

3
2 ej



UNIVERSIDAD DEL VALLE
DE MEXICO

Plantel Lomas Verdes

ANALISIS DE LA PREFERENCIA DE PAGO QUE
TIENE EL ACREEDOR DERIVADO DE LOS
CREDITOS DE HABILITACION O AVIO Y
REFACCIONARIOS

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S

Que para obtener el Titulo de

LICENCIADO EN DERECHO

P r e s e n t a

JOSE LUIS ALVAREZ ARROYO

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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A mi esposa Raquel Aguilar, por su
paciencia y cariño sin el cual no
hubiera podido realizar este trabajo.
Gracias.

A mis hijas Raquel y Mercedes
Alvarez Aguilar, quienes son mi
estímulo y aliciente, con todo mi
amor.

A mis abuelos, Mariana Noriega y
José Alvarez G. (q.e.p.d.), quienes
me enseñaron el camino de la
rectitud y responsabilidad, un
agradecimiento infinito en vida y un
recuerdo para la eternidad. Gracias.

I N D I C E

Capítulo	Página
I. Antecedentes	
a) Roma	1
b) Europa	6
c) México	10
II. Concepto de Preferencia en Materia de Créditos de Habilitación o Avío y Refaccionarios	
a) Definición	29
b) Fuentes de la Preferencia	
1.- La ley	30
2.- La costumbre	31
3.- Los contratos	32
4.- La jurisprudencia	33
c) Tiempo y Publicidad como Elementos de la Preferencia	35
III. La Garantía	
a) Definición	41
b) Clases de Garantías	
1.- Prenda	42
2.- Fianza	49
3.- Aval	52
4.- Hipoteca	54
IV. El Crédito y las Operaciones Bancarias	
a) Definición de Crédito	59
b) Elementos de las Operaciones Bancarias	66
c) La Operación Activa	68
1.- Apertura de crédito en cuenta corriente	71
2.- Descuento	74
3.- El Reporto	78
4.- Crédito Documentario	79
d) La Operación Pasiva	84
e) Las Operaciones Neutrales	91
V. Los Créditos de Habilitación o Avío	
a) Definición	103
b) Destino del Crédito	105
c) El Otorgamiento	106
d) Publicidad	107
e) Garantías y Preferencia	109

VI.	Los Créditos Refaccionarios	
	a) Definición	113
	b) Destino del Crédito	115
	c) El Dtorgamiento	116
	d) Publicidad	117
	e) Garantías y Preferencia	118
VII.	Protección Jurídica de las Garantías Preferenciales	
	a) Definición de la Tercería	122
	b) Clases de Tercería	
	1.- Tercerías Coadyuvantes	124
	2.- Tercería Excluyente de Dominio	125
	3.- Tercería Excluyente de Preferencia	126
VIII.	La Tercería Excluyente de Preferencia en Particular	
	a) Trato Procesal	128
	b) Consecuencias de la Interposición	132
	c) El Juicio de Tercería y el Derecho de Acción	132
IX.	Conclusiones	138
X.	Bibliografía	141

CAPITULO I

ANTECEDENTES

La inserción de este capítulo tiene por objeto observar el desarrollo histórico de las manifestaciones crediticias que han desembocado en instituciones, buscando con ello conocer, si no con exactitud, sí con grandes rasgos de veracidad su huella histórica.

a) Roma

Para la comprensión del desarrollo del crédito en esta etapa debemos partir, como lo señalan distintos autores y estudiosos del Derecho Romano, de las obligaciones, las cuales se dividen, como lo menciona Gayo, en el *ius quod ad personas pertinent* (derecho perteneciente a las personas) y en el *ius quod ad res pertinent* (derecho perteneciente a las cosas) (1), dicho de otro modo, derechos reales y derechos personales; dentro de estos últimos debemos incorporar los derechos de crédito.

En este orden de ideas pasamos inmediatamente al análisis de lo que es la obligación en sí, que dentro de las instituciones, Justiniano las define como "un lazo de derecho que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad". Dentro del Derecho Romano, la

(1) Petit Eugéne; Tratado de Derecho Romano; pag. 313

obligación ha sido la fuente directa de todo derecho, tanto así que la perfeccionaron como institución y ésta en sí, se apega a cualquier pueblo, educación, sociedad, etc., las cuales, de acuerdo a su idiosincrasia y desarrollo, se adecúan sin perder su fundamento romano.

De acuerdo a lo anterior, debemos señalar a los sujetos de la obligación que al paso del tiempo no han cambiado y que son: sujeto activo (creditores, rei credendi) y sujeto pasivo (debitores, rei debendi) del acto jurídico (2).

El origen de la obligación, de acuerdo a varios autores, se concentra en los delitos y en los contratos; los primeros facultaban al acreedor a obligar, por cualquier medio, a la restitución de los daños o perjuicios de que eran objeto por parte del infractor o al cumplimiento, en el caso de los segundos, en cuanto a la manifestación de la voluntad dentro del contrato. Aquí también se debe hacer la división del tipo de obligación que puede ser: *stricti iuris* donde el sujeto pasivo sólo se obliga a lo pactado, y las *bonae fidei*, donde la obligación se sujetará a distintas circunstancias las cuales contemplan la compensación, la culpa, el dolo por omisión, la negligencia, etc., y figuras que podían ser decretadas al sujetarse a un juez, el cual podía determinar el pago de la obligación, así como los daños y perjuicios.

Las obligaciones o conductas que se llevan a cabo se distinguen entre *dare*, *praestare* y *facere*, es decir, entregar o

(2) Petit Eugéne; Tratado de Derecho Romano; pag. 314

dar la cosa, procurar el disfrute de la cosa y la realización de una conducta o abstención de la misma.

Estas conductas eran el nexo jurídico que unía a las partes en la época romana; se llevaba a cabo por medio de la convención o pacto, el cual implica directamente la manifestación de la voluntad y revestía determinadas características según el tipo de contrato, que eran sancionadas ya sea por el *jus gentium* o por la costumbre, comprendiendo el primero todas las instituciones de Derecho Romano donde participaban tanto ciudadanos romanos como extranjeros (3).

Así tenemos que en la República se distinguen cuatro tipos de contratos: los contratos *verbis*, que requieren de la solemnidad como la *stipulatio*; el contrato *litteris*, con forma escrita; el contrato *re* que se perfecciona con la entrega de la cosa y los contratos *solo consensu* que se llevan a cabo por el acuerdo de voluntades, como la venta, el arrendamiento y otros.

Dentro de los contratos *re* encontramos el *mutuum* o préstamo de consumo, del cual nos ocuparemos preferentemente. Los medios más antiguos por los que se obligaban las partes eran el *nexum*, el cual se realizaba por el sistema *per aes et libram* o de la balanza y cobre, en el que se pesaba la cantidad del préstamo por medio de un *libri pens* con investidura religiosa; esta formaba creaba la obligación civil en el caso

(3) Petit Eugène; Tratado de Derecho Romano; pag. 316

del *mutuum*. El peso del cobre se daba por la situación de que, en esa época, no se acuñaban monedas, sin embargo, al paso del tiempo llegaron las monedas de plata y así se desplazó la formalidad *per aes et libram*, debiendo mencionar que acompañaba a esta forma una declaración del acreedor que obligaba al deudor, en caso de incumplimiento, a quedar *manus injectio*, es decir, como esclavo del acreedor.

Otro medio contractual consistía en la *stipulatio*, la cual es el requerimiento por parte del acreedor para obligar al deudor que a su vez, daba la contestación afirmativa en su caso; esto consistía en el *sponsio*, es decir, quedaba concretada la obligación contractual (4).

Tenemos así que los contratos de crédito podían adoptar la forma de *stipulatio* y *mutuum* implícitamente en los cuales, por formar parte de las obligaciones *stricti iuris*, no podían estipularse intereses.

Los contratos que podían estipular intereses eran los *bonae fidei*, los cuales no podían ser mayores a un 10% anual y, en su caso, se regulaban en menor porcentaje para los ricos (patricios) y pudiendo ser mayores para los comerciantes y prestamistas siendo la usura en épocas cristianas enérgicamente prohibida, señalándolos como *voracitas* del crédito, defendiendo a los deudores en contra de intereses excesivos y no pudiendo exceder los réditos no pagados del capital.

(4) Petit Eugène; Tratado de Derecho Romano; pag. 334

De esta forma, el *nexum* es la manera en la cual se desarrolla el préstamo de dinero, y el *mutuum* el contrato en el que por excelencia se realiza la transmisión de la cosa como contrato *re*, siendo una de sus características que se deberá devolver una cantidad igual.

En el contrato de mutuo podía existir un precontrato que adoptaría la forma de *stipulatio* o forma verbal de promesa de préstamo, la cual podía extinguirse por la insolvencia del mutuuario antes de la celebración del contrato.

En el caso de préstamos pequeños, el mutuo se perfeccionaba con la entrega de la cosa. Si el préstamo era de cantidad considerable se realizaba por el *nexum*, derivando la eficacia del contrato de una *conditio certae pecuniae*; uno de los requisitos esenciales del contrato es que el *creditor* tuviera el *ius abutendi* o propietario del objeto.

Siendo éste un contrato gratuito, como lo vimos anteriormente, este contrato no permite la estipulación de intereses por ser *stricti iuris*, excepto si se producían obligaciones naturales, es decir, que se produjera la pérdida del objeto del contrato por caso fortuito.

Se daban casos en que el mutuante era incapaz y aquí los representantes podían exigir la *reivindicatio* o en caso de haberse transmitido el objeto o confundido el mismo, ejercer la *conditio sini causa*, alegando enriquecimiento ilegítimo (5).

(5) Petit Eugène; Tratado de Derecho Romano; pag. 328

También se daban casos en que se usaba al mutuo como usura valuando los bienes en una cantidad mayor a la real, cobrando así intereses excesivos sin la necesidad de estipularlos.

Esta forma de obligación contractual en su origen fue poco usual, ya que la industria, el comercio y la agricultura eran muy limitadas, siendo así que el préstamo en sus diferentes formas se satisfacía de manera no muy constante.

b) Europa

El desarrollo del comercio en esta época se da en tres fases sucesivas a saber: la primera es el intercambio en especie, la segunda por la moneda y la tercera por el crédito.

Si bien es indiscutible que el crédito desempeñó un papel más considerable, lo es también que en todas las épocas se observa su intervención, estableciendo entre las mismas una diferencia cuantitativa pero siempre manteniendo una igualdad de naturaleza.

En la Edad Media, como en la etapa anterior, no se puede hablar de crédito comercial propiamente dicho, ya que siendo un periodo agrícola, este comercio era sólo esporádico y ocasional, agregando que no existían mercaderes de profesión de ninguna clase (6). Sin embargo, esta sociedad de economía rural

(6) Pirenne Henri; Historia Económica y Social de la Edad Media; pag. 90.

sin mercado exterior, requirió del desarrollo del crédito en forma considerable. El desarrollo a que hacemos mención se da en virtud de la subsistencia de los terratenientes, los cuales gracias al crédito de consumo fueron capaces de resistir las frecuentes crisis en que se veían inmersos por las escaseces.

La institución que otorgaba esos préstamos era la Iglesia, siendo ésta la única que contaba con el capital suficiente, convirtiéndose así en potencia financiera de primer orden dándose el fenómeno religioso en el que, mientras más segura fuera su intervención, más generosa sería la ayuda hacia los acreditados, bastando fundir algunas de sus pertenencias convirtiéndolas en numerario sin afectar de forma grave su haber, desempeñando así el papel de establecimientos de crédito.

Esta forma de concertar el crédito implicaba el empeño por parte del deudor de una prenda territorial, garantizando así el pago y dándose el nombre de prenda viva a aquella en la cual los productos del bien empeñado se deducían del capital prestado, y prenda muerta a aquella cuyos frutos recogía el prestamista sin perjuicio del reembolso íntegro del capital (7).

En estas formas de crédito también quedaba prohibida la

(7) Pirenne Henri; Historia Económica y Social de la Edad Media; pag. 91

usura siendo que el dinero prestado no producía por sí sólo ningún interés; este tipo de operaciones fueron muy comunes en el siglo XIII.

Como lo anotamos anteriormente, estos préstamos sólo eran de consumo ya que eran necesarios para la subsistencia, equivaliendo también a un empobrecimiento inmediato ya que las cantidades prestadas eran utilizadas en el momento de su recepción. La Iglesia por lo mismo, protegió a la Edad Media en forma social de las deudas alimenticias que se padecían.

Del crédito comercial ya dado en forma, no se puede precisar su inicio, pero con la aparición de mercaderes y su intervención en operaciones de compra de dominios, ya se da lo que llamamos un interés sobre esos empréstitos, ya que eran éstos los únicos que contaban con capital líquido para hacerlo.

De los contratos no podemos decir que características tenían, pero sí tenemos noticias de que estas operaciones eran a largo plazo, siendo un ejemplo Guillermo Cade quien realizaba operaciones comprando lana a las abadías inglesas en forma adelantada; era además la costumbre la compraventa a crédito en el comercio de mayoreo de las especias, vino, lana, telas, etc.

En el siglo X, siendo un problema el poco circulante de numerario, se recurre constantemente al crédito; hay que hacer notar que el desarrollo del mismo se da en forma de comercio marítimo ya que en forma terrestre es poco el comercio y por tanto su desarrollo más lento.

En Italia, por ejemplo, los venecianos invierten dinero en negocios marítimos; llegado el momento, los genoveses

intervienen introduciendo no sólo las operaciones marítimas sino la práctica financiera (8).

Tenemos como ejemplo la distribución de riesgos y la "sociedad en comenda" floreciente en el siglo XII, consistente en que el comanditario anticipa al comanditado, a cambio de una participación de las utilidades, un capital que éste hará fructificar en un país extranjero (9).

Estas cantidades que se invertían no eran significativas pero constituían de manera importante lo que podemos llamar las prácticas comerciales y financieras.

Los progresos del crédito se vieron en esta etapa de manera más patente en Inglaterra y Alemania, no así en toda Europa como se cree.

Las "Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contrataciones de la Villa de Bilbao" fueron aprobadas y publicadas en 1737 por el rey Felipe V; éstas determinaban en forma general los pleitos y diferencias que se ofrecían en el tribunal en relación a las letras de cambio, intereses en créditos perdidos y otras materias de comercio y navegación, desembocando en el Código de Comercio Español de 1829 el cual puso término a una complicada e incierta legislación comercial local que se adoptaba de forma anárquica dejando sin efecto todas las leyes, ordenanzas y demás disposiciones que hasta entonces habían regido sobre materias y asuntos mercantiles.

(8) Pirenne Henri; Historia Económica y Social de la Edad Media; pag.92

(9) id.; pag. 93

c) México

Después de la conquista, durante la dominación española, las instituciones de crédito tuvieron un desarrollo casi nulo. Esto era sólo consecuencia del monopolio que en favor de España existía en aquel entonces.

Sabemos que el crédito tiene un desarrollo en proporción directa con el comercio y la industria, y éstos no podían progresar mientras hubiera una dominación que hiciera imposible cualquier esfuerzo individual para la formación de capitales que explotaran las riquezas de América (10), porque todo pertenecía indirectamente a la Corona de España y directamente a los dominadores que hacían el comercio, no con los residentes de este continente, sino con los españoles de la península (11).

El único antecedente que tenemos es el Banco de Avío de Minas, fundado por Carlos III, el cual bajo la protección de España contaba con un capital de cinco millones de pesos y su función primordial era el desarrollo de la minería.

No habiendo instituciones que realizaran operaciones bancarias, eran los particulares los que realizaban operaciones hipotecarias a largo plazo; estas operaciones se llevaban a cabo por medio de vales mercantiles expedidos por los mismos

(10) Alfaro Castellanos Manuel; El Crédito; su importancia en el desarrollo económico de los países; su lento desarrollo en nuestro país; pag. 3.

(11) id.; pag. 5

prestamistas los cuales contaban con la confianza del pueblo; en dichos documentos constaba la existencia de cierta cantidad en su poder.

Este Banco de Avio de Minas funcionó hasta la Independencia, realizando operaciones refaccionarias y de depósito, terminando su funcionamiento en la última parte del siglo XIX.

Por el año de 1854 se registró con capital inglés el Banco de Londres, México y Sudamérica; este banco estableció una sucursal en la Ciudad de México y su función principal fue la de emisión de billetes, los cuales fueron aceptados en México de manera amplia sin encontrar oposiciones por parte del Estado, el cual no intervino en la vigilancia de su circulación.

Esto produjo que, durante la dominación francesa y al reestablecimiento de la República, el banco no diera cuentas ni publicara balances teniendo como único límite a sus directivos y el favor del público, aumentando su crédito y ampliando sus funciones con un manejo escrupuloso, vigilando el cumplimiento de sus compromisos, siendo así la circulación de sus billetes libre y sin dificultades.

Otra de las instituciones importantes de aquella época fue la fundada por Don Pedro Roimero de Terreros, el cual estableció una institución con fines puramente benéficos; este fue el Nacional Monte de Piedad, el cual fue fundado durante el transcurso del siglo XVIII. En el año de 1860 se autorizó a

esta institución para que emitiera billetes que fueron a la vista y al portador, siendo una emisión sin mayor importancia.

En esta etapa de paz, México necesita de capitales para la realización de grandes empresas como los ferrocarriles, y el único medio de obtenerlos era pidiendo crédito extranjero, especialmente de los europeos.

En el año de 1851 se dio permiso para establecer en México un nuevo banco con capital francés, el cual se llamó Banco Nacional Mexicano. Este banco se estableció con un capital de veinte millones de pesos principiando su trabajo con sólo tres millones y con una participación de capital nacional del 20%, contando también con la autorización de la emisión de billetes y el establecimiento de sucursales en todo el territorio.

Este banco se considera de gran importancia ya que, aún cuando su constitución es en condiciones inaceptables, ya se notaba la participación del Estado Mexicano con un control y aceptación de la emisión y con la característica del nombre Banco Nacional Mexicano, sin ser propiamente nacional, y los privilegios propios de una liga con el poder público.

El Banco Nacional Mexicano fue tomando auge de tal forma que llegó a convertirse en el cajero del poder público concediéndosele franquicias en materias de impuestos, lo cual duró hasta 1912.

Durante esta época es importante señalar que el establecimiento de bancos se podía llevar a cabo ya por iniciativa particular, por concesión del gobierno federal o por

autorización del ayuntamiento. Todos los bancos podían emitir moneda pues no se les daba más que la característica de cualquiera otra ocupación sin la vigilancia estrecha del gobierno, salvo que la misma institución por su importancia aumentara su inversión como forma de garantizar su funcionamiento, como fue el caso del Banco Nacional Mexicano.

Otro banco que empezó sus operaciones en 1883 fue el Banco de Empleados; como los anteriores fue un banco de emisión el cual fue autorizado a emitir billetes por el triple del capital en caja; este banco operó con capital suscrito por empleados públicos y de ahí su nombre.

Debido al medio en que vivía el pueblo y por considerarlo contrario a la sociedad, este banco fracasó convirtiéndose en un banco de descuento, recibiendo mercancías en depósito sobre certificados, emitía bonos de prenda; redujo la emisión a la existencia en caja y cambio de denominación por la de Banco Cometrrial.

El primer banco hipotecario que se estableció en nuestro país fue el Banco Mercantil, Agrícola e Hipotecario, fundado en 1882 por Eduardo L'Enfor (12). Este banco no llegó a emitir billetes en consideración a las operaciones tan diferentes por su naturaleza. Aquí cabe la distinción entre bancos de emisión e hipotecarios; en estos últimos el capital sufre estancamiento, y en los primeros hay movimiento continuo

(12) Cervantes Ahumada Raúl; Títulos y Operaciones de Crédito; pag. 216

del capital. Se demostró así la poca capacidad y conocimiento de las instituciones de crédito, presentándose etapas críticas que evidenciaron las deficiencias del sistema llevando a la quiebra bancos como el de Empleados y el Hipotecario.

Otra institución que fue necesario rescatar de una quiebra terrible fue el Monte de Piedra, ya que la emisión de billetes llevó a esta institución a un desequilibrio entre sus garantías prendarias, que constituían gran parte de su haber, contra una emisión de más de nueve millones de pesos, poniendo en peligro su existencia; la intervención consistió en ayuda pecuniaria por parte de los bancos Nacional Mexicano y Mercantil Mexicano, dándoles esto más prerrogativas sobre otros bancos y desembocando en la fusión de éstos, formando un banco fuerte y con mayor capital al cual se le denominó Banco Nacional de México (13). Este banco monopolizó la emisión de billetes lo cual provocó una mayor vigilancia por parte del gobierno que no permitió a los otros bancos la emisión de billetes.

Uno de los bancos más afectados por esta fusión privilegiada fue el Banco de Londres, México y Sudamérica el cual buscó la protección por parte del gobierno ya que sólo contaba con su inscripción ante el Registro Público de la Propiedad, encontrando la manera de seguir operando escudándose en la concesión otorgada al Banco de Empleados que después sería el Banco Comercial, como se mencionó.

(13) Alfaro Castellanos Manuel; El Crédito ...; pag. 7

Todo lo anterior resultó de la lucha de capitales extranjeros por el manejo de los mercados y riquezas del país, principalmente de los capitales ingleses y franceses.

Después de encontrar el modo de seguir operando, el Banco de Londres, México y Sudamérica, cambió su denominación por la de Banco de Londres y México autorizándosele a constituir agencias en toda la República y a aumentar su capital social en un millón de pesos.

Fue entonces cuando se publicó, en el año de 1884, el Código de Comercio, el cual regularía de forma tajante las diferencias entre bancos y reglamentaría el desarrollo económico de la economía pública (14).

Este código contenía preceptos que vendrían a poner orden en el caos existente así como la regulación de operaciones comerciales en general.

