garantía legal. (art. 318 C.C.F.)
- El ejecutor legal podrá también a nombre del legatario, exigir la constitución de la hipoteca necesaria. (art. 1703 C.C.F.)
- El tutor, antes de la discierna de el cargo, prestara caución para asegurar su manejo. Esta caución consistirá: "I. En hipoteca o en prenda..." (art. 519 C.C.F.)

El albacea también está obligado, dentro de los tres meses contados desde que acepte su nombramiento, a garantizar su manejo, con fianza, hipoteca o prenda, a su elección, con forme a las bases siguientes:

"I. Por el importe de la renta de los bienes raíces en el última año y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;

II. Por el valor de los bienes muebles;

III. Por el de los productos de las fincas rústicas en un año, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del Juez;

IV. En las enajenaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculados por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos." (art. 1708 C.C.F.)

c) Otro tipo de hipotecas.

Tanto el Código de Comercio como la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, regula tipos de hipoteca en distintos contratos, como el préstamo mercantil, apertura crédito simple o en cuenta corriente, refaccionario, de habitación o avío; otro ejemplo lo constituye la hipoteca de la unidad industrial, la cual se aplica en el activo fijo como en el circulante que componen el patrimonio de la industria; para lo cual se anotaran en el Libro Segundo del Registro Público de la Propiedad; por su parte el Código Fiscal establece que los contribuyentes podrán garantizar el interés fiscal por prenda o hipoteca. (Fracc. II. Art. 141 del Código Fiscal).

3.7. ASPECTOS GENERALES DE LA HIPOTECA.

I.- La hipoteca tiene tres aspectos a saber:

- Como un derecho real de garantía, pues se distingue de las garantías personales, como la fianza.
- Se denomina hipoteca, a la propia garantía constituida;
- Se designa hipoteca al bien generalmente inmueble sobre el cual recae la el derecho real.

II. Accesoriedad.

El derecho real de garantía es siempre accesorio de una obligación personal, cuyo cumplimiento garantiza, ya sea derivado de un crédito, en una obligación de dar; la hipoteca como accesorio sigue la suerte de la obligación principal, en cuanto a su existencia, validez, nulidad, transición, extinción y modalidades.

III. Inseparabilidad.

Derivado de la Accesoriedad y naturaleza de persecutoria de la acción real, por lo cual sigue a la obligación personal aun cuando exista una transmisión de dominio, que sufra el mismo; siendo en su caso oponible a terceros.

IV.- Indivisibilidad.

Esta se refiere al hecho de que aunque la deuda garantizada sea reducida, el gravamen hipotecario seguirá íntegro.

Sin embargo, este principio de indivisibilidad tiene dos acepciones:

a) *“Cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, es forzoso determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y puede cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagándose la parte de crédito que garantiza.”* (Art. 2912 C.C.F.)

b) *“Cuando una finca hipotecada susceptible de ser fraccionada convenientemente se divida, se repartirá equitativamente el gravamen hipotecario entre las fracciones. Al efecto, se pondrán de acuerdo el dueño de la finca y el acreedor hipotecario; y si no se consiguieren ese acuerdo, la distribución del gravamen se hará por decisión judicial, previa audiencia de peritos.”* (Art. 2913 C.C.F.)

V.- Especialidad.

La hipoteca nunca es tácita ni general y recae sobre bienes especialmente determinados (arts. 2919 y 2895 C.C.F.), por lo cual la hipoteca recae sobre bienes o derechos enajenables, además que el bien debe existir en la naturaleza y estar dentro del comercio; por lo que afecta solamente los bienes especialmente determinados por el deudor y no a la generalidad de los bienes que tenga el mismo.

VI. Publicidad.

Esta se refiere a la inscripción del contrato en el Registro Público de la Propiedad, con el fin de que la hipoteca sea oponible a terceros, dicha inscripción establecerá la constitución, modificación y extinción de la hipoteca. (arts.2919, 2925 y 3042 fracc. I del Código citado).

3.8. DERECHOS REALES DERIVADO DE LA HIPOTECA.

En este punto es más que oportuno señalar lo expuesto por el maestro Ramón Sánchez Medal,²⁷ el cual divide el Derecho Real de la Hipoteca en tres puntos, que son:

I. Derecho eventual y diferido de la posesión de la cosa.

“La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor...”; situación que la diferencia de la prenda, siendo una garantía real en la cual no se desposee al deudor de la cosa, sin embargo, el acreedor hipotecario tiene el derecho diferido para poseer la cosa, cuándo se hace exigible la obligación a través de la acción hipotecaria, mediante el juicio respectivo, por el cual en el emplazamiento se establece que la posesión jurídica del bien pasa a poder del acreedor hipotecario. (art. 2893 C.C.F.)

Cabe hacer mención respecto de los frutos de la cosa hipotecada; si los mismos son anteriores al emplazamiento le corresponderán al deudor (salvo pacto en contrario), más si los frutos son posteriores al emplazamiento, estos quedaran inmovilizados y formaran parte de la hipoteca, convirtiéndose el deudor hipotecario en depositario judicial.

II. Derecho de enajenación de la cosa.

Es el derecho del acreedor hipotecario para pedir la venta de la cosa hipotecada y con el valor de esta ser pagado; pudiendo ser mediante venta judicial o extrajudicial, según hayan acordado las partes. Por lo cual el acreedor puede adquirir la cosa hipotecada en remate judicial, mediante comparecencia y puja en la diligencia de remate de la cosa hipotecada; o bien adquirirla fuera de esta, mediante venta extrajudicial, derivada del acuerdo en el precio por las partes.

III. Derecho de preferencia en el pago.

El acreedor hipotecario tiene el derecho ser pagado con preferencia a otros acreedores del deudor, sobre el valor de la cosa hipotecada respecto del remate judicial; cuando haya concurso de acreedores hipotecarios, se atenderá en base al orden cronológico del más antiguo al más reciente, y hasta donde se agote el valor de lo rematado. Por lo cual la hipoteca deberá estar inscrita en el Registro Público de la Propiedad.

²⁷ SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN. Ob.cit. 503-506.

3.9. EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA.

El artículo 2941 del Código Civil Federal, establece:

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

I.- Cuando se extinga el bien hipotecado;

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

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

IV.- Cuando se expropie por causa de utilidad pública el bien hipotecado, observándose lo dispuesto en el artículo 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”.

De acuerdo con el maestro Ramón Sánchez Medal, *“hay dos modos de extinción del derecho real de hipoteca: unos por vía indirecta, o sea cuando se extingue la obligación y a consecuencia de ello se extingue el derecho accesorio de hipoteca que la garantizaba; y otros por vía directa, por cuanto extinguen el derecho real de hipoteca, independientemente de la subsistencia de la obligación que ella garantizaba”.*²⁸

A) La extinción del *derecho real* de la hipoteca por *vía indirecta*, es tan variado como la extinción de las obligaciones, ya sea por dado en pago, novación, compensación, confusión, remisión, prescripción negativa, nulidad y demás causas de extinción de la obligación garantizada, en virtud de que se extinguen en vía de consecuencias el gravamen hipotecario. (art.2941, frac. II. C.C.F.), en términos simples, la hipoteca sigue la suerte de la extinción de la obligación principal, ya que esta es accesoria.

Sin embargo, existen dos claras excepciones a esta regla, la primera cuando hay dación en pago, y posteriormente el acreedor sufre de la evicción de la cosa recibida; o bien, cuando el deudor pierde la cosa que ha consentido dar al acreedor para el cumplimiento de su obligación; por lo que revive la acción después de sufrir la evicción o de conocer de la pérdida de la cosa. (Art. 2942 C.C.)

En la doctrina tradicional, se entinen por novación, la extinción de la obligación garantizada, mas pueden convenir las partes que la hipoteca pase a ser parte de la nueva obligación, ya que en el fondo hay una sustitución de la antigua obligación. (Arts. 2220 y 2221 C.C.F)

²⁸ Ídem, pág. 506.

B) La extinción del derecho real por *vía directa* se da cuando, se extingue la garantía real que soportaba la obligación principal, o más propiamente dicho la obligación personal.

- La fracción I del artículo 2941 del Código Civil Federal, establece como extinción de la hipoteca, - *La destrucción del bien hipotecado*: mas existen salvedades, en virtud que, si la cosa se destruyo parcialmente, la hipoteca subsiste sobre los restos del bien hipotecado, para garantizar la totalidad de la deuda en razón del principio de indivisibilidad que rige a la hipoteca. (art. 2910 y 2911 C.C.F.) Sin embargo, si la destrucción del bien hipotecado es total o aun siendo parcial, hace insuficiente la garantía consignada en ella, puede el acreedor solicitar la mejora o sustitución de la hipoteca: por lo cual en caso de que el deudor no lo hiciera el acreedor podrá solicitar el pago anticipado de la obligación, si esta fuera de término. (arts. 2907, 1959 fracc III y 1909 C.C.F.) Asimismo, cuando por causa de incendio o caso fortuito, se destruyese la finca hipotecada y esta estuviese asegurada contra tales siniestros, la hipoteca subsiste sobre los restos, además de el hecho de que el acreedor podrá pedir a la aseguradora que se retenga la indemnización que haya sobre la cosa, así como de que se le pague dicha indemnización en preferencia.
- Otra forma de extinguir de la hipoteca en *vía directa*, es por medio de la *expropiación*, en cuyo caso la indemnización, se destinara para el pago del crédito, o para garantizar ese pago si aun no se ha vencido dicho crédito (arts. 2910 y 2941 fracc. IV. C.C.F)
- Por *remate judicial*, se extingue en *vía directa* la hipoteca, por lo cual el adjudicatario, recibe el bien libre de gravamen, salvo pacto en contrario, por lo cual el juez de la causa manda cancelar la hipoteca, en virtud de lo anterior, el importe del bien hipotecado sujeto a remate judicial, se aplica al pago del crédito garantizado. Cabe hacer mención que el acreedor podrá convertirse en postor y adjudicatario en el remate judicial.
- Por *remisión o renuncia* expresa de la hipoteca del acreedor, de acuerdo a la fracción VI del artículo 2941 del Código Civil Federal.
- Por resolución o extinción del respectivo derecho real hipotecario (art. 2941 fracc. III C.C.F.); este se da cuando por convenio se haya acordado que la hipoteca tuviere una duración menor que la obligación garantizada, mas cuando dicho derecho se extinguió por culpa del deudor, este queda obligado a constituir una nueva hipoteca o a pagar los daños y perjuicios.
- Por prescripción del derecho real de hipoteca (art. 2941 fracc. VII C.C.), esta dura el término señalado por las partes, para el caso de no haberlo, esta dura diez años. (art. 2927 C.C.F.)

IV. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA HIPOTECARIA

4.1. ESPECIAL HIPOTECARIO

Antes de iniciar el desarrollo de este punto es conveniente señalar que el procedimiento en materia hipotecaria es de competencia local, por lo que para una mejor comprensión me remitiré a lo expuesto por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

4.1.1. NATURALEZA EJECUTIVA

La existencia de un título ejecutivo es el supuesto fundamental, para iniciar el juicio ejecutivo, razón por la cual toda demanda deberá estar acompañada por este documento, mismo que por su naturaleza trae aparejada su ejecución.

El artículo 443 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece:

“Para que el juicio ejecutivo tenga lugar se necesita un título que lleve aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución:

I. La primera copia de una escritura pública expedida por el juez o notario ante quien se otorgó;

II. Las ulteriores copias dadas por mandato judicial, con citación de la persona a quien interesa;

III. Los demás instrumentos públicos que conforme al artículo 333 hacen prueba plena;

IV. Cualquier documento privado después de reconocido por quien lo hizo o lo mandó extender; basta con que se reconozca la firma aun cuando se niegue la deuda;

V. La confesión de la deuda hecha ante juez competente por el deudor o por su representante con facultades para ello;

VI. Los convenios celebrados en el curso de un juicio ante el juez, ya sea de las partes entre sí o de terceros que se hubieren obligado como fiadores, depositarios, o en cualquier otra forma;

VII. Las pólizas originales de contratos celebrados con intervención de corredor público;

VIII. El juicio uniforme de contadores si las partes ante el juez o por escritura pública, o por escrito privado reconocido judicialmente se hubieren sujetado a él expresamente o lo hubieren aprobado.

IX.- El estado de liquidación de adeudos, intereses moratorios y/o pena convencional que se haya estipulado en la Asamblea General de Condóminos, suscrita por el administrador y/o comité (sic) vigilancia, en el que se incluya copia certificada por Notario Público o por la Procuraduría Social del Distrito Federal, del Acta de Asamblea General relativa y/o del Reglamento Interno del condominio o conjunto condominal, en el que se haya determinado las cuotas a cargo de los condóminos o poseedores para los fondos de mantenimiento, administración, reserva, intereses y demás obligaciones de los condóminos. De acuerdo a lo estipulado en el párrafo tercero del artículo 59 de la nueva Ley de Propiedad en Condominio de Inmuebles para el Distrito Federal.

X.- Los convenios emanados del procedimiento de mediación que cumplan con los requisitos previstos en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, y

XI.- Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la Ley.

Es de señalar que además de la materia civil, los títulos ejecutivos, los títulos de crédito también son regulados en el ámbito mercantil.

En este sentido, el Código de Comercio regula los títulos ejecutivos en su artículo 1391, el cual establece:

“El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución.

Traen aparejada ejecución:

I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348;

II. Los instrumentos públicos, así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos, en los que conste alguna obligación exigible y líquida;

III. La confesión judicial del deudor, según el artículo 1288;

IV. Los títulos de crédito;

V. (Derogado);

VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;

VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor;

VIII. Los convenios celebrados en los procedimientos conciliatorios tramitados ante la Procuraduría Federal del Consumidor o ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, así como los laudos arbitrales que éstas emitan, y

IX. Los demás documentos que por disposición de la Ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.”

A manera de comentario es de señalar que mientras la legislación civil, señala los requisitos que deben tener los documentos para dar lugar al juicio ejecutivo; la legislación mercantil ya establece el procedimiento ejecutivo desde su definición.

Es así que, la naturaleza ejecutiva se basa en título ejecutivo que trae aparejada ejecución de una cantidad líquida. Si dicho instrumento, contiene una cantidad líquida en parte y en parte ilíquida, por aquella se decretará la ejecución, reservándose por el resto los derechos del promovente; esta situación también se puede dar de la diligencia preparatoria (art. 446 C.P.C.D.F.).

Asimismo, es improcedente la acción ejecutiva, cuando las obligaciones estén sujetas a condición suspensiva o a plazo, y solo procederá hasta el momento de aquella o esta se haya cumplido; o bien, se dé por vencido anticipadamente el contrato por incumplimiento de alguna de las partes. (art. 448 C.P.C.D.F.).

*Los juicios ejecutivos contendrán siempre dos secciones: una primera sección denominada **principal** conteniendo la demanda, la contestación, el juicio y su sentencia; y una segunda sección denominada de **ejecución**, que contendrá el auto de ejecución y todo lo relativo a éste, a la depositaria y sus incidentes, a la mejora y reducción del embargo, al avalúo y remate del o los bienes; para lo cual ambas secciones conforman un solo cuaderno, y aún cuando sea accesorio del principal, debe tramitarse por cuerda separada. (Art. 454 C.P.C.D.F.).*

La sección de ejecución se integrará con:

- I. Copia cotejada de la demanda y en su caso de la sentencia;*
- II. Copia simple del auto de ejecución dictado en el principal;*
- III. Nombramiento de depositario y otorgamiento de su fianza o caución;*
- IV. Cuentas de los depositarios e incidentes correspondientes;*
- V. Remoción de depositarios y nombramientos de los substitutos;*
- VI. Avalúos periciales y sus incidentes;*
- VII. Arrendamiento de bienes depositados.*
- VIII. Mandamiento de subastar los bienes embargados;*
- IX. Remate, calificación de posturas y fincamiento del mismo;*
- X. Aprobación del remate; y*
- XI. Posesión de los bienes adjudicados y otorgamiento de las escrituras correspondientes en rebeldía de las partes.*

Terminada la sección de ejecución se agregará al cuaderno principal. (arts. 456 y 457 C.P.C.D.F.)

4.1.2. PROCEDENCIA VÍA ESPECIAL HIPOTECARIA

Para el desarrollo del presente punto es necesario recordar que el juicio en vía hipotecaria debe fundarse en documento que tenga aparejada ejecución, tal como lo dispone el artículo 443 del C.P.C.D.F; así mismo es de resaltar lo dispuesto por sus similares 12 y 468 del mismo ordenamiento adjetivo, los que establecen:

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

“Se tramitará en la vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la constitución, ampliación, división, registro y extinción de una hipoteca, así como su nulidad, cancelación, o bien, el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice.

Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario se siga según las reglas del presente capítulo, es requisito indispensable que el crédito conste en escritura pública o escrito privado, según corresponda en los términos de la legislación común, y registrado en el Registro Público de la Propiedad y que sea de plazo cumplido, o que éste sea exigible en los términos pactados o bien conforme a las disposiciones legales aplicables.” (art. 468)

De lo anterior, me referiré brevemente de los conceptos de *constitución, ampliación, división y registro de la hipoteca.*

a) Constitución

En el capítulo anterior, se expuesto que la hipoteca es una **constitución** de un derecho real derivado de una obligación personal, que recae sobre un bien generalmente inmueble. Dicha constitución de hipoteca se podrá realizar por medio de documento privado (firmado por los contratantes y dos testigos; y ratificado ante notario, juez competente o ante el titular del Registro Público de la Propiedad; siempre y cuando el valor de lo hipotecado no exceda de 365 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal); Asimismo se puede constituir hipoteca mediante escritura pública ante notario (siempre que el valor de avalúo exceda los 365 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal). Arts. 2317, 2320 y 2917 del C.C.F.

b) Ampliación

Esta deriva de la constitución de un derecho real sobre un bien generalmente inmueble, el cual se vuelve insuficiente (con o sin culpa del deudor), para garantizar el cumplimiento de la obligación personal, situación que faculta al acreedor para exigir la

mejora de la hipoteca. Lo mismo ocurre en caso fortuito o incendio independientemente de existir un seguro el cual pudiera resultar insuficiente para garantizar el cumplimiento de la obligación.

c) División

En el capítulo anterior se desmitificó el hecho que la hipoteca es indivisible, pues la Ley Sustantiva Civil, permite que los copropietarios de un bien puedan hipotecarlo, o bien que se hipoteque la parte alícuota de un bien (con el consentimiento de los demás), por lo cual, tratándose de créditos en los que se constituya una garantía real y existan dos o más copropietarios, estos pueden responder por la parte alícuota del gravamen que les corresponde (salvo pacto en contrario), por lo cual, se debe identificar plenamente porque porción responde cada copropietario. De acuerdo a lo establecido por los artículos 2912 y 2913 del Código Civil para el Distrito Federal.

d) Registro

Una vez constituido un derecho real sobre un bien inmueble, ya sea en escritura pública o en documento privado se requiere que la hipoteca se registre o inscriba en el Registro Público de la Propiedad, según corresponda, con el fin de que sea oponible frente a terceros; en este punto, es menester diferenciar entre la inscripción de la hipoteca y de la cédula hipotecaria, toda vez que la primera se refiere a un derecho real oponible a terceros; mientras que la segunda es derivado del auto admisorio y se refiere a la acción interpuesta respecto a ese derecho real, es decir, al procedimiento jurisdiccional iniciado.

e) Pago o Prelación

Derivado de los incisos anteriores, el pago o la prelación es la facultad que tiene el acreedor para ser pagado en grado de preferencia con el valor de la venta judicial del bien (generalmente inmueble). Aún cuando el título ejecutivo provenga de una acción mercantil o que tenga el carácter mercantil, se establece la facultad de seguir un procedimiento ejecutivo en la vía civil, por medio del juicio especial hipotecario.

De la lectura del inciso a), se estableció que la hipoteca se constituye mediante escritura pública, tal y como determina el artículo 468 del C.P.C., para el Distrito Federal; sin embargo el artículo 469 del mismo ordenamiento, señala:

“Procederá el juicio hipotecario sin necesidad de que el contrato esté inscrito en el Registro Público de la Propiedad, cuando:

- I. El documento base de la acción tenga carácter de título ejecutivo;*
- II. El bien se encuentre inscrito a favor del demandado, y*
- III. No exista embargo o gravamen en favor de tercero, inscrito cuando menos noventa días anteriores a la de la presentación de la demanda.”*

Es necesario establecer, que la **legislación mercantil no establece un procedimiento especial hipotecario**, tratándose de **actos mercantiles de crédito con garantía hipotecaria**, sin embargo la legislación civil contempla los actos realizados

por instituciones de Banca Múltiple y/o Banca de Desarrollo en los que intervengan créditos con garantía hipotecaria y que consten en título ejecutivo que traiga aparejada ejecución; mismos que pueden ser exigidos a través del procedimiento en la vía ejecutiva mercantil, o bien, en la vía especial hipotecaria.