Entre otros preceptos regulatorios encontramos la constitución de bancos en sociedad anónima, quedando exceptuados los particulares para tales efectos, con un mínimo de cinco socios; esta constitución en sociedad debía ser otorgada previa concesión del gobierno y con un apego total, para su funcionamiento, a dicho código.

Estos bancos podían expedir bonos, vales, pagarés y cualquier tipo de documentos con promesa de pago; los bancos con autorización de emisión de billetes no podían hacer una

(14) Alfaro Castellanos Manuel; El Crédito ...; pag. 10

emisión mayor del capital exhibido y tenían la obligación del pago al gobierno del 5% sobre la emisión de billetes.

En 1889 se derogó el Código de Comercio en el sentido de que las instituciones de crédito se regirían por una ley especial en la inteligencia de que mientras se hacía el estudio respectivo, los bancos se sujetarían a las autorizaciones de la Secretaría de Hacienda, teniendo como consecuencia la regularización de varios bancos y el fin de privilegios para los mismos.

Uno de los problemas más grandes que enfrentó la comisión encargada de la formación del cuerpo legal bancario fue que había distintas formas de integración de las concesiones, las cuales variaban en garantías para la emisión de billetes y podían consistir en fianzas, depósitos y, dado el caso, en garantías de diverso género; otra era la integración de fondos de reserva, la restricción del establecimiento de sucursales y la duración de años de operación.

Un problema de gran importancia para todos lo constituía la sujeción judicial territorial ya que algunos se sometían a la jurisdicción del estado, alegando la soberanía del estado que les había dado vida, negándose rotundamente a la jurisdicción federal.

Dicha comisión aprovechó la oportunidad y al crear la Ley de Instituciones de Crédito estableció que a los bancos que se regularizaran al tenor de esta ley se les daría el carácter de primer banco en su estado con plenitud de derechos y franquicias, autorizando el ejecutivo que, para la continuación

de operaciones de los bancos que lo hicieran seis meses después, tendrían que renunciar a todos los derechos que les otorgaban sus concesiones y celebrar convenios con el mismo.

El sistema bancario constituido en la primera Ley de Instituciones de Crédito del año 1897 estableció el monopolio plural para los bancos de emisión, lo cual dió preponderancia sobre otros bancos provocando desigualdad, en contra de la ley misma.

Esta ley dividió a los bancos en bancos de emisión, bancos hipotecarios y bancos refaccionarios (15).

Los bancos de emisión tenían como sanción la caducidad de su concesión en caso de emitir más allá del triple de su capital pagado; esto conjuntamente a su liquidación.

Los bancos hipotecarios estaban autorizados a realizar operaciones sobre garantías hipotecarias con un plazo de diez a treinta años sin exceder nunca a la mitad de los bienes dados en garantía con la característica de que las amortizaciones anuales no podían ser mayores que el producto del capital que representaba la finca.

Los bancos hipotecarios emitían hasta por el importe del préstamo, causando un interés de acuerdo a los estatutos bancarios, apareciendo una operación muy interesante que consistía en préstamos con tres años de plazo sin garantía hipotecaria hacia los negocios agrícolas, industriales o

(15) Alfaro Castellanos Manuel El Crédito ...; pag. 11

mineros. Debemos aclarar que dichos bancos podían efectuar operaciones de descuento, giros, compraventa de valores, etc.

La duración de los bancos era entonces de treinta años para los de emisión y de cincuenta años para los hipotecarios y refaccionarios, a partir de la fecha de la ley.

La época de prosperidad que siguió y el periodo de paz de la dictadura de Don Porfirio Díaz hicieron que se fundaran en toda la República numerosos bancos, casi todos de emisión de billetes, siendo los fundados en la capital los que aumentarían sus operaciones de forma muy grande; solamente los hipotecarios no tuvieron el mismo auge en esta época.

El crédito sólo beneficiaba a los amigos de los banqueros o a los favoritos de los gobernantes, lo cual propició el poco éxito de la ley; esto se atribuye al poco tacto de los banqueros para la realización de las operaciones crediticias (16).

Tal estado de cosas llegó al punto en que el gobierno no pudo sobrellevar la situación y. en 1905 la Secretaría de Hacienda pasó una circular enérgica donde denunciaba las corruptelas del sistema en práctica, lo que estaba provocando la poca solidez de los bancos y no porque su pasivo fuera mayor que su activo, sino porque este último estaba empleado en operaciones a largo plazo lo cual era peligroso tanto para los banqueros como para el país.

Tiempo después se pensó en la conveniencia de tomar

(16) Alfaro Castellanos Manuel; El Crédito ...; pag. 12.

medidas radicales reformándose la ley de 1897 en el sentido de disminuir los bancos de emisión y convertirlos en refaccionarios. La excesiva circulación produjo que el Banco de México viera la circulación por él emitida disminuir en forma alarmante debido a que los bancos estatales invadían con sus emisiones el mercado; esto se contrarrestó estableciendo sucursales en toda la República y ofreciendo créditos por cantidades exageradas para hacer volumen en sus carteras ; esta medida fue perjudicial pues, por la misma razón, se debilitaron sus finanzas.

Otro fenómeno provocado por la concesión en la emisión de billetes fue el que instituciones competidoras guardaran billetes de otros bancos, dándose en 1908 la necesidad de canjes periódicos de billetes entre los distintos bancos.

Las reformas de la ley también tuvieron por objeto darle un mayor impulso a los bancos hipotecarios y refaccionarios, como ya se mencionó, convirtiendo a los de emisión en refaccionarios e hipotecarios.

Durante el gobierno de Francisco I. Madero las instituciones de crédito no sufrieron ninguna modificación en su organización; fue solamente a la caída de Porfirio Díaz que se notó una disminución en las operaciones bancarias, sobre todo en las de depósito, fenómeno natural tomando en cuenta las condiciones políticas y sociales del país.

En la dictadura Huertista el dictador obligó a los bancos a realizar empréstitos al gobierno para cubrir sus

necesidades; Huerta, en pago a estos préstamos, decretó que la garantía del circulante fuera disminuida a la tercera parte.

Los resultados no se hicieron esperar, aumentando el circulante al doble de lo existente, pasando de los doscientos millones.

Poco tiempo duró el sistema de la dictadura; a la caída del régimen, el gobierno revolucionario desconoció todos los actos emanados de ésta y en 1915 dictó un decreto obligando a los bancos a regularizar la situación de acuerdo a la Ley de Instituciones de Crédito, la cual ordenaba que se debía tener el 50% del valor de la circulación en las arcas. Para llevar a la práctica ese decreto del 29 de septiembre de 1913, se creó la Comisión Reguladora de Instituciones de Crédito. Dentro del mismo decreto se estableció la caducidad de la concesión de los bancos que no cumplieran con dicha garantía, lo que ocasionó que muchos bancos no lo pudieran realizar con la consabida sanción (17).

Entre los bancos que lograron su salvación se encontraban el Banco del Estado de México, el Banco de Londres y México, el Banco Nacional de México, el Banco Mercantil de Veracruz, y algunos otros.

En suma, a fines de 1915 había en el país una circulación de doscientos veinticinco millones de pesos y la existencia en caja de todos los bancos era de setenta y ocho millones de pesos.

(17) Alfaro Castellanos Manuel; El Crédito ...; pag. 15

El Ejército Constitucionalista, por medio de su primer jefe, había emitido billetes con el fin de allegarse fondos y así cumplir con sus compromisos, como lo eran un numeroso ejército que aún estaba en pie de guerra; se aunaba a esto la paralización de la industria. Esto provocó una disminución en el poder adquisitivo del pueblo ya que la emisión del gobierno no era aceptada por falta de garantías.

El cinco de abril de 1916, Don Venustiano Carranza expidió un decreto en el cual se expresaba que, por estar el país ya casi en completa calma, era tiempo de pensar en la consolidación de las finanzas, siendo el primer paso la formación de un fondo que garantizara la circulación; este fondo estaría integrado por contribuciones y empréstitos, tomándose diez millones de la Comisión Reguladora del Mercado del Henequén, y diez millones de pesos que se tomarían de la tesorería. Dicha disposición no se llevó a cabo por luchas políticas internas (18).

Posteriormente se formuló un plan en el que se canjearían los billetes anteriores de la siguiente manera: a partir del primero de junio de 1916, quedaban desmonetizados los billetes de veinte y cien pesos, debiéndose depositar en junio y julio para ser canjeados por bonos oro en la proporción del 10% pagaderos a cinco años; la circulación de los billetes de diez pesos se conservaría hasta julio, debiendo seguir la misma suerte que los anteriores. Por una circular del 10 de

(18) Alfaro Castellanos Manuel; El Crédito ...; pag. 16.

junio de 1916, la Secretaría de Hacienda ordenó que los billetes de cinco y diez pesos pudieran canjearse por el infalsificable al 10% de su valor, canjeándose la cantidad de cuatro y medio millones de pesos.

La nueva emisión, de acuerdo con el decreto que le dio origen, tenía un fondo de garantía del 20% al salir a circulación, teniendo una respuesta del pueblo de incredulidad y desconfianza en el canje ante la tesorería, lo cual duró mes y medio, quedando un gobierno desesperado por reestablecer la confianza.

En una maniobra política el gobierno dictó un decreto en donde se contemplaba la derogación de las leyes donde se autorizaba la emisión de billetes a los bancos.

Como consecuencia del decreto, la Secretaría de Hacienda toma parte activa en las operaciones de los bancos, quedando éstos subordinados a ella. No podían ser declarados en quiebra ni puestos en liquidación judicial sin previa autorización, decidiendo también sobre las especies metálicas de los bancos.

En esta situación continuaron los bancos hasta fines de 1920 y principios de 1921 en que el presidente Alvaro Obregón devolvió los bancos incautados con la personalidad jurídica que el decreto del 14 de diciembre de 1921 les había retirado.

En la discusión del artículo 28 constitucional se introdujo como excepción a los monopolios y estancos, la emisión de billetes de banco, estableciéndose que esta se

realizaría por un banco cuyo control sería por parte del gobierno (19).

Un precepto de tal naturaleza introducido dentro del capítulo de garantías individuales, dio lugar a acalorados debates que en ocasiones demostraban conocimientos sobre la materia y en otras, más que sapiencia financiera prevalecía la buena fe y sentido común, tratando de vislumbrar la institución que buscaba su nacimiento.

En nuestro medio lo único que puede prosperar es lo que está directa o indirectamente fomentado por el poder público; si éste no presta ayuda toda actividad particular fracasa. Si el banco único de emisión se hubiera dejado a la iniciativa particular, ésta por sí sola, no hubiera prosperado ya que hubiera tenido que darse en forma de concesión, contando con privilegios contrarios a la Constitución y, en su caso, el desarrollo de una institución anárquica de los tiempos porfirianos.

Pero también se critica la organización bancaria de emisión única en el sentido de que con la sola dirección del gobierno, ésta habría de tomar todas las lacras de una oficina pública que no ennumeramos por ser de todas conocidas y sufridas.

Se buscó entonces la manera de crear una institución que quedara salvaguardada lo más posible de los males de la

(19) Alfaro Castellanos Manuel; El Crédito ...; pag. 17

institución pública pero, a la vez, sin el menoscabo de su desarrollo.

En los bancos de emisión se estipulaba, como es natural, el sistema de Banco Unico de Emisión. Los bancos hipotecarios no tuvieron reformas de importancia y los bancos refaccionarios solamente podían otorgar créditos a la industria y al comercio, no así a la agricultura por existir un banco especial para estos fines. En cuanto a las operaciones de crédito, se redujo el plazo para éstas a un año como máximo. Las operaciones crediticias a la agricultura y ganadería sólo se daban en numerario y a las negociaciones constituidas para su fomento; en esta etapa surgieron también los bancos petroleros debido al auge de los pozos encontrados.

Más tarde el Secretario de Hacienda obtuvo la autorización para elaborar la Ley del Banco de México y proceder a su instalación. La autorización que se le dió al ejecutivo para la organización del banco único que se denominaría "Banco de México" estaba sujeta a las siguientes bases: la forma de sociedad anónima, su domicilio sería la Ciudad de México, duración de quince años prorrogables por medio del Legislativo, con un capital de diez millones autorizado hasta cien millones, con una participación estatal del 51% en capital y utilidades y con limitaciones tales como que el Secretario de Hacienda sería el presidente del Consejo y los comisarios nombrados por el gobierno federal. Esta autorización es importante porque señala el lineamiento general

que más tarde tuvo el Banco de México, vislumbrándose entonces la posibilidad de que se convirtiera en el Banco del Estado.

A la toma del poder de Plutarco Elías Calles se notó claramente la tendencia a realizar pronto la fundación del Banco de México, cosa que no logró Huerta debido a la intervención más que directa del gobierno, lo cual causaba un fuerte descontrol. Lo que intentaba Calles obedecía más que nada a la opinión pública que pedía el pronto establecimiento de la institución antes mencionada (20).

Fue en realidad una obra meritoria la realizada por Calles en la fundación del Banco de México, como resultado del riguroso programa de economía que él trazó y por el cual se logró un superávit de diez millones de pesos mensuales, lo cual permitió, además de cubrir los réditos que pesaban en el erario como pago de sueldos atrasados, la formación de un fondo suficiente para constituir el Banco de México, capital con el cual fue puesto en operación.

En el mes de diciembre de 1924, se creó la Comisión Nacional Bancaria formada por cinco miembros con conocimientos y práctica en la materia, y de los cuales tres representaban los intereses agrícolas, comerciales e industriales del país; la función específica de esta comisión consistía en la vigilancia del cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito y de las demás disposiciones bancarias.

(20) Alfaro Castellanos Manuel; El Crédito ...; pag. 25

Este órgano contaba con el derecho de iniciativa ante la Secretaría de Hacienda para el mejor desarrollo de las operaciones bancarias, determinando también la forma de balances y cooperando con las comisiones liquidadoras. Otra de sus funciones consistía en el arreglo de remesas para el exterior para inversiones, formando la estadística bancaria.

En este mismo año se dió una ley con el objeto de salvar a los bancos hipotecarios, ya que éstos no se encontraban comprendidos dentro de los beneficios de la formación bancaria reciente. Los bancos hipotecarios estaban en peligro de verse en la necesidad de suspender sus pagos, por lo que esta ley concedió una moratoria de ocho años a los deudores y plazos razonables para el sorteo de bonos; esto también se amplió para los bancos refaccionarios.

El 31 de agosto de 1924 fue expedida la segunda Ley de Instituciones de Crédito, haciéndose una clasificación de éstas en tres clases: las instituciones de crédito propiamente dichas, los establecimientos bancarios y los asimilados a éstos por practicar operaciones de crédito, marcando como características de las instituciones de la primera categoría la función común que tienen que es la de facilitar el uso del crédito, subdividiéndose a su vez en ocho clases, según la naturaleza del título que emiten o del servicio que prestan al público; estas ocho clases eran: Banco de México de Emisión, los Bancos Hipotecarios, los Refaccionarios, Agrícolas e Industriales, los Bancos de Depósito y Descuento, los Bancos de Fideicomiso, las Cajas de Ahorro, los Almacenes Generales de

Depósito y las Compañías de Fianzas. En esta clasificación los Bancos Refaccionarios se han dividido en Bancos Agrícolas y Bancos Industriales, estableciéndose la diferencia no en la naturaleza de las operaciones, sino en la forma de establecimiento de dichas instituciones.

En resumen, la situación de los antiguos bancos de emisión era de total inseguridad; la etapa postrevolucionaria trató de ubicar el sistema bancario en base a decretos y a un supuesto auge económico por la también supuesta paz política, lo cual creó desconfianza en el pueblo y pérdida del poder adquisitivo del mismo.

La Ley de Instituciones de Crédito de 1926 vino a regularizar el sistema, rigiendo a los bancos existentes y haciendo que adquirieran solidez, guiados y vigilados por la Comisión Nacional Bancaria y el Banco de México (21).

En efecto, ya se entraba a la formación de un sistema bancario y de crédito sólido y creciente, todo lo contrario de los sistemas anteriores.

El desarrollo del crédito en México se da lentamente; una de las causas principales era el desconocimiento del mismo. Debido a este desconocimiento los que poseían capitales preferían atesorarlos a depositarlos en bancos, no exponiendo así sus capitales a operaciones desconocidas; por otro lado, los necesitados de dinero rara vez acudían a los bancos en

(21) Alfaro Castellanos Manuel; El Crédito ...; pag. 28

demanda de capitales, prefiriendo reducir sus actividades productivas o comerciales a sus propias posibilidades.

El crédito hipotecario ha sido usado un poco más, produciendo expropiación por parte de los bancos por falta o mala administración e inversión de los capitales dados en crédito.

Afortunadamente, en lo que a la legislación mercantil corresponde, ya en 1938 se contaba con una legislación que estaba bastante de acuerdo con las necesidades de México pues el Código de Comercio de 1880 dejaba, en lo que al crédito se refiere, graves lagunas, haciendo su desarrollo muy lento. La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito viene a regular algunas operaciones de crédito que dicho código no consideraba y que son básicas en un sistema moderno de crédito.

Notables son las reformas que las leyes mercantiles han sufrido dando nacimiento a leyes especiales; la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito publicada en el diario oficial de la federación del 27 de agosto de 1932, considera preceptos que el código de 1889 no contemplaba, como son la integración en sus artículos 321 y 323 de los créditos de Habilitación o Avío y Refaccionarios, los cuales por su naturaleza, que ya analizaremos, se dan por excelencia como operaciones bancarias y se regulaban por la Ley General de Instituciones de Crédito de 1897, con el objetivo común, en las dos regulaciones, de fomentar la producción.

CAPITULO II

CONCEPTO DE PREFERENCIA EN MATERIA DE CREDITOS DE HABILITACION O AVIO Y REFACCIONARIOS

a) Definición

El tema de la preferencia que se crea con motivo de las garantías estipuladas en la celebración de los contratos de habilitación o avio y refaccionarios ha atraído la atención de forma especial en mi tesis y esta preocupación se ve justificada porque la intención del legislador fue la de crear un privilegio especial en el pago, para los acreedores de dichos créditos, con características propias que los distinguen de instituciones con ciertas semejanzas.

Pero ¿qué es la preferencia ?

La definición de preferencia la podemos ubicar como primicia, ventaja o mayoría que una persona o cosa tiene sobre otra; algunos agregan a esta definición, ya en valor ya en el merecimiento.

Otras definiciones la señalan como "el orden legalmente establecido para el pago de los créditos relativos a un patrimonio".

La legislación mexicana la contempla en materia mercantil diciendo: "Los créditos de habilitación o avio debidamente registrados se pagarán con preferencia a los refaccionarios y ambos con preferencia a los hipotecarios inscritos con anterioridad".

La preferencia mercantil no es otra cosa que el privilegio concedido por la ley a los titulares de un crédito llamados acreedores para constreñir al o a los deudores cuando se encuentren en conflicto varios titulares que afirman tener derecho igual o diferente sobre el pago derivado de un contrato de crédito.

Debemos aclarar que la anterior definición, como lo indicamos en un principio, es aplicable a los contratos de habilitación o avío y refaccionarios ya que forman parte de un ordenamiento autónomo con legislación, doctrina y costumbres propias.

b) Fuentes de la Preferencia

En sentido técnico se llama fuente a las formas en que la colectividad estatuye su propio derecho, o sea, las formas en que aparece o se exterioriza el derecho positivo (1); tenemos como fuentes del derecho las formales y las materiales; cabe aclarar que en materia mercantil la mayoría de los autores aceptan sólo las formales como la ley, exceptuando la costumbre y desconociendo la jurisprudencia, considerándose que la función de las sentencias es la de aclarar y afirmar el derecho preexistente.

1.- La Ley

La ley es fuente formal por excelencia siendo, para el derecho mercantil, la fuente principal. La preferencia se basa

(1) Vázquez del Mercado Oscar; Contratos Mercantiles; pag. 37

esencialmente en la ley ya que encuentra su desarrollo en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito aunque, como lo mencionamos anteriormente, sólo se hace mención de ella en el artículo 328 del mismo cuerpo legal.

La ley, para establecer este privilegio, crea un derecho prendario sobre los bienes que señalan los artículos 322 y 324 del mismo código, es decir, en el primer caso sobre las materias primas y materiales adquiridos, sobre los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito aunque éstos sean futuros o pendientes y, en el caso de los refaccionarios, éstos 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.

Pero es en el artículo 328 donde encuentra la preferencia su fuente o fundamento principal, ya que el privilegio en la ley actual no es absoluto, puesto que los créditos de habilitación o avío se pagarán con preferencia a los refaccionarios y ambos con preferencia a los hipotecarios, pero serán pagados con preferencia a los de habilitación o avío otras obligaciones como lo son las fiscales y las derivadas de conflictos laborales para protección de la clase obrera.

2.- La Costumbre

De la costumbre como fuente paralela a la ley, sólo puede hablarse en cuanto a la observancia de los coasociados

pueda inducirse una regla que sea una expresión directa de la voluntad colectiva y, por lo tanto, obligatoria por sí misma (2).

En el caso de la preferencia en los créditos, no podemos ni debemos considerar a la costumbre como fuente; si bien es cierto que tuvo importancia en la formación del derecho mercantil, en el caso de la preferencia, como lo mencionamos en la definición, uno de los requisitos es que haya conflicto de acreedores y éstos deberán deducir su derecho ante los tribunales competentes, los cuales sentenciarán fundándose en la ley como lo establece el artículo catorce constitucional, siendo entonces anticonstitucional una sentencia que invocara como fundamento una costumbre.

3.- Los Contratos

Una de las fuentes, o mejor dicho, la principal de las fuentes creadoras de obligaciones es el contrato, considerado así por el Código Civil que lo da como eje y modelo de los principios generales aplicables por extensión a todos los demás actos jurídicos (3).

Como lo señala el artículo 1792 del Código Civil, "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones" y el artículo 1793 establece que "los convenios que producen o transfieren obligaciones o derechos toman el nombre de contratos".

(2) Vasquez del Mercado; Contratos Mercantiles; pag. 39

(3) Gutiérrez y González; Derecho de las Obligaciones; pag. 181

Aquí la preferencia encuentra su fuente en la creación de la obligación contractual y del mismo se deriva el derecho del acreedor a hacer efectivo el pago del crédito.

Como lo señala el artículo 326 fracción III de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los créditos de habilitación o avío y refaccionarios sólo son otorgados en forma de contrato; para efectos de la preferencia, el mismo precepto en la fracción II dice: "Fijarán con toda precisión los bienes que se afecten en garantía y señalarán los demás términos y concesiones del contrato".

De esta manera, los bienes que se afecten en garantía serán objeto de la preferencia; en el caso de conflicto de acreedores y la insolvencia del acreditado los cuales, sujetos al contrato original y de acuerdo a lo establecido en el artículo 328 del mismo ordenamiento, tendrán la preferencia de acuerdo al tipo de crédito y a requisitos tales como el registro ante el Registro Público y el aviso al acreedor en caso de traspaso de la propiedad de la negociación para la que se haya otorgado el préstamo, otorgando al acreedor el derecho de rescindir el contrato o dar por vencida la obligación con la consiguiente exigibilidad del pago inmediato.

4.- La Jurisprudencia

Como lo señalamos anteriormente, la jurisprudencia no la podemos tomar como fuente de derecho ya que es el resultado de la interpretación de la ley al dictar los jueces sus resoluciones.

Las sentencias que forman jurisprudencia son un antecedente al cual deben sujetarse los tribunales, pero no pueden considerarse como forma en que se manifiesta la norma jurídica (4).

La preferencia en este sentido no podrá sustentarse ya que depende de varios factores, uno de ellos será la medida y grado en que se constituya el gravamen sobre los bienes dados en garantía; para ilustrar lo anterior transcribiré la siguiente ejecutoria.

Créditos Refaccionarios.- La naturaleza de un crédito refaccionario no depende de la mención que sobre el particular se haga en el contrato base de la acción, ya que es necesario acreditar otras circunstancias indispensables, como la del fin al que se destina la suma prestada; y la decisión sobre su preferencia no puede dictarse sino como resultado de un procedimiento contradictorio, cuando existe contradicción sobre ella, no pudiendo las autoridades comunes resolverla de plano basándose en un certificado de libertad de gravámenes, con motivo de excepciones, puede demostrarse que es otra la naturaleza de dicho crédito, ni menos puede estudiarse y resolverse esta cuestión por la Suprema Corte en la vía de amparo, cuya índole no puede ser la de decidir de plano y sin previo juicio, una contienda de carácter patrimonial (Tomo XLIII, pag. 1966) [5].

(4) Vázquez del Mercado; Contratos Mercantiles; pag. 43

(5) Téllez Ulloa; Jurisprudencia sobre Títulos y Operaciones de Crédito; pag. 771

De la anterior ejecutoria podemos analizar que la preferencia estará sujeta a requisitos como lo es el procedimiento contradictorio en el cual se determinará la preferencia en sí, y como queda claro se trata de una contienda patrimonial la cual deberá ser ventilada siguiendo un principio de prosecución establecido para dilucidar con exactitud la preferencia.

En efecto, la preferencia debe fundamentarse en la ley que le da vida propia como un derecho que se crea mediante un contrato y la cual sólo podrá hacerse efectiva mediante un procedimiento adecuado.

c) Tiempo y Publicidad como Elementos de la Preferencia

El tiempo y la publicidad son elementos fundamentales en la preferencia ya que de ahí proviene la eficacia de la misma. Dentro de la publicidad tenemos dos consecuencias que son una inmediata y la otra mediata.

La inmediata se da por la inscripción inicial de los actos en este caso mercantiles, como son la inscripción del acta constitutiva de la sociedad mercantil con la que se obtiene una certeza sobre el objeto, razón social, tipo de constitución, número de acciones, duración, capital social, etc. Esto dará certeza sobre las responsabilidades internas y externas de dicha sociedad.

Las consecuencias mediatas resultan de los actos que dicha sociedad realice en relación a su funcionamiento, con lo que dichos actos al registrarse brindan protección tanto a la

sociedad como al tercero o terceros que con ella eventualmente realicen actos de comercio.

El Código Civil en su título segundo del Registro Público, capítulo segundo, artículo 3013, señala:

"La preferencia entre derechos reales sobre una misma finca u otros derechos se determinará por la prioridad de su inscripción en el Registro Público cualquiera que sea la fecha de su constitución. El derecho real adquirido con anterioridad a la fecha de una anotación preventiva será preferente aún cuando su inscripción sea posterior, siempre que se de el aviso que previene el artículo 3016".

El aviso preventivo al que se refiere la parte final del precepto transcrito tiene como objeto y finalidad la reserva, por un tiempo que no excederá de treinta días naturales, salvo un nuevo pedimento al Registro Público, con el cual se asegurará que el acto a celebrarse será inscrito en su orden, no pudiendo ser inscritos cualesquiera otro tipo de actos hasta el vencimiento de dicho aviso preventivo.

De lo anterior podemos concluir que la preferencia depende, en forma indispensable, de la celeridad con que el notario haga la inscripción correspondiente del crédito, ya que de otra forma queda insubsistente. A mayor abundamiento, el artículo 3016 del Código Civil al cual nos remite el artículo anterior señala:

"Cuando vaya a otorgarse una escritura en la que se declare, reconozca, adquiera, transmita, modifique, grave o extinga la propiedad o posesión de bienes raíces, o cualquier

derecho real sobre los mismos, o que sin serlo sea inscribible, el notario o autoridad ante quien se haga el otorgamiento, deberá solicitar al Registro Público certificado sobre la existencia o inexistencia de gravámenes en relación con la misma, en dicha solicitud que surtirá efectos de aviso preventivo deberá mencionar la operación y finca de que se trate, los nombres de los contratantes y el respectivo antecedente registral. El registrador, con esta solicitud y sin cobro de derechos por este concepto practicará inmediatamente la nota de presentación en la parte respectiva del folio correspondiente, nota que tendrá vigencia por un término de treinta días naturales a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

Una vez firmada la escritura que produzca cualquiera de las consecuencias mencionadas en el párrafo precedente, el notario o autoridad ante quien se otorgó dará aviso preventivo acerca de la operación de que se trate al Registro Público dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes y contendrá, además de los datos mencionados en el párrafo anterior, la fecha de la escritura y la de su firma. El registrador, con el aviso citado y sin cobro de derecho alguno practicará de inmediato la nota de presentación correspondiente, la cual tendrá una vigencia de noventa días naturales a partir de la fecha de presentación del aviso. Si éste se da dentro del término de treinta días a que se contrae el párrafo anterior, sus efectos preventivos se retrotraerán a la fecha de presentación de la solicitud a que se refiere el mismo párrafo;

en caso contrario, sólo surtirá efectos desde la fecha en que fue presentado y según el número de entrada que le corresponda.

Si el testimonio respectivo se presentare al Registro Público dentro de cualquiera de los términos que señalan los dos párrafos anteriores, su inscripción surtirá efectos contra terceros desde la fecha de presentación del aviso y con arreglo a su número de entrada. Si el documento en que conste alguna de las operaciones que se mencionan en el párrafo primero de este artículo fuere privado, deberá dar el aviso preventivo con vigencia por noventa días el notario, el registrador o el Juez de Paz que se haya cerciorado de la autenticidad de las firmas y de la voluntad de las partes, en cuyo caso el mencionado aviso surtirá los mismos efectos que el dado por los notarios en el caso de los instrumentos públicos".

El precepto citado nos da la pauta para determinar en forma clara los tiempos con que se cuenta para el registro de los contratos y fijar claramente la preferencia.

Pero en el caso de los créditos refaccionarios en los cuales las garantías pueden consistir en fincas, construcciones o edificios, éstos pueden encontrarse en demarcaciones diferentes al lugar donde se empleará el crédito por lo que es necesario ampliar la vigencia pues, en la práctica, los créditos pueden otorgarse a una empresa ubicada en Mérida y garantizar el crédito con terrenos o fincas en Monterrey, lo que hace difícil cumplir con los tiempos de registro pudiendo provocar, como suele suceder, que el acreditado registre créditos posteriores o hacer una declaratoria de estado de

quiebra pues el otorgamiento de las cantidades se realiza en el momento de la firma de los contratos.

La publicidad es el principio registral por excelencia, pues no se concibe sin el Registro Público de la Propiedad.

Existen tres sistemas de registro: el constitutivo, el sustantivo y el declarativo.

La inscripción sustantiva es el máximo de eficacia atribuido a la inscripción ya que ésta opera el cambio en el derecho registrado.

La inscripción declarativa es aquella cuya eficacia estriba únicamente en declarar la existencia o extinción de un derecho por un negocio jurídico que se contiene en el título que se presenta al registro (6), es decir, no necesita de su registro para que surta efectos entre las partes.

La inscripción constitutiva exige como requisito inexcusable que se registre para que quede constituido el derecho.

En México, sólo rige el sistema declarativo que se considera como un término medio entre el sustantivo y el constitutivo; en este caso, lo no registrado sí existe y surte sus efectos entre las partes, pero para efectos de la publicidad de los contratos de crédito de habilitación o avío y refaccionarios; por lo que hace a las garantías debemos de aplicar el constitutivo, ya que en la preferencia la falta de registro pone en peligro a la misma y ésta se determina por el

(6) Carral y de Teresa; Derecho Registral

monto del crédito y el grado en que se ubica para el caso de conflicto de acreedores.

Si bien es cierto que el artículo 2919 del Código Civil establece que la hipoteca, para producir efectos contra tercero, necesita siempre de registro; en el caso de esta garantía debe ser constitutivo de tal suerte que, además de producir efectos contra tercero, regule sin lugar a dudas el derecho mismo que se constituye en función a los antecedentes, evitando así el posible fraude de acreedores.

CAPITULO III

LA GARANTIA

A) Definición

Una clasificación muy utilizada cuando se estudian las diversas clases de crédito que otorgan los bancos se relaciona directamente con las garantías constituidas a su favor. La idea que nos da la palabra garantía es la de alguna cosa que se da para proteger y asegurar el posible riesgo de no cumplir con una obligación contraída, o la forma de aseguramiento del cumplimiento de una obligación mediante la afectación de cosa determinada o del compromiso de pago por un tercero para el caso de incumplimiento de la misma por el deudor originario.

En efecto, si en un principio los deudores responden de las obligaciones contraídas con su patrimonio en favor de los acreedores, en la práctica esta puede disminuir o comprometerse a tal grado que resulte imposible cumplir con las obligaciones contraídas con anterioridad, de tal suerte que los acreedores, para cubrirse del incumplimiento, ya de mala fe, por impericia u otras razones que afecten la capacidad de pago, resulta exigible la constitución de garantías.

Por su constitución, la garantía está considerada como un contrato accesorio vinculado al principal cuyo objeto es el de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de este último.

La doctrina ha clasificado las garantías en dos clases: las personales y las reales; esta clasificación resulta de los derechos que surgen de su constitución (1). Tratándose de derechos de créditos tenemos la prenda y la hipoteca; en los casos de los créditos de habilitación o avío y refaccionarios se da en la práctica el aval.

En el caso de las personales, el caso típico es la fianza; todas ellas constituyen seguridades adicionales a la misma solvencia del deudor, y a continuación las analizaremos detalladamente.

b) Clases de Garantías

1.- Prenda

El Código Civil vigente establece en su artículo 2856 que "la prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

Debemos agregar que se trata de un contrato en el cual se entrega esa cosa mueble al acreedor para asegurar el pago.

Siguiendo al maestro Rojina Villegas, adoptaremos su definición de prenda ya que en ella se precisan los diferentes elementos y caracteres de la prenda como derecho real y como contrato accesorio de naturaleza real, por requerir para su constitución la entrega material o jurídica de la cosa:

(1) Rodríguez Azuero Sergio; Contratos Bancarios; pag. 314

"Para abarcar en una definición todos los aspectos de la prenda como derecho real y como contrato real y accesorio, podemos definirla diciendo que es un contrato real accesorio por virtud del cual el deudor o un tercero entregan al acreedor una cosa mueble, enajenable, determinada, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, concediéndole un derecho real de persecución, venta y preferencia en el pago para el caso de incumplimiento, con la obligación de devolver la cosa recibida una vez que se cumpla dicha obligación" (2).

La prenda como contrato real, sólo existe desde el momento en que se entrega al acreedor la cosa. Anteriormente se le reconocía un carácter absoluto, ya que de otra manera sólo se consideraba una promesa de prenda; nuestro Código Civil en sus artículos 2858 y 2859 acepta no sólo la entrega real sino también la jurídica.

"Para que se tenga por constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente.

Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor cuando éste y el deudor convienen en que quede de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente lo autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra terceros, deberá inscribirse en el Registro Público".

(2) Rojina Villegas Rafael; Compendio de Derecho Civil IV; Contratos; págs. 456 - 457

El acreedor tiene diversos derechos respecto de la cosa dada en garantía como son el derecho de retención, en tanto no sea cumplida la obligación y ante el evento del no cumplimiento proceder por la vía judicial para sacar el bien a remate y con el producto se haga el pago de lo principal y sus accesorios o adjudicarse el bien en pago de la deuda.

A este respecto se ha dado un rechazo llamado "pacto comisorio" en el cual se faculta al acreedor para que en caso de incumplimiento se apropie en pago del bien dado en garantía; el rechazo de que hablamos se deriva de una falta de equilibrio entre los contratantes.

Características de la prenda: éstas consisten en la indivisibilidad en cuanto al crédito y a los bienes objeto de la garantía. El artículo 2890 del Código Civil establece: "El derecho y la obligación que resultan de la prenda son indivisibles, salvo en el caso en que haya estipulación en contrario; sin embargo, cuando el deudor esté facultado para hacer pagos parciales y se hayan dado en prenda varios objetos, o uno que sea cómodamente divisible, éste se irá reduciendo proporcionalmente a los pagos hechos con tal que los derechos del acreedor siempre queden eficazmente garantizados".

La indivisibilidad en cuanto al crédito significa que la garantía continúa en todo su valor y extensión aún cuando disminuyese la obligación principal por pagos parciales, de tal manera que el deudor no podrá exigir, en el caso de que la cosa fuere divisible, o cuando hubiera entregado varias prendas, la

liberación de parte de esa cosa o de alguna o algunas de las prendas, salvo pacto en contrario (3).

En cuanto a los efectos inherentes al derecho real prendario, la prenda otorga los derechos de venta, de preferencia, derecho de retención y derecho de persecución.

El derecho de venta faculta al acreedor a pedir judicialmente la venta del bien en subasta pública como lo estipula el artículo 2881 del Código Civil: "Si el deudor no paga en el plazo estipulado, y no habiéndolo cuando tenga obligación de hacerlo conforme al artículo 2080, el acreedor podrá pedir y el juez decretará la venta en pública almoneda de la cosa empeñada, previa citación del deudor o del que hubiere constituido la prenda"; quedando nula toda cláusula que prohíba hacerlo, y en el mismo artículo encontramos prohibido lo que llamamos el "pacto comisorio".

El derecho de preferencia es otra de las facultades reconocidas expresamente. El derecho de preferencia supone que el producto de la cosa entregada en garantía debe ser aplicado hasta donde sea necesario cubrir el crédito u obligación principal y en este sentido se dice que su producto se aplica preferentemente al pago.

El derecho de retención abarca dos aspectos: primero, la retención de la cosa, es decir, no devolverla hasta en tanto no se pague la deuda y sus accesorios, y en el aspecto de

(3) Rojina Villegas Rafael; Compendio de Derecho Civil IV; Contratos; pag. 465

garantía real independiente, es decir, no devolver la cosa hasta que no sean cubiertos tanto el crédito y sus intereses y el pago de los gastos derivados de la conservación del bien.

El derecho de persecución consiste en la facultad del acreedor para recobrar la cosa dada en garantía de cualquier detentador; el artículo 2873 fracción II del Código Civil otorga esta facultad de forma clara al establecer: "El acreedor adquiere por el empeño: --fracc, II -- el derecho de recobrar la prenda de cualquier detentador sin exceptuar al deudor".

Otra facultad de la cual goza con frecuencia el acreedor prendario es la de pedir la sustitución de la prenda si se presentan desmejoras en la misma no imputables a deficiente conservación, para mantener el equilibrio económico existente al constituirse la garantía.

En materia mercantil la prenda también constituye un derecho real para garantizar un acto de comercio, o bien ésta reace sobre cosas mercantiles, dándose ésta por lo general entre comerciantes. Generalmente la prenda mercantil no implica la entrega del bien sino que opera la entrega jurídica, en especial en los créditos materia de esta tesis, ya que los bienes vinculados pueden consistir o estar involucrados con la explotación económica, agrícola, industrial o comercial y la entrega real produciría la perturbación de la actividad económica comprometiendo la capacidad de pago del acreditado en forma sensible.

Otra de las características que no analizamos anteriormente por ser necesaria la inclusión del párrafo

anterior, es la publicidad del contrato de prenda. La publicidad es indispensable ya que de ella depende que los terceros no adquieran los bienes dados en garantía ya que sobre ellos pesa un gravamen y esto desembocaría en la pérdida de los bienes adquiridos por terceros de buena fe; lo anterior sin perjuicio de los ilícitos en que incurre el deudor al realizar la venta de dichos bienes. El artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece las formas de constitución de la prenda mercantil:

"En materia de comercio la prenda se constituye:

I.- Por la entrega al acreedor de los bienes o títulos de crédito, si éstos son al portador;

II.- Por el endoso de los títulos de crédito en favor del acreedor, si se trata de títulos nominativos, y por este mismo endoso y la correspondiente anotación en el registro, si los títulos son los mencionados en el artículo 24;

III.- Por la entrega al acreedor del título o del documento en que el crédito conste, cuando el título o crédito materia de la prenda no sean negociables, con inscripción del gravamen en el registro de emisión del título o con notificación hecha al deudor, según que se trate de títulos o créditos respecto de los cuales se exija o no tal registro;

IV.- Por el depósito de los bienes o títulos, si estos son al portador en poder de un tercero que las partes hayan designado y a disposición del acreedor;

V.- Por el depósito de los bienes, a disposición del acreedor, en locales cuyas llaves queden en poder de éste, aún

cuando tales locales sean de la propiedad o se encuentren dentro del establecimiento del deudor;

VI.- Por la entrega o endoso del título representativo de los bienes objeto del contrato, o por la emisión o el endoso del bono de prenda relativo;

VII.- Por la inscripción del contrato de crédito refaccionario o de habilitación o avío, en los términos del artículo 326;

VIII.- Por el cumplimiento de los requisitos que señala la Ley General de Instituciones de Crédito, si se trata de créditos en libros".

Y en relación a los derechos que otorga la prenda en el Código Civil, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 341 establece la facultad al acreedor de pedir la venta judicial del bien dado en prenda, prohibiendo el pacto comisorio salvo que el deudor dé su consentimiento como lo señala el artículo 344 de la misma ley: "El acreedor prendario no podrá hacerse dueño de los bienes o títulos dados en prenda sin el expreso consentimiento del deudor manifestado por escrito y con posterioridad a la constitución de la prenda".

Otro caso similar al de constitución del bien dado en prenda se nos presenta en el artículo 343 de la misma Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el cual señala: "Si antes del vencimiento del crédito garantizado se vencen o son amortizados los títulos dados en prenda, el acreedor podrá

conservar en prenda las cantidades que por estos conceptos reciba, en sustitución de los títulos cobrados o amortizados".

Lo dispuesto en el artículo anterior me parece que debe ser adicionado, ya que si bien es cierto que una de las características de la prenda es la indivisibilidad, también lo es que al disminuir la garantía y salvo pacto en contrario, las cantidades dadas en amortización deben aplicarse al pago de la deuda y no permanecer como garantía prendaria, como lo señala el artículo mencionado. Lo anterior, en virtud no de un pacto comisorio sino de la compensación que supone la existencia de obligaciones líquidas, homogéneas y recíprocas, siendo éste una forma de extinguir las obligaciones.

2.- Fianza

La fianza es una obligación accesoria por medio de la cual una o varias personas responden ante el acreedor por el cumplimiento de una obligación ajena a favor del acreedor, como lo señala el artículo 2794 del Código Civil para el Distrito Federal vigente: "La fianza es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor si éste no lo hace".

En efecto, por medio de este contrato accesorio puede garantizarse el cumplimiento de cualquier clase de obligación; en general comprende no sólo el cumplimiento de la obligación principal sino de las accesorias, que de acuerdo con un contrato se derivan de la misma.

Podemos considerar como características de la fianza primero, que es un contrato accesorio, ya que como lo señalamos anteriormente el Código Civil en su artículo 2794 lo expresa claramente y su existencia es derivada de una obligación válida; el artículo 2797 del Código Civil establece: "La fianza no puede existir sin una obligación válida", de ahí su validez heterónoma.

Otra característica es la de que la fianza es imprescriptible ya que si no se ha consumado el pago total de la deuda, en caso de muerte del fiador, esta obligación subsiste para los herederos; según el artículo 2801 del Código Civil: "La responsabilidad de los herederos del fiador se rige por lo dispuesto en el artículo 1998"; en este último artículo se establece: "Si muere uno de los deudores solidario dejando varios herederos, cada uno de estos está obligado a pagar la cuota que le corresponde en proporción a su haber hereditario. salvo que la obligación sea indivisible; pero todos los coherederos como un sólo deudor solidario serán considerados con relación a los otros deudores".