4.1.3. REQUISITOS DE LA DEMANDA

La demanda que interponga el acreedor (al que se le denominará en lo sucesivo actor), deberá de cumplir con lo establecido en el artículo 255 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en relación con lo comprendido por el artículo 1401 del Código de Comercio.

“Toda contienda judicial, principal o incidental, principiará por demanda, en la cual se expresaran:

I. El tribunal ante el que se promueve; (aquí se debe de establecer la competencia de órgano jurisdiccional, a través de la materia, cuantía, grado, territorio, etc.).

II. El nombre y apellidos del actor y el domicilio que señale para oír notificaciones; (esto con el fin de demostrar la capacidad procesal del actor, sin embargo las personas sin capacidad procesal podrán comparecer por medio de representantes legítimos; lo mismo ocurre con las personas morales, en virtud de comparecer por medio de sus órganos de representación o apoderados. El domicilio deberá de estar ubicado dentro del área de jurisdicción del tribunal, con el fin de hacerle notificaciones de carácter personal posteriores, previstas el artículo 114 del C.P.C.D.F.)

III. El nombre del demandado y su domicilio; (con el objeto de que el juzgador ponga en conocimiento al demandado de la existencia de un juicio en su contra y del plazo que tiene para contestar la demanda)

IV. El objeto u objetos que se reclamen, con sus accesorios; (en los juicios especiales hipotecarios se reclamará la constitución, ampliación, división, registro, y/o prelación o pago de un crédito o préstamo).

V. Los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos; (en el juicio especial hipotecario como en el ejecutivo mercantil se exige la presentación del documento con carácter de título ejecutivo, o bien, que se presente copia sellada de solicitud del documento; asimismo se requiere que las partes en su primer escrito ofrezcan pruebas de su parte, y la relación ya que de no hacerlo no se podrán ofrecer con posterioridad, (salvo las supervenientes).

Asimismo, debe numerar y narrar los hechos, exponiéndolos sucintamente con claridad y precisión;

VI. Los fundamentos de derecho y la clase de acción, procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables;

VII. *El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del juez, y (aquí observamos la cuantía, para determinar la competencia).*

VIII. *La firma del actor, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, pondrán su huella digital, firmando otra persona en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias;*

IX. ...

X. ...”

De acuerdo a lo establecido en la fracción V del artículo antes referido, es requisito indispensable que el documento en el que se funde la acción conste en escritura pública o escrito privado, según corresponda en los términos de la legislación común, e inscrito en el Registro Público de la Propiedad y que sea de plazo cumplido, o que éste sea exigible en los términos pactados o bien conforme a las disposiciones legales aplicables. (Segundo párrafo art. 468 C.P.C.D.F.)

Así mismo, el artículo 471 del C.P.C.D.F, establece:

*“Tanto en la demanda como en la contestación a la misma, en la vista que se dé con ésta a la actora, y en su caso en la reconvenición y en la contestación a ésta, las partes tienen la obligación de ser precisos, indicando en los hechos si sucedieron ante testigos, citando los nombres y apellidos de éstos y presentando todos los documentos relacionados con tales hechos. **En los mismos escritos, las partes deben ofrecer todas sus pruebas, relacionándolas con los hechos que se pretendan probar.** En el caso de que las pruebas ofrecidas sean contra la moral o el derecho, sobre hechos que no han sido controvertidos por las partes, sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, o no se hayan relacionado con los mismos, el juez las desechará. Las pruebas que se admitan se desahogarán en la audiencia...”*

En este orden de ideas se debe cumplir con lo señalado por el artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el que señala:

“Las pruebas deben ofrecerse expresando con toda claridad cuál es el hecho o hechos que se tratan de demostrar con las mismas así como las razones por los que el oferente estima que demostrarán sus afirmaciones, declarando en su caso en los términos anteriores el nombre y domicilio de testigos y peritos y pidiendo la citación de la contraparte para absolver posiciones; si a juicio del tribunal las pruebas ofrecidas no cumplen con las condiciones apuntadas, serán desechadas, observándose lo dispuesto en el artículo 298 de este ordenamiento”.

4.1.4. DOCUMENTOS QUE ACOMPAÑAN A LA DEMANDA

*Todo escrito inicial de demanda, además de los requisitos anteriores, deberá contener **los documentos en que el actor funde su acción**; para el caso de no tenerlos a su disposición, acreditar haber solicitado su expedición con la copia simple sellada por el archivo o lugar en que se encuentren los originales, para que, a su costa, se les expida certificación de ellos, en la forma que prevenga la ley. Se entiende que el actor tiene a su disposición los documentos, siempre que legalmente puedan pedir copia*

autorizada de los originales y exista obligación de expedírseles. En caso de no poder presentar los documentos en que funden sus acciones, declarará, bajo protesta de decir verdad, la causa por la que no pueden presentarlos. En vista a dicha manifestación, el juez, si lo estima procedente, ordenará al responsable de la expedición que el documento solicitado por el interesado se expida a costa de éste, apercibiéndolo con la imposición de alguna de las medidas de apremio que autoriza la ley. . (fracc. I, II y III, art. 95 C.P.C.D.F) por lo cual, no se admitirán documentos posteriores a la demanda y contestación, salvo que sean pruebas supervenientes.

Toda vez que la Vía Especial Hipotecaria, es derivada de un título ejecutivo el mismo deberá presentarse junto con la demanda, pudiendo consistir en escritura pública o bien en escrito privado que esté inscrito en el Registro Público de la Propiedad; o bien, para el caso de no estar inscrito en dicho registro, el documento reúna las características de un título ejecutivo, que el bien inscrito sea a favor del demandado; y que no exista embargo o gravamen sobre el mismo.

4.1.5. PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

Para hablar de la presentación de la demanda me remitiré a lo establecido en el párrafo primero del artículo 470 del C.P.C.D.F; que a la letra señala:

“Presentado el escrito de demanda, acompañado del instrumento respectivo, el juez, si encuentra que se reúnen los requisitos fijados por los artículos anteriores, admitirá la misma y mandará anotar la demanda en el Registro Público de la Propiedad y que se corra traslado de ésta al deudor y, en su caso, al titular registral del embargo o gravamen por plazo inferior a que se refiere la fracción III, del artículo anterior, para que dentro del término de quince días ocurra a contestarla y a oponer las excepciones...”

Los efectos al presentar la demanda:

- a) Interrumpir la prescripción.
- b) El inicio o principio de la instancia.
- c) Determinar el valor de las prestaciones exigidas.
- d) La inscripción de la cédula hipotecaria en el Registro Público de la Propiedad.

4.1.6. EMPLAZAMIENTO

“La palabra emplazar, en una de sus acepciones, significa dar un plazo que el juez le impone al demandado, desde luego con base en la ley para que se apersona al juicio, para que comparezca a dar contestación a la demanda. La institución del emplazamiento cumple la garantía de audiencia establecida en la propia Constitución Política, básicamente en los arts. 14 y 16... Al cumplirse con las normas del emplazamiento se está respetando la garantía de audiencia, que también a sido designada como el derecho que todo ciudadano tiene de ser oído, para ser vencido”²⁹

El emplazamiento es el llamamiento que hace el juzgador al demandado mediante notificación personal para que comparezca a juicio dentro de un plazo, a alegar lo que a

²⁹ GÓMEZ LARA, CIPRIANO. Derecho Procesal Civil, Quinta edición, Edit. Harla, México 1991.

su interés convenga (en el Juicio Especial Hipotecario es de quince días), la notificación se realiza mediante un instructivo conocido como cédula de notificación por medio del secretario actuario, llamado en la práctica (notificador).

Para que la notificación de emplazamiento sea válida, el representante del juzgado tiene la obligación de cerciorarse que el domicilio del demandado es correcto, así como de realizarse de forma personal con éste; para el caso de no encontrarse en el momento, el notificador dejará el correspondiente citatorio para que esté presente el día y hora señalados; si el interesado se abstiene de estar presente el emplazamiento se verificará con quien se encuentre en el lugar, haciéndose notar esta situación en el acta de la diligencia.

La legislación civil permite distintas formas de emplazamiento, ya sea por edictos, por correo, exhorto, telégrafo, etc. Más para efectos prácticos de esta tesis se indicaran los más usuales, por edictos y exhortos.

Para hablar de la notificación de emplazamiento, me remitiré a lo señalado en las fracciones I y II del artículo 122 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece:

“Procede la notificación por edictos:

I. Cuando se trate de personas inciertas;

II. Cuando se trate de personas cuyo domicilio se ignora, previo informe de una institución que cuente con registro oficial de personas; en este caso el juicio deberá seguirse con los trámites y solemnidades a que se refiere el Título Noveno de este Código.

En los casos de las dos fracciones que preceden, los edictos se publicarán por tres veces, de tres en tres días, en el Boletín Judicial y en el periódico local que indique el juez, haciéndose saber que debe presentarse el citado dentro un término que no será inferior a quince días ni excederá de sesenta día; y...”

En este punto es de señalar que el emplazamiento por edictos es **nulo** cuando se comprueba que el actor tenía conocimiento del domicilio del demandado.

Otra forma de realizar la notificación de emplazamiento a juicio es por medio de “*carta rogatoria*”, conocida como *exhorto*, este se da cuando el demandado radica o tiene su principal asentamiento de negocios fuera de la jurisdicción del Tribunal competente, por lo cual, el A-quo a través de carta rogatoria solicita a su similar de la jurisdicción del lugar donde haya de realizarse la notificación, su colaboración para el emplazamiento del demandado. (Art. 105 C.P.C.D.F.)

El artículo 106 C.P.C.D.F. reconoce la tramitación del mismo en casos de urgencias por telégrafo, teléfono, remisión facsimilar, medios electrónicos o por cualquier otro medio, mas siempre entre órganos jurisdiccionales similares, y con la fe del secretario de acuerdos.

Es de señalar que una vez realizado el emplazamiento, el deudor contrae la

obligación de depositario judicial respecto de la finca hipotecada, de sus frutos y de todos los objetos que con arreglo al contrato y conforme a la legislación, deban considerarse como inmovilizados y formando parte de la misma finca, de los cuales se formará inventario para agregarlo a los autos, siempre que lo pida el acreedor. Por lo cual, el ya demandado queda obligado a dar todas las facilidades para la realización y formación del inventario respectivo y en caso de desobediencia, el juez lo compelerá por los medios de apremio que le autoriza la ley; para el caso de que el demandado repudie el carácter de depositario judicial entregará, desde luego, la tenencia material de la finca al actor o al depositario que éste nombre. (arts. 480 y 482 C.P.C.D.F)

Efectos del emplazamiento

- a) Prevenir el juicio en favor del juez que lo hace; (establece la jurisdicción que el juez tiene frente a sus similares)
- b) Sujetar al demandado a seguir el juicio ante el juez que lo emplazó, siendo competente al tiempo de la citación, aunque después deje de serlo con relación al demandado, porque éste cambie de domicilio, o por otro motivo legal.
- c) Obligar al demandado a contestar en un lapso determinado ante el juez que lo emplazó, salvo el derecho de provocar la incompetencia; (este punto más que obligar al demandado es darle la facultad para contestar en tiempo y forma, ya que de lo contrario existiría una inconstitucionalidad)
- d) Producir todas las consecuencias de la interpelación judicial, si por otros medios no se hubiere constituido ya en mora el obligado.
- e) Originar el interés legal en las obligaciones pecuniarias sin causa de réditos. (art. 259 C.P.C.D.F.)
- f) Convertirse en depositario judicial de la finca hipotecada.

4.1.7. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Antes de señalar los requisitos que integran la contestación de la demanda, es menester señalar la conducta que puede asumir el demandado; la cual puede ser activa o pasiva, mismas que se mencionan brevemente.

La *conducta activa* se divide en tres:

- a) Allanamiento o sometimiento a la demanda.
- b) Oposición, formulando excepciones y defensas.
- c) Reconvención.

En cuanto a la *conducta pasiva*, me referiré a la rebeldía o contumacia.

- a) Parcial o,
- b) Total.

Conducta Activa

- a) Allanamiento o sometimiento a la demanda.

Es una conducta unilateral del demandado dentro del juicio y no del litigio como

algunos autores establecen, ya que no hay una controversia, pues el allanamiento es un reconocimiento de hechos y un sometimiento a las pretensiones del acto, por lo que nunca existe el conflicto, ni la fijación de la *Litis*. En virtud de lo cual, después del allanamiento el juez cita a las partes para oír sentencia definitiva.

b) Oposición, formulando excepciones y defensas.

Es la conducta que asume el demandado, en el plazo concedido por el juez competente y por el cual opone excepciones y defensas en contra de las pretensiones del actor.

Es necesario hacer un breve paréntesis para hablar acerca de las excepciones y defensas, pues nuestro código no define plenamente lo que es una excepción y una defensa, por lo que en la práctica profesional frecuentemente se mezclan; la excepción es una oposición al derecho y fundamentación esgrimido por el actor respecto de sus pretensiones; mientras que la defensa deriva de los hechos controvertidos de las partes y que recaen en las pretensiones.

Es de señalar, que en los juicios especiales hipotecarios posterior a la reforma de 1996, solo admitirán las excepciones previstas por el artículo 470 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

“Presentado el escrito de demanda, acompañado del instrumento respectivo, el juez, si encuentra que se reúnen los requisitos fijados por los artículos anteriores, admitirá la misma y mandará anotar la demanda en el Registro Público de la Propiedad y que se corra traslado de ésta al deudor y, en su caso, al titular registral del embargo o gravamen por plazo inferior a que se refiere la fracción III, del artículo anterior, para que dentro del término de quince días ocurra a contestarla y a oponer las excepciones que no podrán ser otras que:

I. Las procesales previstas en este código;

II. Las fundadas en que el demandado no haya firmado el documento base de la acción, su alteración o la de falsedad del mismo;

III. Falta de representación, de poder bastante o facultades legales de quien haya suscrito en representación del demandado el documento base de la acción;

IV. Nulidad del contrato;

V. Pago o compensación;

VI. Remisión o quita;

VII. Oferta de no cobrar o espera;

VIII. Novación de contrato, y

IX. Las demás que autoricen las leyes.

Las excepciones comprendidas en las fracciones de la V a la VIII sólo se admitirán cuando se funden en prueba documental. Respecto de las excepciones de litispendencia y conexidad sólo se admitirán si se exhiben con la contestación las copias selladas de la demanda y contestación de ésta o de las cédulas del

emplazamiento del juicio pendiente o conexo, o bien la documentación que acredite que se encuentra tramitando un procedimiento arbitral.

El juez bajo su más estricta responsabilidad revisará escrupulosamente la contestación de la demanda y desechará de plano las excepciones diferentes a las que se autorizan, o aquéllas en que sea necesario exhibir documento y el mismo no se acompañe, salvo los casos a que se refieren los artículos 95 y 96 de este código.

La reconvenición sólo será procedente cuando se funde en el mismo documento base de la acción o se refiera a su nulidad. En cualquier otro caso se desechará de plano.

Las cuestiones relativas a la personalidad de las partes no suspenderán el procedimiento y se resolverán de plano en la audiencia. Si el demandado se allanare a la demanda y solicitare término de gracia para el pago o cumplimiento de lo reclamado, el juez dará vista al actor para que, dentro de tres días manifieste lo que a su derecho convenga, debiendo el juez resolver de acuerdo a tales proposiciones de las partes”.

Expuesto lo anterior, y con fundamento en el artículo 260 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la contestación de demanda, deberá de realizarse en los siguientes términos.

“El demandado formulará la contestación a la demanda en los siguientes términos:

I.- Señalará el tribunal ante quien conteste;

II.- Indicará su nombre y apellidos, el domicilio que señale para oír notificaciones y, en su caso, las personas autorizadas para oír notificaciones y recibir documentos y valores;

III.- Se referirá a cada uno de los hechos en que el actor funde su petición, en los cuales precisará los documentos públicos o privados que tengan relación con cada hecho, así como si los tiene o no a su disposición. De igual manera proporcionará los nombres y apellidos de los testigos que hayan presenciado los hechos relativos;

IV.- Se asentará la firma del puño y letra del demandado, o de su representante legítimo. Si éstos no supieren o no pudieren firmar, lo hará un tercero en su nombre y a su ruego, indicando estas circunstancias, poniendo los primeros la huella digital;

V.- Todas las excepciones que se tengan, cualquiera que sea su naturaleza, se harán valer simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que fueran supervenientes.

De las excepciones procesales se le dará vista al actor para que las conteste y rinda las pruebas que considere oportunas en los términos de este ordenamiento;

VI.- Dentro del término para contestar la demanda, se podrá proponer la reconvencción en los casos en que proceda, la que tiene que ajustarse a lo prevenido por el artículo 255 de este ordenamiento, y

VII.- Se deberán acompañar las copias simples de la contestación de la demanda y de todos los documentos anexos a ella para cada una de las demás partes;

VIII...

IX. Si el demandado quisiere llamar a juicio a un tercero deberá manifestarlo en el mismo escrito de contestación. La petición posterior no será tramitada a no ser que se trate de cuestiones supervenientes.”

Por su parte el artículo 35 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, establece:

“Son excepciones procesales las siguientes:

I.- La incompetencia del juez;

II.- La litispendencia;

III.- La conexidad de la causa;

IV.- La falta de personalidad del actor o del demandado, o la falta de capacidad del actor;

V.- La falta de cumplimiento del plazo, o de la condición a que esté sujeta la obligación;

VI.- (derogada);

VII.- La improcedencia de la vía;

VIII.- La cosa juzgada, y

IX.- Las demás a las que les den ese carácter las leyes.

Dichas excepciones se harán valer al contestar la demanda o la reconvencción, y en ningún caso suspenderán el procedimiento. Si se declara procedente la litispendencia, el efecto será sobreseer el segundo juicio. Salvo disposición en contrario, si se declarara procedente la conexidad, su efecto será la acumulación de autos con el fin de que se resuelvan los juicios en una sola sentencia.

En la excepción de falta de cumplimiento del plazo a que esté sujeta la obligación, si se allana la contraria, se declarará procedente de plano. De no ser así, dicha excepción se resolverá en la audiencia a que se refiere el artículo 272-A, y, de declararse procedente, su efecto será dejar a salvo el derecho, para que se haga valer cuando cambien las circunstancias que afectan su ejercicio.

Cuando se declare la improcedencia de la vía, su efecto será el de continuar el procedimiento para el trámite del juicio en la vía que se considere procedente declarando la validez de lo actuado, sin perjuicio de la obligación del juez para regularizar el procedimiento.”

En caso de allanamiento total a la demanda, el juez dará vista al actor con el escrito de contestación de la demanda para que manifieste lo que a su derecho convenga, hecho lo cual o transcurrido el plazo para ello, y previa ratificación de los

escritos de las partes ante el juez, éste señalará fecha para la celebración de la audiencia en la que se dictara la sentencia definitiva, la cual deberá fijarse dentro de los veinticinco días siguientes (arts. 274 y 471 C.P.C.D.F.)

c) Reconvención.

Si en la contestación de la demanda contiene una reconvención la misma se realizará en términos de lo que establece el artículo 255 del C.P.C.D.F.; *siempre y cuando se funde la misma en el documento base de la acción, o se refiera a la nulidad del mismo*; para lo cual se correrá traslado a la contraria para que el término de nueve días produzca su contestación, y se dará vista por tres días con las excepciones opuestas para que manifieste lo que a su derecho convenga tanto la demanda y reconvención se resolverán en la sentencia definitiva. *La reconvención solo será admitida al contestar la demanda y nunca después.* (Art. 272 y 471 tercer párrafo. C.P.C.D.F.)

- A continuación desarrollaré la conducta pasiva que puede adoptar el demandado.

Se habla de conducta pasiva de la parte demandada cuando esta se abstiene de ejercer su derecho a comparecer a juicio, para oponerse a las pretensiones del actor, dicha falta de participación en los actos procesales parcial o total, a esta figura la denomina el derecho como contumacia o rebeldía.

a) Actitud Pasiva Total.

Cuando el demandado se abstiene de comparecer dentro de las secuelas procesales.

b) Actitud Pasiva Parcial.