Y al igual que la prenda, la fianza puede cambiarse en el caso de que el otorgante de la misma viniera a estado de insolvencia, el acreedor puede pedir el cambio de fiador para garantizar el adeudo.

Otra característica de la fianza, al igual que la prenda y la hipoteca, es su indivisibilidad ya que ésta tendrá efecto y subsistirá hasta que se haya saldado la obligación principal, pero sí se puede reducir la obligación al fiador en

caso de obligarse a más que el mismo deudor, caso expreso que norma el artículo 2799 del Código Civil: "El fiador puede obligarse a menos y no a más que el deudor principal. Si se hubiere obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor. En caso de duda sobre si se obligó por menos o por otro tanto de la obligación principal, se presume que se obligó por otro tanto".

En el derecho civil la fianza se distingue por el derecho de prerrogativas que tiene el fiador, como son los beneficios de división y exclusión. En este último, el fiador adopta una posición subsidiaria ya que el mismo beneficio faculta al fiador a exigir al acreedor en caso de no pago, a dirigirse primero al deudor principal en contra de sus bienes y, sólo entonces, en contra del fiador. Aquí el fiador responderá en caso de insolvencia del deudor por el total del crédito, no así en el beneficio de división ya que en este se supone una concurrencia de fiadores, caso en que cualquiera de los fiadores puede pedir la división de la deuda y pagar en proporción al número de cofiadores.

Estos beneficios, como lo señala el artículo 2816 del Código Civil, son renunciables; cabe aclarar que el código los señala como beneficios de orden y excusión.

Los beneficios, como el de excusión, pueden ser pedidos en cualquier tiempo, esto derivado de la mala fe o dolo con que actúa el deudor principal, artículo 2818 del Código Civil para el Distrito Federal: "Si el deudor adquiere bienes después del requerimiento, o si se descubren los que hubiese ocultado, el

fiador puede pedir la excusión, aunque antes no la haya pedido".

En materia mercantil y, más claramente en la formación de los contratos de crédito de habilitación o avío, la tendencia es que los fiadores no tengan estos beneficios, es decir, se obligan solidariamente con el deudor.

3.- Aval

Dentro de las formas de garantía existentes, tenemos la figura del aval. Esta es una modalidad vinculada con los títulos valores con los que se garantizan los créditos.

Algunos autores como Mantilla Molina, muy acertadamente nos hacen ver que el aval es concebido como un negocio jurídico, que aún cuando tiene similitud con la fianza, difiere mucho de ésta ya que el derecho común ni siquiera lo contempla.

Es dudosa la etimología de la palabra aval pero se habla de que viene de la alteración de las voces "a valer" de donde se deduce que el tenedor del título puede hacer valer sus derechos contra el dador del aval (4).

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 109 tan sólo nos señala cual es la función del aval, cuando establece que: "Mediante el aval se garantiza en todo o en parte el pago de una letra de cambio". Pero nosotros trataremos de establecer una definición para su mejor comprensión.

(4) Mantilla Molina Roberto L; Títulos de Crédito; pag.177-178

"El aval es la persona física o moral que garantiza una parte o la totalidad de un crédito, consignado en un título valor que depende para su validez de un contrato principal".

De la anterior definición podemos señalar que el aval es una institución accesoria, es decir, depende de un contrato principal para que surta sus efectos. Señalamos que puede ser persona moral ya que en la práctica banacaria es muy frecuente el caso de que una empresa avale a otra, en virtud de la existencia de estrechos vínculos económicos entre el futuro avalado y el avalista. A mayor abundamiento, el artículo 110 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece al respecto: "Puede prestar el aval quien no ha intervenido en la letra y cualquiera de los signatarios de ella".

Como quedo claro anteriormente, en un contrato de crédito puede pactarse el aval, el cual puede o no ser ajeno a la operación.

El aval se consignará en el título de crédito que documente la operación en forma mercantil y su función, como lo señalábamos, será la de garantizar en todo o en parte el pago del título valor que figurará en el instrumento principal, esto es, por cada disposición de capital que haga el acreditado, deberá suscribir un pagaré a favor del acreditante mismo que deberá ser avalado por las personas que, del contrato que dio origen a la operación, se obligaron a otorgar su aval.

Como lo señala el maestro Cervantes Ahumada, los elementos personales de la figura del aval son, el avalista, que es la persona que otorga el aval, es decir el que

garantiza, y el avalado, que para estos efectos es el deudor de la obligación principal o por el que la garantía se presta (5).

Debemos señalar que en el caso de las personas morales que otorgan aval esta facultad debe estar consignada en su escritura constitutiva, facultad que debe ser otorgada al consejo de administración o administrador único ya que de otra manera no se podrá otorgar.

El artículo 111 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito nos señala la forma como queda instituido el aval, estableciendo: "El aval debe constar en la letra o en hoja que se le adhiera. Se expresará con la fórmula por aval u otra equivalente, y debe llevar la firma de quien lo presta. La sola firma puesta en la letra, cuando no se le pueda atribuir otro significado, se le tendrá como aval".

Este precepto nos parece genérico ya que, como lo señalábamos, en el caso de una empresa en donde en sus estatutos constitutivos no se encuentre la facultad de otorgar aval, éste debe quedar nulo o con otro carácter, por lo cual, dentro de la sección cuarta de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, debe adicionarse en el sentido de establecer la capacidad y condiciones del aval, eliminando así la posibilidad de una nulidad dentro del título de crédito.

4.- Hipoteca

El Código Civil vigente en el Distrito Federal establece, en su artículo 2893, que: "La hipoteca es una

(5) Cervantes Ahumada Raúl; Derecho Mercantil; pag. 147

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

El maestro Rojina Villegas propone la siguiente definición: "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación" (6).

Considero que esta definición es más completa que la consignada en el Código Civil en virtud de que precisa, con toda claridad, los bienes sobre los que se puede constituir la hipoteca y los derechos que adquiere el titular de la misma.

Nuestro actual código establece que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados, artículo 2895 del Código Civil para el Distrito Federal; a diferencia del Código Civil de 1884 donde se establecía que la hipoteca recaía exclusivamente sobre bienes inmuebles, predios o derechos reales constituidos sobre los mismos.

Las características fundamentales de la hipoteca son la accesoriedad, es decir, que la existencia de la hipoteca tiene como presupuesto la de un crédito para cuya seguridad se

(6) Rojina Villegas; Compendio de Derecho Civil IV; Contratos; pag. 356

constituye, por lo que consiguientemente no puede establecerse sin un crédito. Al igual que la prenda, otra característica es la indivisibilidad, ya que esta constituye un todo para garantizar un crédito, por lo que no desaparecerá hasta no haberse hecho efectivo el mismo. Ahora bien, el principio de la indivisibilidad no es absoluto en nuestro Derecho Civil pues tiene determinadas limitantes, contenidas en los artículos 2912 y 2913 del Código Civil; estas limitaciones representan otras tantas excepciones al principio de la indivisibilidad de la hipoteca, que como todos los principios jurídicos, las tiene en atención a consideraciones de tipo predominantemente práctico (7).

Otra característica es la determinación; ésta está fundamentada en el artículo 2895 del Código Civil y, como lo señalábamos anteriormente, sólo puede recaer sobre bienes determinados y por cantidades determinadas.

La publicidad, más que ser una característica, es un requisito esencial del derecho real de hipoteca.

En la exposición de motivos del Código Civil, en la parte correspondiente al Registro Público se dice: "La falta de registro de los actos o contratos por los cuales se adquiere, transmite, modifica, grava o extingue el dominio de los derechos reales sobre inmuebles, hace que no produzca ningún efecto jurídico. Tratándose de otros actos o contratos

(7) De Pina Rafael; Elementos de Derecho Civil Mexicano; Contratos en Particular; pag. 284

la falta de registro hace que no produzca efecto contra terceros" (8).

En atención a este texto, el Tribunal Superior de Justicia para el Distrito y Territorios Federales ha declarado que, debiendo interpretarse la ley de acuerdo con su fuente auténtica, que lo es su exposición de motivos, debe entenderse que la hipoteca que grave derechos reales no produce ningún efecto jurídico mientras no se registre.

La hipoteca para producir efecto contra tercero, necesita siempre de registro, según disposición expresa en el artículo 2919 del Código Civil para el Distrito y Federal; sin embargo, aún cuando la hipoteca no sea inscrita sí producirá efectos entre las partes.

Debemos hacer mención en el presente inciso sobre la hipoteca industrial, contemplada en el artículo 124 de la anterior Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, en la cual se preveía la posibilidad de que el sujeto de crédito garantizara la oportuna restitución del financiamiento a otorgar por el banco constituyendo hipoteca sobre la unidad completa de su empresa.

El artículo mencionado establecía: "Las hipotecas constituidas en favor de sociedades financieras y de bancos múltiples sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola o ganadera, o para garantía de empréstitos públicos o de créditos otorgados para la construcción de obras o mejoras

(8) Código Civil para el Distrito Federal; pag. 38

de servicio público, deberá comprender la concesión o concesiones respectivas en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad; y además podrán comprender el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, nacidos directamente de sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad de consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario.

La referida hipoteca podrá constituirse en segundo lugar, si el importe de los rendimientos netos de la explotación, libres de toda otra carga, alcanza para cubrir los intereses y amortización del préstamo.

Las hipotecas a que se refiere este artículo deberán ser inscritas claramente en el Registro de la Propiedad del lugar o lugares en que estén ubicados los bienes. Será aplicable en lo pertinente a las hipotecas a que se refiere este artículo lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

El precepto anterior se encuentra actualizado en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en su artículo 51, donde derivado de la nacionalización de la banca se eliminan las sociedades financieras y bancos múltiples por instituciones de crédito y agregando la empresa de servicios sobre las que podrá recaer la hipoteca industrial.

EL CREDITO Y LAS OPERACIONES BANCARIAS

a) Definición de Crédito

A través del tiempo se han dado innumerables definiciones de lo que se ha considerado la palabra crédito; tenemos así que tanto economistas como juristas se han dado a la tarea de encontrar la definición más cercana partiendo de su etimología.

La palabra crédito viene del vocablo "credere" que significa tener fe o confianza, características fundamentales que debe contener la definición; tenemos así que, como lo señala Gilberto Moreno Castañeda (1) la palabra crédito es aquella que se emplea para denotar la confianza a que una persona se hace merecedora por la idoneidad de su conducta, por su apego a la verdad, por la puntualidad en el cumplimiento de sus obligaciones, por la firmeza en la realización de los propósitos a sí misma impuestos.

La anterior definición sólo contempla en sí lo que debemos entender de forma etimológica por crédito, pero ya en el ámbito jurídico carece de los elementos principales que nos dan la definición más precisa de crédito.

(1) Moreno Castañeda Gilberto; La Moneda y la Banca en México; pag. 173

El tratadista Octavio A. Hernández (2) lo define como "la institución económica jurídica en cuya virtud una persona entrega a otra un bien presente a cambio de la promesa de que se le entregará, al vencimiento de la obligación, otro bien o su equivalente".

En la definición anterior ya encontramos otro de los elementos que sería el plazo, y aunque se da por entendida la entrega del bien, ésta debe ser aclarada como la transferencia de bien, es decir, si sólo queda en calidad de depósito o bien que se transfiera para su uso.

Como lo señala el maestro Joaquín Garrigúez (3) "en tal caso el crédito supondría siempre un cambio separado de tiempo, en efecto, toda operación de crédito implica el diferimiento de la prestación del deudor, es decir, el plazo, pero no toda concesión de plazo implica un crédito ya que ello da lugar necesariamente a la transferencia del bien dado en crédito".

De lo anterior podemos concluir que son características fundamentales para el crédito la confianza, el plazo y la transmisión de bienes, para que en conjunto nos den la definición correcta; por consecuencia se puede señalar que el crédito es el vínculo jurídico que une a dos partes en virtud de la confianza y por medio del cual uno de ellos, llamado acreedor, entrega un bien a otro llamado deudor, el cual entregará ese bien en un plazo determinado aunando al mismo los

(2) Hernández Octavio A.; Derecho Bancario Mexicano; pag. 22

(3) Garrigúez Joaquín; Curso de Derecho Mercantil; pag. 235

intereses que este bien genere por el efecto de su uso.

En el presente capítulo trataremos no sólo la definición de crédito sino que además analizaremos en forma conjunta lo que es el contrato de crédito y, para su análisis, comenzaremos por su naturaleza.

Por naturaleza de un contrato se entienden todos aquellos datos y elementos que lo forman y distinguen de los demás. En el caso que nos ocupa, el crédito de habilitación o avío y el refaccionario, por disposición expresa de la ley acorde con la doctrina, participan de la naturaleza del contrato de apertura de crédito, tan es así que en la práctica se le conoce con el nombre de contrato de apertura de crédito de habilitación o avío, siendo igual para el refaccionario.

En efecto, el artículo 325 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su primer párrafo, determina que los créditos refaccionarios y de habilitación o avío podrán ser otorgados en los términos de la sección primera de este capítulo; la sección primera del capítulo IV de la ley mencionada se refiere al contrato de apertura de crédito.

El contrato de crédito es el género y los dos contratos que nos ocupan, la especie. Debemos por tanto definir en primer término al contrato de apertura de crédito para determinar su naturaleza.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 291 define al contrato como sigue: "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 de la obligación que contrajo y, en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisión que se estipulen".

Del anterior enunciado se desprenden los elementos esenciales del contrato como son:

1.- El acreditante, que es la parte que pone a disposición de la otra, llamado acreditado, una suma de dinero.

2.- El acreditante en su caso, puede contraer obligaciones por cuenta del acreditado.

3.- Las obligaciones a las que se compromete el acreditante están sujetas a los términos y condiciones del contrato.

4.- Por último, la obligación del acreditado consistirá en restituir la suma de dinero que le fue acreditada o en hacer pago de la obligación que contrajo el acreditante en su nombre.

Es aquí donde encontramos los elementos necesarios de que hablamos en el principio del presente capítulo y con los cuales se forma una definición que, si bien no sólo es de crédito, ésta se encuentra inmersa en el artículo antes mencionado.

El contrato de apertura de crédito ha creado controversias por su similitud con otros contratos, en especial

con el de mutuo, por lo que expondremos algunas teorías al respecto.

Son los tratadistas franceses los que sostienen la identidad del mutuo con la apertura de crédito, teoría que en nuestros días ya se superó; además, es inaplicable en nuestro derecho. En efecto, el artículo 2384 del Código Civil para el Distrito Federal considera al mutuo como "un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie o calidad".

El mutuo, como se desprende del anterior precepto, es un contrato translativo de propiedad y es precisamente esta característica la que lo diferencia de la apertura de crédito, dado que en este último no se transmite el dominio, cuando menos en el primer momento del contrato, como afirma el Doctor Raúl Cervantes Ahumada (4), agregando que menos aún se da esta circunstancia cuando se trata de un crédito que el acreditante "pone a disposición del acreditado al asumir obligaciones por cuenta de éste".

Existe otra diferencia clara al considerar que, tanto el mutuo civil como el préstamo mercantil, pueden consistir en dinero o cosas fungibles mientras que la apertura de crédito consiste sólo en dinero o firma, es decir, en las obligaciones que contrae el acreditante por el acreditado.

(4) Cervantes Ahumada Raúl; *Titulos y Operaciones de Crédito*; pags. 246-248

La teoría del mutuo consensual y de los actos ejecutivos es sostenida por quienes consideran que la apertura de crédito es un mutuo consensual seguido de actos ejecutivos consistentes en los actos de disposición de las sumas acreditadas.

A pesar de que en nuestra legislación civil el mutuo no puede ser considerado como un contrato real, como lo era en el Código de 1884, sino consensual, esta teoría no resuelve satisfactoriamente el problema de la naturaleza del contrato de apertura.

Analizando el contrato observamos que éste existe desde el momento del acreditamiento, es decir, desde el momento en que el acreditante pone a disposición del acreditado una suma de dinero o su firma. En este momento también nace la obligación del acreditado de hacer pago de las comisiones, de constituir las garantías que se pactan, etc.

Como se ve, el acreditado puede o no disponer del crédito (actos ejecutivos) pero el contrato existe desde el momento en que se da el acreditamiento.

El Doctor Cervantes Ahumada (5) sostiene la teoría del mutuo depósito, dice es "en realidad un mutuo con simultáneo depósito de la suma mutuada; el mutuante, en vez de entregar la suma al mutuario, se constituye depositante irregular de ella para después ponerla a disposición del mutuario".

(5) Cervantes Ahumada Raúl; Títulos y Operaciones de Crédito; pag. 246-248

Rocco se refiere a un depósito irregular, en el que se transfiere la propiedad a diferencia del depósito regular; del depósito irregular se considera que sigue la doctrina generalmente aceptada como un mutuo, por lo tanto, según esta teoría tendríamos dos mutuos, siéndole aplicable la misma crítica formulada para la primera teoría.

Tenemos también la teoría del contrato preliminar a la cual Bonelli se adhiere y considera que el contrato de apertura es un contrato preliminar que tiene por objeto la celebración posterior de un contrato de crédito. Nada más lejos de la realidad ya que esto se deduce del conocimiento de lo que es un contrato preliminar.

Por contrato preliminar o promesa de contrato se entiende aquel que sirve de preliminar, de antecedente, de preparación. O como lo define el maestro Rojina Villegas (6) "es un contrato en virtud del cual una parte o ambas se obligan un cierto tiempo a celebrar un contrato futuro determinado".

La obligación para una o ambas partes consiste en una obligación de hacer la celebración de un contrato definitivo.

Citando nuevamente al Doctor Raúl Cervantes Ahumada (7) adoptamos la teoría del contrato especial, autónomo y definitivo, ya que una vez analizadas las anteriores teorías y los defectos de que adolecen, nos inclinamos por considerar al

(6) Rojina Villegas Rafael; Compendio de Derecho Civil

(7) Cervantes Ahumada Raúl; Títulos y Operaciones de Crédito

contrato de apertura como un contrato especial porque difiere de los contratos con los que se le ha comparado, autónomo dado que produce efectos característicos y definitivo porque las obligaciones que se crean no se limitan a la celebración de un contrato futuro.

b) Elementos de las Operaciones Bancarias

En el presente subcapítulo comenzaremos por la acepción de las operaciones bancarias; éstas son las relaciones jurídicas que vinculan al banco y a las personas que con él contratan.

Para tal efecto el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez nos da una definición muy clara de estas operaciones: "Operación bancaria es toda aquella operación de crédito practicada por un banco con carácter de profesional y como eslabón de una serie de operaciones activas y pasivas similares" (8).

En el caso que nos ocupa, nos abocaremos exclusivamente al aspecto jurídico que une a las partes haciendo a un lado el vínculo económico, es decir, el aspecto contable; aunque van relacionadas intrínsecamente, en el aspecto de la contabilidad sólo se toma como el deber y el haber en el que se acreditan hechos y modificaciones de carácter patrimonial (9); nosotros

(8) Rodríguez y Rodríguez Joaquín; Derecho Bancario; pag. 11

(9) Garriguetz Joaquín; Curso de Derecho Mercantil; pag. 252-253

analizaremos a las operaciones bancarias en cuanto operaciones juridico-patrimoniales.

Se han dado varias clasificaciones de lo que se consideran operaciones bancarias; tenemos así que, por ejemplo, Ehrenberg las clasifica en cinco grupos:

- 1.- Adquisición y enajenación de títulos valores.
- 2.- Cambio de anexo.
- 3.- Operaciones de admisión y entrega de dinero.
- 4.- Atención de pagos.
- 5.- Operaciones de administración patrimonial.

Otra clasificación no menos importante nos la da Greco

(10):

- 1.- Contratos de Custodia
 - A) Los depósitos bancarios
 - B) Cajas de seguridad
- 2.- Subrogación de moneda
 - A) Billetes de banco
 - B) Cheques
 - C) Otros títulos
- 3.- Contratos de préstamo
 - A) Apertura de Crédito
 - B) Descuento
 - C) Anticipos
 - D) Crédito inmobiliario
 - E) Crédito agrario

(10) Rodríguez y Rodríguez Joaquín; Derecho Bancario; pag. 31;
Le Operazioni di Banca; pag. 99

4.- Delegaciones y pagos de banca

A) Delegaciones bancarias

B) Pagos de banca

Dichas clasificaciones tratan de abarcar de modo particular todas las operaciones bancarias que se han dado a través del tiempo pero, como lo señalan la mayoría de los autores, la más usual y práctica es la que diferencia tan sólo a las operaciones pasivas de las activas y a éstas a su vez de las operaciones de mediación o neutrales.

Debemos aclarar que dicha diferenciación o contraposición no implica su desarrollo en forma particular ya que las activas dependen directamente de las pasivas; no así las neutrales que vienen siendo un servicio que presta el banco. Su importancia estriba en la profesionalidad con que se otorgan dichos servicios, sin los cuales los clientes se verían en la imposibilidad de efectuar dichas operaciones.

Veamos pues en que consisten cada una de las operaciones bancarias.

c) La Operación Activa

La operación activa, contrariamente a lo que su nombre representa, se efectúa de forma directa en la transmisión de los capitales que concentra vía créditos, es decir, intermedia en el crédito.

En efecto, el banco recibe crédito por determinadas operaciones como son los depósitos bancarios, redescuentos, emisión de obligaciones, etc., y éste, a su vez, los transmite

en las aperturas de crédito, créditos comerciales e industriales, los cuales conforman los de habilitación o avío y refaccionarios, otorgando créditos.

Con objeto de ampliar el concepto de operación activa el maestro Joaquín Garriguez (11) nos señala que los bancos dan a crédito el dinero que ellos reciben también a crédito; son "negociantes de crédito" que median entre los que necesitan dinero y los que están dispuestos a desprenderse de su dinero para colocarlo ventajosamente.

En estas operaciones el denominador común consiste en la concesión de crédito que otorgan las instituciones bancarias.

Las operaciones activas, como lo señala nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, son: apertura de crédito, descuento de créditos en libros, el reporto, créditos confirmados, de habilitación o avío y refaccionarios.

Hay que señalar que la cuenta corriente también está considerada dentro de las operaciones activas pero, en este caso, el contrato que le da origen es bilateral y, exceptuando al reporto, todas las operaciones antes mencionadas son especies de la apertura de crédito.

Partiendo de la anterior base, continuamos a desglosar lo que es la apertura de crédito la cual se caracteriza por ser un contrato consensual, bilateral, oneroso y principal.

(11) Garriguez Joaquín; Curso de Derecho Mercantil; pag. 260

Para efectos de su análisis tomaremos lo expresado en el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que lo define al decir que es un contrato por el cual "el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado o a contraer por cuenta de éste una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones 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".

Como señalamos anteriormente las demás operaciones son una variante de la apertura de crédito, cuya diferencia la encontramos en el objeto de la obligación del acreditante; esta diferencia se encuentra en la definición que nos da la ley, donde señala: "a poner a disposición una suma de dinero o asumir una obligación". Otra diferencia la encontramos en la forma de disposición, esto es, puede consistir en una prestación solamente o prestaciones sucesivas como lo es la cuenta corriente; otra de las diferencias, así como el elemento fundamental, la encontramos en las garantías, pudiendo consistir ya sea sólo en la firma del obligado (garantía personal), mediante fianza o aval, o constituyendo sobre bienes garantías como lo son la prenda, la hipoteca, etc.; por último, tenemos el destino del crédito que puede ser especial, como en el caso de los créditos de habilitación y refaccionarios, o libre.

Todos los créditos que hemos mencionado, por ser una variante de la apertura de crédito, se perfeccionan en el momento que se otorga el consentimiento, el cual abarca las cantidades o cantidad, en su caso, intereses, garantías, comisiones, y en general al establecer el clausulado de la operación crediticia, lo que podemos llamar momento de celebración.

Inmediatamente, si no se dan otras circunstancias, pasamos al momento de ejecución, que es cuando el acreditante pone a disposición del acreditado las sumas ya estipuladas o bien, asume las obligaciones que contrajo a nombre del acreditado.

Para mostrar las características pasaremos a analizar brevemente los tipos de crédito, especificando de igual forma la concesión, restitución, comisión y garantías de los tipos de crédito que son fundamentales en la apertura de crédito.

1.- Apertura de Crédito en Cuenta Corriente

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

Del anterior enunciado podemos decir que, como lo mencionamos anteriormente, esta forma de operación activa es una especie de la apertura de crédito; si bien todos los créditos se entienden como apertura de crédito simple, ésta se diferencia por la forma de disposición del género ya que como queda estipulado en el artículo 296 del Código de Comercio, el acreditado puede hacer remesas antes de que llegue el término de su liquidación; asimismo puede disponer el mismo número de veces de cantidades necesarias antes de que venza el término.

Generalmente este tipo de créditos se dan en forma comercial ya que entre los comerciantes resulta inadecuado el constante ir y venir de capitales y bienes en corto tiempo, dando así mayor agilidad a los tratos comerciales.

La forma de disposición de estos créditos puede ser mediante cheques, pagarés, efectivo, etc., según se haya pactado.

Las características jurídicas más importantes que se dan en este tipo de créditos son, entre otras, el derecho consignado en el artículo 296 del ordenamiento antes mencionado, de poder reembolsar en forma parcial o total las cantidades de que se dispuso antes de la liquidación; en este caso se puede dar un saldo a favor del deudor, lo cual constituye un crédito en su favor.

En efecto, el artículo 302 el cual está relacionado directamente, nos señala la forma en que nace el crédito más que definir lo que es el crédito en cuenta corriente al mencionar: "En virtud del contrato de cuenta corriente, los

créditos derivados de las remesas recíprocas de las partes se anotan como partidas de abono o de carga en una cuenta y sólo el saldo que resulte a la clausura de la cuenta constituye un crédito exigible y disponible".

En relación a los inetereses, comisiones, etc., éstos quedarán comprendidos dentro del mismo crédito (12).

Otra característica importante se da en cuanto a una clausura parcial cada seis meses, salvo pacto en contrario (13).

Otra característica, que se encuentra plasmada en el artículo 306 de nuestra ley, es la de la inscripción de un crédito contra tercero, la cual se entiende definitiva y a riesgo del que lo recibe.

Tenemos también que los abonos de títulos en la cuenta se realizarán salvo buen cobro (14); y en el caso de error en las partidas la acción para rectificarlas prescribe a los seis meses (15); este término principiará a partir de la clausura de la cuenta.

La forma de garantizar el cumplimiento del crédito en cuenta corriente puede consistir en garantía real o personal, y ésta abarcará, salvo pacto en contrario, en mayor o menor grado según se disponga del crédito, dentro de sus límites (16).

(12) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Art. 303

(13) id.; Art. 308

(14) id.; Art. 306

(15) id.; Art. 309

(16) id.; Art. 298

Las formas de terminación o extinción del crédito en cuenta corriente pueden ser: al vencimiento del contrato y, a falta de éste, por la denuncia del contrato, dando aviso al cuentacorrentista con diez días de anticipación; en caso de muerte o incapacidad de uno de los cuentacorrentistas no implica su terminación ya que ésta debe ser declarada por los herederos o por el cuentacorrentista que sobreviva (17).

Para concluir, debemos señalar que las dos características intrínsecas de este tipo de crédito, las cuales consideramos más importantes, son las de exigibilidad y disposición del crédito que se dan en función del saldo a favor o en contra de los cuentacorrentistas ya que de ello dependen los momentos de celebración y ejecución de los créditos que señalamos en un principio (18).

2.- Descuento

El descuento en forma general, es una operación mediante la cual el acreditante pone a disposición del acreditado una suma de dinero y éste, a su vez, transmite al acreditante un título de crédito exigible con posterioridad.

En esta definición se señala al descuento en forma general ya que abarca dos clases: el descuento en libros y el descuento de títulos valores; asimismo el redescuento también cabe en este género pero de él nos ocuparemos más tarde.

(17) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Art. 310
(18) id.; Art. 302

La mayoría de los tratadistas nos llevan a la anterior definición, sin embargo no todos señalan en forma clara su fundamento jurídico, haciendo notar que el descuento en libros es el único reglamentado en nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, siendo que en la práctica el descuento de títulos y el redescuento de los mismos es el que tiene mayor aceptación.

De la definición, de su naturaleza y de los sujetos que intervienen, es de donde nacen a la práctica este tipo de operaciones activas.

En efecto, como lo señala el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, el descuento es un auténtico contrato de apertura de crédito; no se trata de un préstamo y de una compraventa de un título, ya que cumple con los extremos del llamado contrato de crédito que, como se mencionó en un principio, se trata del género de estas operaciones (19).

Esto implica el otorgamiento de una suma mediante la transmisión de un título de crédito con vencimiento posterior.

Esto es, a nuestro juicio, otorgar liquidez necesaria en el momento, garantizando esa liquidez con el título que será exigible con posterioridad; dicho título queda en propiedad del acreditante con lo cual se elimina la posibilidad de que se trate de un anticipo, como lo señalan algunos autores, de tal suerte que el acreditante tiene las mismas acciones contra el tercero emisor como del acreditado en caso de incumplimiento de

(19) Rodríguez y Rodríguez Joaquín; Derecho Bancario

la obligación derivada del título, lo que definitivamente constituye una garantía, apegándonos estrictamente a las necesidades de todo el que requiere un crédito en determinadas circunstancias.

Las características especiales del descuento las encontramos primero en que la suma que en esta operación pone a disposición el acreditante, siempre es igual a la que se consigue en el título de crédito; ésta, en su caso, se afectará en función de la comisión e intereses que se pacten; y segundo, lo más importante es la exigibilidad del título de crédito que se transmita, esto con conocimiento del tercero que emite el título.

Los sujetos que intervienen en esta operación son el descontante, que es quien pone a disposición el dinero, y el descontatario, que es quien transmite en propiedad el título de crédito.

Es necesario hacer notar que el descuento de títulos, aún cuando sólo se encuentra regulado por algunas disposiciones de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, es el más practicado y sólo se da con los bancos, los cuales deben tomar en cuenta al cliente o descontatario su solvencia, tanto económica como moral, el título a descontar, es decir, las firmas de endoso, y su fecha de vencimiento, lo anterior con objeto de que quede garantizada la operación.

Contrario al descuento en títulos, el descuento en libros tiene su fundamentación en el artículo 288 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la cual lo define

y regula sus condiciones: "Los créditos abiertos en los libros de comerciantes podrán ser objeto de descuento, aún cuando no estén amparados por títulos de crédito suscritos por el deudor ...".

Siendo este tipo de operaciones muy eventuales y, como lo señala el artículo 290 del mismo ordenamiento, sólo las instituciones de crédito pueden llevarlas a cabo.

Para este efecto, el comerciante que tenga un crédito a su favor anotado en su libro, podrá por medio del descuento, elaborar letras de cambio en favor del descontante, es decir, el banco, aceptadas por el deudor; en este caso el descontatario podrá sustituir en cualquier momento al tercero en su obligación de liquidar el título de referencia y, en su caso, ejercitar las acciones necesarias. Esto de acuerdo al tipo especial de operación y fundado en el artículo 289 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sin perjuicio del derecho que tiene el banco de ejercitar la acción derivada del título, del cual es tenedor y poseedor, cargando a la cuanta del descontatario los gastos necesarios en su intento de acción judicial.

Como quedó anotado en un principio, el redescuento viene a ser un subgrupo de este tipo de contratos y se da por la necesidad, al igual que los particulares, que tienen los bancos descontantes de efectivo para seguir operando, ya que esta operación resulta del descuento que lleva a cabo el Banco de México como banco emisor de numerario de los documentos que los otros bancos han descontado a los particulares.

El redescuento, al igual que el descuento, se lleva a cabo con el cobro de interés y comisión respectivos, lo que en su caso obliga al banco redescontatario a exigir el cumplimiento de la obligación derivada del título de crédito.

3.- El Reporto

En virtud del reporto, el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito y se obliga a transferir al reportado otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio más un premio. El premio queda en beneficio del reportador salvo pacto en contrario.

El reporto se perfecciona por la entrega de los títulos y por su endoso cuando sean nominativos (20).

Hemos incluido aquí el reporto como operación activa que es pero, como lo señala el maestro Raúl Cervantes Ahumada, esta es una operación de especulación bursátil; sin embargo, y como bien lo aclara el maestro, los bancos se han apropiado de esta operación reportando títulos en vez de aceptarlos como garantía prendaria, apropiándose de los títulos en el caso de no cubrir los créditos en el plazo fijado en los mismos, violando así la prohibición del pacto comisorio.

Del mismo artículo tomamos a los sujetos que intervienen en la operación y que son el reportador o adquirente de los títulos, y el reportado que es quien recibe

(20) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Art. 259

en cierto plazo títulos de la misma especie que serán transmitidos por el reportador.

El reeportador adquiere a un precio títulos de mercado que se obliga a vender al reportado, y a cierto plazo, otro número de títulos equivalentes al mismo precio.

Al vencerse el plazo se vence el reporto y la operación es liquidable pagándose, en su caso, las diferencias si los títulos han tenido variación en el mercado.

Por lo anterior, podemos concluir que sólo se trata de una operación de tráfico bursátil que ha beneficiado, en cierta forma, a las instituciones bancarias que lo han realizado en función o como accesorio de otras operaciones.

4.- Crédito Documentario

El crédito documentario debe concebirse como un contrato por medio del cual se pueden realizar operaciones dentro y fuera de un país que se efectúan con motivo del comercio exterior; es decir, es la forma más segura de pagar las mercancías adquiridas y, a su vez, de recibir el dinero de las mismas sin necesidad de esperar a que éstas sean entregadas al comprador.

En un principio, el sistema de pago anticipado que representaba un riesgo muy alto para el comprador, o el pago contra recibo riesgoso a su vez para el vendedor, dieron origen a lo que se conoce como crédito de aceptación; dichos créditos operaban en base a letras documentadas las cuales representaban

las mercancías y cuya entrega dependía de la aceptación o pago de los instrumentos.

Para superar las dificultades que esto implicaba aparece lo que es el crédito documentario donde el comprador, en forma directa o a través de un corresponsal, se compromete a pagar una suma de dinero contra la presentación de los documentos respectivos dentro del plazo y en las condiciones señaladas por el crédito; esto es, ya no depende la entrega del pago sino que ésta se da en forma contractual, añadiendo a esto la seguridad de su cumplimiento en el pago y recepción de la mercancía ya que, de otra forma, esta podía no ser pagada por una mejor oferta o no ser entregada por un mejor pago de la mercancía en otro plazo.

Nuestra legislación lo contempla de una manera muy específica en el artículo 317 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al establecer: "El crédito confirmado se otorga como obligación directa del acreditante hacia un tercero; debe constar por escrito y no podrá ser revocado por el que pidió el crédito".

Sin duda se trata de un crédito documentario pero en su modalidad de confirmado. Lo anterior derivado de la clasificación general que han dado varios tratadistas, la cual comprende el revocable, el cual no tiene cláusulas especiales, dando la facultad al acreditante de revocar el crédito según convenga a sus intereses y en cualquier tiempo.

El irrevocable, por su misma estructuración de plazo y forma, obliga al acreditante a mantenerlo mientras éstos duren.

El crédito confirmado pertenece a esta última clasificación; esta confirmación dependerá de la notificación del crédito al beneficiario hecha por el acreditante, por medio del otro banco, el cual deberá confirmarlo constituyéndose en obligado subsidiario del cumplimiento del crédito.

El maestro Cervantes Ahumada señala que, por una confusión de términos de los legisladores mexicanos, se da el carácter de confirmados a los créditos que se clasifican como irrevocables, pero es requisito, como también lo señala el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez, que para tener como confirmado un crédito éste deberá ser irrevocable (21).

Esto nos parece lógico tomando en cuenta las partes que intervienen y la modalidad del contrato en la ejecución de los créditos de plaza a plaza, distinguiéndose totalmente de los créditos documentarios simples. De acuerdo a lo anterior pasaremos al análisis de las partes que intervienen en el otorgamiento del crédito documentario; dichas partes se vinculan por una relación tripartita donde dos de ellas se ligan por medio de un contrato fundamental que da origen a una obligación de pago por medio de la solicitud de apertura de crédito a su banco, y en función de la disponibilidad que se otorga se cubren las cantidades adeudadas.

En este orden de ideas tenemos al acreditado u ordenante que es la persona que solicita la apertura de crédito, es decir, la persona obligada a realizar el pago en

(21) Rodríguez y Rodríguez Joaquín; Derecho Mercantil; pag. 93

virtud del contrato fundamental (compraventa); debemos hacer notar que este medio de pago refuerza la posición del acreedor beneficiario en caso de elegir esta forma de pago; también destacaremos que al acreditado corresponde señalar los términos y modalidades del crédito, generalmente conforme a lo previsto en el contrato fundamental, para lo cual el banco deberá ajustarse a dichos términos con objeto de no crear confusión respecto del alcance y contenido del crédito, otorgándose así en forma clara y precisa. Se dice también que éste debe proveer de fondos al acreditante aunque, como señala el maestro Cervantes Ahumada, no es requisito indispensable pues el banco no podrá excepcionarse de realizar el pago por esta circunstancia.

El acreditante o banco emisor es aquel que asume el compromiso directo frente al beneficiario a petición del acreditado, dando el primero aviso al segundo del crédito a su favor, lo cual se puede llevar a cabo por el acreditante o por medio de un banco corresponsal o banco, notificándose confirmante.

Como lo señalan distintos mercantilistas una de las obligaciones principales que asume el banco acreditante constituye la del examen de los documentos materia del crédito. En efecto, la verificación de requisitos y forma señalados en el crédito da lugar al principio de formalismo, lo que en opinión del maestro Sergio Rodríguez Azuero constituye la no responsabilidad por el contenido real de documentos, contratos,

etc. (22). Lo anterior apoyado también porque los créditos son operaciones distintas de los contratos que los originan.

En el caso de los créditos confirmados que se otorgan con motivo de exportaciones e importaciones, interviene otra parte a la que se le llama banco notificador y/o banco confirmante; en este caso el banco emisor o acreditante suele valerse de corresponsales que darán aviso al beneficiario de la apertura del crédito. Esta notificación se realizará con un ejemplar del documento respectivo donde se determinarán condiciones, plazos y documentos a verificar, mediante los cuales el beneficiario puede ejercitar su derecho al pago.

Respecto de este banco notificador su importancia no estriba en la notificación al beneficiario sino en la confirmación hacia el banco emisor, ya que de ellos depende que el banco notificador asuma una obligación autónoma y directa frente al beneficiario.

Como ha quedado claro, el beneficiario no es otra persona sino la que tiene derecho a exigir el pago de conformidad con lo estipulado en el crédito, esto mediante el cumplimiento de su obligación comercial y la presentación de los documentos inherentes al contrato fundamental, como son conocimiento de embarque, seguros, etc.

En la práctica, y salvo cuando el cliente constituye provisión suficiente, el banco emisor suele pedir la constitución de garantías, ya reales, ya personales; en este

(22) Rodríguez Azuero Sergio; Contratos Bancarios; pag. 409

tipo de crédito las mercancías embarcadas pueden constituir la garantía prendaria; dicha posibilidad la constituye la carta de porte o conocimiento de embarque que puede estar endosada al banco emisor lo cual, en su caso, no deja de ser discutible ya que sólo se puede considerar como un simple tenedor de las mercancías pero, de acuerdo al uso de los títulos valores, si esta restricción no aparece en el título como transferencia para el cobro o como garantía, se deduce que la transferencia de las mercancías es plena.

Los plazos en este tipo de créditos se regulan por los usos comerciales mundiales. En la carta de crédito deberá indicarse el término por el cual el crédito estará vigente; si no se indica se entenderá que expirará seis meses después de que el beneficiario reciba la carta de crédito (Artículo 38; Reglas de Viena) [23].

En el presente capítulo y como operaciones activas tenemos los créditos de habilitación o avío y refaccionarios; debido a que tienen su capítulo particular más adelante sólo hablaremos brevemente de estos créditos que también son conocidos por los tratadistas como créditos de fomento a la producción.

d) La Operación Pasiva

La operación pasiva debemos entenderla como la captación de recursos de un banco vía depósitos bancarios,

(23) Rodríguez y Rodríguez Joaquín; Derecho Mercantil; pag. 35

emisión de títulos principalmente, la obtención de capitales vía redescuentos y aceptaciones así como reportos y préstamos a corto plazo; éstas son llamadas operaciones pasivas irregulares mientras que, las primeras, se clasifican como operaciones pasivas regulares.

La característica más importante de estas operaciones bancarias reside en el bajo rendimiento de los capitales en su obtención, haciéndolos trabajar con un mayor interés. Aquí se nos demuestra la intermediación que realiza el banco al captar capitales y, a su vez, transmitirlos quedando una ganancia tanto para el depositante como para el banco encargado de colocar los capitales en forma ventajosa y productiva.

Como lo señala el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez (24), las operaciones pasivas son los medios ordinarios de obtención de capitales ajenos (operaciones pasivas regulares), y las operaciones pasivas irregulares son los medios o procedimientos extraordinarios a los que acuden los bancos para obtener dinero, ya en la bolsa de valores, ya en el mercado libre.

Tomando en cuenta el tipo de operaciones pasivas que se señalan y toda vez que ya hemos desglosado algunas de ellas como el redescuento, el reporto, etc., debido a su compatibilidad con las operaciones activas, analizaremos aquí solamente las operaciones pasivas regulares.

(24) Rodríguez y Rodríguez Joaquín; Derecho Mercantil; pag. 35

Desde el punto de vista económico, el depósito es la más importante entre todas las operaciones pasivas que llevan a cabo los bancos (25).

En efecto, el depósito es la operación pasiva por excelencia ya que es el medio principal de allegarse fondos para reactivar constantemente la actividad económica crediticia; pero esta acepción de depósito nos lleva a una confusión jurídica ya que en materia civil y mercantil tiene sus marcadas diferencias.

El artículo 2516 del Código Civil nos dice: "El depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confía, y a guardarla para restituirla cuando la pida el depositante".

Por la legislación que lo regula el depósito señalado se diferencia del depósito mercantil, pero debemos aclarar ciertas características del depósito civil como es su forma que, en este caso, es consensual, contrario al mercantil ya que éste se da como un contrato real.

Otra diferencia la encontramos en el origen que le da vida al contrato de depósito, es decir, si el origen es una operación mercantil (diferenciándose ésta a su vez del depósito judicial que es constituido por un órgano judicial derivado de un juicio para caucionar o garantizar un tipo de

(25) Bauche Garcíaadiego Mario; Operaciones Bancarias; pag. 47

obligación), y el depósito administrativo que se realiza ante un órgano igual en virtud de una concesión o permiso.

Para el caso que nos ocupa que es el depósito bancario, Octavio A. Hernández lo define como: "Aquél que emana de un contrato por cuya virtud el depositario entrega una cosa a una institución de crédito para su guardia y custodia, o bien le transmite la propiedad de la cosa que la institución se obliga a restituir en la misma especie" (26).

Al igual que el maestro Bauche Garcíadiego hemos tomado esta definición ya que en la misma se contemplan dos momentos que, a su vez, integran el tipo de depósitos, regular o irregular; en efecto, cuando hablamos de guardia y custodia estamos frente a un depósito regular y, en el segundo caso, se habla de depósitos irregulares (27).