Esta se da cuando el demandado deja de actuar ocasionalmente en el juicio, un ejemplo de esto, lo es el hecho de que el demandado ofrezca un perito de su parte y no lo presente a aceptar el cargo en el termino de ley.

Cabe aclarar que esta conducta pasiva parcial o total, puede ser unilateral o bilateral; es decir, será unilateral cuando alguna de las partes se abstenga o deje de actuar, como he señalado en los incisos a y b, en el caso del demandado, pero esto también se aplica al actor cuando deja de actuar por un periodo o en definitiva, ya sea presentando la demanda y absteniéndose de continuar con la secuela procesal; o bien en forma bilateral, cuando ambas partes dejan de actuar en un periodo o en definitiva,

4.1.8 AUDIENCIA DE PRUEBAS

“Las partes deberán ofrecer sus pruebas para acreditar los hechos de su acción o de sus excepciones en los escritos que fijan la controversia, exhibiendo los documentos que tengan en su poder o la copia sellada en que se solicite la expedición de tales documentos que no tuvieran, así como señalar el nombre y domicilio de los testigos, si hubiere, además de que las pruebas ofrecidas tengan relación con los puntos controvertidos y expuestos por las partes”. (arts. 95, 96, 471 y 483 C.P.C.D.F)

“Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero; sin más limitación que la de que las pruebas no estén prohibidas por la ley ni sean contrarias a la moral; por lo que, las partes asumen la carga de la prueba” (arts. 278 y 281 C.P.C.D.F.)

“El que niega sólo será obligado a probar:

- I. Cuando la negación envuelva la afirmación expresa de un hecho;*
- II. Cuando se desconozca la presunción legal que tenga en su favor el colitigante;*
- III. Cuando se desconozca la capacidad;*
- IV. Cuando la negativa fuere elemento constitutivo de la acción.” (art. 282 C.P.C.D.F.)*

“Antes de la celebración de la audiencia, las pruebas ofrecidas y admitidas a las partes deberán estar preparadas con toda oportunidad para que en ella puedan desahogarse, en consecuencia, los litigantes están obligados a presentar los documentos, testigos y cualquier otro medio de prueba ofrecido y admitido. No obstante, si las partes, bajo protesta de decir verdad, manifiestan no poder presentar a los testigos, ni obtener los documentos que no tengan a su disposición, el juez mandará citar a dichos testigos, con el apercibimiento que de no comparecer a declarar, sin justa causa que se los impida, se les impondrá una multa que no será inferior de dos mil pesos ni superior de seis mil pesos, dicho monto se actualizará en los términos del artículo 62, o arresto hasta de treinta y seis horas, y se dejará de recibir tales testimoniales.

Asimismo, auxiliará al oferente, expidiendo los oficios a las autoridades y terceros que tengan en su poder documentos, apercibiendo a las primeras con la imposición de una sanción pecuniaria, en favor de la parte perjudicada, que no será inferior de dos mil pesos ni superior de seis mil pesos, dicho monto se actualizará en los términos del artículo 62 y que se hará efectiva por orden del propio juez; y a los segundos con la imposición de un arresto hasta de treinta y seis horas, en la inteligencia de que estos terceros podrán manifestarle al juez, bajo protesta de decir verdad, que no tienen en su poder los documentos que se le requieren.”. (arts. 385, 471 y 483 C.P.C.D.F.)

Las pruebas comúnmente ofrecidas en el juicio especial hipotecario son:

- Confesional.
- Documental Pública y/o privada.
- Pericial.
- Testimonial.
- Instrumental de Actuaciones.
- Presuncional Legal y Humana.

De las pruebas, hablaré brevemente.

a) Confesional.

Desde el escrito inicial de demanda y contestación, y en su caso la reconvencción se ofrecerá la prueba confesional, en oposición a lo que establece el artículo 308 del C.P.C.D.F., mismo que señala, que la confesional podrá ser ofrecida hasta diez días antes de la celebración de la audiencia de pruebas, La notificación para comparecer a absolver posiciones deberá ser personal y por lo menos con un día de anticipación al desahogo de la misma; quedando las partes obligadas a declarar el día y hora señalados, apercibido que de no comparecer sin justa causa se le declarará confeso de las posiciones (por escrito) que sean calificadas de legales; por lo cual, dicha prueba deberá desahogarse mediante pliego de posiciones que exhiba el oferente de la prueba o bien por medio de posiciones verbales, sin embargo cabe aclarar, para el caso de no comparecer el absolvente sin justa justificación no se le puede declarar confeso, cuando las posiciones sean verbales.

Las personas físicas que sean parte en juicio, sólo están obligadas a absolver posiciones personalmente, cuando así lo exija el que las articula, y existan hechos concretos en la demanda o contestación que justifiquen dicha exigencia, la que será calificada por el tribunal para así ordenar su recepción. (art. 310 C.P.C.D.F.)

Asimismo, el mandatario o representante que comparezca a absolver posiciones por alguna de las partes, forzosamente será conocedor de todos los hechos controvertidos propios de su mandante o representado, no pudiendo manifestar desconocer los hechos propios de aquél por quien absuelve, ni podrá manifestar que ignora la respuesta o contestar con evasivas, ni mucho menos negarse a contestar o abstenerse de responder de modo categórico en forma afirmativa o negativa, pues de hacerlo así se le declarará confeso de las posiciones que calificadas de legales se le formulen. El que comparezca a absolver posiciones después de contestar afirmativa o negativamente, podrá agregar lo que a su interés convenga. (art. 310, primer párrafo. C.P.C.D.F.)

Cuando sean personas morales, la absolución de posiciones se llevará a efecto por apoderado o representante, con facultades para absolver, sin que se pueda exigir que el desahogo de la confesional se lleve a cabo por apoderado o representante específico. Por lo cual absolverá posiciones en los mismos términos que el mandante o representante. (Art. 310, tercer párrafo. C.P.C.D.F.)

Como señale, las posiciones podrán ser formuladas por escrito en pliego de posiciones u oral; para el caso de ser en pliego de posiciones, el día y hora de la audiencia, el juez procederá a abrir el sobre que contiene el pliego de posiciones (previamente exhibido por el oferente de la prueba) y revisará cada una de las posiciones, calificando de legales aquellas que sean conforme a derecho y desechando las que no sean precisas o insidiosas; por su parte las posiciones orales serán formuladas en el mismo momento del desahogo de la prueba por el oferente de la misma. Cabe hacer mención, que el oferente de la prueba podrá hacer posiciones orales, aún cuando haya exhibido el pliego de posiciones correspondiente.

“Si fueren varios los que hayan de absolver posiciones y al tenor de un mismo interrogatorio, las diligencias se practicarán separadamente y en un mismo acto, evitando que los que absuelvan primero se comuniquen con los que han de absolver después”. (Art. 314 C.P.C.D.F.)

“En ningún caso se permitirá que la parte que ha de absolver posiciones esté asistida por su abogado, procurador, ni otra persona, ni se le dará traslado ni copia de las posiciones, ni término para que se aconseje; pero si el absolvente no hablara español, deberá ser asistido por un intérprete, en cuyo caso el juez lo nombrará.” (Art. 315 C.P.C.D.F)

“El que deba absolver posiciones será declarado confeso:

- 1. Cuando se abstenga sin justa causa de comparecer cuando fue citado para hacerlo, en cuyo caso la declaración se hará de oficio, siempre y cuando se encuentre exhibido con anterioridad al desahogo de la prueba el pliego de posiciones;*
- 2. Cuando se niegue a declarar;*
- 3. Cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente.*

En el primer caso, el juez abrirá el pliego y calificará las posiciones antes de hacer la declaración.” (Art. 322 C.P.C.D.F.)

b) Documental Pública o Instrumental Pública.

“Son documentos públicos:

I. Las escrituras públicas, pólizas y actas otorgadas ante notario o corredor público y los testimonios y copias certificadas de dichos documentos;

II. Los documentos auténticos e informes expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones;

III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del Gobierno Federal, de los Estados o del Distrito Federal;

IV. Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes;

V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes compete;

VI. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran a actos pasados, antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren cotejadas por notario público o quien haga sus veces con arreglo a derecho;

VII. Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobados por el Gobierno Federal o de los Estados, y las copias certificadas que de ellos se expidieren;

VIII. Las actuaciones judiciales de toda especie;

IX. Las certificaciones que expidieren las bolsas mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio;

X.- Los convenios emanados del procedimiento de mediación que cumplan con los requisitos previstos en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, y

XI. Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la ley.”
(Art. 327, frac. I., C.P.C.D.F.)

Cabe hacer mención, que los documentos públicos tienen valor pleno y se desahogan por su especial naturaleza.

Serán también admitidos como prueba los documentos privados que consten vales, pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden y que no estén autorizados por escribano o funcionario competente, así como aquellos que provengan de terceros y que este código no reconozca como documentos públicos; conforme a lo establecido por el artículo 334 del C.P.C.D.F.

“Los documentos privados y la correspondencia procedentes de uno de los interesados, presentados en juicio por vía de prueba y no objetados por la parte contraria, se tendrán por admitidos y surtirán sus efectos como si hubieren sido reconocidos expresamente. Puede exigirse el reconocimiento expreso si el que los presenta así lo pidiere; con este objeto se manifestarán los originales a quien deba reconocerlos y se le dejará ver todo el documento, no sólo la firma.” (art. 335 C.P.C.D.F.)

c) Pericial.

“Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:

I. Señalarán con toda precisión la ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deba practicarse la prueba; los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deben resolver en la pericial, así como la cédula profesional, calidad técnica, artística o industrial del perito que se proponga, nombre, apellidos y domicilio de éste, con la correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos;

II. Si falta cualquiera de los requisitos anteriores, el juez desechará de plano la prueba en cuestión;

III. En caso de estar debidamente ofrecida, el juez la admitirá, quedando obligadas las partes a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño, debiendo anexar el original o copia certificada de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica o industria para el que se les designa; manifestando, bajo protesta de decir verdad, que conocen los puntos cuestionados y

pormenores relativos a la pericial, así como que tienen la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular, quedando obligados a rendir su dictamen dentro de los diez días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de perito, salvo que existiera causa bastante por la que tuviera que modificarse la fecha de inicio del plazo originalmente concedido. Sin la exhibición de dichos documentos justificativos de su calidad, no se tendrá por presentado al perito aceptando el cargo, con la correspondiente sanción para las partes;

IV. Cuando se trate de juicios sumarios, especiales, o cualquier otro tipo de controversia de trámite específicamente singular, las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos dentro de los tres días siguientes al proveído en que se les tenga por designados para que se cumpla con lo ordenado en el párrafo anterior, los cuales quedan obligados, en estos casos, a rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado el cargo; con la misma salvedad que la que se establece en la fracción anterior;

V. Cuando los peritos de las partes rindan sus dictámenes, y éstos resulten substancialmente contradictorios, se designará al perito tercero en discordia tomando en cuenta lo ordenado por el artículo 349 de este código;

VI. La falta de presentación del escrito del perito designado por la oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que se tenga por desierta dicha pericial. Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentare el escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente.

En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con ese dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, el juez designará en rebeldía de ambas un perito único, el que rendirá su dictamen dentro del plazo señalado en las fracciones III o IV, según corresponda.

En caso de que el perito designado por alguna de las partes que haya aceptado y protestado el cargo conferido no presente su dictamen pericial en el término concedido y previamente se haya establecido que se tuvo a la contraria por conforme con el dictamen que aquél debiese rendir, se declarará desierta la prueba.

En los casos a que se refieren los párrafos anteriores, el juez sancionará a los peritos omisos con multa que no será inferior de quinientos pesos ni superior de tres mil pesos; dicho monto se actualizará en los términos que establece el artículo 62;

VII. Las partes quedan obligadas a pagar los honorarios de los peritos que hayan nombrado, a excepción de lo que establece el último párrafo del artículo 353, así como a presentarlos cuantas veces sea necesario al juzgado. También quedarán obligadas a presentar el dictamen pericial dentro del plazo señalado;

VIII. Las partes en cualquier momento podrán convenir en la designación de un solo perito para que rinda su dictamen al cual se sujetarán, y

IX. También las partes en cualquier momento podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer observaciones al mismo, que serán consideradas en la valoración que realice el juez en su sentencia.” (Art. 347 C.P.C.D.F.)

“El juez, antes de admitir la prueba pericial, dará vista a la contraria por el término de tres días, para que manifieste sobre la pertinencia de tal prueba y para que proponga la ampliación de otros puntos y cuestiones además de los formulados por el oferente, para que los peritos dictaminen, y para que designe perito de su parte, debiendo nombrarlo en la misma ciencia, arte, técnica, oficio o industria, en que la haya propuesto el oferente, así como indicar su cédula profesional o documento que acredite su calidad de perito, requisito sin el cual no se le tendrá por designado, con la sanción correspondiente a que se refiere el primer párrafo de la fracción VI del artículo anterior.

La substitución de perito sólo podrá hacerse dentro del periodo de ofrecimiento de prueba, pero en aquellos casos en que, extinguido ese periodo, quede justificada la causa de la substitución, ésta podrá hacerse hasta antes de la audiencia.”
(Art. 348 C.P.C.D.F.)

d) Testimonial

Está obligado a declarar todo aquel que tenga conocimiento de hechos y actos que las partes tengan que probar; por lo cual las partes tendrán obligación de presentar sus propios testigos en términos de lo dispuesto por el artículo 120 del código adjetivo civil; sin embargo, cuando realmente estuvieran imposibilitadas para hacerlo, lo manifestarán así bajo protesta de decir verdad y pedirán que se les cite, expresando las causas de su imposibilidad que el juez calificará bajo su prudente arbitrio; para lo cual el juez ordenará la citación con cualquiera de las medidas de apremio establecidas en el artículo 73 del ordenamiento antes señalado. (Art. 356 C.P.C.D.F.)

La prueba se declarará desierta si no es presentado el testigo por el oferente o si ejecutados los medios de apremio antes mencionados, no se logra dicha presentación.

En caso de que el señalamiento de domicilio de algún testigo resulte inexacto o de comprobarse que se solicitó su citación con el propósito de retardar el procedimiento, se impondrá al promovente una sanción pecuniaria a favor del o los colitigantes, que no podrá ser inferior de seis mil pesos ni superior de diez mil pesos, sin perjuicio de que se denuncie la falsedad en que hubiere incurrido, debiendo declararse desierta la prueba testimonial. Dicha cantidad se actualizará en los términos del artículo 62. El juez despachará ejecución para el efecto de que se pueda hacer pago al o los beneficiarios proporcionalmente. (Arts. 357 C.P.C.D.F.)

La protesta y examen de los testigos se hará en presencia de las partes que concurrieren. Interrogará el promovente de la prueba y a continuación los demás litigantes; en dicho examen de los testigos se podrán presentar interrogatorios escritos. De no exhibirlos, las preguntas serán formuladas verbal y directamente por las partes, tendrán relación directa con los puntos controvertidos y no serán contrarias al derecho o a la moral. Deberán estar concebidas en términos claros y precisos, procurando que en una sola no se comprenda más de un hecho. El juez debe cuidar de que se cumplan estas

condiciones impidiendo preguntas que las contraríen. Contra la desestimación de preguntas sólo cabe la apelación en el efecto devolutivo; sin embargo cuando el testigo se encuentre fuere de la localidad, deberá el prominente, al ofrecer la prueba, presentar sus interrogatorios con las copias respectivas para las otras partes, que dentro de tres días podrán presentar sus interrogatorios de repreguntas. Para el examen de estos testigos, se libraré exhorto en que se incluirán, en pliego cerrado, las preguntas y repreguntas. Sin la exhibición de los interrogatorios del oferente no se admitirá la prueba. (Arts. 360, 361 y 362 C.P.C.D.F.)

E) Instrumental de Actuaciones.

Esta se refiere a lo expuesto por las partes y actuado en el juicio que permite al juzgador el conocimiento de los hechos controvertidos esgrimidos por las partes.

F) Presuncional Legal y Humana.

“Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido: la primera se llama legal y la segunda humana; hay presunción legal cuando la ley la establece expresamente y cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley; hay presunción humana, cuando de un hecho debidamente probado se deduce otro que es consecuencia ordinaria de aquél.” (arts. 379 y 380 C.P.C.D.F.)

4.1.8.1. DESAHOGO DE LAS PRUEBAS.

“El juez debe presidir la audiencia, que se iniciará resolviendo todas las excepciones procesales que existan, los incidentes que hubieren y desahogará las pruebas admitidas y preparadas. Si no se llegaren a desahogar por falta de preparación, se diferirá la audiencia y bajo su más estricta responsabilidad, atenderá que se preparen las pruebas para desahogarse en la fecha que se señale, que no excederá en su fijación de los diez días posteriores”. (art.483, párrafo quinto, C.P.C.F.)

“Constituido el tribunal en audiencia pública el día y horas señalados al efecto, serán llamados por el secretario, los litigantes, peritos, testigos y demás personas que por disposición de la ley deban de intervenir en el juicio y se determinará quiénes deben de permanecer en el salón, y quiénes en lugar separado, para ser introducidos en su oportunidad.

La audiencia se celebrará concurran o no las partes y estén o no presentes los testigos y peritos y los abogados.” (Art. 387 C.P.C.D.F)

Se desahogarán las pruebas admitidas y preparadas conforme a derecho, y/o difiriendo la misma para el caso de no estar preparadas, siempre y cuando dicha falta de preparación no sea imputable a alguna de las partes.

La prueba de **confesión** se recibirá asentando las contestaciones en que vaya implícita la pregunta sin necesidad de asentar esta. El juez debe particularmente atender a que no se formulen posiciones extrañas a los puntos cuestionados. Las partes pueden hacerse recíprocamente preguntas y formularse posiciones y el juez tiene la facultad de

asentar, o el resultado de este careo o bien las contestaciones conteniendo las preguntas; posterior al desahogo de la prueba confesional se realizará el desahogo de la **documental**, la cual para efectos del juicio especial hipotecario, y tratándose de títulos ejecutivos, se desahogan por su propia y especial naturaleza, mas cuando existen documentos privados se relatarán los documentos presentados, poniéndose de manifiesto planos, croquis o esquemas. Las partes con sencillez, pueden explicar al juez los documentos en que funden su derecho, mostrándolos y leyéndolos en la parte conducente; el juez puede hacer todas las preguntas necesarias sobre el contenido de los instrumentos. No se requiere hacer constar en el acta las exposiciones de las partes sobre los documentos ni las preguntas del tribunal. Durante la audiencia no se pueden redargüir de falsos ni desconocer documentos que no lo fueron en su oportunidad. Cuando se hubiere hecho la impugnación de falsedad de un documento de acuerdo con lo que dispone el artículo 386 se recibirán las pruebas y contrapruebas relativas a la objeción, asentándose sólo el resultado de ellas. *Posteriormente se desahogara la prueba pericial en la cual los peritos dictaminarán* por escrito u oralmente en presencia de las partes y del tercero en discordia si lo hubiere. Tanto las partes como el tercero y el juez pueden formular observaciones y hacer preguntas pertinentes durante la audiencia, en la cual se rendirá la prueba, y el tercero dirá su parecer. Los peritos citados oportunamente, en juzgados de primera instancia, serán sancionados con multa equivalente de treinta mil pesos, en caso de que no concurran, salvo causa grave que calificará el juez. Concluido lo anterior el secretario llamará a los partes para desahogar la **prueba testimonial**, debiendo comparecer los testigos indicados en el auto de admisión de pruebas serán examinados en la audiencia, en presencia de las partes. El juez puede de oficio interrogar ampliamente a los testigos sobre los hechos objeto de esta prueba, para el mejor esclarecimiento de la verdad. Las partes también pueden interrogar a los testigos, limitándose a los hechos o puntos controvertidos; y el juez estrictamente debe impedir preguntas ociosas e impertinentes. No deben asentarse en el acta literalmente preguntas ni respuestas, y sólo en caso en que excepcionalmente el juez estime prudente hacerlas constar, se asentarán las contestaciones implicando la pregunta. (arts. 387, 388, 389, 390, 391 y 392 C.P.C.D.F.)

“El día de la audiencia se desahogarán las pruebas admitidas y preparadas por las partes, para el caso de no llegarse a desahogar por falta de preparación, se diferirá la audiencia y bajo su más estricta responsabilidad, atenderá que se preparen las pruebas para desahogarse en la fecha que se señale, que no excederá en su fijación de los diez días posteriores y la misma no podrá diferirse nuevamente por ninguna circunstancia, salvo caso fortuito o fuerza mayor”. (Art. 483, párr. quinto. C.P.C.D.F.)