Esto, si bien ha sido contemplado por la doctrina, no deja de tener un contrasentido; esta clasificación se discute constantemente sobre si es incontrovertible ya que, cuando se habla de guardia y custodia estamos frente al depósito en estricto sentido, pero cuando se habla de transmisión del bien para devolver la misma especie y calidad, estamos frente al contrato de mutuo, cuyas características se dan en la entrega de cosa fungible y no se da la custodia. Otra diferencia estriba en la remuneración que en el depósito excepcionalmente se da hablando de los llamados depósitos irregulares.

(26) Hernández A. Octavio; Derecho Bancario Mexicano

(27) Bauche Garcíadiego Mario; Operaciones Bancarias; pag. 235

Para precisar este punto debemos observar lo que se entiende por depósito regular e irregular; el depósito regular consiste en que la cosa sea depositada para su guarda y custodia; en el caso de bancos el depósito se da entregando al banco en sobre, caja o saco cerrado, conservando la propiedad el depositante y siendo obligación para el banco conservar la caja, saco o sobre regresándolo cuando el depositante lo pida.

El depósito irregular consiste en la transmisión de la propiedad del dinero obligándose el banco a restituirlo en la forma y términos pactados, aclarando que este caso es el más usual por los bancos.

Sin embargo, siendo el negocio bancario la administración de recursos monetarios, el depósito de relevancia en el derecho contractual bancario es el depósito irregular y, principalmente el depósito en dinero y el depósito irregular de títulos.

El depósito irregular de dinero constituye una fuente importantísima de captación de recursos ya que esto hace posible disponer de los mismos obteniendo un lucro necesario al colocarlos, haciendo posible su reintegración; podemos hablar aquí de una doble disposición. En efecto, el cliente puede disponer de los recursos habiendo un crédito a su favor en el caso de los depósitos a la vista, y en el caso de los depósitos a plazo puede hacer lo mismo en caso de renunciar a los intereses, y el banco a su vez, dispone de los recursos colocándolos en créditos de diferentes clases obteniendo así

una remuneración, dándose lo que los autores llaman la intermediación bancaria.

El depósito irregular de títulos valores por lo general se trata de títulos de contenido crediticio o de participación; se trata de documentos necesarios para ejercitar el derecho literal consignado, empleando una identificación entre el derecho incorporado y el título mismo.

Estos depósitos en título no se dan en igual forma que los de dinero, siendo simples cuando implican una sola operación y en cuenta cuando hay la posibilidad de abonar la cantidad, el monto y el número de los títulos depositados, pudiendo al mismo tiempo retirarlos parcialmente.

En el caso del depósito irregular de títulos donde no opera la custodia, es necesaria la aclaración y tienen que ser éstos fungibles o de mercado (28); el depósito simple, como lo hemos venido mencionando, sólo comprende la custodia y la obligación por parte del banco de entregarlo a su requerimiento.

Dentro de los depósitos irregulares de dinero encontramos distintas especies como son depósito en cuenta de cheques, que tiene su fundamento en el artículo 269 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al señalar: "En los depósitos a la vista, en cuenta de cheques, el depositante tiene derecho a hacer libremente remesas en efectivo para abono

(28) Cervantes Ahumada Raúl; Títulos y Operaciones de Crédito; pag.256

de su cuenta y a disponer total o parcialmente de la suma depositada ..."; lo anterior se deriva de un contrato previo en el cual el depositante queda facultado para disponer total o parcialmente de los recursos depositados así como para hacer remesas, ya en efectivo o en documentos válidos para la institución. El maestro Cervantes Ahumada señala que se le ha dado impropriamente el nombre de cuenta corriente ya que se trata de un contrato unilateral donde el depositario no tiene obligaciones y siempre es acreedor del banco, obligándose éste a pagar los cheques librados.

El depósito de ahorro es un depósito irregular que al igual que los depósitos a plazos tiene la finalidad de conservar parte de los ingresos de los depositantes; dicha finalidad se da por la característica de que en este tipo de depósitos no es posible disponer del mismo al igual que en una cuenta de cheques, es decir, puede disponer de algunas cantidades prefijadas de acuerdo al artículo 30 y capítulo III de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

La mecánica de estos depósitos consiste en hacer abonos o disposiciones que se registran por la institución en una libreta de ahorro la cual es fundamental para acreditar las cantidades que en ella se consignan; estas cantidades depositadas obtendrán un interés que es capitalizable y de acuerdo al artículo 42 del citado cuerpo de normas, tiene un límite de abonos hasta que se cambie a otro tipo de depósito.

Tenemos también los almacenes de depósito; éstos se han
hecho con la finalidad de constituir la mercancía en prenda de
comerciantes que solicitan créditos; estos almacenes son
lugares de depósito público cuya función está especificada en
el artículo 287 de la Ley General de Títulos y Operaciones de
Crédito.

e) Las Operaciones Neutrales
Las operaciones neutrales se caracterizan porque más
que intermediación crediticia existe una mediación bancaria en
los cobros y pagos, en el desempeño de algunos servicios por
cuenta de sus clientes, o en ellas los bancos se limitan a
recibir bienes en custodia o administración siendo ésta en modo
distinto al del depósito irregular.

Algunos tratadistas los llaman "accesorios" o "neutros"
al decir: "Hay un tercer grupo de contratos bancarios
denominados accesorios que no son intrínsecamente bancarios y,
por consiguiente, ni activos ni pasivos, sino contratos
neutros".

Dentro de las operaciones neutrales o accesorias
encontramos el depósito, intermediación en cobros y pagos, cajas
de seguridad y fideicomisos.

En el depósito como operación neutral ya no hay
subdivisiones, es decir, aquí nos encontramos con el depósito
simple o también llamado, en la subdivisión anterior, depósito
regular. En efecto, en el depósito así manejado las
instituciones no perciben ninguna captación adicional sino que

nos encontramos frente al depósito en su más amplia concepción civil, sin embargo, al realizarse por una institución bancaria, adquiere lo que llamamos su mercantilidad derivada por lo tanto, de una de las partes que la realiza.

Una característica que los diferencia es la que encontramos en el artículo 332 del Código de Comercio como lo señalamos anteriormente ya que el depósito se estima mercantil cuando los depósitos recaigan sobre cosas objeto de comercio o como consecuencia de una operación mercantil.

Anteriormente nos hemos referido a las partes que lo celebran puesto que, a decir de algunos autores (tesis que compartimos), también las partes que intervienen le dan ese carácter de mercantil o no.

Dentro de las modalidades tenemos el depósito de bienes muebles, en dinero y de títulos valores.

Es realmente poco lo que se puede decir en cuanto al depósito de bienes muebles y dinero ya que, como lo vimos en el depósito irregular, éste puede ser en sobre cerrado, caja o sacos también cerrados en los cuales, apegándonos en estricto sentido a la definición de depósito, sólo habrá una obligación de guarda, custodia, conservación y restitución de los bienes depositados.

En cuanto al depósito de títulos valores, éste implica la obligación de administración, es decir, mantiene los derechos que se derivan de los mismos en cuanto a su vigencia e integridad jurídica además de cobrar intereses, dividendos,

pago de impuestos derivado de los mismos y pago por la tenencia de los títulos.

Otra de las modalidades que puede adquirir el depósito de títulos es el depósito en garantía; éste se da como consecuencia de una operación principal (crédito) cuyo depósito se constituye para responder por un eventual incumplimiento.

Aquí surge el mal practicado "pacto comisorio" en virtud de un posible cobro por parte de la institución crediticia sin procurar el remate de los bienes por la vía judicial.

Debemos mencionar los depósitos en garantía en favor del tercero y no del depositario, en cuyo caso los bienes depositados serán restituidos hasta que se dé el cumplimiento por parte del primero.

La obligación principal del depositante consiste en el pago remuneratorio hacia la institución o depositario y ésta se hará sobre un tanto por ciento del valor de los objetos depositados o bien, por cuota que señala el depositario; esto es en cuanto al servicio pues debe también el depositante pagar los gastos que se realicen en la conservación del bien y, en su caso, el depositario tendrá la facultad de retención en virtud de no ser pagadas las sumas por el servicio o los gastos erogados en función del mismo.

En la intermediación entre el cobro y pagos como operación neutral, encontramos el mandato: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por

cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga" (29).

De la anterior definición podemos decir que el objeto fundamental es la realización de un contrato jurídico. En efecto, se trata de la realización de un negocio por interpósita persona la cual está facultada y obligada de igual forma para llevarla a cabo.

En el caso que nos ocupa, si bien es cierto que la figura del mandato civil no es diferente en esencia, si lo es en forma, ya que ésta, como lo hemos señalado en otras figuras, tanto por su legislación como por su objeto son diferentes ya que la mercantilidad del mandato deriva de la realización por un comerciante y la onerosidad que es propia del contrato comercial.

Es preciso en este momento aclarar lo que corresponde al mandato con representación o sin ella, también llamado comisión, pues la problemática estriba en actuar por cuenta del mandante pero a nombre propio, lo que en el caso del mandato mercantil resulta poco usual ya que la aceptación del cargo, en el caso de institución, debe ser expresa y su objeto determinado pues de ello depende su obligación y responsabilidad ante el tercero y el mandante.

Cuando el objeto del mandato consiste en la cobranza, el mandatario tiene obligaciones especiales como son la de

(29) Código Civil; Art. 2546

ejercitar las acciones necesarias para el cobro por la vía legal adecuada y mantener estas acciones vigentes para su ejercicio, conformando esto la obligación de custodia jurídica, tomando las precauciones necesarias.

Otra de las obligaciones consiste en la rendición de cuentas, la cual nos señala la terminación de la operación que ha consistido en la aceptación del encargo, realización de notificaciones y obtención de fondos o, en su caso, el pago de los débitos que resultaren del negocio.

Dentro de las obligaciones del mandante encontramos, entre otras, las de remuneración del mandatario por el ejercicio del mandato, la obligación de proveer de fondos o el reembolso, en su caso, en el ejercicio del mismo y, la que a nuestro parecer es la más importante y que resulta de la ejecución del mandato, consiste en asumir las obligaciones que se derivan de la actuación del mandatario, esto es, asumir las consecuencias jurídicas propias de los negocios llevados a cabo.

Al igual que en el depósito, en el mandato el mandatario tiene la facultad de retención en función, no sólo del pago o provisión de los emolumentos necesarios para la realización del mandato, sino como medio de coacción para asegurarse del cumplimiento, por parte del mandante, de las obligaciones que con motivo del mandato adquiere, tanto en relación con los terceros como con el mandatario.

De las formas más usuales de la terminación del mandato tenemos la ejecución del contrato, es decir, que éste

terminará al realizarse el negocio en todas sus partes. También tenemos la revocación, la cual en materia civil se puede dar en cualquier momento por parte del mandante, lo que resultaría en caso de una indebida o deficiente ejecución; pero en materia mercantil, el mandante no puede revocar dicho encargo a voluntad sin el justificado motivo lo cual provocará, en su caso, la indemnización por los perjuicios que la revocación conlleve siendo, en caso de que la realización del mandato interese al tercero o al mandatario, prohibida la revocación.

Las cajas de seguridad, como operación neutral, consisten en un servicio que los bancos ponen a disposición de la clientela para que ésta guarde toda clase de bienes en cajas fuertes individuales las cuales se encuentran sometidas a medidas de seguridad especiales como lo es el no acceso de personas extrañas al recinto donde estas cajas se encuentran.

El maestro Rodríguez Azuero (30) nos da una definición, que nos parece la más acertada, del contrato bajo el cual se rige esta operación: "Es aquél en virtud del cual el banco se obliga a poner a disposición de su cliente una caja de seguridad dotada de especiales seguridades para que éste la utilice guardando sus bienes con el compromiso de establecer todas las medidas de seguridad tendientes a garantizar la inviolabilidad de las casillas y el no acceso al recinto por parte de terceros, contra el pago de una remuneración".

(30) Rodríguez Azuero Sergio; Contratos Bancarios; pag. 582

De la anterior definición podemos deducir tanto obligaciones como derechos de los contratantes, como son la obligación del banco de señalar la caja correspondiente a cada cliente, así como la entrega de la llave de la misma; a diferencia de otras legislaciones bancarias internas, tenemos también la obligación de conservar un duplicado de esta llave con el objeto de controlar su pérdida o mal uso.

La prohibición de entrada de extraños al recinto de las cajas es obvia, pero cabe hacer la aclaración que el depósito de los bienes se realiza en un acto individual y discreto aunado a una serie de restricciones de carácter identificativo del depositante. Como depósito que es en toda la extensión jurídica, cabe destacar las obligaciones de conservación y custodia siendo, en este caso, una obligación doble ya que el banco se obliga tanto a la custodia y conservación de los bienes depositados como a la de la misma caja de seguridad, implementando todos los mecanismos de seguridad necesarios para la conservación de los bienes.

Las obligaciones del cliente consisten, entre otras, en el pago por el servicio de acuerdo con el reglamento del banco, hacer uso de la caja de seguridad, abstenerse de guardar objetos peligrosos y devolver su llave al término del contrato.

Se ha venido hablando constantemente del depósito de los bienes en estas cajas de seguridad por lo que, en apego a derecho, consideramos que la naturaleza jurídica de este contrato es la de un depósito cerrado, esto a su vez derivado

de las características fundamentales del depósito las cuales son la custodia y conservación de los bienes depositados.

Pero es el caso que diversos autores se contraponen a esta teoría ya que dicho contrato es consensual, perfeccionándose por el acuerdo de las partes, no existiendo entrega de los bienes, ya que éste no recibe nada del cliente, siendo la falta de entrega elemento esencial del contrato, lo cual limita a llamarlo como tal pues, aunque así fuera, el banco nunca conoce en detalle los bienes depositados y resulta haber un arrendamiento de la caja.

Ante esta disyuntiva, los autores han preferido encontrar su naturaleza en la teoría mixta que contiene todas las obligaciones inherentes al depósito y al arrendamiento y, puesto que hablamos de dos contratos principales en su más pura acepción, ninguno de los dos es accesorio del otro.

Como última operación neutral tenemos al fideicomiso el cual encuentra sus orígenes en el Derecho Romano y anglosajón.

Características importantes de estos antecedentes son la honradez y la fe que se depositan para la realización del encargo en el fideicomiso.

Esta institución del fideicomiso resulta de la manifestación de la voluntad, ya sea *inter vivos* o en forma de testamento, en la que se debían ejecutar determinados actos para después de muerte la persona, o bien la realización de estos actos para un fin determinado en la transmisión de bienes a favor de un tercero o de la misma persona que trasladase estos bienes.

En nuestra legislación se define: "En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria" (31).

En la definición mencionada encontramos lo que algunos autores señalan como una relación tripartita.

El fideicomitente es la persona física o moral cuya capacidad debe ser reconocida por la ley para afectar los bienes en la constitución del fideicomiso. En su parte final, la definición dice: "...encomendando la realización de ese fin a una institución fiduciaria". Este elemento personal de la operación bancaria se determina: "Sólo pueden ser fiduciarios las instituciones expresamente autorizadas para ello conforme la Ley General de Instituciones de Crédito" (32).

El artículo segundo de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito que derogó la anterior ley, señala que las Sociedades Nacionales de Crédito serán las que practicarán, entre otras operaciones, las del fideicomiso.

Surge aquí también la aclaración, al hablar de institución fiduciaria, de lo que se debe entender entre negocio fiduciario y lo que es el fideicomiso en sí.

En la primera hipótesis existe una finalidad seriamente querida por las partes, para la cual se utiliza un medio jurídico excesivo en el sentido de que produce mayores efectos

(31) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Art. 346

(32) id.; Art. 350

que aquéllos que serían necesarios para obtener tal finalidad. En efecto, en el negocio fiduciario el exceso de los medios jurídicos produce la desproporción entre el fin y el medio que se utiliza y que es definido en el fideicomiso.

Anteriormente señalamos que se trata de una operación donde se da una relación tripartita; ya hemos señalado quien es el fideicomitente y quien es el fiduciario, pero debemos también señalar cual es la actividad del fiduciario que es la persona a quien está encomendada la realización del fin pactado y quien además sólo es titular de los bienes o derechos objeto del fideicomiso sin convertirse en propietario, pero con todos los derechos y acciones necesarias para la obtención del fin determinado en la operación, con las obligaciones propias como son las de no aprovecharse de los bienes fideicomitados en su favor, conservarlos y protegerlos también hasta la realización del fin, rindiendo cuentas al fideicomitente y al fideicomisario en su caso.

Decimos en su caso ya que, como lo señala también el doctor Raúl Cervantes Ahumada, no es un elemento esencial del fideicomiso ya que a la realización del fin podrán ser devueltos los bienes al fideicomitente o bien, él mismo puede tener el carácter de fideicomisario, pero el fiduciario nunca podrá tener este carácter.

Al hablar constantemente de los bienes fideicomitados, debemos decir que éstos pueden estar constituidos como patrimonio autónomo por bienes o derechos que al constituirse en fideicomiso sólo se ejercitará para el objeto del mismo, no

pudiendo ser afectados por otra circunstancia a menos que se haya constituido un fraude de acreedores.

Siendo el fideicomiso un contrato consensual típico, unilateral o bilateral, en su caso, oneroso y formal, se ha discutido por los doctrinarios su naturaleza jurídica ya que algunos sostienen que se trata de un mandato irrevocable pues, a la aceptación por parte del fiduciario, sólo en casos extremos podrá desligarse de su obligación en el cumplimiento del fin; esta teoría, además de ser criticada por su irrevocabilidad, se contrapone directamente a las funciones del mandatario ya que éste actúa por cuenta y a nombre del mandante, cuyos efectos recaen en el mismo.

De lo anterior y a nuestro parecer, por sus características podemos decir que se trata de un contrato principal que no se puede asimilar a ninguna otra figura.

Las aplicaciones más prácticas del fideicomiso se dan en el fideicomiso como garantía en sustitución de hipoteca, o como sustitución de los juicios sucesorios entregando así a los herederos, en su calidad de fideicomisarios, los bienes objeto del patrimonio fideicomitado.

Es clara la prohibición que nos marca la ley a la constitución de fideicomisos que lesionen derechos de terceros, como son los fideicomisos secretos, aquéllos cuya duración sea mayor de treinta años y en los que se establezca un beneficio sucesorio (33).

(33) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Art. 359

El fideicomiso, como contrato que es, tiene como causas de extinción las de todo contrato y, en forma particular las encontramos enunciadas en el artículo 357 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Tiene relevancia la fracción I de dicho artículo, ya que como lo hemos venido mencionando, a la realización del fin específico del contrato quedan liberadas las partes, caso contrario en el que no se logre la obtención del fin por el que fue constituido el fideicomiso, también dará como resultado la extinción del mismo y sólo en los casos en los que el fideicomitente se haya reservado el derecho de hacerlo, o bien que no se incluya una cláusula de irrevocabilidad, éste no podrá extinguirse hasta que el fin se logre.

Respecto de los bienes que pudieran quedar en poder del fiduciario a la extinción del fideicomiso, éste deberá devolverlos al fideicomitente o sus herederos, en su caso.

Como lo habíamos mencionado en un principio, serán nulos de pleno derecho todos aquellos fideicomisos que se constituyan en fraude de acreedores, ocultando los bienes o simulando actos tendientes a formar fideicomisos secretos, contraviniendo así ordenamientos de carácter público.

CAPITULO V

LOS CREDITOS DE HABILITACION O AVIO

a) Definición

Los créditos de habilitación o avio encuentran su origen en la época colonial durante la operación de los Bancos de Plata para el fomento de la minería, los cuales tuvieron una perfecta regulación en las Ordenanzas de Minería mismas que fueron derogadas en las Leyes de Minería de 1889 y legislaciones posteriores. Se consideraban en esta etapa como sinónimos de los créditos refaccionarios.

Los créditos de habilitación o avio y refaccionarios constituyen el volumen más importante de los recursos prestados, como lo mencionamos en el capítulo anterior, entre las operaciones activas de las cuales forman parte este tipo de créditos.

El crédito de habilitación o avio encuentra su fundamento en el artículo 321 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito al señalar: "En virtud del contrato de crédito de habilitación o avio 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".

En efecto, se trata de un crédito destinado a la adquisición de materias primas y materiales y al pago de jornales, salarios y, en general, gastos directos de

explotación de una actividad empresarial; en materia económica podemos decir que se trata de recursos destinados a la financiación del activo circulante, es decir, de recursos que permiten a la empresa lograr su normal producción de conformidad con su capacidad instalada.

Una de las características más importantes del crédito de habilitación o avío es la que encontramos en el artículo 322 de nuestra ley, donde se señala que los mismos están garantizados en primer término con los bienes adquiridos y los frutos, productos o artefactos que se obtengan como resultado de la inversión de los recursos obtenidos, sean estos futuros o pendientes, lo que no excluye la posibilidad de garantizar en forma adicional este tipo de crédito.

Conforme a lo expuesto, la definición más completa del crédito de habilitación o avío nos la da el maestro Joaquín Rodríguez y Rodríguez al señalar: "La apertura de crédito en la que el importe del crédito concedido tiene que invertirse en la adquisición de materias primas y materiales y en el pago de jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de la empresa, quedando garantizado con las materias primas y materiales adquiridos y con los frutos o artefactos que se obtengan con el crédito aunque sean futuros o pendientes" (1).

Es importante aclarar que, aunque algunos autores

(1) Rodríguez y Rodríguez Joaquín; Derecho Mercantil; Tomo II; pag. 100

destacan lo mencionado por nuestra reglamentación en función del acreditante y acreditado, siendo cualquier persona la que puede otorgarlos, es claro que por sus características como son el plazo, el monto, las garantías y su destino, es poco común que un particular tenga la capacidad para ello, por lo que es necesario incluir su otorgamiento exclusivamente a las instituciones de crédito o sociedades de alto poder económico.

b) Destino del Crédito

Como se señaló, en el otorgamiento del contrato intervienen el acreditante o aviador y el acreditado o aviado, esto de acuerdo a la actividad de aviar o proporcionar los elementos necesarios para el fomento de la producción.