“Concluida la recepción de las pruebas, el tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados, primero el actor y luego el demandado; el Ministerio Público alegará también en los casos en que intervenga, procurando la mayor brevedad y concisión. No se podrá hacer uso de la palabra por más de un cuarto de hora en primera instancia y de media hora en segunda.” (ART. 393 C.P.C.D.F)

“Desahogadas las pruebas, las partes alegarán lo que a su derecho convenga y el juez procurará dictar en la misma fecha de la audiencia la sentencia que corresponda, a menos que se tratare de pruebas documentales voluminosas, porque entonces contará el juez con un plazo de ocho días para dictarla y mandarla notificar por Boletín Judicial dentro de dicho término.”(art.483 C.P.C.D.F.)

4.1.9. SENTENCIA DEFINITIVA EN EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO.

Concluido el periodo de desahogo de pruebas, el Juez, procederá a realizar la valoración en su conjunto de las pruebas admitidas y desahogadas por las partes (quedando exceptuados los documentos públicos, los que tienen valor probatorio pleno), atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia; para lo cual deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión; dictando la correspondiente sentencia definitiva, en un plazo no mayor a ocho días; dicha sentencia deberá ser clara, precisa y congruente con la demanda y la contestación y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando éstos hubieren sido varios, se hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos. En términos de lo dispuesto por los artículos 81, 402, 403 y 483 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La sentencia definitiva que se dicte será en sentido condenatorio o absolutorio, dependiendo de la valoración jurídica que el juez haga de las pruebas ofrecidas y desahogadas, en base a las facultades que le confiere la ley, así como de los principios de legalidad y derecho.

Dictada la sentencia definitiva, el juez, procederá a notificarla por Boletín Judicial a las partes, las cuales en caso de estar inconformes, tendrán el derecho de recurrirla en el término de doce días a partir del día en surta efectos la notificación, de acuerdo a lo establecido por el artículo 137, fracción I, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

*La sentencia definitiva dictada por el juez causa ejecutoria, ya se ha por **Ministerio de Ley; o por Declaración judicial.***

“Hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria o cuando las partes celebran un convenio emanado del procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Causan ejecutoria por ministerio de ley:

I. Las sentencias pronunciadas en juicios cuyo monto sea inferior a la cantidad que el artículo 691 establece para que un juicio sea apelable. Dichas cantidades se actualizarán en los términos del artículo 62. Se exceptúan los interdictos, los asuntos de competencia de los jueces de lo familiar y las relativas a la materia de arrendamiento inmobiliario.

II. Las sentencias de segunda instancia;

III. Las que resuelvan una queja;

IV. Las que dirimen o resuelven una competencia;

V. Las demás que se declaran irrevocables por prevención expresa de la ley;

VI. Las sentencias que no puedan ser recurridas por ningún medio ordinario; y

VII. Los convenios emanados del procedimiento de mediación a que se refiere la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.” (Art. 426 C.P.C.D.F.)

Por su parte el artículo 427 del C.P.C.D.F., establece:

“Causan ejecutoria por declaración judicial:

I. Las sentencias consentidas expresamente por las partes o por sus mandatarios con poder o cláusula especial;

II. Las sentencias de que hecha notificación en forma no se interpone recurso en el término señalado por la ley; y

III. Las sentencias de que se interpuso recurso, pero no se continuó en forma y términos legales, o se desistió de él la parte o su mandatario con poder o cláusula especial.”

4.1.10 EJECUCIÓN DE SENTENCIA DEFINITIVA EN EL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO.

4.1.10.1 REMATE JUDICIAL.

El remate judicial es la etapa procesal derivada de una sentencia definitiva que ha causado ejecutoria, y por la cual se autoriza la venta del bien generalmente inmueble, mediante el procedimiento de subasta pública. En el juicio especial hipotecario el objeto del remate lo constituye el bien inmueble.

Tratándose de bienes raíces, antes de proceder su avalúo, la parte interesada deberá exhibir certificado de gravámenes de los últimos diez años, pero si en autos obrare ya un certificado que se refiera a parte de dicho lapso, sólo se exhibirá el relativo al período transcurrido desde la fecha de aquél hasta la en que se solicite, a fin que el juez tenga la certeza jurídica de la no existencia de otros acreedores del ejecutado y en caso de existir hacerlos sabedores de la ejecución en la que se encuentra el juicio y que estén en posibilidad de intervenir en el remate, recurrir el auto de aprobación del mismo o designar perito valuador en su caso, sin embargo, realizado el avalúo de las partes o del tercero en discordia no se permitirá. (Arts. 565, 566, 567, 568 C.P.C.D.F.)

Es de señalar que el remate sigue las reglas del juicio especial hipotecario; por lo que cada parte tienen derecho a exhibir dentro de los diez días siguientes a la ejecución de sentencia, avalúo del bien inmueble hipotecado, el cual podrá ser realizado por corredor público, institución de crédito o perito valuador, sin más limitación de no ser parte del juicio o tener interés en el mismo. (Art. 486 frac. I, C.P.C.D.F)

El avalúo habrá de realizarse en términos de lo señalado para la prueba pericial, hecho ya expuesto puntos anteriores; es decir, cada parte designara un perito valuador de su parte, el cual tendrá que aceptar y protestar el cargo dentro de los tres días

siguientes a su notificación, apercibidas las partes que de no comparecer su perito designado dentro del término de Ley el juez les designara uno en rebeldía. (arts. 637 y 569 C.P.C.D.F.)

Si las partes exhiben los avalúos en el plazo señalado en la ley, se procede a revisar los valores determinados por cada uno de ellos, los cuales en caso de no coincidir, se tomará como base para el remate el promedio de ambos avalúos, siempre y cuando no exista un treinta por ciento de diferencia entre el más bajo y el más alto, en cuyo caso el juez ordenará se practique nuevo avalúo por el corredor público o la institución bancaria que al efecto señale. (Art. 468 frac. IV y V, C.P.C.D.F.)

La reforma y adición al artículo 570 del código adjetivo civil para el Distrito Federal establece, entre otros, que: *“Hecho el avalúo, y previo a sacar el bien hipotecado a pública subasta, el juez revisará de oficio que los datos de identificación consignados en el certificado de gravámenes con los datos de identificación que se adviertan del avalúo, así como de los señalados en el instrumento público.*

De existir diferencias en los datos de identificación de los inmuebles a rematar, el juez lo hará del conocimiento a las partes, a efecto de que éstas aporten los elementos necesarios para subsanar cualquier discrepancia que incida de manera directa o sustancial en la subasta”.

Con base a lo anterior, y debidamente identificados los bienes, se sacarán a pública subasta, anunciándose por medio de edicto que se fijará por una sola ocasión, en los tableros de avisos del juzgado y en los de la Tesorería del Distrito Federal, debiendo mediar entre la publicación y la fecha de remate cuando menos cinco días hábiles. Si el valor de la cosa pasare de trescientos mil pesos, cantidad que se actualizará en términos del artículo 62, se insertará además el edicto en la sección de avisos judiciales, de un periódico de información.

Es de señalar que antes de aprobarse el remate, podrá el deudor librar sus bienes pagando principal e intereses y exhibiendo certificado de depósito por la cantidad que prudentemente califique el juez, para garantizar el pago de las costas. Después de aprobado quedará la venta irrevocable.

La regla para el Juicio Especial Hipotecario establece que el acreedor hipotecario puede adquirir la cosa hipotecada, en remate judicial; o por adjudicación, en los casos en que no se presente otro postor, de acuerdo con lo que establece el artículo 488 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Es de mencionar, que el actor puede convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero; la vigencia del mismo es de 6 meses. (Art. 2916 C.C.F.)

Para el caso, que los dictámenes rendidos por los peritos de las partes no coincidieran, el juez procederá a tomar como valor base de remate el promedio de ambos avalúos, siempre y cuando la diferencia entre uno y otro no exceda el treinta por ciento; ya que en caso de rebasar el porcentaje anterior el juez ordenará la realización de un nuevo avalúo con corredor público o institución de crédito, mas cabe

aclarar que en la práctica, el juez designa al perito tercero en discordia de la lista de peritos valuadores del tribunal.

Realizados los avalúos y establecido el valor base de remate del bien inmueble, se sacara a subasta pública, anunciándose por medio de edictos que se fijarán por dos veces en los tableros de avisos del juzgado y en los de la (Secretaría de Finanzas del Distrito Federal) Tesorería del Distrito Federal, debiendo mediar entre una y otra publicación siete días hábiles y, entre la última y la fecha del remate, igual plazo. Si el valor de la cosa pasare del equivalente a ciento ochenta y dos días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, se insertarán además los edictos en un periódico de información. A petición de cualquiera de las partes y a su costa el juez puede usar, además de los dichos, algún otro medio de publicidad para convocar postores; para el caso, que el bien inmueble a rematar estuviera fuera de la jurisdicción del juez competente, además de lo anterior, se realizará la publicación de edictos en los sitios de costumbre y en las puertas de los juzgados respectivos. Asimismo, se ampliará el término de los edictos, concediéndose un día más por cada doscientos kilómetros o por una fracción que exceda de la mitad, y se calculará para designarlo la distancia mayor a que se hallen los bienes. Para lo cual el juez, podrá allegarse de cualquier otro medio de publicidad para convocar postores. (arts. 570 y 572 C.P.C.D.F.)

Es menester señalar, que hasta antes de aprobarse el remate, podrá el deudor o ejecutado librar sus bienes pagando principal e intereses y exhibiendo certificado de depósito por la cantidad que prudentemente califique el juez, para garantizar el pago de las costas. Después de aprobado quedará la venta irrevocable. (art. 571 C.P.C.D.F.)

El día y hora señalados para la diligencia de remate, el juez personalmente pasará lista de los postores presentados (que previamente hayan consignado, en el establecimiento de crédito autorizado para este efecto por la ley, una cantidad igual por lo menos al diez por ciento efectivo del valor de los bienes, misma que sirva de base para el remate), y concederá media hora para admitir a los que de nuevo se presenten. Concluida la media hora, el juez declarará que va a procederse al remate y ya no admitirá nuevos postores. En seguida revisará las propuestas presentadas, desechando, desde luego, las que no tengan postura legal (devolviendo las consignaciones hechas a sus respectivos dueños) y las que no estuvieren acompañadas del billete de depósito.

Una vez que el juez califique las posturas de buenas, las leerá en voz alta o mandará darles lectura por la secretaría, para que los postores presentes puedan mejorarlas. Si hay varias posturas legales, el juez decidirá cuál sea la preferente. Una vez hecha la declaración de la postura considerada preferente, el juez procederá a preguntar si alguno de los licitadores la mejora. En caso de que alguno la mejore dentro de los cinco minutos que sigan a la pregunta, interrogará de nuevo si algún postor puja la mejora; y así sucesivamente con respecto a las pujas que se hagan. En cualquier momento en que, pasados cinco minutos de hecha la pregunta correspondiente, no se mejorare la última postura o puja, declarará el tribunal fincado el remate en favor del postor que hubiere hecho aquella y lo aprobará en su caso. La resolución que apruebe o desapruere el remate será apelable en ambos efectos sin que proceda recurso alguno en contra de las resoluciones que se dicten durante el procedimiento de remate. (Art. 580 C.P.C.D.F.)

Una vez aprobado el remate, el juez ordenara que dentro de los tres días siguientes, se otorgue a favor del comprador la escritura de adjudicación correspondiente, en los términos de su postura y que se le entreguen los bienes rematados. (Art. 581 C.P.C.D.F.)

En este sentido es conveniente observar lo determinado en el artículo 582 del C.P.C.D.F., el que establece: *“No habiendo postor quedará al arbitrio del ejecutante pedir en el momento de la diligencia que se le adjudiquen los bienes por el precio del avalúo que sirvió de base para el remate o que se saquen de nuevo a pública subasta con rebaja del veinte por ciento de la tasación.*

Esta segunda subasta se anunciará y celebrará en igual forma que la anterior”.

La realización de la segunda almoneda se realizará en los mismos términos que la primera, con la respectiva rebaja del veinte por ciento de la tasación; para el caso de que en esta segunda almoneda tampoco hubiere licitadores, el actor podrá pedir o la adjudicación por el precio que sirvió de base para la segunda subasta o que se le entreguen en administración los bienes para aplicar sus productos al pago de los intereses y extinción del capital y de las costas; o bien solicitar se realice una tercera almoneda sin sujeción a tipo. En este caso, si hubiere postor que ofrezca las dos tercias partes del precio que sirvió de base para la segunda subasta y que acepte las condiciones de la misma, se fincará el remate sin más trámites en él. Si no llegase a dichas dos tercias partes, con suspensión del fincamiento del remate, se hará saber el precio ofrecido al deudor, el cual dentro de los veinte días siguientes podrá pagar al acreedor librando los bienes o presentar persona que mejore la postura. Transcurridos los veinte días sin que el deudor haya pagado ni traído mejor postor, se aprobará el remate mandando llevar a efecto la venta. Los postores a que se refiere este artículo cumplirán con el requisito previo del depósito a que se refiere el artículo 574. Más si dentro del término expresado anteriormente se mejora la postura, el juez mandará abrir nueva licitación entre los dos postores, citándose dentro del tercer día para que en su presencia hagan las pujas, y adjudicará la finca al que hiciere la proposición más ventajosa. Si el primer postor, en vista de la mejora hecha por el segundo, manifestare que renuncia a sus derechos, o no se presentare a la licitación, se fincará en favor del segundo. Lo mismo se hará con el primero, si el segundo no se presenta a la licitación. Para el caso, que en tercera almoneda se hiciere postura admisible en cuanto al precio, pero ofreciendo pagar a plazos o alterando alguna otra condición, se hará saber al acreedor, el cual podrá pedir en los nueve días siguientes, la adjudicación de los bienes en las dos tercias partes del precio de la segunda subasta; y si no hace uso de este derecho, se aprobará el remate en los términos ofrecidos por el postor. (arts. 582, 583, 584, 585 y 586 C.P.C.D.F.)

4.2. JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL

4.2.1. PROCEDENCIA DEL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL

La procedencia del juicio ejecutivo mercantil se basa en el hecho que el acreedor disponga de un *documento que traiga aparejada ejecución*. Tal como lo dispone el artículo 1391 del Código de Comercio; dicho documento, además de su carácter ejecutivo constituye una prueba preconstituida.

El título que traiga aparejada ejecución y que sirva de documento base de la acción, *deberá contener deuda que sea cierta, exigible y líquida*.

“El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga aparejada ejecución, de conformidad con el artículo 1391 del Código de Comercio, que a la letra, establece:

Traen aparejada ejecución:

I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al artículo 1346, observándose lo dispuesto en el 1348;

II. Los instrumentos públicos, así como los testimonios y copias certificadas que de los mismos expidan los fedatarios públicos, en los que conste alguna obligación exigible y líquida;

III. La confesión judicial del deudor, según el artículo 1288;

IV. Los títulos de crédito;

V. (Derogada);

VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;

VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor;

VIII. Los convenios celebrados en los procedimientos conciliatorios tramitados ante la Procuraduría Federal del Consumidor o ante la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, así como los laudos arbitrales que éstas emitan, y

IX. Los demás documentos que por disposición de la Ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.” (art. 1391 C.Com.)

Adicionalmente, surge en materia bancaria la aplicación del artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, la que señala:

“Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el

contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.”

Siendo el caso que los contratos contengan una garantía hipotecaria.

4.2.2. REQUISITOS DE LA DEMANDA

El Código de Comercio propiamente no regula los requisitos que debe de contener un escrito de demanda, por lo cual, se aplica supletoriamente lo establecido en el artículo 322 del Código Federal de Procedimientos Civiles, en relación con los artículos 1391, 1392 y 1401 del Código de Comercio.

“Artículo 322.- La demanda expresará:

I.- El tribunal ante el cual se promueva;

II.- El nombre del actor y el del demandado.

Si se ejercita acción real, o de vacancia, o sobre demolición de obra peligrosa o suspensión y demolición de obra nueva, o sobre daños y perjuicios ocasionados por una propiedad sobre otra, y se ignora quién sea la persona contra la que deba enderezarse la demanda, no será necesario indicar su nombre, sino que bastará con la designación inconfundible del inmueble, para que se tenga por señalado al demandado. Lo mismo se observará en casos análogos, y el emplazamiento se hará como lo manda el artículo 315;

III.- Los hechos en que el actor funde su petición, narrándolos sucintamente, con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda producir su contestación y defensa;

IV.- Los fundamentos de derecho, y

V.- Lo que se pida, designándolo con toda exactitud, en términos claros y precisos.”

Es conveniente señalar que los juicios mercantiles se substanciarán de acuerdo a los procedimientos aplicables conforme Código de Comercio, las leyes especiales en materia de comercio y en su defecto por el Código Federal de Procedimientos Civiles y en último término por el Código de Procedimientos Civiles local, (Art. 1063 C.Com.)

4.2.2.1. DOCUMENTOS QUE SE ACOMPAÑAN A LA DEMANDA.

La demanda deberá estar acompañada por el documento base de la acción, es decir, del título ejecutivo que traiga aparejada ejecución, de conformidad con lo establecido por el artículo 1392 del Código de Comercio.

Así mismo, desde se deberá exhibir los documentos que acrediten personalidad del acreedor, o de aquella persona que actué en calidad de mandatario o de representante, así como todos los documentos que las partes ofrezcan como prueba, entendiéndose que las partes tienen a su disposición los anteriores documentos, siempre y cuando puedan legalmente pedir copia de los originales y exista una obligación de expedirlos (acreditándolo con copia sellada); para el caso de que alguna de las partes no

tuviera a su disposición los documentos, lo harán saber al juez, bajo protesta de decir verdad, exponiendo el motivo, con el fin que el juez lo requiera a costa del solicitante. (Arts. 1061, frac. III, C.Com).

Asimismo, deberán acompañar copias simples o fotostáticas legibles de la demanda y de los documentos antes referidos, incluyendo las pruebas, para correr traslado a la contraria.

4.2.3. AUTO DE EXEQUENDO O DE EJECUCIÓN.

Cumplidas las formalidades de ley, el juez procederá a revisar la demanda dictando el correspondiente auto, con efectos de mandamiento en forma, para que el deudor sea requerido de pago, y no haciéndolo se le embarguen bienes suficientes para cubrir la deuda, los gastos y costas, poniéndolos bajo la responsabilidad del acreedor, en depósito de persona nombrada por éste, dicho auto también es conocido como exequendo o auto de ejecución; el cual establecerá:

- La admisión de la demanda en la vía ejecutiva mercantil
 - Ordenará se requiera de pago al demandado, o se embarguen bienes suficientes de este para garantizar el pago.(realizado el embargo)
 - Emplazamiento por el término de cinco días para realizar el pago u oponerse a la ejecución.
- Son varios los efectos que ocurren al presentar la demanda:
 - a) Interrumpir la prescripción.
 - b) El inicio o principio de la instancia.
 - c) Determinación del valor de las prestaciones exigidas.
 - d) Requerimiento judicial de pago o embargo.

4.2.4. CITATORIO

En la hipótesis, que el deudor no se encontrará en su domicilio (designado por el actor y corroborado por el Actuario) al momento del requerimiento, el C. Actuario o ejecutor, podrá hacer una búsqueda posterior o dejará *citatorio*, fijando hora hábil para que esté presente el deudor en el domicilio, dentro de un lapso comprendido entre las seis y las setenta y dos horas posteriores, apercibiendo al deudor que en caso de no estar presente se realizará la diligencia con quien se encuentre presente en el lugar, en términos de lo establecido por Código Federal de Procedimientos Civiles, en relación directa con los embargos.

4.2.5. DILIGENCIA DE REQUERIMIENTO DE PAGO O EMBARGO Y EMPLAZAMIENTO.

4.2.5.1. DEL REQUERIMIENTO DE PAGO O EMBARGO

Con el instructivo de diligencia, el C. Actuario o ejecutor adscrito al juzgado, procederá a realizar el requerimiento de pago o embargo y emplazamiento respectivos, para lo cual se constituirá en compañía del actor o de quien legalmente lo represente en el domicilio del demandado, (cerciorándose el actuario de estar en el domicilio correcto).

En la diligencia de requerimiento de pago o embargo se pueden dar tres hipótesis.

a) Que el demandado, su representante o persona con quien se entienda, sea requerida del pago en el momento de las prestaciones reclamadas por el actor, hecho que anotará en la cédula el C. Actuario, con el fin de que el juez resuelva lo que corresponda.

b) Que el demandado, su representante o persona con quien se entienda se abstenga de realizar el pago, (no obstante habersele entregado en el inicio de la diligencia la cédula que ordena el embargo dictado en su contra), acto continuo el C. Actuario, le solicitará al deudor señale bienes suficientes que garanticen el cumplimiento de las prestaciones reclamadas, apercibiéndolo que en caso de no hacerlo, el derecho pasará al actor; acto continuo se emplazará al demandado.

c) Que el deudor no esté presente el día hora señalados, no obstante haber sido citado conforme a derecho, por lo cual, el requerimiento de pago y, en su caso, embargo se practicará con su representante o la persona con la que se entienda que se encuentre en el domicilio.

“La diligencia de embargo no se suspenderá por ningún motivo, sino que se llevará adelante hasta su conclusión, dejando al demandado sus derechos a salvo para que los haga valer como le convenga durante el juicio.” (Art. 1394, párr. tercero, C.Com.)

La práctica de la diligencia de embargo se realizará en los siguientes términos.

“En el embargo de bienes se seguirá este orden:

I. Las mercancías;

II. Los créditos de fácil y pronto cobro, a satisfacción del acreedor;

III. Los demás muebles del demandado;

IV. Los inmuebles;

V. Las demás acciones y derechos que tenga el demandado.

Cualquier dificultad suscitada en el orden que deba seguirse, no impedirá el embargo. El ejecutor la allanará, prefiriendo lo que prudentemente crea más realizable, a reserva de lo que determine el juez.” (Art. 1395 C.Com.)

Es de señalar que, tratándose de embargo de inmuebles, a petición de la parte actora, el juez requerirá que la demandada exhiba el o los contratos celebrados con anterioridad que impliquen la transmisión del uso o de la posesión de los mismos a terceros. Sólo se aceptarán contratos que cumplan con todos los requisitos legales y administrativos aplicables.

Conforme a las reformas del 10 de enero de 2014, en materia de embargos se establece, que: *“Tratándose de embargo de bienes muebles, el mismo deberá realizarse en la Sección Única del Registro Único de Garantías Mobiliarias del Registro Público de Comercio.”* (Art. 1395, párr. cuarto del C.Com.)

Sin embargo, no obstante las facultades de que dispone el C. Actuario esta impedido para embargar ciertos bienes, de acuerdo a las disposiciones civiles de aplicación supletoria.

“Quedan exceptuados de embargo:

I. Los bienes que constituyen el patrimonio de familia desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, en los términos establecidos por el Código Civil;

II. El lecho cotidiano, los vestidos y los muebles del uso ordinario del deudor, de su cónyuge o de sus hijos no siendo de lujo, a juicio del juez;

III. Los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor esté dedicado;

IV. La maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola, en cuanto fueren necesarios para el servicio de la finca a que estén destinados, a juicio del juez, a cuyo efecto oírá el informe de un perito nombrado por él;

V. Los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales;

VI. Las armas y caballos que los militares en servicio activo usen, indispensables para éste conforme a las leyes relativas;

VII. Los efectos, maquinaria e instrumentos propios para el fomento y giro de las negociaciones mercantiles e industriales, en cuanto fueren necesarios para su servicio y movimiento, a juicio del juez, a cuyo efecto oírá el dictamen de un perito nombrado por él, pero podrán ser intervenidos juntamente con la negociación a que estén destinados;

VIII. Las mieses antes de ser cosechadas, pero no los derechos sobre las siembras;

IX. El derecho de usufructo, pero no los frutos de éste;

X. Los derechos de uso y habitación;

XI. Las servidumbres, a no ser que se embargue el fundo a cuyo favor están constituidas, excepto las de aguas, que es embargable independientemente;

XII. La renta vitalicia, en los términos establecidos en los artículos 2785 y 2787 del Código Civil;

XIII. Los sueldos y el salario de los trabajadores, en los términos que establece la Ley Federal del Trabajo, siempre que no se trate de deudas alimenticias o responsabilidad proveniente de delitos;

XIV. Las asignaciones de los pensionistas del erario;

XV. Los ejidos de los pueblos y la parcela individual que en su fraccionamiento haya correspondido a cada ejidatario.” (Art. 434 C.F.P.C.)

"En todos los casos, practicada la diligencia de ejecución decretada, el ejecutor entregará también al ejecutante copia del acta que se levante o constancia firmada por él, en que conste los bienes que hayan sido embargados y el nombre, apellidos y domicilio del depositario designado.

La copia o constancia que se entregue al ejecutante podrá servir para el caso de haberse embargado bienes inmuebles, para que la misma se presente al Registro Público de la Propiedad, o del Comercio, dentro de los tres días siguientes, para su inscripción preventiva, la cual tendrá los mismos efectos que se señalan para los avisos de los notarios en los términos de la parte final del artículo 3016 del Código Civil, y el juez, dentro de un término máximo de cinco días, deberá poner a disposición del interesado el oficio respectivo junto con copia certificada de la diligencia de embargo para su inscripción." (Art. 1394, párr. cuarto y quinto C.Com.)

4.2.5.2. EMPLAZAMIENTO

Realizado el embargo, el C. Actuario procederá a notificar al demandado, o a la persona con quien se haya practicado la diligencia para que dentro del término de ocho días, el que se computará en términos del artículo 1075 de este Código, comparezca la parte demandada ante el juzgado a hacer paga llana de la cantidad reclamada y las costas, o a oponer las excepciones que tuviere para ello. (Art. 1396 C.Com.)

Sin embargo, dicho artículo es ambiguo, pues no señala la forma en que habrá de realizarse la notificación de emplazamiento al deudor, en virtud, por lo que me abocare a señalar lo establecido en los artículos del Código Federal de Procedimientos Civiles, y que establecen:

"Las notificaciones personales se harán al interesado o a su representante o procurador, en la casa designada, dejándole copia íntegra, autorizada, de la resolución que se notifica..." (Art. 310).

"Para hacer una notificación personal, y salvo el caso previsto en el artículo 307, se cerciorará el notificador, por cualquier medio, de que la persona que deba ser notificada vive en la casa designada, y, después de ello, practicará la diligencia, de todo lo cual asentará razón en autos..." (Art. 311)

"Deben firmar las notificaciones la persona que las hace y aquellas a quien se hacen. Si ésta no supiere o no quisiere firmar, lo hará el notificador, haciendo constar esta circunstancia. A toda persona se le dará copia simple de la resolución que se le notifique, sin necesidad de acuerdo judicial. Las copias que no recojan las partes, se guardarán en la secretaría, mientras esté pendiente el negocio." (Art. 317 C.F.P.C.)

Hecho que no ha sido contemplado por el Código de Comercio, y más tratándose de créditos en los que exista persona y garantías hipotecarias determinados.

Cabe hacer mención, que el emplazamiento es el llamamiento que hace el juzgador al demandado mediante notificación personal para que comparezca a juicio dentro de un plazo que al efecto se designe, a alegar lo que a sus intereses convenga, la notificación se realiza mediante un instructivo conocido como cédula de notificación por medio del secretario actuario, llamado en la práctica (notificador).

Efectos del emplazamiento

- a) Prevenir el juicio en favor del juez que lo hace; (establece la jurisdicción que el juez tiene frente a sus similares)
- b) Sujetar al emplazado a seguir el juicio ante el juez que lo emplazó, siendo competente al tiempo de la citación, aunque después deje de serlo con relación al demandado, porque éste cambie de domicilio, o por otro motivo legal;
- c) Obligar al demandado a hacer pago de las prestaciones reclamadas u oponer excepciones en un lapso de ocho días ante el juez que lo emplazó, salvo siempre el derecho de provocar la incompetencia; (este punto más que obligar al demandado es darle la facultad para contestar en tiempo y forma, ya que de lo contrario existiría una inconstitucionalidad)
- d) Producir todas las consecuencias de la interpelación judicial, si por otros medios no se hubiere constituido ya en mora el obligado;
- e) Tratándose de juicios en los que exista una garantía hipotecaria, convertirse en depositario judicial del bien inmueble hipotecado.

4.2.6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Como se ha señalado anteriormente, dentro de los ocho días siguientes al requerimiento de pago, al embargo, en su caso, **y al emplazamiento**, el demandado deberá contestar la demanda, refiriéndose concretamente a cada hecho, oponiendo únicamente las excepciones que permite el artículo 1403 del Código Comercio, y artículo 8 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tratándose de títulos de crédito, así como sus testigos, ofrecer pruebas y peritos con el cuestionario correspondiente, relacionándolas con los hechos y acompañando los documentos que exige la ley para las excepciones. (Art. 1399 y 1401 C.Com.)

En este punto, se abrirá un paréntesis para desarrollar el tipo de conductas que puede asumir el demandado, respecto de la demanda; dividiéndolas en conducta pasiva y activa.

4.2.6.1. Conducta Pasiva del demandado

- a) Rebeldía o contumacia del demandado

Es resultante de la conducta pasiva realizada por el demandado dentro de la secuela procesal, la contumacia puede ser total o parcial.

- 1) Contumacia total.

Cuando el demandado se abstiene de comparecer dentro de la secuela procesal.

Es menester señalar, que antes de las reformas de 1996, el artículo 1401 del Código de Comercio disponía, que en caso, que el demandado no verificara el pago de las prestaciones reclamadas dentro del término de cinco días de hecho el embargo, ni oponía excepciones en contra de la ejecución, el actor podía solicitar al juez dictar la sentencia de remate respecto de los bienes embargados, previa citación de las partes para oír sentencia.

Sin embargo con las reformas de 1996, el legislador omitió hacer la aclaración correspondiente, por lo cual, me remitiré a lo establecido por el artículo 1078 del Código de Comercio, el cual establece: “Una vez concluidos los términos fijados a las partes, sin necesidad de que se acuse rebeldía, seguirá el juicio su curso y se tendrá por perdido el derecho que debió ejercitarse dentro del término correspondiente”. Con dicha reforma se le quito el carácter de ejecución inmediata, que distinguía al juicio ejecutivo mercantil, afectando el principio procesal de derecho, que es *la economía procesal*, que rige a los juicios especiales.

2) Contumacia parcial.

Esta se da cuando el demandado deja de actuar ocasionalmente en el juicio, un ejemplo de esto, lo es el hecho de que el demandado ofrezca un perito de su parte y no lo presente a aceptar el cargo en el termino de Ley.

Cabe aclarar que esta conducta pasiva parcial o total, puede ser unilateral o bilateral; es decir, será unilateral cuando alguna de las partes se abstenga o deje de actuar, como he señalado, en el caso del demandado, pero esto también se aplica al actor cuando deja de actuar por un periodo o en definitiva, ya sea presentando la demanda y absteniéndose de continuar con la secuela procesal; o bien en forma bilateral, cuando ambas partes dejan de actuar en un periodo o en definitiva,

4.2.6.2. Conducta activa del demandado.

b) Allanamiento o Sometimiento del demandado a la demanda

El allanamiento es la conducta activa que tiene el demandado dentro del juicio y *no del litigio* como algunos autores establecen, pues, en este caso no hay una controversia formal, ya que el allanamiento es un reconocimiento de hechos y de derecho, sometiéndose el demandado a las pretensiones del actor, por lo que no da a lugar el conflicto de intereses, y por tanto, a la fijación de la *Litis*.

En virtud del allanamiento, el deudor puede acordar con el actor, se realice el pago de lo reclamado con la venta o adjudicación de los bienes embargados, mas siempre con el consentimiento del juez, con base en la ley, o bien; el deudor podrá solicitar al juez, un termino de gracia para cumplir con el pago de las prestaciones reclamadas, a lo cual , el Juez, procederá a dar vista al actor para que en el término de tres días manifieste lo que a sus intereses convenga; acto continuo el juez resolverá de acuerdo a las proposiciones hechas por las partes; conforme a lo establecido en el artículo 1405 del Código de Comercio.

Sin embargo, el precepto jurídico es omiso, en virtud de no prever otras posibles soluciones, pues el demandado al allanarse puede solicitar se le libere del pago de costas; o no solicite término de gracia y si que se le libere del pago de costas; o bien, que se allane a los hechos, pero no a la ejecución, etc. En todo caso, el juez observará las proposiciones hechas por las partes y resolverá de acuerdo a derecho y con base a su criterio.

c) Oposición de excepciones y defensas del demandado.

Es la conducta activa que asume el demandado, en el plazo concedido por el juez competente y por el cual opone excepciones y defensas en contra de las pretensiones del actor.

Es necesario hacer un breve paréntesis para hablar acerca de las excepciones y defensas, pues nuestro código no define plenamente lo que es una excepción y una defensa, por lo que en la práctica profesional frecuentemente se mezclan; ***la excepción es una oposición al derecho y fundamentación esgrimido por el actor respecto de sus pretensiones; mientras que la defensa deriva de los hechos controvertidos de las partes y que recaen en las pretensiones.***

El Código de Comercio establece los elementos que debe contener la demanda, pero es omiso al no señalar las formalidades que deberá contener el escrito de contestación por lo cual me remitiré al artículo 329 del Código Federal de Procedimientos Civiles, en relación con los artículos 1399 y 1401 del Código de Comercio. Por lo cual la contestación de demanda deberá realizarse en los siguientes términos:

La demanda deberá contestarse negándola, confesándola u oponiendo excepciones. El demandado deberá referirse a todos y cada uno de los hechos comprendidos en la demanda, afirmándolos, negándolos, expresando los que ignore por no ser propios, o refiriéndolos como crea que tuvieron lugar. Se tendrán por admitidos los hechos sobre los que el demandado no suscitare explícitamente controversia, sin admitírsele prueba en contrario. La negación pura y simple del derecho importa la confesión de los hechos; la confesión de éstos no entraña la confesión del derecho.

Las excepciones que haya establecer el demandado, serán dentro de los ocho días siguientes al requerimiento de pago, al embargo, y en su caso al emplazamiento; el demandado *solo podrá oponer las excepciones derivadas del artículo 1403 del Código de Comercio; sin embargo, tratándose de títulos de crédito podrá esgrimir como excepciones las comprendidas en el artículo 8 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (art. 1399 C.Com)

El artículo 1403 del *Código de Comercio* establece las excepciones en contra de los documentos mercantiles en general que traen aparejada ejecución.

“Contra cualquier otro documento mercantil que traiga aparejada ejecución, son admisibles las siguientes excepciones:

I. Falsedad del título o del contrato contenido en él;

II. Fuerza o miedo;

III. Prescripción o caducidad del título;

IV. Falta de personalidad en el ejecutante, o del reconocimiento de la firma del ejecutado en los casos en que ese reconocimiento es necesario;

V. Incompetencia del juez;

VI. Pago o compensación;

VII. Remisión o quita;

VIII. Oferta de no cobrar o espera;

IX. Novación de contrato.

Las excepciones comprendidas desde la fracción IV a la IX sólo serán admisibles en juicio ejecutivo, si se fundaren en prueba documental.”

Por su parte el artículo 8° de la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, establece las excepciones que se pueden invocar, tratándose de títulos de crédito.

“Contra las acciones derivadas de un título de crédito, sólo pueden oponerse las siguientes excepciones y defensas:

I.- Las de incompetencia y de falta de personalidad en el actor;

II.- Las que se funden en el hecho de no haber sido el demandado quien firmó el documento;

III.- Las de falta de representación, de poder bastante o de facultades legales en quien suscribió el título a nombre del demandado, salvo lo dispuesto en el artículo 11;

IV.- La de haber sido incapaz el demandado al suscribir el título;

V.- Las fundadas en la omisión de los requisitos y menciones que el título o el acto en él consignado deben llenar o contener y la ley no presuma expresamente, o que no se hayan satisfecho dentro del término que señala el artículo 15;

VI.- La de alteración del texto del documento o de los demás actos que en él consten, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 13;

VII.- Las que se funden en que el título no es negociable;

VIII.- Las que se basen en la quita o pago parcial que consten en el texto mismo del documento, o en el depósito del importe de la letra en el caso del artículo 132;

IX.- Las que se funden en la cancelación del título, o en la suspensión de su pago ordenada judicialmente, en el caso de la fracción II del artículo 45;

X.- Las de prescripción y caducidad y las que se basen en la falta de las demás condiciones necesarias para el ejercicio de la acción;

XI.- Las personales que tenga el demandado contra el actor. “

Al igual que en el escrito inicial, al contestar la demanda o reconvención el demandado deberá acompañar los documentos que acrediten su personalidad o de quien lo represente, así como los documentos que acrediten sus excepciones, en virtud de que se entiende que esta tiene a su disposición dichos documentos, y en caso de carecer de los mismos deberá acreditar con copia sellada haberlos solicitado.

Para el caso, de no tener a su disposición los documentos en que el demandado funde sus excepciones, lo hará saber al juez bajo protesta de decir verdad, para que este lo solicite al responsable a costa del interesado. Asimismo tendrá que acompañar copias simples de la contestación de la demanda y documentos que acrediten sus excepciones, con el fin de que el juez de vista por el término de tres días al actor para que conteste en términos de ley. (arts. 1061 y 1400 C.Com)

Es menester señalar, que en el juicio ejecutivo mercantil que se funde en una sentencia ejecutoriada solo podrá oponer la excepción de pago, tal y como lo dispone el artículo 1397 del Código de Comercio, el cual establece:

“Si se tratare de sentencia, no se admitirá más excepción que la de pago si la ejecución se pide dentro de ciento ochenta días; si ha pasado ese término, pero no más de un año, se admitirán, además, las de transacción, compensación y compromiso en árbitros; y transcurrido más de un año serán admisibles también las de novación, comprendiéndose en ésta la espera, la quita, el pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación y la falsedad del instrumento, siempre que la ejecución no se pida en virtud de ejecutoria, convenio o juicio constante en autos. Todas estas excepciones, sin comprender la de falsedad, deberán ser posteriores a la sentencia, convenio o juicio y constar por instrumento público, por documento judicialmente reconocido o por confesión judicial.”

Asimismo, si el demandado dejare de cumplir con lo dispuesto por el artículo 1061 de este ordenamiento respecto de las documentales en que funde sus excepciones, el juez dejará de admitirlas, salvo las que sean supervenientes. (Art. 1400 C.Com.)

Con el escrito de contestación de demanda y cumplidas las formalidades, a que referencia el artículo 1061 del Código de Comercio, se tendrán por opuestas las excepciones que permite la ley, con las cuales se dará vista al actor por tres días para que manifieste y ofrezca las pruebas que a su derecho convenga.

4.2.7. PRUEBAS

En el juicio ejecutivo mercantil de la narración de los hechos, ya sea de la demanda o de la contestación, surge la denominada *carga procesal* de acreditar los mismos, por ello, de la necesidad de utilizar los medios de prueba, que como he señalado, la prueba generalmente la debemos entender como la forma de evidenciar la verdad o la falsedad de algún punto o puntos materia de controversia, sin embargo, el juicio especial mercantil requiere de un tratamiento particular relativo a los medios de prueba, toda vez que dado el escrito de demanda, y en su caso, el escrito de contestación, se deben aportar dichos medios de convicción.

4.2.7.1. OFRECIMIENTO Y ADMISIÓN DE PRUEBAS

El artículo 1401 del Código de Comercio, señala de manera clara, el momento que las partes tienen para ofrecer pruebas de su parte; el cual, a la letra establece:

“En los escritos de demanda, contestación y desahogo de vista de ésta, las partes ofrecerán sus pruebas, relacionándolas con los puntos controvertidos, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que hubieren mencionado en los escritos señalados al principio de este artículo; así como los de sus peritos, y la clase de pericial de que se trate con el cuestionario que deban resolver; y todas las demás pruebas que permitan las leyes.

Si los testigos no se hubieren mencionado con sus nombres y apellidos en los escritos que fijan la litis, el juez no podrá admitirlas aunque se ofrezcan por las partes posteriormente, salvo que importen excepción superveniente.

Desahogada la vista o transcurrido el plazo para hacerlo, el juez admitirá y mandará preparar las pruebas que procedan, de acuerdo con el Código Federal de Procedimientos Civiles, abriendo el juicio a desahogo de pruebas, hasta por un término de quince días, dentro de los cuales deberán realizarse todas las diligencias necesarias para su desahogo, señalando las fechas necesarias para su recepción.

Las pruebas que se reciban fuera del término concedido por el juez, o su prórroga si la hubiere decretado, serán bajo la responsabilidad de éste, quien sin embargo, podrá mandarlas concluir en una sola audiencia indiferible que se celebrará dentro de los diez días siguientes”.