En efecto, de la definición del crédito se deduce el destino del mismo, constituyéndose en una obligación para el aviado el invertir el monto del crédito en la adquisición de materias primas y materiales y en los gastos directos de la explotación de la empresa, diferenciándose en forma clara de los créditos como los de a corto plazo, donde el acreditado dispone de ellos a su arbitrio y, al constituirse la garantía sobre los bienes adquiridos con el monto del crédito y la disposición del mismo en los bienes o materiales necesarios, éstos a su vez aumentarán la garantía del crédito lo que producirá la riqueza para cumplir la obligación de pago.

Para que el destino del crédito sea efectivo, generalmente la institución de crédito designa un interventor el cual verificará la distribución del crédito otorgado ya que

el desvío mismo provocará su cancelación en cualquier momento, obligándose la empresa a pagar de inmediato las cantidades de que haya dispuesto así como sus accesorios, en cuyo caso provocará la pérdida del privilegio de la garantía propia del crédito (2).

c) El Otorgamiento

El crédito puede obtenerse por quien explote industrial o comercialmente la empresa y se otorgará de acuerdo a la forma de apertura de crédito; en este caso, como lo señalamos anteriormente, deberá ser una institución de crédito la que lo otorgue en los términos siguientes, marcados por la ley (3): "Los contratos de crédito refaccionarios 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 ratificarán ante el encargado del Registro Público de que habla el siguiente inciso;

(2) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Art. 327

(3) id.; Art. 326

IV.- Serán inscritos en el registro de hipotecas que corresponda, según la ubicación de los bienes afectados en garantía, o en el Registro de Comercio respectivo, cuando en la garantía no se incluya la de bienes inmuebles.

Los contratos de habilitación o refacción no surtirán efectos contra tercero, sino desde la fecha y hora de su inscripción en el Registro".

Y de acuerdo a la Circular No. 958 emitida por la Comisión Bancaria y de Seguros con fecha 6 de junio de 1985, en la cual se hace una interpretación directa del artículo 50 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, la fracción III del mencionado artículo 326 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es la única forma de otorgamiento del contrato de crédito de habilitación o avío y refaccionario.

Asimismo, en el citado artículo 50 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, se introduce en su fracción I la posibilidad de otorgar en póliza ante corredor público y no sólo su ratificación ante el mismo como lo señala la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

d) Publicidad

Una vez que se han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 326 fracciones I, II y III en lo relacionado a su otorgamiento, es requisito indispensable llevar a cabo el registro del contrato ante el Registro Público de la Propiedad

y del Comercio, de conformidad con la fracción IV del mismo artículo.

En efecto, para que se dé publicidad contra terceros y con fundamento en el artículo primero del Reglamento del Registro Público de la Propiedad que nos señala: "El Registro Público de la Propiedad es la institución mediante la cual el Estado proporciona el servicio de dar publicidad a los actos jurídicos que, conforme a la ley, precisan de este requisito para surtir efectos contra terceros", lo cual tiene relación directa con el artículo 26 del Código de Comercio que menciona: "Los documentos que conforme a este Código deban registrarse y no se registren, sólo producirán efecto entre los que lo otorguen; pero no podrán producir perjuicio a tercero el cual sí podrá aprovecharlos en lo que fueren favorables ...".

Del anterior enunciado deducimos que al acto de registro sobreviene la declaración de un derecho preferencial sobre las garantías propias del crédito.

El citado artículo continúa diciendo: "A pesar de la emisión del registro mercantil producirán efectos contra tercero los documentos que se refieran a inmuebles y derechos reales, siempre que hubieren sido registrados conforme a la ley común, en el Registro de Propiedad o en el oficio de Hipotecas correspondiente".

Lo cual, en determinado momento coloca al acreedor, en caso de sólo haber registrado su garantía hipotecaria derivada de un crédito de habilitación o avío, en segundo grado de

preferencia ya que como lo señala el mismo enunciado sólo tendrá efectos de publicidad la garantía hipotecaria.

e) Garantías y Preferencia

Como lo señala el artículo 322 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, las garantías propias del crédito consisten en los bienes que se adquieren o los que se produzcan con la obtención del mismo, y toda vez que el otorgamiento del crédito se hará en los términos de la sección I del capítulo IV del mismo ordenamiento, el artículo 298 nos da la posibilidad de pactar garantías reales o personales.

Si se trata de garantías adicionales, tales como la prenda y la hipoteca, para que queden debidamente constituidas en favor de la institución, deberá cuidarse el aspecto legal de su titularidad especialmente cuando intervienen terceros o familiares ligados al sujeto de crédito; asimismo, será necesario practicar avalúos mediante los cuales se conozca su valor.

De la misma manera, deberán estar libres de todo gravamen, lo cual se comprobará mediante el certificado de libertad de gravamen expedido por el Registro Público de la Propiedad.

Suele suceder que los bienes que se otorgan en garantía ya estén gravados como consecuencia de otros créditos concedidos al solicitante del crédito; en este caso y previo avalúo practicado sobre dichos bienes para determinar si en un momento dado estos son suficientes para garantizar el crédito,

se solicita autorización por escrito a la institución que hubiere gravado en primer lugar; una vez que dicha institución ha contestado en sentido afirmativo, se otorga el crédito y la institución que lo da gravará en segundo o tercer lugar, según el número de acreedores que existan con anterioridad al otorgamiento del crédito, dándose así la preferencia en tiempo, cuantía y grado de los acreedores.

El artículo 325 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, nos señala también un tipo de garantía adicional que consiste en pagarés cuyo vencimiento no podrá ser posterior al del crédito mismo, quedando constituida a la vez una obligación solidaria en el caso de transmitir dichos pagarés, entendiéndose también que se traspasa la parte de crédito consignada en el documento (título de crédito).

En la práctica bancaria está generalizada la política de exigir avales para garantizar más ampliamente la operación, de tal forma que se responsabiliza de la obligación en forma personal a dueños, accionistas, cónyuges o ambos, según el caso.

Otra figura que muy ocasionalmente se da es la conocida como "stand-by", el cual lo constituye un aval bancario ofrecido a la institución acreditante por algún banco extranjero para cubrir el posible incumplimiento de los deudores.

Como lo señala el maestro Cervantes Ahumada (4) la

(4) Cervantes Ahumada Raúl; Títulos y Operaciones de Crédito; pag. 282

forma de inversión de los créditos influye sobre las garantías naturales y sobre las preferencias.

En efecto, de la forma, otorgamiento, disposición y garantías depende la preferencia y, de acuerdo con el artículo 328 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los de habilitación o avío tendrán preferencia sobre los refaccionarios y éstos sobre los hipotecarios, por lo que de la publicidad y registro de los mismos depende la no pérdida del privilegio de preferencia.

Para terminar, haremos una crítica derivada de la garantía de prenda propia de los créditos de habilitación o avío y refaccionarios, en relación a la declaración registral que debe tener como efecto el registro de un crédito.

Como lo anotamos en el capítulo II, existen dos sistemas de registro: el constitutivo y el declarativo de los derechos que se derivan de los diversos actos jurídicos.

En efecto, como lo mencionamos anteriormente, para que se constituya un derecho en forma registral, como en el sistema francés, no basta que haya un acuerdo entre las partes y se dé en escritura, sino que su existencia se dará hasta el momento de su inscripción; caso contrario es el sistema mexicano donde los efectos del registro son declarativos de su existencia, transmisión, modificación o extinción de dichos derechos (5).

El artículo 334 de la Ley General de Títulos y

(5) Carral y de Teresa Luis; Derecho Notarial y Derecho Registral; pag. 230

Operaciones de Crédito señala: "En materia de comercio, la prenda se constituye: - fracción VII - : por la inscripción del contrato de crédito refaccionario o de habilitación o avío en los términos del artículo 326" del mismo ordenamiento.

El término "se constituye" quiere decir que la prenda no existe hasta que se registre el contrato o bien, que la existencia del contrato depende del registro; si ese es el caso, en la práctica se han dado casos en los que no puede ser exigible el crédito vía garantía prendaria pues no está constituida de acuerdo a lo estipulado en dicho precepto y, en tal caso, esta incongruencia deja en estado de indefensión a una de las partes; ahora bien, como trámite burocrático que es el registro de un contrato de crédito o de cualquier acto en el registro, la realización del requisito previo implicaría el aumento en el monto del crédito, por lo que proponemos que la fracción VII del citado artículo sea modificada o derogada y tratado en artículo aparte, haciendo la declaración de la prenda en los términos y forma de nuestro Registro Público, dejando así en igualdad jurídica a las partes, en estos contratos cuya existencia no depende en ninguna forma de su inscripción; si estamos, claro, a los requisitos de forma que se ordenan.

CAPITULO VI

LOS CREDITOS REFACCIONARIOS

a) Definición

Los créditos refaccionarios, a decir de algunos tratadistas, se dan desde la época del Derecho Romano siendo su destino la producción.

En México, como lo señalamos anteriormente, se confundía con el crédito de avío hasta su regulación por el Código de Comercio.

Anteriormente, para el fomento a la producción y el desarrollo de este tipo de crédito la Ley General de Instituciones de Crédito creó los bancos refaccionarios en 1897, los cuales no tuvieron el éxito esperado ya que, como se mencionó en el primer capítulo, en esa época se dió poca importancia a la producción agrícola e industrial por parte de los bancos que sólo prestaban dinero a sus allegados.

La definición legal del crédito refaccionario según el artículo 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es: "En virtud del contrato de crédito refaccionario, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, 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".

En efecto, a diferencia de los créditos de habilitación o avío, los créditos refaccionarios se destinan a la adquisición de maquinaria, equipos o ampliación de la empresa que lo solicita, por consiguiente, en este caso, estamos frente a una empresa en pleno proceso de producción, no así en el caso que solicita un crédito de habilitación, empresa que necesita de materias primas para su proceso productivo.

De lo anterior podemos definirlo como: "El contrato de crédito en virtud del cual el acreditado adquiere el capital necesario para su crecimiento económico o bien su permanencia en el panorama comercial".

Dentro de la expresión que nos da el artículo antes mencionado, encontramos en su párrafo segundo la posibilidad de cubrir las responsabilidades fiscales al decir: "También podrá pactarse en el contrato de crédito refaccionario que parte del importe del crédito se destine a cubrir las responsabilidades fiscales que pesan 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 e inmuebles, o de la ejecución de las obras que antes se mencionan, siempre que los actos u operaciones de que proceden tales adeudos hayan tenido lugar dentro del año anterior a la fecha del contrato".

En este caso no hablamos de que el monto del crédito se destine a la producción, sino que se da una sustitución de deudor ya que la institución acreditante, en virtud del mismo contrato, realizará los pagos correspondientes sustituyendo en todo caso a la Secretaría de Hacienda.

b) Destino del Crédito

Como lo señala el artículo 323 de la ley de la materia, su destino será la adquisición de aperos, útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría, es decir, bienes de consumo duradero que no se agotan en un lote de producción sino que pueden servir durante un tiempo dado de acuerdo a la vida útil de los mismos.

Y toda vez que, como en el caso de los créditos de habilitación, la garantía recae sobre los bienes adquiridos con el importe del crédito, el dar un destino diferente al crédito implica la disminución de la garantía y los privilegios de la misma que tiene el acreditante.

En el caso de que el destino del crédito sea la cobertura de responsabilidades fiscales es más difícil que ocurra lo anterior ya que, como lo mencionamos anteriormente, se da una sustitución por parte del banco como acreedor.

Lo anterior de acuerdo al artículo 50 fracción V de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito donde se establece que: "No excederá del 50% la parte de los créditos refaccionarios que se destinen a cubrir los pasivos a que se

refiere el párrafo segundo del artículo 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito" (1).

Lo que importa, al igual que en los créditos de habilitación, es una vigilancia estrecha sobre el destino del crédito.

c) El Otorgamiento

Esta clase de créditos, en condiciones ideales, debe otorgarse específicamente para la adquisición de maquinaria y/o equipo adicional al ya existente, para renovación o reposición del mismo o para ampliar o mejorar las instalaciones industriales de la empresa (2).

Su otorgamiento es igual al de los créditos de habilitación o avío debiendo constar por escrito, expresando su objeto y precisando las garantías, lo que en este caso deberá quedar muy claro si son en forma simultánea o separadamente, como lo señala la ley (3).

Todo lo anterior haciéndolo constar por escrito. Es importante hacer notar el cambio en el artículo 50 fracción I de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, donde se señala: "Se consignarán según convenga a las partes y cualquiera que sea su monto, en póliza ante corredor público titulado, en escritura pública o en contrato

(1) Arocha Morton Carlos A.; Leyes Bancarias; pag. 53

(2) Saldaña Alvarez Jorge; Manual del Funcionario Bancario; pag. 111

(3) Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; Art. 326

privado...". Ya que anteriormente los corredores públicos sólo ratificaban los contratos esto agiliza el trámite y resulta más económico para los acreditados.

d) Publicidad

Como lo hemos venido mencionando, los contratos de crédito de habilitación o avío y refaccionarios no surtirán efectos contra terceros sino desde la fecha y hora de su inscripción en el registro.

Es por esto, y muy particularmente en este caso, que la publicidad tiene el carácter de indispensable ya que al garantizarse con las fincas, construcciones y edificios se establece un gravamen hipotecario.

En la exposición de motivos del Código Civil, en la parte correspondiente al Registro Público se dice: "La falta de registro de los actos o contratos por los cuales se adquiere, transmite, modifica, grava o extingue el dominio de los derechos reales sobre inmuebles hace que no produzca ningún efecto jurídico. Tratándose de otros actos o contratos la falta de registro hace que no produzcan efecto contra terceros".

En atención a este texto, el Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal y los Estados ha declarado que, debiendo interpretarse la ley de acuerdo con su fuente auténtica que lo es su exposición de motivos, debe entenderse que la hipoteca que grava derechos reales no produce ningún efecto jurídico mientras no se registre.

e) Garantías y Preferencia

Respecto de las garantías, los créditos refaccionarios se garantizan simultánea o separadamente con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos, pendientes o ya obtenidos, de la empresa, como lo señala el artículo 324 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Habiendo reglas particulares para los créditos refaccionarios como son las que señalábamos anteriormente, en el caso de que estas garantías estén constituidas por los edificios, construcciones o fincas, quedando comprendidas dentro del mismo los terrenos en los que se encuentren construidos, los muebles que se encuentren fijos a las construcciones y, en su caso, los animales que queden comprendidos dentro del contrato de crédito.

De acuerdo con lo anterior y atendiendo a una práctica bancaria, se constituye así la garantía sobre hipoteca industrial, la cual comprenderá, de acuerdo a la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en su artículo 51, lo siguiente: "Las hipotecas constituidas en favor de las instituciones de crédito sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios deberán comprender la concesión o concesiones respectivas, en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles, afectos a la explotación, considerados en su unidad; y además podrán comprender el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus

operaciones sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario.

Las instituciones de crédito acreedoras de las hipotecas a que se refiere este artículo permitirán la explotación de los bienes afectos a las mismas conforme al destino que les corresponda, y tratándose de bienes afectos a una concesión de servicio público, las alteraciones o modificaciones que sean necesarias para la mejor prestación del servicio público correspondiente. Sin embargo, como acreedores podrán oponerse a la venta o enajenación de parte de los bienes y a la fusión con otras empresas en caso de que se origine con ello un peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios.

Las hipotecas a que se refiere este artículo deberán ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad del lugar o lugares en que estén ubicados los bienes.

Será aplicable en lo pertinente a las hipotecas a que se refiere este artículo lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito".

También los créditos refaccionarios pueden tener como garantía adicional pagarés a la orden del acreditante según las disposiciones del crédito y, al igual que en los créditos de habilitación o avío, el vencimiento de estos documentos no podrá ser posterior al del mismo crédito, conservando los mismos lineamientos en caso de endoso.

Para el caso de la preferencia de los créditos refaccionarios, éstos serán preferentes a los hipotecarios pero no así a los habilitación o avío, que como lo señala el artículo 328 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula el orden de preferencia con el requisito de que dichos créditos deberán estar debidamente registrados.

Ahondando sobre las garantías preferentes, transcribimos la siguiente ejecutoria:

765.- La garantía preferente de los préstamos refaccionarios por su naturaleza, no puede ser otra que los mismos bienes para cuya adquisición o mejora se concedió el préstamo, y de ninguna manera los de una tercera persona, que absolutamente ningún beneficio recibió con el mismo.- (Tomo XLVIII, Página 1765) [4].

Asimismo, y por tratarse de un crédito destinado a la producción, y con apoyo en lo dispuesto en el artículo 324 del mismo ordenamiento, se podrá constituir la prenda con los frutos que ya haya obtenido la empresa o que está a punto de obtener, para lo cual el acreditado queda en forma usual como depositario judicial de los bienes dados en prenda, con todas las obligaciones inherentes al cargo. En este caso el banco acreditante deberá tener mucho cuidado en el momento de la designación del cargo y el lugar donde deberán quedar los bienes afectados ya que, de no ser así, podrán ser afectados

(4) Téllez Ulloa Marco A.; Jurisprudencia sobre Títulos de Crédito; pag. 797

por un tercero sin que obste el hecho de haber sido constituido como garantía prendaria, quedando claro también que la preferencia de este crédito subsiste aún cuando los bienes pasen a manos de tercero, como lo dispone el artículo 333 in fine del Código mencionado.

CAPITULO VII

PROTECCION JURIDICA DE LAS GARANTIAS PREFERENCIALES

a) Definición de la Terceria

La tercería la podemos definir como la acción o pretensión que opone una persona en un juicio entablado por dos o más litigantes, diferente de las pretensiones de éstos; también se da aquel nombre al procedimiento que se sigue con motivo de la nueva oposición. Entendiéndose por oposición el efecto o acción de impugnar un acto jurídico mediante un incidente o recurso en el que se demanda la invalidación del acto por los medios jurídicos establecidos.

En efecto, la tercería en suma, es la oposición o apoyo de un derecho diverso de las partes en juicio, deducido por un sujeto llamado tercerista, ajeno a aquéllas.

En nuestra legislación civil no se da una definición clara de la tercería; al efecto se hace referencia a las tercerías diciendo: "En un juicio seguido por dos o más personas pueden venir uno o más terceros, siempre que tengan interés propio y distinto del actor o reo en la materia del juicio" (1).

Ahora bien, el ejercicio de una tercería implica necesariamente la existencia de una pretensión y el reclamo de protección jurídica de la misma; en ese orden de ideas, la

(1) Código de Procedimientos Civiles; Art. 652

tercería es una verdadera acción procesal que ejercita un sujeto. Sobre el particular, nuestra legislación ordena deducir las tercerías en los mismos términos prescritos para formular una demanda (2).

Dicha disposición es plenamente acorde con la naturaleza de "derecho de acción" de que gozan las tercerías.

Es importante destacar que en el Derecho Mexicano las tercerías se consideran como juicios incidentales pero no como meros incidentes, técnicamente hablando. Analicemos esto.

Es evidente que la tercería requiere, para su existencia, la tramitación de un juicio del cual se deriva y en el que va a incidir; de ser un mero incidente se resolvería mediante sentencia interlocutoria como cualquier incidente; sin embargo, las tercerías se resuelven en sentencia definitiva y dentro de su tramitación pueden presentarse incidentes como en cualquier otro juicio.

La preexistencia de un juicio como presupuesto general de una tercería implica que ésta no procede ni en los actos de jurisdicción voluntaria ni en los de medios preparatorios, toda vez que en los mismos no se ha dado controversia alguna. Sin embargo, en aquellos medios preparatorios en que se trata de la exhibición de cosas o documentos, sí puede comparecer un tercero opositor que tenga derecho sobre ellos. De igual manera, en las providencias precautorias de embargo, por razones obvias, también puede presentarse un tercerista. Estos

(2) Código de Procedimientos Civiles; Art. 653

razonamientos nos llevan a concluir que nuestra legislación, cuando habla de "juicios" al referirse a las tercerías, se refiere no a la acepción restringida de contienda, sino a la acepción amplia de procedimiento judicial.

b) Clases de Tercería

Una vez definido el concepto de tercería nos referiremos a algunas de sus clasificaciones señalando las siguientes: las tercerías se dividen en coadyuvantes y excluyentes y éstas a su vez en de dominio y de preferencia o de mayor derecho.

1.- Tercerías Coadyuvantes

"El tercero coadyuvante se reputa como la misma persona que el principal con su mismo espíritu y su misma intención, y por ello el derecho de ambos debe considerarse el mismo" (3).

A este respecto, nuestra legislación considera al tercero coadyuvante como asociado con la parte cuyo derecho coadyuva, siempre que se deduzca la misma acción o se oponga la misma excepción, según el caso, que el actor o el demandado.

En realidad, las tercerías coadyuvantes pierden su naturaleza de verdaderas tercerías pues la resolución de las mismas no será necesariamente contraria al resultado que se presentaría sin el tercero, quien, a mayor abundamiento, no es

(3) Becerra Bautista José; El Proceso Civil en México; pag. 437

opositor. Esto es, su intervención o abstención no modifica la decisión del juez.

En nuestro sistema sólo se interpreta como tercería coadyuvante la intervención del obligado a la evicción quien, evidentemente tiene interés en el juicio; sin embargo, tal caso es típico de una tercería necesaria. En nuestro derecho se contempla la posibilidad de que un tercero coadyuve voluntariamente con alguna de las partes pero es lógico suponer que debe acreditar su propio interés.

2.- Tercería Excluyente de Dominio

La finalidad de estas tercerías es buscar la protección jurídica del derecho de propiedad. Estas tienen como presupuesto fundamental que el opositor acredite tener derecho específicamente de dominio sobre los bienes o a la acción sujetos a la controversia.