Asimismo, el artículo 1061 del citado ordenamiento, establece lo relativo a la prueba documental, relativa a los documentos base de la acción, o en su caso los que hayan de servir como excepción, así como los relativos a la acreditación de la personalidad del promovente y los demás documentos que sirvan de prueba a las partes.

De la lectura del artículo anterior, se desprende, que transcurrido el plazo para el desahogo de la vista con las excepciones del demandado, se abrirá la fase procesal de desahogo de pruebas; el auto que lo ordene puede ser de oficio o a petición de parte, tal y como señala el artículo 1199 del Código de Comercio.

El artículo 1401 del Código de Comercio establece, que cumplido el término para desahogar la vista, el juez admitirá y mandará preparar las pruebas que procedan, por lo cual abrirá el juicio a desahogo de pruebas hasta por un término de quince días, dentro de los cuales deberán realizarse todas las diligencias necesarias para su desahogo; para tal efecto, señalará tantas fechas sean necesarias para su recepción.

En este sentido es menester señalar que el párrafo segundo del ordenamiento referido establece la posibilidad de recibir pruebas fuera del término concedido por el juez o en prórroga, si la hubiere decretado, las cuales serán bajo su responsabilidad, pudiendo el juez mandarlas concluir en *una sola audiencia indiferible, que se celebrará dentro de los diez días siguientes.*

En el párrafo anterior se expuso, que el término para admitir, preparar y desahogar las pruebas en el juicio ejecutivo mercantil es de quince días (el cual es común a las partes), sin embargo, la Ley faculta al juez, para realizar una prórroga a dicho término, el cual no excederá de diez días, en virtud que dicha prórroga es bajo su responsabilidad, por lo cual el juez podrá exigir al oferente que solicito la prórroga la exhibición de una garantía (generalmente en billete de depósito), que responda a la multa que se le impondrá, en caso de no rendir la prueba.

Las pruebas que ofrezcan las partes deberán expresar claramente el hecho o hechos que se trata de demostrar con las mismas, así como argumentar las razones por las cuales el oferente considera que demostrara su acción o excepción, pudiendo el juez limitar el número de testigos prudencialmente; por lo que en ningún caso se admitirán pruebas contra del derecho o la moral; que se hayan ofrecido extemporáneamente, sobre hechos no controvertidos o ajenos a la Litis; sobre hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, o bien que no reúnan los requisitos establecidos en el artículo 1198 del Código de Comercio.

Asimismo, contra el auto que admita alguna prueba que contravenga las prohibiciones señaladas anteriormente o que no reúna los requisitos del artículo 1198 del ordenamiento citado, contra lo cual procede la apelación en efecto devolutivo de tramitación conjunta con la sentencia definitiva, cuando sea apelable la sentencia en lo principal. En el mismo efecto devolutivo y de tramitación conjunta con dicha sentencia, será apelable la determinación en que se deseche cualquier prueba que ofrezcan las partes o terceros llamados a juicio, a los que siempre se les considerará como partes en el mismo. Tal como lo establece el artículo 1203 del Código de Comercio.

A continuación, señalaré las pruebas más frecuentes en el juicio ejecutivo mercantil.

4.2.7.2. CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS MÁS FRECUENTES EN EL EJECUTIVO MERCANTIL

a) Confesional.

Es la declaración que realiza una de las partes en la controversia mediante la absolución de posiciones, (las cuales pueden ser por escrito o verbales), respecto de hechos propios y/o de su mandante o representado.

Así, la prueba confesional estriba en la manifestación del litigante respecto de hechos o actos propios que le atribuye la parte oferente y los cuales pretende probar.

En este sentido, la confesión puede ser judicial o extrajudicial, será judicial, cuando se realice ante el juez competente al contestar la demanda y/o absolver posiciones; será extrajudicial cuando la confesión se realice ante juez incompetente, sin embargo, la Ley permite que la confesión se haga en otro juicio sin la presencia judicial, para lo cual, el colitigante deberá pedir la ratificación, y si existiere negativa injustificada para ratificar dicho escrito que contenga la confesión, o bien omisión de hacerlo, se acusará la correspondiente rebeldía, quedando perfecta la confesión.. (arts. 1211, 1212, 1213 y 1235 C.Com).

El artículo 1214 del Código de Comercio establece un plazo particular para ofrecer la prueba confesional.

“Desde los escritos de demanda y contestación a la demanda y hasta diez días antes de la audiencia de pruebas, se podrá ofrecer la de confesión, quedando las partes obligadas a declarar, bajo protesta de decir verdad, cuando así lo exija el contrario.

Es permitido articular posiciones al procurador que tenga poder especial para absolverlas, o general con cláusula para hacerlo.”

Cuando el que haya de absolver posiciones sea persona física, está obligado a hacerlo personalmente, cuando así lo exija el que articula, siempre y cuando de la demanda o contestación existan hechos concretos que lo justifiquen; en caso contrario, la absolución de posiciones podrá hacerse a través de mandatario o representante legal; para lo cual, los anteriores deberán ser forzosamente conocedores de los hechos controvertidos del mandante o representado, no pudiendo manifestar desconocer los hechos de aquel, contestando categóricamente a las posiciones ya sea afirmativa o negativamente, apercibiéndosele para el caso de negarse a contestar, ignorar la posición o contestar con evasivas, de confeso de las posiciones que sean calificadas de legales. (Arts. 1215 y 1216 C. Com.)

El artículo 1217 del Código de Comercio, establece la forma en que habrá de realizarse la absolución de posiciones cuando se trate de personas morales.

“Tratándose de personas morales, la absolución de posiciones siempre se llevará a efecto por apoderado o representante, con facultades para absolver, sin que se pueda exigir que el desahogo de la confesional se lleve a cabo por apoderado o representante específico...”

Cuando el que haya de absolver posiciones, no se encontrará en el lugar del juicio, el juez librará el correspondiente exhorto acompañado de sobre cerrado y sellado, el pliego en que consten las posiciones, mismas que deben ser previamente calificadas.

Del pliego, el oferente de la prueba, deberá, al ofrecer la confesión, acompañar copia que, autorizada conforme a la ley con la firma del juez y la del secretario, quedará en el seguro del juzgado, sin oportunidad de que pueda ser conocida por el contrario del oferente. El juez exhortado practicará las diligencias necesarias a fin de cumplir con lo requerido, mas no podrá declarar confeso al absolvente, salvo que lo autorice el juez exhortante. (Arts. 1219 y 1220 C.Com)

A continuación, señalaré los casos en que el absolvente de posiciones es declarado confeso:

I. Cuando sin justa causa el que deba absolver posiciones se abstenga de comparecer cuando fue citado para hacerlo, en cuyo caso la declaración se hará de oficio; siempre y cuando se encuentre exhibido con anterioridad al desahogo de la prueba el pliego de posiciones;

II. Cuando se niegue a declarar;

III. Cuando al hacerlo insista en no responder afirmativa o negativamente. (Art. 1232 C.Com.)

b) Documental o Instrumental.

Antes de continuar, es necesario determinar que es un documento, por lo cual expondré algunas definiciones.

Jaime Guasp, señala que el documento es; *“aquel medio de prueba que consiste en un objeto que puede, por su índole, ser llevado físicamente a la presencia del juez”*.³⁰

Dicho concepto es de carácter procesal.

Para el maestro Eduardo Pallares, el documento es *“toda cosa que tienen algo escrito con sentido inteligente”*.³¹ El maestro define que usa el verbo en sentido estricto, como expresión de ideas y sentimientos del hombre, por medio de la palabra. Más deja de lado lo impreso, digitalizado, así como fotocopias, fotografías, etc.

El maestro Rafael de Pina, señala que el documento; *“es la representación material idónea para poner de manifiesto la existencia de un hecho o acto jurídico (acontecimiento independiente de la voluntad humana, contrato, testamento, sentencia, etc.), susceptible de servir, en caso necesario, como elemento probatorio”*.³² Sin embargo, al igual que el maestro Pallares, deja de lado elementos fotográficos, así como los de audio y video, que son parte de nuestra forma de vida actual.

Para el maestro Carlos Arellano García, el documento es; *“el objeto material en el que obran signos escritos para dejar memoria de un acontecimiento”*. Asimismo, define como prueba documental o instrumental la que *“está constituida por aquellos elementos acreditados denominados documentos”*.³³ No obstante el buen criterio del maestro deja de observar el desarrollo tecnológico que nos rodea, tal como el Internet.

En virtud, de las definiciones anteriores puedo señalar; *“Documento es aquel instrumento en el que existen signos, huellas imágenes, audio, video o cualquier otro elemento ya sea escrito, impreso, electrónico, que tiene un significado, y que permite prever la existencia de un hecho o acto jurídico, independientemente del ánimo o voluntad humana, y que es susceptible de ser considerado como prueba”*.

Con base en lo anterior los documentos se dividen en públicos y privados, de acuerdo con lo establecido en el Código de Comercio; *“Son instrumentos públicos los que están reputados como tales en las leyes comunes, y además las pólizas de contratos mercantiles celebrados con intervención de corredor y autorizados por éste, conforme a lo dispuesto en el presente código”*; y *“Documento privado es cualquier otro no comprendido en lo que dispone al artículo anterior”*. (Arts. 1237 y 1238 C.Com.)

Toda vez que el Código de Comercio no distingue plenamente lo que es un documento público de un privado, y el Código Federal de Procedimientos Civiles lo limita, me remitiré a lo dispuesto por el artículo 327 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que establece:

³⁰ ARELLANO GARCÍA, CARLOS, Práctica Forense Mercantil, Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa. México, pág. 406.

³¹ Ídem, pág. 407.

³² Íbidem, pág. 407.

³³ Ídem, pág. 408.

“Son documentos públicos:

I. Las escrituras públicas, pólizas y actas otorgadas ante notario o corredor público y los testimonios y copias certificadas de dichos documentos;

II. Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñen cargo público, en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones;

III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del Gobierno Federal, de los Estados o del Distrito Federal;

IV. Las certificaciones de las actas del estado civil expedidas por los jueces del Registro Civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes;

V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes compete;

VI. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieran a actos pasados, antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren cotejadas por notario público o quien haga sus veces con arreglo a derecho;

VII. Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actas de sociedades o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobados por el Gobierno Federal o de los Estados, y las copias certificadas que de ellos se expidieren;

VIII. Las actuaciones judiciales de toda especie;

IX. Las certificaciones que expidieren las bolsas mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio;

X. Los convenios emanados del procedimiento de mediación que cumplan con los requisitos previstos en la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, y

XI. Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la ley.”

De lo anterior se puede determinar que, el documento público es aquel que procede, o es expedido por funcionario público o fedatario público; el primero, como representante de un órgano de autoridad estatal; y el segundo, como persona embestida de poder público para dar fe de la autenticidad de actos y documentos, o bien para expedirlos. Para lo cual, ambos deberán sujetarse a los requisitos formales que las leyes correspondientes exijan.

Los instrumentos auténticos expedidos por las autoridades federales hacen fe en toda la República, sin necesidad de legalización; asimismo, para que hagan fe en la República los documentos públicos extranjeros deberán presentarse legalizados por las autoridades consulares mexicanas competentes conforme a las leyes aplicables; de igual forma, los documentos que fueren transmitidos internacionalmente, por conducto oficial, para surtir efectos legales, no requerirán de legalización; así como tampoco requerirán de legalización, los documentos públicos extranjeros, cuando se tenga celebrado tratado o acuerdo interinstitucional con el país de que provengan, y se exima de dicha legalización. (Arts. 1246, 1248 y 1249 C.Com)

En contraposición, los documentos privados, son aquellos expedidos por particulares o bien, aquellos que siendo públicos son imperfectos.

El artículo 1241 del Código de Comercio, establece: *“Los documentos privados y la correspondencia procedentes de uno de los interesados, presentados en juicio por vía de prueba y no objetados por la parte contraria, se tendrán por admitidos y surtirán sus efectos como si hubieren sido reconocidos expresamente. Puede exigirse el reconocimiento expreso si el que los presenta así lo pidiere; con este objeto se manifestarán los originales a quien deba reconocerlos y se le dejará ver todo el documento, no sólo la firma.”*

En virtud de lo anterior, los documentos privados se presentarán en originales, y cuando formen parte de un libro, expediente o legajo, se exhibirán para que se compulse la parte que señalen los interesados; en el caso que el documento se encuentra en libros o papeles de casa de comercio o de algún establecimiento industrial, el que pida el documento o la constancia, deberá fijar con precisión cuál sea, y la copia testimoniada se tomará en el escritorio del establecimiento, sin que los directores de él estén obligados a llevar al tribunal los libros de cuenta, sino sólo a presentar las partidas o documentos designados. En este sentido, solo pueden reconocer un documento privado el que lo firma, el que lo manda extender o el legítimo representante de ellos con poder o cláusula especial. (Arts. 1242, 1243 y 1245 C.Com).

Para el caso de **objetar algún documento**, este se deberá hacerse dentro de los tres días siguientes al auto admisorio de pruebas, siempre y cuando, sea de los presentados hasta entonces; para el caso de los exhibidos con posterioridad, podrán ser objetados en el mismo término, a partir del día siguiente en que surta efectos la notificación que ordena la recepción; sin que sea necesario en ambos casos la realización en forma incidental, en términos de lo que dispone el artículo 1247 del Código de Comercio.

Es de señalar para fines ilustrativo en general, que tratándose de incidentes en forma escrita, el incidentista deberá de proponer las pruebas, fijando los puntos sobre los que versen. De ser procedentes las mismas, se dará vista a la contraria por el término de tres días para que produzca contestación y ofrezca de su parte, el juez señalará fecha para su desahogo en audiencia indiferible que se celebrará dentro del término de ocho días, mandando preparar aquellas pruebas que así lo ameriten.

Las resoluciones que se dicten en los incidentes serán apelables en efecto devolutivo, salvo que paralicen o pongan término al juicio haciendo imposible su continuación, casos en que se admitirán en efecto suspensivo.

En este mismo tenor, las partes podrán solicitar cotejo de firmas y letras, siempre que se niegue o que se pongan en duda la autenticidad de un documento privado o de un documento público que carezca de matriz; para lo cual, la parte que pida el cotejo designará el documento o documentos indubitables con que deba hacerse, o pedirá al tribunal que cite al interesado para que en su presencia ponga la firma o letras que servirán para el cotejo.

En virtud de lo anterior, el artículo 1247 del Código de Comercio, establece cuales documentos no son objeto de cotejo.

“Las partes sólo podrán objetar los documentos en cuanto a su alcance y valor probatorio dentro de los tres días siguientes al auto admisorio de pruebas, tratándose de los presentados hasta entonces. Los exhibidos con posterioridad podrán ser objetados en igual término, contado desde el día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación del auto que ordene su admisión. No será necesario para la objeción a que se refiere el presente artículo la tramitación incidental de la misma.”

Para el caso de que niegue o se ponga en duda la autenticidad de un documento, objetándolo o impugnándolo de falso, podrá pedirse el cotejo de letras y/o firmas. Cuando dicho documento sea exhibido junto con la demanda, la contraparte deberá de oponer la excepción correspondiente, y ofrecer en ese momento las pruebas que estime pertinentes, además de la prueba pericial, debiendo darse vista con dicha excepción a la parte actora, para que manifieste lo que a su derecho convenga respecto a la pertinencia de la prueba pericial, y reservándose su admisión para el auto admisorio de pruebas, sin que haya lugar a la impugnación en la vía incidental, conforme al artículo 1250 del Código de Comercio

En este sentido el artículo 1205 Bis, establece:

“En el caso de impugnación y objeción de falsedad de un documento, además de lo dispuesto en el artículo anterior, se observará lo dispuesto en las siguientes reglas:

I. La parte que objete la autenticidad de un documento o lo redarguya de falso, deberá indicar específicamente los motivos y las pruebas;

II. Cuando se impugne la autenticidad de un documento privado, o, público sin matriz, deberán señalarse los documentos indubitables para el cotejo, y promover la prueba pericial correspondiente;

III. Sin los requisitos anteriores se tendrá por no objetado ni redargüido o impugnado el instrumento;

IV. De la impugnación se correrá traslado al colitigante para que en el término de tres días manifieste lo que a su derecho convenga y ofrezca pruebas, que se recibirán en audiencia incidental únicamente en lo relativo a la objeción o impugnación;

V. Lo dispuesto en este artículo sólo da competencia al juez para conocer y decidir en lo principal la fuerza probatoria del documento impugnado, sin que pueda

hacerse declaración alguna general que afecte al instrumento y sin perjuicio del procedimiento penal a que hubiera lugar, y

VI. Si durante la secuela del procedimiento se tramitare diverso proceso penal sobre la falsedad del documento en cuestión, el tribunal, sin suspender el juicio y según las circunstancias, podrá determinar al dictar la sentencia si se reservan los derechos del impugnador para el caso en que penalmente se demuestre la falsedad o bien puede subordinar la eficacia ejecutiva de la sentencia a la prestación de una caución.

Por su parte el artículo 1250 Bis 1, establece:

“Tanto para la objeción o impugnación de documentos sean privados, o públicos que carezcan de matriz, únicamente se considerarán indubitables para el cotejo:

I. Los documentos que las partes reconozcan como tales, de común acuerdo, debiendo manifestar esa conformidad ante la presencia judicial;

II. Los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio a solicitud de parte, por aquél a quien se atribuya la dudosa;

III. Los documentos cuya letra o firma haya sido judicialmente declarada propia de aquél a quien se atribuye la dudosa;

IV. El escrito impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya aquel a quien perjudique;

V. Las firmas puestas en actuaciones judiciales en presencia del secretario del tribunal por la parte cuya firma o letra se trata de comprobar.”

c) Testimonial.

Es importante destacar lo establecido por el artículo 1261 del Código de Comercio, que a la letra dice: *“Todos los que tengan conocimiento de los hechos que las partes deben de probar, están obligados a declarar como testigos.”*

En este sentido el artículo 1401 del citado ordenamiento, señala: *“En los escritos de demanda y contestación..., las partes ofrecerán sus pruebas relacionándolas con los puntos controvertidos, proporcionando el nombre, apellidos y domicilio de los testigos que hubieren mencionado en los escritos...”*

En virtud de lo anterior, las partes tendrán obligación de presentar sus propios testigos para cuyo efecto se les entregarán las cédulas de notificación. Sin embargo, cuando realmente estuvieren imposibilitadas para hacerlo, lo manifestarán así bajo protesta de decir verdad y pedirán que se les cite. El juez ordenará la citación con apercibimiento de arresto hasta por treinta y seis horas o multa equivalente hasta quince días de salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, que aplicará al testigo que no comparezca sin causa justificada, o que se niegue a declarar”. (Art. 1262 C.Com.)

En caso que el testigo resida fuera de la jurisdicción territorial del juez que conozca del juicio, deberá el promovente, al ofrecer la prueba, presentar sus interrogatorios con las copias respectivas para las otras partes, que dentro de tres días podrán presentar sus interrogatorios de repreguntas. Para el examen de estos testigos, se librárá exhorto en que se incluirán en pliego cerrado, las preguntas y repreguntas. Cuando se solicitare el desahogo de prueba testimonial o de declaración de parte para surtir efectos en un proceso extranjero, los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente en los términos que dispone este Código. Para ello será necesario que se acredite ante el tribunal del desahogo, que los hechos materia del interrogatorio están relacionados con el proceso pendiente y que medie solicitud de parte o de la autoridad exhortante. (Art. 1269 C.Com).

Sin embargo, tratándose de personas mayores de setenta años y/o enfermos, y en virtud de las circunstancias, el juez podrá ordenar, recibirles la declaración en sus casas. (Art. 1267 C.Com).

Una excepción a los artículos 1261 y 1262 del Código de Comercio, lo constituye su similar 1268, el cual establece:

“El Presidente de la República, los secretarios de Estado, los titulares de los organismos públicos descentralizados o empresas de participación estatal mayoritaria, el Gobernador del Banco de México, los senadores, diputados, magistrados, jueces, generales con mando, las primeras autoridades políticas del Distrito Federal, no están obligados a declarar, a solicitud de las partes, respecto al asunto de que conozcan o hayan conocido por virtud de sus funciones. Solamente cuando el tribunal lo juzgue indispensable para la investigación de la verdad, podrán ser llamados a declarar. En este caso, y en cualquier otro, se pedirá su declaración por oficio, y en esta forma lo rendirán”.