El que consintió la constitución del gravamen o derecho real en garantía respecto del bien en controversia, por disposición expresa de la ley y por lógica, no puede oponer esta tercería aunque acreditara el dominio.

Esta clase de tercería no pretende la protección de derechos preferenciales derivados de garantías por lo que enfocaremos nuestro análisis hacia aquéllas que sí conciernen al objeto de nuestro estudio.

3.- Tercería Excluyente de Preferencia

Es precisamente la tercería excluyente de preferencia el medio para reclamar la protección jurídica de las garantías preferenciales.

En efecto, la tercería de preferencia supone la existencia de un mejor derecho del opositor para ser pagado antes que el ejecutante. Dicha preferencia se deriva en principio de la prelación que los acreedores tengan respecto del deudor, y como regla general debe tomarse en cuenta la inscripción de los gravámenes en el Registro Público. Hablamos de regla general puesto que existen derechos que sin necesidad de inscripción en el Registro Público ni de prelación alguna son preferentes, como el derecho a recibir alimentos, según dispone nuestra legislación al establecer que: "Los cónyuges y los hijos en materia de alimentos tendrán derecho preferente sobre los ingresos y bienes de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia y podrán demandar el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos esos derechos" (4). Al igual que los salarios devengados en el último año y las indemnizaciones debidas a los trabajadores en los términos del artículo 113 de la Ley Federal del Trabajo.

Queda claro entonces que esta clase de tercería excluyente tiene su base en la preferencia que por virtud de la ley, de la naturaleza del crédito a reclamarse, o de la

(4) Código Civil para el Distrito Federal; Art. 165

oportunidad con que se haga la inscripción registral, posea el opositor.

Por ser la tercería excluyente de preferencia el "quid" de nuestro estudio, nos referiremos a ella con la amplitud debida en el capítulo siguiente. Otra clasificación indica que las tercerías pueden ser voluntarias o necesarias; las primeras, como su nombre lo indica, dependen de la voluntad de quien ha de deducirlas; las segundas aparecen cuando, por virtud de la ley, el tercero es obligado a intervenir en esa calidad que, como lo mencionamos anteriormente, es el caso del obligado al saneamiento por evicción, en que el demandado denuncia el pleito a aquél, quien deberá comparecer a juicio. Sin embargo, en este caso se rompe con la naturaleza de la tercería pues el tercerista no es un verdadero opositor y, como ha quedado anotado, se convierte en parte del negocio principal.

Esta clasificación se aleja de nuestra materia de estudio, por lo que sólo se hace mención de la misma.

LA TERCERIA EXCLUYENTE DE PREFERENCIA EN PARTICULAR

Ya hemos analizado cómo un acreedor puede comparecer como tercer opositor en un juicio que sigue diverso acreedor contra de un deudor común por medio de la tercera excluyente; ahora enfocaremos nuestro estudio de manera particular al aspecto procesal de ese medio de defensa.

a) Trato Procesal

Siendo la tercera un verdadero juicio que presenta un acreedor en contra del actor y en contra del demandado con objeto de que se respete su preferencia de ser pagado, es lógico que comience el procedimiento con la demanda.

La legislación procesal civil señala que las tercerías deberán deducirse en los mismos términos y forma prescritos para formular una demanda, debiendo hacerlo ante el juez que conoce del juicio principal (1).

Debe ser tramitada en la vía ordinaria. El tercero que pretende el reconocimiento de su derecho preferente deberá fundarse en su mayor derecho. Debemos entender como mayor derecho el que se constituye por virtud de la ley, por la naturaleza del acto que dio origen al crédito o bien, en su caso, por la oportunidad de registro del mismo (2).

(1) Código de Procedimientos Civiles; Art. 653

(2) id.; Art. 660

En todos los casos, evidentemente el tercerista debe rendir pruebas fehacientes que acrediten el acto o hecho jurídico del que emane su preferencia. Sobre el particular, la legislación procesal civil al igual que el Código de Comercio, que textualmente ordena: "El opositor deberá fundar su acción precisamente en prueba documental; sin este requisito se desechará desde luego y sin más trámite" (3), obliga al tercerista a exhibir el título en que se funde.

Todo derecho que se pretende hacer valer debe deducirse en tiempo. Las tercerías no son la excepción. En efecto, el artículo 664 del Código de Procedimientos Civiles señala que la tercería excluyente de preferencia puede oponerse en cualquier negocio, sin importar el estado en que se encuentre, con tal que no se haya hecho pago al demandante.

Las tercerías excluyentes se tramitan por cuerda separada a diferencia de las coadyuvantes que deben substanciarse con el principal y resolverse en la misma sentencia.

Además de presentarse las tercerías en los mismos términos y forma de una demanda y de hacerlo en tiempo y ante el propio juez que conoce del principal, es importante hacer referencia a la competencia del juez. Si la tercería se interpusiera ante un juez de paz y el interés de la tercería excediera del que la ley somete a su jurisdicción, el juzgador

(3) Código de Comercio; Art. 1370

remitirá tanto el principal como la tercera al juez competente. En ello son acordes el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 673 y el Código de Comercio en su artículo 1376.

Una vez admitida la demanda de tercera deberá escucharse tanto al actor como al demandado en el principal sobre el particular. El Código de Procedimientos Civiles no menciona específicamente el procedimiento a seguir, por lo que debemos atenernos al artículo 654 del mismo ordenamiento que se concreta a decir que la tercera se substanciará en vía ordinaria. El Código de Comercio es más explícito pues en su artículo 1368 ordena correr traslado a demandante y demandado por tres días a cada uno.

El actor y demandado en el principal deberán dar contestación al traslado exactamente igual que si se diera contestación a una demanda. En esto se presentan varias hipótesis: que ambos contesten, que ambos sean declarados en contumacia, que solo conteste el actor o que sólo conteste el demandado; también pudiera darse el caso de allanamiento de ambos o de uno u otro.

Si actor y demandado contestaran oponiéndose a la tercera, se abriría el juicio a prueba en los términos prescritos por la ley que corresponda. Una vez desahogadas las pruebas que fueran ofrecidas, se dictará sentencia definitiva.

Si se diera el caso de que ambos se allanaran a la demanda en la tercerías de preferencia, que son materia de nuestro estudio, el juez dictará sentencia; lo mismo sucederá

cuando actor y demandado se abstengan de dar contestación a la tercería instaurada en su contra.

En el supuesto de que sólo una de las partes del principal contestara la demanda, se declarará rebelde a quien no compareció y se seguirá el procedimiento en sus trámites normales respecto de quien sí dio contestación. Muy especial en la tercería es el hecho de que si el demandado está en rebeldía en el principal, también se le tendrá como contumaz en la tercería, sin que ello signifique que no se le corra traslado con la demanda del opositor pues sería violatorio de las garantías consagradas por los artículos 14 y 16 constitucionales.

Al dictarse la sentencia que declare procedente la tercería (el caso contrario no es materia de nuestro estudio), se procederá al remate de los bienes correspondientes y se hará pago preferente al acreedor que tiene esa calidad.

Es importante aludir a la circunstancia de que si el demandado es absuelto por sentencia ejecutoriada, desaparecen los efectos de la tercería pues vuelven las cosas al estado en que se encontraban antes del embargo.

También conviene destacar que la tercería puede oponerse respecto de una parcialidad de los bienes embargados, caso en el cual el procedimiento de tercería afectará sólo a la parte respectiva.

La sentencia definitiva que se dicte al resolver una demanda de tercería excluyente de preferencia es recurrible en

Los mismos términos en que lo es la sentencia que se dicta en cualquier juicio.

b) Consecuencias de la Interposición

Las consecuencias o efectos que produce la interposición de la tercería son la no suspensión del juicio principal en el cual fue interpuesta; como ya lo mencionamos, este juicio de tercería se tramitará por cuerda separada; estos efectos análogos nos confirman la calidad de accesoria de la tercería pero sin perder su carácter de juicio o procedimiento judicial autónomo. Asimismo, produce todas y cada una de las consecuencias de cualquier demanda.

c) El Juicio de Tercería y el Derecho de Acción

El derecho de acción ha motivado, para llegar a su concepto, grandes discusiones entre los teóricos.

Podrían darse muchas definiciones respecto de ese derecho que nos llevarían a un estudio muy extenso y a conclusiones no siempre afortunadas. Sin embargo, lo apasionante de dicho tema me motiva a definir a la acción y a relacionar el fondo de esta tesis, es decir, la tercería excluyente de preferencia, con ese derecho.

En primer término debemos decir que el derecho de acción está debidamente contemplado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prohíbe la justicia por propia mano y ordena la impartición pronta y expedita de la misma.

La acción se ha definido como un simple medio de exigir la actuación del órgano jurisdiccional; sin embargo, tal concepto es pobre.

Nosotros consideramos a la acción como un verdadero derecho público subjetivo, es decir, como una facultad del individuo debidamente protegida por las leyes y el Estado. Ahora bien, la finalidad de la acción consiste en motivar la actuación del órgano encargado de impartir justicia a efecto de que se actualice la ley, entendiendo por ello que la norma jurídica actúe.

La actualización de la norma, requisito indispensable por su eficacia, trae aparejada la concretización de la misma, esto es, la norma es abstracta y general; al momento de su aplicación actual se convierte en particular y concreta, lo que se consigue gracias al derecho de acción.

Con estos elementos podemos aventurar como definición del derecho de acción que éste es: "Un derecho público subjetivo que provoca la actualización de la norma por medio de la intervención del órgano jurisdiccional, para la protección de los derechos del individuo".

En este orden de ideas, si consideramos que la tercería excluyente de preferencia implica una verdadera demanda en contra de actor y demandado en un juicio principal que tiende al reconocimiento de un derecho preferente que hace valer el tercer opositor, debemos concluir que el ejercicio de una tercería excluyente de preferencia implica el ejercicio del derecho de acción.

A través de este estudio hemos visto el desarrollo de las instituciones de crédito y su función, mismas que en un principio, por intereses gubernamentales y particulares, se constreñían a un sector muy reducido provocando con ello el casi nulo apoyo a la industria y agricultura del país, pese a los esfuerzos por regular su servicio y función. Así pues, tenemos que la llegada de los gobiernos post-revolucionarios en su afán protector de las clases menos favorecidas, se abocan a la tarea de reestructurar los bancos manteniendo ciertas concesiones obligadas por compromisos de índole político, pero de poco contenido social. Cabe señalar que, aún cuando ya se cuenta con un Código de Comercio, leyes bancarias y reglamentos tendientes a asegurar el correcto desenvolvimiento de los bancos, no es sino hasta 1982, etapa histórica en la vida bancaria de México, donde por primera vez se asegura en forma integral el desarrollo económico y social del país.

En efecto, por virtud del decreto en el que se retira la concesión del servicio bancario a particulares y toda vez que el sistema económico mixto planteado desde la Constitución de 1917 y, particularmente en el artículo 27 constitucional, se da un giro importantísimo en materia crediticia; es de aclararse que no se está nacionalizando la banca privada, sino como hago mención, se retira la concesión del servicio, situación que queda clara en el considerando del decreto que señala: "Que los empresarios privados a los que se había concesionado el servicio de la banca y del crédito en general han obtenido con creces ganancias de la explotación del

servicio, creando además, de acuerdo a sus intereses, fenómenos monopólicos con dinero aportado por el público en general, lo que debe evitarse para manejar los recursos captados con criterios de interés general y de diversificación social del crédito, a fin de que llegue a la mayor parte de la población productiva y no se siga concentrando en las capas más favorecidas de la sociedad ..." (4).

Por otro lado, y en apoyo al estudio realizado en esta tesis cuyo objetivo principal es hacer notar y asegurar el derecho que tienen las Sociedades Nacionales de Crédito, parte fundamental en el desarrollo del país, este derecho de acreedor en donde se involucran diversas instituciones tiende primordialmente a asegurar las funciones crediticias que por diversas causas no se llevaban a cabo, siendo éstas el punto medular de la economía social, fundamento del decreto, el cual al efecto señala: "Que el fenómeno de falta de diversificación del crédito no consiste tanto en no otorgar una parte importante del crédito a una o varias personas determinadas, sino que lo que ha faltado es hacer llegar crédito oportuno y barato a la mayor parte de la población, lo cual es posible atender con la colaboración de los trabajadores bancarios y contando con la confianza del público ahorrador e inversionista ..." (5).

En este orden de ideas se hizo necesario otorgar

(4) Diario Oficial de la Federación; Publicación 1º y 2º de Septiembre de 1982

(5) id.

facilidades tanto al acreditante como al acreditado pero, al mismo tiempo, asegurar la correcta aplicación de los créditos y su pago, regulándose en la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito de nueva creación, tanto el otorgamiento del crédito como las formas de garantizarlo, de donde emanan las acciones para hacer valer los derechos preferenciales.

Pero esto no es suficiente, ya que hemos hecho notar la necesidad de legislar en esta materia pues, si bien es cierto que las formas de garantía como son las naturales de los créditos a que nos hemos venido refiriendo, y otras como lo son las hipotecas, avalistas, fiadoers, etc., están contempladas en el Código de Comercio y en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, también lo es que requieren de una actualización tanto en el terreno subjetivo de la ley como en el objetivo, es decir, las formas procedimentales y el apoyo de las acciones que se desprenden de estos actos jurídicos, pues de esta manera podemos eliminar los retrasos en la recuperación de los créditos asegurando y fomentando la planta productiva y las fuentes de trabajo; de otra manera y como sucede en la práctica, al desvío de recursos, la mala administración y otros factores inherentes a la naturaleza del crédito, debemos agregar las conductas de los acreditados en el terreno procesal retardando el trámite judicial en perjuicio, en primer lugar, de los trabajadores y después, en forma no menos importante, de las Sociedades Nacionales de Crédito, viéndose disminuidas en sus operaciones tanto activas como pasivas.

Como lo hemos venido mencionando en este trabajo, es de adecuarse el Código de Comercio en el sentido de que sólo las instituciones de crédito deben otorgar este tipo de créditos, no sólo con objeto de monopolizar la actividad crediticia, sino con el fin social y económico a que han sido destinadas las mismas, coadyuvando así al desarrollo del país.

De aquí la necesidad de instituir la preferencia de los créditos de habilitación o avío y refaccionarios sobre cualquier otro tipo de crédito, llámense laborales o fiscales, en virtud de la importancia que tienen en la conservación de la planta productiva y el empleo, independientemente de las acciones derivadas de la falta de publicidad del crédito y de sus garantías.

CAPITULO IX

CONCLUSIONES

PRIMERA.- A través del tiempo, la actividad comercial y productiva ha llevado al hombre a la necesidad de buscar financiamientos por conducto de las formas más frecuentes que los bancos utilizan para financiar y fomentar la planta productiva, siendo éstas los créditos de habilitación o avío y refaccionarios.

SEGUNDA.- Dada su importancia, los créditos de habilitación o avío y refaccionarios han tenido un tratamiento especial privilegiado en las leyes mercantiles.

TERCERA.- Asimismo, en virtud de su función social, las instituciones de crédito gozan de beneficios en relación a las preferencias de pago otorgadas por la ley.

CUARTA.- Específicamente destaca la importancia de tiempo y publicidad así como de los tipos de crédito para determinar las preferencias, siendo fundamental la labor del Registro Público.

QUINTA.- La preferencia para el pago de los créditos de habilitación o avío sobre los refaccionarios y de éstos sobre todos los demás créditos, está expresamente regulada por el artículo 328 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

SEXTA.- Proponemos la modificación de la fracción VII del artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito toda vez que el mismo exige, para la constitución de la prenda, la inscripción del contrato.

En efecto, tal exigencia hace nugatoria la preferencia en el pago de los créditos pues sujeta a un acto meramente administrativo la constitución de una garantía, situación que es puramente convencional.

La función del Registro Público se reduce a la publicidad y, en su caso, a la prelación, pero de ninguna manera debe interferir en la constitución de los actos jurídicos llevados a cabo por la voluntad de las partes.

SEPTIMA.- En su carácter de instituciones sociales, las instituciones de crédito gozan de la posibilidad de que se constituya a su favor hipoteca industrial como garantía, Insistimos en que tal privilegio es exclusivamente bancario por lo que los créditos a los que nos hemos referido deben ser otorgados, en

forma exclusiva, por dichas instituciones de acuerdo a las leyes que lo reglamentan.

OCTAVA.- En materia procesal, las leyes civiles y mercantiles señalan un medio de defensa para hacer valer los derechos preferenciales para ser pagados; dicho medio es la tercería excluyente de preferencia.

NOVENA.- El ejercicio de una tercería excluyente de preferencia implica una demanda presentada por un tercero opositor en contra del actor y del demandado en un juicio; ello implica motivar al órgano jurisdiccional para proteger un derecho, es decir, implica el ejercicio del derecho de acción.

CAPITULO X

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Aguilar Carbajal Leopoldo; "Contratos Civiles"; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1966.
- 2.- Alfaro Castellanos Manuel; "El Crédito; su Importancia en el Desarrollo Económico de los Países; su Lento Desarrollo en Nuestro País"; Tesis U.N.A.M.; México, 1931.
- 3.- Arocha Morton Carlos A.; Rojas Roldán Abelardo; "Leyes Bancarias"; Editorial Trillas; México, 1988.
- 4.- Bañuelos Sánchez Froylán; "Práctica Civil Forense"; Cárdenas Editor y Distribuidor; México.
- 5.- Bauche Garcíadiago Mario; "Operaciones Bancarias"; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1978.
- 6.- Becerra Bautista José; "El Proceso Civil en México"; 4ª Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1974.
- 7.- Becerril Peñafiel Carlos; "El Crédito Refaccionario"; Tesis, U.N.A.M.; México, 1963.
- 8.- Boyseatuneto y Ayala Adolfo; "Nuestras Instituciones de Crédito; Antecedentes Históricos y Situación Actual"; Tesis, U.N.A.M.; México, 1932.
- 9.- Burguete Rincón Humberto; "Las Tercerías y Preferencia de los Créditos en el Derecho Obrero"; Tesis, U.N.A.M.; México, 1943.
- 10.- Carral y de Teresa Luis; "Derecho Notarial y Derecho Registral"; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1983.
- 11.- Cervantes Ahumada Raúl; "Títulos y Operaciones de Crédito"; 13ª Edición; Editorial Herrero; México, 1984.

- 12.- Cervantes Ahumada Raúl; "Derecho Mercantil"; Editorial Porrúa, S.A.; México.
- 13.- "Código Civil para el Distrito Federal"; 54ª Edición; México, 1985.
- 14.- "Código de Comercio"; 45ª Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1985.
- 15.- "Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal"; 28ª Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1982.
- 16.- Dávalos Mejía L. Carlos; "Títulos y Contratos de Crédito; Quiebras"; Editorial Harla; México, 1984.
- 17.- De Pina Rafael; De Pina Vara Rafael; "Diccionario de Derecho"; 12ª Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1984.
- 18.- "Diario Oficial de la Federación"; Publicaciones 18 y 29 de Septiembre de 1982.
- 19.- García Juárez Isaac; "Contratos de Apertura de Créditos de Habilitación o Avío y Refaccionarios y su Vinculación con las Instituciones de Crédito"; Tesis, U.N.A.M.; México, 1982.
- 20.- Garriguez Joaquín; "Derecho Mercantil"; Madrid, España, 1940.
- 21.- Gutiérrez y González Ernesto; "Derecho de las Obligaciones"; Editorial Cajica, S.A.; Puebla, México, 1982.
- 22.- Hernández Octavio A.; "Derecho Bancario Mexicano"; dos tomos; México, 1956.
- 23.- "Jurisprudencia"; Mago Ediciones; México.

- 24.- Maldonado Segura Joaquín; "Los Contratos de Avío y Refaccionarios"; Tesis, Escuela Libre de Derecho; México, 1966.
- 25.- Mantilla Molina Roberto L.; "Títulos de Crédito Cambiarios"; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1977.
- 26.- Margadant Guillermo F.; "Derecho Romano"; 11ª Edición; Editorial Esfinge, S.A.; México, 1982.
- 27.- Martínez García Alfonso; "De la Preferencia de Créditos"; Tesis, Escuela Libre de Derecho; México, 1947.
- 28.- Moreno Castañeda Gilberto; "La Moneda y la Banca en México"; Imprenta Universitaria; Jalisco, México, 1955.
- 29.- Muñoz Luis; "Teoría General del Contrato"; Cárdenas Editor y Distribuidor; México.
- 30.- Pallares Eduardo; "Formulario de Juicios Civiles"; Editorial Porrúa, S.A.; México.
- 31.- Petit Eugéne; "Tratado Elemental de Derecho Romano"; Editora Nacional; México, 1976.
- 32.- Pirenne Henri; "Historia Económica y Social de la Edad Media"; Fondo de Cultura Económica; México, 1975.
- 33.- "Frontuario de Ejecutorias de la Suprema Corte"; Editorial Salvador Chávez; México.
- 34.- Rodríguez Azuero Sergio; "Contratos Bancarios"; Biblioteca Felabán; Colombia, 1977.
- 35.- Rodríguez Rodríguez Joaquín; "Derecho Bancario"; 2ª Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1964.
- 36.- Rojina Villegas Rafael; "Compendio de Derecho Civil Contratos"; 10ª Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1977.

- 37.- Saldaña Alvarez Jorge; "Manual del Funcionario Bancario"; México, Ediciones. México, 1981.
- 38.- Sánchez Medal; "De los Contratos Civiles"; Editorial Porrúa, S.A.; México.
- 39.- "Sociedades Mercantiles y Cooperativas"; 38ª Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1984.
- 40.- Téllez Ulloa Marco A.; "Jurisprudencia sobre Títulos y Operaciones de Crédito"; Editorial del Carmen; Sonora, México, 1980.
- 41.- Vázquez del Mercado Oscar; "Contratos Mercantiles"; 2ª Edición; Editorial Porrúa, S.A.; México, 1985.