La protesta y examen del testigo se realizará en presencia de las partes, así como la advertencia al testigo de penas en que incurren los falsos declarantes y su relación e interés que tiene con respecto de las partes; el interrogatorio se desarrollará por parte del oferente de la prueba (y *posteriormente por la contraria con repreguntas únicamente sobre lo declarado*), en ambos casos serán en forma verbal sobre los puntos controvertidos, siendo claras y precisas, mismas que serán calificadas por el juez; para el caso de ser varios testigos respecto de un mismo hecho el interrogatorio se realizará en forma separada y sucesivamente; En la hipótesis que el testigo deje de contestar, incurra en contradicción, o se exprese con ambigüedad, cualquiera de las partes podrá solicitar del juez, exija al testigo la aclaración oportuna. (arts. 1263, 1264, 1265, 1270 y 1271 C.Com).

Un elemento importante del desahogo de esta prueba, son las facultades que dispone el juzgador para el conocimiento de la verdad, por lo cual:

“El juez, a examinar a los testigos, puede hacerles las preguntas que estime convenientes, siempre que sean relativas a los hechos contenidos en los interrogatorios.

Cuando el testigo deje de contestar a algún punto o haya incurrido en contradicción, o se haya expresado con ambigüedad, pueden las partes llamar la atención del juez para que éste, si lo estima conveniente, exija al testigo las

aclaraciones oportunas.

El tribunal tendrá la más amplia facultad para hacer a los testigos y a las partes las preguntas que estime conducentes a la investigación de la verdad respecto a los puntos controvertidos.

Si el testigo no sabe el idioma, rendirá su declaración por medio de intérprete, que será nombrado por el juez. Si el testigo lo pidiere, además de asentarse su declaración en castellano, podrá escribirse en su propio idioma por él o por el intérprete.

Las respuestas del testigo se harán constar en autos en forma que al mismo tiempo se comprenda el sentido o términos de la pregunta formulada. Salvo en casos excepcionales, a juicio del juez, en que permitirá que se escriba textualmente la pregunta y a continuación la respuesta.

Los testigos están obligados a dar la razón de su dicho y el juez deberá exigirla en todo caso”. (Art. 1272 C.Com.)

Es de mencionar que las partes podrán tachar el testimonio vertido por uno o varios testigos de la parte contraria, para lo cual, dentro de los tres días siguientes a la examinación del o los testigos, se tramitará incidente de tacha de testigos, las mismas deberán hacer referencia únicamente a las personas de los testigos, tratándose de los vicios de que hubiere en los dichos o en las declaraciones de estos, serán objeto de alegato de buena prueba. Es menester señalar, que no es tachable el testigo presentado por ambas partes; o bien cuando el testigo tenga un parentesco con ambas partes, o desempeñare oficios o tuviere negocios o interés directo o indirecto en el pleito para con las dos partes, no será tachable. (arts. 1307, 1310, 1311, 1314 y 1317 C.Com).

Concluido el término para probar las tachas, las pruebas de éstas se unirán a los autos; por lo que se refiere la calificación de las tachas, esta se verificará en sentencia definitiva. (arts. 1316 y 1320 C.Com).

Para concluir este inciso, es necesario señalar que el artículo 1401 del Código de Comercio, en su segundo párrafo establece, “... *Si los testigos no se hubieren mencionado con sus nombres y apellidos en los escritos que fijan la litis, el juez no podrá admitirlas aunque se ofrezcan por las partes posteriormente, salvo que importen excepción superveniente*”.

d) Prueba Pericial.

Es de señalar que no todos los asuntos contenciosos requieren la intervención de peritos, más cuando son requeridos, estos deberán ser personas versadas en una ciencia o arte.³⁴

La prueba pericial es aquella que se circunscribe en el conflicto de intereses de las partes en litigio, y que pretende provocar una convicción en el juez o tribunal, respecto de una realidad concreta; dicha prueba será realizada por un perito, el cual tiene el carácter de ser un tercero sin interés en el juicio y ajeno a las partes.

³⁴ ARELLANO GARCÍA, CARLOS, *Práctica Forense Mercantil*, Decimosegunda edición, Edit. Porrúa, México 1999, pág. 437.

El Código de Comercio, establece que las terceras personas designadas por los litigantes o nombradas por el juez en discordia, y que tengan conocimientos especiales 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, oficio o industria requieren título para su ejercicio; para el caso, que la prueba no requiriera el título o no hubiera perito específico en el lugar, podrán ser nombrado cualesquier persona, con la autorización del juez. Por lo cual, la prueba pericial sólo 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 desecharán 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 sólo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares. Asimismo, tratándose que el título de habilitación de corredor público acredita para todos los efectos la calidad de perito valuador. (Art. 1252)

La designación de peritos se realizará por las partes desde sus escritos iniciales y se realizará en términos de lo previsto por el artículo 1253 del Código de Comercio, que a la letra dice:

“Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos:

I. Señalarán con toda precisión la ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deba practicarse la prueba; los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deben resolver en la pericial, así como la cédula profesional, calidad técnica, artística o industrial del perito que se proponga, nombre, apellidos y domicilio de éste, con la correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos;

II. Si falta cualquiera de los requisitos anteriores, el juez desechará de plano la prueba en cuestión;

III. En caso de estar debidamente ofrecida, el juez la admitirá, quedando obligadas las partes a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño, debiendo anexar el original o copia certificada de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica, oficio o industria para el que se les designa; manifestando, bajo protesta de decir verdad, que conocen los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial, así como que tienen la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular, quedando obligados a rendir su dictamen dentro de los diez días siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de peritos, salvo que existiera en autos causa bastante por la que tuviera que modificarse la fecha de inicio del plazo originalmente concedido. Sin la exhibición de dichos documentos justificativos de su calidad, no se tendrá por presentado al perito aceptando el cargo, con la correspondiente sanción para las partes, sin que sea necesaria la ratificación de dichos dictámenes ante la presencia judicial;;

IV. Cuando se trate de juicios ejecutivos, especiales o cualquier otro tipo de controversia de trámite específicamente singular, las partes quedan obligadas a cumplir dentro de los tres días siguientes al proveído en que se les tengan por

designados tales peritos, conforme a lo ordenado en el párrafo anterior, quedando obligados los peritos, en estos casos, a rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado el cargo con la misma salvedad que la que se establece en la fracción anterior;

V. Cuando los peritos de las partes rindan sus dictámenes, y éstos resulten substancialmente contradictorios, se designará al perito tercero en discordia tomando en cuenta lo ordenado por el artículo 1255 de este código;

VI. La falta de presentación del escrito del perito designado por la oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que se tenga por desierta dicha pericial. Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado, no presentare el escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente. En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con ese dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, el juez designará en rebeldía de ambas un perito único, el que rendirá su dictamen dentro del plazo señalado en las fracciones III y IV, según corresponda.

En los casos a que se refieren los párrafos anteriores, el juez sancionará a los peritos omisos con multa hasta de \$3,373.59 (Tres mil trescientos setenta y tres pesos 59/100 M.N.) y corresponderá a la Secretaría de Economía actualizar cada año por inflación este monto expresado en pesos y publicarlo en el Diario Oficial de la Federación, a más tardar el 30 de diciembre de cada año.

Para estos efectos, se basará en la variación observada en el valor del Índice Nacional de Precios al Consumidor, publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía entre la última actualización de dicho monto y el mes de noviembre del año en cuestión.

VII. Las partes quedan obligadas a pagar los honorarios de los peritos que hayan nombrado, así como a presentarlos cuantas veces sea necesario al juzgado. También quedarán obligadas a presentar el dictamen pericial dentro del plazo señalado, y de no presentarse, se tendrá por no rendido el dictamen;

VIII. Las partes en cualquier momento podrán convenir en la designación de un sólo perito para que rinda su dictamen al cual se sujetarán, y

IX. También las partes en cualquier momento podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer observaciones al mismo, que serán consideradas en la valoración que realice el juez en su sentencia. “

Para el caso, que alguna parte no ofrezca pericial, o aquel que haya designado no comparezca a aceptar y protestar el cargo o incurriere en algún supuesto contemplado en las fracciones III, IV y VI del párrafo anterior, el tribunal entenderá que dicha parte se conforma con el peritaje que rinda el perito de la contraria, como si hubiere sido nombrado de común acuerdo. Si ninguno de los peritos rinde su peritaje, la pericial que

se hubiere propuesto se declarará desierta por imposibilidad para recibirla; por lo que en materia mercantil la designación de peritos en rebeldía, como en el ámbito civil.

En el ámbito mercantil se permite al juez designar un perito tercero en discordia, cuando de los dictámenes rendidos por las partes hubiera una contradicción tal, que no permita al juez tener una convicción satisfactoria, hecho por el cual, se le notificará al perito tercero en discordia, para que en el término de tres días comparezca a aceptar y protestar el cargo, así como acreditar con cédula profesional su profesión, oficio, ciencia, etc., acto continuo, el dictamen del perito tercero en discordia deberá rendirse el día de la audiencia de pruebas, apercibido por el juez para el caso de incumplimiento del mismo con una sanción pecuniaria, además de hacerlo saber ante el pleno de tribunal y a la asociación, colegio o institución a la que pretenezca, y en cuyo supuesto el juez designará a un nuevo perito. (Art. 1255 C.Com).

Como se señaló, el perito tercero en discordia rendirá su peritaje en la audiencia de pruebas o en la fecha en que según las circunstancias del caso señale el juez, salvo que medie causa justificada no imputable al perito, en cuyo caso, el juez dictará las providencias necesarias que permitan obtener el peritaje.

El artículo 1257 del Código de Comercio, en sus párrafos tercero, cuarto, quinto y sexto, establece:

“En todos los casos en que se trate únicamente de peritajes sobre el valor de cualquier clase de bienes y derechos, los mismos se realizarán por avalúos que practiquen dos corredores públicos o instituciones de crédito, nombrados por cada una de las partes, y en caso de diferencias en los montos que arrojen los avalúos, no mayor del treinta por ciento en relación con el monto mayor, se mediarán estas diferencias. De ser mayor tal diferencia, se nombrará un perito tercero en discordia, conforme al artículo 1255 de este código, en lo conducente.

En el supuesto de que alguna de las partes no exhiba el avalúo a que se refiere el párrafo anterior, el valor de los bienes y derechos será el del avalúo que se presente por la parte que lo exhiba, perdiendo su derecho la contraria para impugnarlo.

Cuando el juez lo estime necesario, podrá designar a algún corredor público, institución de crédito, al Nacional Monte de Piedad o a dependencias o entidades públicas que practican avalúos.

En todos los casos en que el tribunal designe a los peritos, los honorarios de éstos se cubrirán por mitad por ambas partes, y aquélla que no pague lo que le corresponde será apremiada por resolución que contenga ejecución y embargo en sus bienes. En el supuesto de que alguna de las partes no cumpla con su carga procesal de pago de honorarios al perito designado por el juez, dicha parte incumplida perderá todo derecho para impugnar el peritaje que se emita por dicho tercero”.

El perito designado por el juez, podrá ser recusado por cualquiera de las partes dentro de los cinco días siguientes a que surta efectos la notificación de aceptación y protesta del cargo; siempre y cuando la recusación se realice en base a los supuestos

establecidos en el artículo 1256 del Código de comercio.

I. Ser el perito pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado, de alguna de las partes, sus apoderados, abogados, autorizados o del juez o sus secretarios, o tener parentesco civil con alguna de dichas personas;

II. Haber emitido sobre el mismo asunto dictamen, a menos de que se haya mandado reponer la prueba pericial;

III. Haber prestado servicios como perito a alguno de los litigantes, salvo el caso de haber sido tercero en discordia, o ser dependiente, socio, arrendatario o tener negocios de cualquier clase, con alguna de las personas que se indican en la fracción primera;

IV. Tener interés directo o indirecto en el pleito o en otro juicio semejante, o participación en sociedad, establecimiento o empresa con alguna de las personas que se indican en la fracción primera, y

V Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes, sus representantes, abogados o con cualquier otra persona de relación familiar cercana a aquéllos.

Propuesta en forma la recusación, el juez mandará se haga saber al perito recusado, para que el perito en el acto de la notificación si ésta se entiende con él, manifieste al notificador si es o no procedente la causa en que aquélla se funde.

Si la reconoce como cierta, el juez lo tendrá por recusado sin más trámites y en el mismo auto nombrará otro perito. Si el recusado no fuere hallado al momento de notificarlo, deberá comparecer en el término de tres días, para manifestar bajo protesta de decir verdad, si es o no procedente la causa en que se funde la recusación.

Si admite ser procedente en la comparecencia o no se presenta en el término señalado, el tribunal sin necesidad de rebeldía, de oficio, lo tendrá por recusado y en el mismo auto designará otro perito.

Cuando el perito niegue la causa de recusación, el juez mandará que comparezcan las partes a su presencia en el día y hora que señale, con las pruebas pertinentes. Las partes y el perito únicamente podrán presentar pruebas en la audiencia que para tal propósito cite el juez.

No compareciendo la parte recusante a la audiencia, se le tendrá por desistida de la recusación. En caso de inasistencia del perito se le tendrá por recusado y se designará otro.

Si comparecen todas las partes litigantes, el juez las invitará a que se pongan de acuerdo sobre la procedencia de la recusación, y en su caso sobre el nombramiento del perito que haya de reemplazar al recusado.

Si no se ponen de acuerdo, el juez admitirá las pruebas que sean procedentes desahogándose en el mismo acto, uniéndose a los autos los documentos e inmediatamente resolverá lo que estime procedente.

En el caso de declarar procedente la recusación, el juez en la misma resolución, hará el nombramiento de otro perito, si las partes no lo designan de común acuerdo.

Cuando se declare fundada alguna causa de recusación a la que se haya opuesto el perito, el tribunal en la misma resolución condenará al recusado a pagar dentro del término de tres días, una sanción pecuniaria equivalente al diez por ciento del importe de los honorarios que se hubieren autorizado, y su importe se entregará a la parte recusante.

Asimismo, se consignarán los hechos al Ministerio Público para efectos de investigación de falsedad en declaraciones judiciales o cualquier otro delito, además de remitir copia de la resolución al tribunal pleno, para que se apliquen las sanciones que correspondan.

No habrá recurso alguno contra las resoluciones que se dicten en el trámite o la decisión de la recusación.

En caso de ser desechada la recusación, se impondrá al recusante una sanción pecuniaria hasta por el equivalente a ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, que se aplicará en favor del colitigante.”

Desahogados los dictámenes por los peritos, en términos de ley, las partes tendrán derecho a interrogar al o los peritos, salvo en los casos de avalúos a que se refiere el artículo 1257, y a que el juez ordene su comparecencia en la audiencia que para tal fin se señale, en la que se interrogará por aquél que la haya solicitado o por todos los colitigantes que la hayan pedido. (Art. 1258 C.Com).

e) Prueba Presuncional

Presunción es la consecuencia que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido; la primera se llama legal y la segunda humana. (Art.1277 C.Com).

Se entiende por presunción legal, aquel medio de prueba, por la cual el juez en acatamiento de la ley, debe de tener acreditado un hecho desconocido, que deriva de uno conocido, probado o admitido; en virtud de lo cual, se establece una vinculación entre un hecho desconocido y uno conocido, que obliga al juzgador a una deducción, por disposición de ley.

El Código de Comercio en su artículo 1278, establece, que:

“Hay presunción legal:

I. Cuando la ley la establece expresamente;

II. Cuando la consecuencia nace inmediata y directamente de la ley”.

De lo anterior, el que tiene a su favor una presunción legal sólo está obligado a probar el hecho en que se funda la presunción; por lo cual, no se admitirá prueba en contra de la presunción legal, siempre y cuando, la ley lo prohíba expresamente, o bien, cuando el efecto de la presunción es anular un acto o negar una acción, salvo el caso en que la ley haya reservado el derecho de probar. (arts. 1280 y 1281. C.Com.)

En cuanto a la presunción humana, es aquel medio de prueba, en virtud del cual, el juzgador por decisión propia o por petición de parte interesada, tiene por acreditado un hecho desconocido, por ser consecuencia lógica de un hecho probado o admitido; esto es, la vinculación entre el hecho desconocido y el conocido, surgirá a partir del raciocinio lógico del Juzgador.

Sin embargo, las presunciones humanas no servirán para probar aquellos actos que, conforme a la ley, deben constar en una forma especial. (Art. 1283 C.Com).

4.2.8. ALEGATOS.

El artículo 1406 del Código de comercio establece: *“Concluido el término de prueba, se pasará al período de alegatos, el que será de dos días comunes para las partes”*.

Los alegatos tienen como objeto poner a consideración del juez, los actos realizados por las partes dentro del juicio, a través del escrito correspondiente, en el cual, se compone de una narración de los actos procesales realizado por las partes, que comprende desde el escrito de demanda y contestación correspondiente, así como el ofrecimiento y desahogo de las pruebas por las partes, alegando para tal situación lo que a su derecho corresponda, y tratando en todo momento las partes de provocar en el ánimo del juzgador la convicción que el derecho los asiste.

Las partes están facultadas para interponer recurso de apelación en contra de los alegatos, más su tramitación estará a las reglas generales que prevé Código de Comercio.

4.2.9. SENTENCIA.

Concluido el desahogo de pruebas y alegatos el juez en términos de ley citará a las partes para dictar sentencia dentro del plazo de 8 días. (Art. 1407 C.Com.)

Técnicamente la sentencia, es una resolución que dicta el juez, respecto de los hechos controvertidos, pruebas y conclusiones o alegatos aportados por las partes, puestos a su consideración; así podemos señalar que existen dos clases de sentencias, la primera denominada *definitiva*, la que decide el negocio principal, o bien, el fondo del asunto; y la segunda denominada *interlocutoria*, aquella que resuelve un incidente, así como lo relativo a la excepción dilatoria o una competencia. (Arts. 1321, 1322 y 1323 C.Com).

En virtud de lo anterior, se debe establecer que la sentencia puede ser dictada en dos sentidos, ya sea absolviendo o condenando al demandado; más la sentencia que dicte el juez en cualquiera de los sentidos señalados, deberá estar fundada y motivada, tomando en consideración todos las circunstancias del caso, y en relación a las acciones

deducidas y las excepciones opuestas por las partes, decretando sobre cada punto litigioso, para lo cual el juez se regirá por los principios generales del derecho. (Arts. 1324, 1325, 1327, 1328, y 1329 C. Com.).

Por lo tanto, bajo ningún pretexto, los jueces ni los tribunales podrán aplazar, dilatar, omitir, ni negar la resolución de las cuestiones que hayan sido discutidas en el pleito. (Art. 1328 C.Com).

En este sentido el Código Civil Federal señala: *“El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.”* (Art. 18).

En este sentido el Código de Comercio, establece, que tratándose de condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, a cargo del demandado, se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán por lo menos las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación, cuando no sean el objeto principal del juicio. (Art. 1330).

En el juicio ejecutivo mercantil el término para dictar sentencia ya sea interlocutoria o definitiva, se encuentran contempladas en los artículos 1404, 1407 y 1414 del Código de Comercio, en los cuales se establece que el plazo para resolver en ambos casos será de ocho días.

Para el caso que la sentencia definitiva en el juicio ejecutivo mercantil, declarase que da lugar a trance y remate de los bienes embargados a favor del acreedor, se realizará la venta judicial, de dichos bienes, previo avalúo y cumplidas las formalidades de ley. (arts. 1408 y 1410 C.Com).

Tratándose la presente tesis del juicio ejecutivo, es de señalar que para el caso que la sentencia declarase que no procede la vía ejecutiva, el juez dejará a salvo los derechos del actor, para que los ejerza en la vía correcta. (Art. 1409 C.Com.)

En este punto cabe hacer mención que la sentencia dictada por el juez de origen puede ser recurrida por una o ambas partes del juicio, ante la segunda instancia, a través de los recursos denominados de aclaración de sentencia, de revocación y de reposición (en su caso), y apelación; además de juicio de amparo; sin embargo por no ser objeto de la presente tesis, simplemente se señalan.

Es frecuente que tratándose de juicios ejecutivos en lo que se embarguen bienes muebles o inmuebles, se declare el trance y remate de los mismos, cumpliendo con vía y forma establecidas; hecho del cual se hablará más adelante en el remate.

4.2.9.1. SENTENCIA EJECUTORIADA.

Es Sentencia Ejecutoriada, aquella que adquiere el carácter de cosa juzgada, y contra ella no se admite recurso ni prueba de ninguna clase, salvo los casos expresamente determinados por la ley. (Arts. 354 y 355 C.F.P.C.)

El artículo 356 del mismo ordenamiento, establece:

“Causan ejecutoria las siguientes sentencias:

I.- Las que no admitan ningún recurso;

II.- Las que, admitiendo algún recurso, no fueren recurridas, o, habiéndolo sido, se haya declarado desierto el interpuesto, o haya desistido el recurrente de él, y

III.- Las consentidas expresamente por las partes, sus representantes legítimos o sus mandatarios con poder bastante.

En este sentido el artículo 357 del citado ordenamiento, establece: *“En los casos de las fracciones I y III del artículo anterior, las sentencias causan ejecutoria por ministerio de la ley; en los casos de la fracción II se requiere declaración judicial, la que será hecha a petición de parte. La declaración se hará por el tribunal de apelación, en la resolución que declare desierto el recurso. Si la sentencia no fuere recurrida, previa certificación de esta circunstancia por la Secretaría, la declaración la hará el tribunal que la haya pronunciado, y, en caso de desistimiento, será hecha por el tribunal ante el que se haya hecho valer.*

La declaración de que una sentencia ha causado ejecutoria no admite ningún recurso.”

4.2.10. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Al estudiar la ejecución de sentencia se da por entendido que la misma a causado ejecutoria, por lo que propiamente se habla del cumplimiento de la sentencia, a cargo del juez de primera instancia.

Es así que la ejecución, es el *procedimiento judicial* encaminado a verificar el embargo y venta de bienes, resultantes de lo establecido en la sentencia.

Sin embargo, es de recordar que se habla de *un procedimiento*, por lo cual se deben de cumplir con formalidades para la realización de la ejecución de la sentencia, tal y como se establecerá en los siguientes puntos.

4.2.10.1. REMATE O VENTA JUDICIAL

“Si en la sentencia se declara haber lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados y pago al actor, en la misma sentencia se decidirá también sobre los derechos controvertidos.” (Art. 1408 C.Com.)

El remate o venta judicial se realizará a través de la llamada almoneda y la subsecuente venta o adjudicación del bien, con la cual se da por concluido el procedimiento de ejecución de sentencia; sin embargo antes de llegar a la misma se deben observar reglas de ejecución tales como, el avalúo de bienes sobre los que recae la ejecución, el correspondiente certificado de gravámenes y la publicidad del remate.

4.2.10.2. AVALÚO DE LOS BIENES

Conforme a la reforma del 10 de enero de 2014 al Código de Comercio, en el

juicio ejecutivo mercantil, la sentencia dictada que comprenda el remate de los bienes embargados, ordenará a su vez el avalúo y la publicidad de los mismos, conforme lo que dispone el artículo 1410 del Código de Comercio:

“A virtud de la sentencia de remate se procederá a la venta de los bienes retenidos o embargados, con el avalúo que cada parte exhiba dentro de los diez días siguientes a que sea ejecutable la sentencia. Si los valores determinados en cada avalúo no coincidieren, se tomará como base para el remate el promedio de ambos avalúos, siempre y cuando no exista una diferencia mayor al veinte por ciento entre el más bajo y el más alto. Si la discrepancia en el valor de los avalúos exhibidos por las partes fuera superior al porcentaje referido, el Juez podrá ordenar que se practique un tercer avalúo...”

A mayor abundamiento, la fracción IV del artículo 1253 del Código de Comercio, establece:

“IV. Cuando se trate de juicios ejecutivos, especiales o cualquier otro tipo de controversia de trámite específicamente singular, las partes quedan obligadas a cumplir dentro de los tres días siguientes al proveído en que se les tengan por designados tales peritos, conforme a lo ordenado en el párrafo anterior, quedando obligados los peritos, en estos casos, a rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado el cargo...”

Es de señalar que el avalúo de los bienes retenidos o embargados será practicado por un corredor público, una Institución de crédito o perito valuador autorizado por el Consejo de la Judicatura correspondiente quienes no podrán tener el carácter de parte o de interesada en el juicio, en términos de lo establecido por el artículo 1410 de Código de Comercio y 570 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación supletoria.

En caso que alguna de las partes no designare perito valuador, o designándolo este no acepte y proteste el cargo en el plazo concedido, o bien, que habiendo aceptado y protestado, no rinda su dictamen en términos de Ley, se tendrá por conforme con el dictamen rendido por el perito de la otra.

4.2.10.3. CERTIFICADO DE GRAVÁMENES

En virtud que el Código de Comercio es limitado en cuanto a este punto, acudiré a los códigos civiles federal y del Distrito Federal, de aplicación supletoria.

En el supuesto que los bienes sujetos a venta judicial a rematar fueran raíces, la Ley exige al Juez, solicitar el respectivo certificado de gravamen que pesen sobre ellos, hasta la fecha en que se ordenó la venta, ni sin que se haya citado a los acreedores que aparezcan de dicho certificado. Si en autos obrare ya otro certificado, sólo se pedirá, al Registro, el relativo al período o períodos que aquél no abarque. (Art. 472 del C.F.P.C.)

En este mismo sentido el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de aplicación supletoria local, establece:

Artículo 566: *“Cuando los bienes embargados fueren raíces, antes de procederse*

a su avalúo, se acordará que se expida mandamiento al registrador de la propiedad para que remita certificado de gravámenes de los últimos diez años; pero si en autos obrare ya otro certificado, sólo se pedirá al Registro el relativo al período transcurrido desde la fecha de aquél hasta la en que se solicite.”

Artículo 567: *“Si del certificado aparecieren gravámenes, se hará saber a los acreedores el estado de ejecución para que intervengan en el avalúo y subasta de los bienes, si les conviniere.”*

La reforma y adición al artículo 570 del Código Civil para el Distrito Federal, de aplicación supletoria, establece entre otros, que: *“Hecho el avalúo, y previo a sacar el bien hipotecado a pública subasta, el juez revisará de oficio que los datos de identificación consignados en el certificado de gravámenes con los datos de identificación que se adviertan del avalúo, así como de los señalados en el instrumento público.”*

4.2.10.4. PUBLICIDAD DEL REMATE.

En preparación del remate, la legislación mercantil, establece en su artículo 1411:

“Presentado el avalúo y notificadas las partes para que ocurran al juzgado a imponerse de aquel, se anunciará en la forma legal la venta de los bienes por medio de edictos que se publicarán dos veces en un periódico de circulación amplia de la Entidad Federativa donde se ventile el juicio. Entre la primera y la segunda publicación, deberá mediar un lapso de tres días si fuesen muebles, y nueve días si fuesen raíces. Asimismo, entre la última publicación y la fecha del remate deberá mediar un plazo no menor de cinco días.”

De la lectura del artículo anterior, se desprende que es limitada la legislación mercantil en cuanto a la forma del anuncio legal de la venta de bienes, ya que únicamente contempla la publicación por edictos que se realizará dos veces en un periódico de circulación amplia de la Entidad Federativa; es de recordar que aquí aplica las disposiciones locales en materia de remate, por lo cual se aplicará supletoriamente lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su artículo 30, en relación con a su similar 570 párrafo segundo, que a la letra dice:

“Hecho lo anterior, y una vez que se encuentren debidamente identificados los bienes, se sacarán a pública subasta, anunciándose por medio de edicto que se fijará por una sola ocasión, en los tableros de avisos del juzgado y en los de la Tesorería del Distrito Federal, debiendo mediar entre la publicación y la fecha de remate cuando menos cinco días hábiles. Si el valor de la cosa pasare de trescientos mil pesos, cantidad que se actualizará en términos del artículo 62, se insertará además el edicto en la sección de avisos judiciales, de un periódico de información.”

Para el caso, que el bien sujeto a venta judicial estuviere fuera del lugar del juicio, en todos ellos se publicarán los edictos en los sitios de costumbre y en las puertas de los juzgados respectivos; asimismo se ampliará el término de los edictos, concediéndose un día más por cada doscientos kilómetros o por una fracción que exceda de la mitad, y se calculará para designarlo la distancia mayor a que se hallen los bienes. Puede el juez usar, además de los dichos, algún otro medio de publicidad para llamar postores. Tal y como lo dispone el artículo 572 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

4.2.10.5. DÍA Y HORA DEL REMATE

El día y hora señalados para la diligencia de remate, el juez personalmente pasará lista de los postores presentados (que previamente hayan consignado, en el establecimiento de crédito autorizado para este efecto por la Ley, una cantidad igual por lo menos al diez por ciento efectivo del valor de los bienes, misma que sirva de base para el remate), y concederá media hora para admitir a los que de nuevo se presenten.

En este punto haré un breve paréntesis ya que la legislación mercantil es omisa en relación a los postores, por lo cual me remitiré a lo establecido en el artículo 574 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el cual en su artículo 574, primer párrafo, establece:

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

Concluida la media hora, el juez declarará que va a procederse al remate y ya no admitirá nuevos postores. En seguida revisará las propuestas presentadas, desechando, desde luego, las que no tengan postura legal (devolviendo las consignaciones hechas a sus respectivos dueños) y las que no estuvieren acompañadas del billete de depósito.

Una vez que el juez califique las posturas de buenas, las leerá en voz alta o mandará darles lectura por la secretaría, para que los postores presentes puedan mejorarlas. Si hay varias posturas legales, el juez decidirá cuál sea la preferente. Una vez hecha la declaración de la postura considerada preferente, el juez procederá a preguntar si alguno de los licitadores la mejora. En caso de que alguno la mejore dentro de los cinco minutos que sigan a la pregunta, interrogará de nuevo si algún postor puja la mejora; y así sucesivamente con respecto a las pujas que se hagan. En cualquier momento en que, pasados cinco minutos de hecha la pregunta correspondiente, no se mejorare la última postura o puja, declarará el tribunal fincado el remate en favor del postor que hubiere hecho aquélla y lo aprobará en su caso. La resolución que apruebe o desapruebe el remate será apelable en ambos efectos. Una vez aprobado el remate, el juez ordenara que dentro de los tres días siguientes, se otorgue a favor del comprador la escritura de adjudicación correspondiente, en los términos de su postura y que se le entreguen los bienes rematados. (Arts. 579, 580 y 581 C.P.C.D.F.)

En caso de no haber postor quedará al arbitrio del ejecutante o acreedor pedir en el momento de la diligencia que se le adjudiquen los bienes por el precio del avalúo que sirvió de base para el remate o que se saquen de nuevo a pública subasta con rebaja del diez por ciento de la tasación. (Arts. 1412 C.Com.)

Cabe hacer mención que el ámbito civil la tasación para una segunda almoneda en remate del bien será con una rebaja del veinte por ciento en relación a la primera. (Art. 582 C.P.C.D.F.)

Es de señalar que las partes durante el juicio podrán convenir en que los bienes embargados se evalúen o vendan en la forma y términos que ellos acordaren, denunciándolo así oportunamente al juzgado por medio de un escrito firmado por ellas.(art. 1413 C.Com)

La realización de la segunda almoneda se realizará en términos similares a la primera, para lo cual se hará una sola publicación de edictos, conforme a lo dispuesto en el artículo 1411 del Código de Comercio, y con deducción de un diez por ciento, con relación a la primera almoneda, y así sucesivamente en caso de llegar a una tercera almoneda.

Sin embargo, si hubiere postor que ofrezca las dos terceras partes del precio que sirvió de base para la segunda subasta y que acepte las condiciones de la misma, se fincará el remate sin más trámites en él. Si no llegase a dichas dos tercias partes, con suspensión del fincamiento del remate, se hará saber el precio ofrecido al deudor, el cual dentro de los veinte días siguientes podrá pagar al acreedor librando los bienes o presentar persona que mejore la postura. Transcurridos los veinte días sin que el deudor haya pagado ni traído mejor postor, se aprobará el remate mandando llevar a efecto la venta. Los postores a que se refiere este artículo cumplirán con el requisito previo del depósito a que se refiere el artículo 574 C.P.C.D.F., de aplicación supletoria.

Más si dentro del término expresado anteriormente se mejora la postura, el juez mandará abrir nueva licitación entre los dos postores, citándose dentro del tercer día para que en su presencia hagan las pujas, y adjudicará la finca al que hiciere la proposición más ventajosa. Si el primer postor, en vista de la mejora hecha por el segundo, manifestare que renuncia a sus derechos, o no se presentare a la licitación, se fincará en favor del segundo. Lo mismo se hará con el primero, si el segundo no se presenta a la licitación. Para el caso, que en tercera almoneda se hiciere postura admisible en cuanto al precio, pero ofreciendo pagar a plazos o alterando alguna otra condición, se hará saber al acreedor, el cual podrá pedir en los nueve días siguientes, la adjudicación de los bienes en las dos tercias partes del precio de la segunda subasta; y si no hace uso de este derecho, se aprobará el remate en los términos ofrecidos por el postor. (Arts. 582, 583, 584, 585 y 586 C.P.C.D.F.)

Es de mencionar que en cualquier almoneda en que no hubiere postura legal, el ejecutante tiene derecho a pedir la adjudicación de los bienes a rematar, por las dos terceras partes del precio que en ella haya servido de base para el remate, hasta el importe de lo sentenciado y, en su caso, entregará el remanente al demandado en los diez días hábiles siguientes a que haya quedado firme la adjudicación respectiva, en términos del párrafo cuarto del artículo 1412 del Código de Comercio.

Así mismo, cuando el monto líquido de la condena fuere superior al valor de los bienes embargados, previamente valuados y del certificado de gravámenes no aparecieren otros acreedores, el ejecutante podrá optar por la adjudicación directa de los bienes que haya en su favor al valor fijado en el avalúo. (Art. 1412-Bis C.Com.)

Para concluir, tratándose del remate y adjudicación de inmuebles, el juez y el adjudicatario, sin más trámite, otorgarán la escritura pública correspondiente ante fedatario público. (Art. 1412 Bis 2. C.Com.)

CONCLUSIÓN

1. La Hipoteca es un contrato real de garantía constituido –regularmente- sobre bienes inmuebles determinados y enajenables, que con su valor dan certeza jurídica del cumplimiento de la obligación, -en el cual no se desposee al deudor del bien hipotecado-, y en su caso el acreedor tiene el derecho de preferencia en el pago; de acuerdo a la clasificación de los contratos, esté es, *accesorio, unilateral, con formalidades restringidas y de tracto sucesivo*.

Como contrato accesorio de garantía su existencia y validez depende de otro llamado principal, por lo que sigue la suerte de aquel.

Es de mencionar que la hipoteca es oponible a terceros, siempre y cuando sea inscrito en el Registro Público de la Propiedad.

2. La Acción Hipotecaria tiene como supuestos la *constitución, ampliación, división, registro, cancelación, pago, y/o prelación*; siendo en la práctica, el **pago** de hipoteca el más regulado; el mismo tiene una naturaleza ejecutiva –*ya sea civil o mercantil*- fincada sobre un documento base que trae aparejada su ejecución, por lo que se establecen las fases de *ejecución* y de *conocimiento*, las cuales son inversas a los juicios ordinarios.

El objeto mediático de la acción hipotecaria es el pago del crédito hipotecario, por lo que la ley establece: que el acreedor tenga la posesión del bien hipotecado; que con sus productos se haga el pago del capital y accesorios y; que salga a remate el bien hipotecado y se aplique su precio a dicho pago.

3. Las excepciones en el juicio hipotecario son limitativas, esto de conformidad con la norma adjetiva civil en su numeral 470, más para aclarar esto, no todas las excepciones procesales derivadas del artículo 35 del citado ordenamiento son aplicables, ya que las excepciones procesales deben de resolverse en la audiencia previa y de conciliación, la cual no existe en los juicios ejecutivos así como en los hipotecarios, y excepciones como la de *improcedencia de vía*, es desvirtuada –*inicialmente*- desde la presentación del documento base de la acción.

4. La sentencia como acto jurisdiccional da por terminado el proceso, en el ámbito hipotecario tiene una clasificación *de ejecución*, y un carácter *definitivo*; es así que la sentencia en este tipo de juicios *causa ejecutoria por ministerio de ley*, por tratarse de derechos reales *–siempre y cuando el valor no exceda de los sesenta mil pesos–*, o bien, por declaración judicial.

La sentencia definitiva dictada en el Juicio Hipotecario, puede ser recurrida, mediante el recurso de apelación en efecto devolutivo, *-y en virtud de existir una garantía real-*, prevalece la jurisdicción del A-Quo, hecho por el cual no se suspende la ejecución de la misma.

5. Se justifica el juicio Hipotecario, para garantizar el pago al acreedor, esto lo diferencia del juicio ejecutivo, en el cual se pueden embargar bienes distintos a los hipotecados, lo que en teoría puede considerarse una desventaja; sin embargo al estar cierto de los bienes inmuebles sobre los cuales se ha consignado un derecho real y expedida e inscrita en el Registro Público de la Propiedad, la cédula hipotecaria hace oponible a terceros dicho bien, pues con dicha prelación se garantiza el derecho de preferencia de pago.

PROPUESTA.

1. Regular en el ámbito mercantil la hipoteca en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
2. Establecer un procedimiento particular de la hipoteca en el Código de Comercio por medio de un procedimiento flexible y separado del juicio ejecutivo mercantil.
3. Que el juez ordene la *anotación de la demanda* en el Registro Público de la Propiedad, para que tenga el *efecto declarativo* y de eficacia respecto de terceros, que genera la inscripción registral.

4. Así mismo, el juez, desde el auto admisorio, y en la orden de requerimiento y embargo, debe de señalar junta de conciliación entre las partes, para que concurran dentro del término de 3 días ante su presencia, la misma no interfiera con el término para oponer excepciones y defensas o pago del requerido, a fin de que las mismas propongan alternativas de solución al conflicto, buscando siempre el tribunal el mayor entendimiento entre las partes.

BIBLIOGRAFÍA

- 1 **ARELLANO GARCÍA, CARLOS**, Práctica Forense Mercantil. Décima Segunda Edición. Editorial Porrúa, México 2004.
- 2 **ATHÍE GUTIÉRREZ, AMADO**, Derecho Mercantil. Primera Edición. Editorial Mcgraw-Hill, México 1999.
- 3 **AZÚA REYES, SERGIO T.** Los Principios Generales del Derecho. Segunda Edición. Editorial Porrúa, México 1998.
- 4 **BECERRA BAUTISTA, JOSÉ**, El Proceso Civil en México. Decimaséptima Edición, Editorial Porrúa, México 2000.
- 5 **BEJARANO SÁNCHEZ, MANUEL**, Obligaciones Civiles. Cuarta Edición. Editorial Harla, México 1997.
- 6 **BUCCIÓN ESTRADA, RODOLFO**, La Ejecución de Sentencias Civiles en México. Primera Edición. Editorial Porrúa, México 2004.
- 7 **CARVALLO YÁÑEZ, ERICK**, Formulario Teórico-Práctico de Contratos Mercantiles. Tercera Edición. Editorial Porrúa, México 2003.
- 8 **CERVANTES AHUMADA, RAÚL**, Derecho Mercantil. Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 2002.
- 9 **CERVANTES AHUMADA, RAÚL**, Títulos y Operaciones de Crédito. Decimoquinta Edición, Editorial Porrúa, México 2003.
- 10 **DE PINA VARA, RAFAEL**. Elementos de Derecho Civil Mexicano, Novena edición, Edit. Porrúa, México 1989.
- 11 **DÍAZ BRAVO, ARTURO**, Contratos Mercantiles. Sétima Edición, Editorial Oxford, México 2002.
- 12 **DOMINGUEZ MARTINEZ, JOSE ALFREDO**, Derecho Civil, Quinta Edición actualizada. Edit. Porrúa, México 1999.
- 13 **GÓMEZ LARA, CIPRIANO**, Derecho Procesal Civil. Quinta Edición. Editorial Harla, México 1991.
- 14 **OVALLE FAVELA, JOSÉ**, Derecho Procesal Civil, Novena edición, Editorial Oxford, México 2003.
- 15 **ORTIZ-URQUIDI, RAÚL**, Derecho Civil, Tercera edición, Editorial Porrúa, México 1986.
- 16 **PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, BERNARDO**, Contratos Civiles. Sexta Edición. Editorial Porrúa, México 1999.
- 17 **ROJINA VILLEGAS, RAFAEL**, Compendio de Derecho Civil. Bienes, Derechos Reales y Sucesiones. Tomo II. Vigésimasexta Edición. Editorial Porrúa, México 1995.
- 18 **SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN**, De los Contratos Civiles, Vigésimocuarta edición, Edit. Porrúa, México 2010.
- 19 **Vázquez del Mercado, Óscar**, Contratos Mercantiles, Décima Edición, Editorial Porrúa, México 2001.
- 20 **ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL ÁNGEL**, Contratos Civiles, séptima edición, aumentada y actualizada, Edit. Porrúa, México 1998.