

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO MERCANTIL CUANDO SE DEMANDA LA NULIDAD DE UN CONTRATO DE CREDITO SIMPLE CON GARANTIA HIPOTECARIA

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA

ROBERTO ACOSTA TORRES

ASESOR DE LA TESIS:
LIC. JUAN ANDRES LEDEZMA FUENTES
CED. PROFESIONAL No. 1610991

MEXICO, D.F.

2001



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

Más que un agradecimiento, quiero hacer una dedicatoria muy especial a DIOS y a todas aquellas personas que de una u otra manera han contribuido no solo para la elaboración del presente trabajo, sino para hacer de mí la persona que hoy soy.

A DIOS, por haberme regalado la vida, y con ella todos los momentos hermosos por los que he pasado, por todo lo que tengo, por dejarme conocer a las personas tan especiales con las que me ha tocado convivir, pero sobre todo, porque pese a no cumplir sus mandamientos en la forma que ÉL quisiera, día con día me demuestra su gran amor.

A ti Preciosa Mamá, porque con tu ejemplo y virtudes has formado al ser humano que soy, porque siempre has infundido en mí el espíritu de ser el mejor en donde quiere que me presente, por tu apoyo, por el trabajo y el esfuerzo que a lo largo de toda tu vida has dedicado a mí, por tu confianza y tu fe, por ser mi más grande motivación para superarme, por apoyarme en todo lo que hago, por ser mi cómplice, por soportarme y quererme tal como soy, pero sobre todo, por ser la persona a quien más amo en este mundo.

A mi Papá, por su amor y su apoyo incondicional, por la fe y la confianza puesta en mí al enseñarme a ser libre pero responsable, por regalarme su trabajo sin pedir nada a cambio y estar conmigo cada mañana y ver por mí desde siempre.

A mi Mamá y Papá conjuntamente, por ser esta una pequeña muestra del esfuerzo que cada día hago para que se sientan orgullosos de mi, y para que sepan que siempre y en cualquier lugar los he de honrar.

A mi mejor hermano, OMAR, por su apoyo incondicional, por su cariño, por su amistad, por su sencillez y su nobleza, por su carácter siempre tranquilo, por soportarme, porque nunca me ha dejado solo pese a la distancia y el tiempo que nos separa, y porque sé muy bien que no lo cambiaría por nadie en el mundo.

A mis abuelos, Paula y Felipe, por su cariño y amor mostrado desde siempre, porque con su ejemplo me enseñaron a salir adelante, a confiar en DIOS y en el trabajo de uno mismo, porque aunque hoy ya no están con nosotros, siempre los llevaré en mi corazón y serán un ejemplo de superación a lo largo de mi vida.

A mis tíos Clotilde Torres Hernández y Antonio Mendoza, a ambos por su apoyo y su cariño mostrado a lo largo de toda mi vida, pero muy especialmente a mi tía Coty, por ser como una segunda mamá para mí, por considerarme uno más de sus hijos, por su amor, su paciencia y su crianza, por sus regaños y consejos, por sus valores inculcados a mi persona siempre en el ámbito de la honradez y la superación, y porque en muy buena parte gracias a ella hoy soy el hombre que soy.

A mi tía la Licenciada Felipa Torres Hernández, por el cariño y la confianza que desde que nací me ha demostrado, por el apoyo a lo largo de todos mis estudios, por sus consejos y su muy particular forma de ser: exigente pero noble y compartida, y por hacerme saber que cuento con ella para todo.

A mis primos (hermanos todos), Rebe, Toño, Rafa y Carlos Alberto, por compartir toda la vida juntos, por su apoyo incondicional y su cariño inigualable, por su forma de ser siempre noble y sencilla pero audaz e inteligente, por enseñarme que la mediocridad es un término que no cabe en nuestro vocabulario, y porque sé que en cualquier circunstancia siempre de una u otra forma estaremos juntos.

Al Licenciado Carlos Vázquez Rangel, porque con su sencillez, su apoyo, su amistad y su cariño me mostró los dones que debe tener un líder, porque gracias a la confianza que en mí depositó he adquirido los conocimientos que hoy tengo, porque siempre dijo “sí” a todo lo que le pedí, porque aunque hoy físicamente no es posible que esté con nosotros, lo recordaré siempre con mucho afecto y una gran admiración, por su peculiar forma de ser: siempre gritando pero siempre amable, y porque al igual que Usted señor Magistrado, amo a México con todo mi corazón.

A ti Rosana, por compartir conmigo tantos y tantos momentos de alegría, por estar a mi lado en otros no tan gratos y apoyarme siempre, por su cariño y su ternura inigualable, por su simpatía y su coquetería tan singular, porque con la constancia y dedicación que le pone a cada cosa que hace me ha hecho saber que para tener o hacer algo basta simplemente con que así lo quieras, y porque si no fuera por ella, por esta tesis y los días de pago, la vida no tendría sentido.

A Armando Martínez Sánchez, por su singular y muy particular amistad, siempre sincera, noble y amable, por sus consejos siempre tan oportunos, por hacerme saber que cuento con él en cada momento de mi vida, no importando si se trata de reír o llorar, y ante todo por dejarme disfrutar la dicha de tener en él a un amigo de esos que son tan difíciles de conseguir.

Al Licenciado Jorge H. Marín R., porque desde el momento en que lo conocí me regaló su confianza, su apoyo, su simpatía, su cariño paternal y su paciencia, porque siempre ha tenido tiempo para oírme y brindarme un consejo, por compartir su gran cultura y sus siempre agradables anécdotas, pero sobre todo, gracias por compartir sus conocimientos y sus dotes de maestro conmigo.

Al Licenciado Rodrigo Cortés, por haberme apoyado en todo momento en la realización de este trabajo de investigación, por sus ideas, sus conocimientos y su valioso tiempo, por la confianza que ha depositado en mí dentro y fuera del trabajo, por su paciencia y su enseñanza, por sus regaños, por hacerme ver que no es necesario tener que esperar hasta el próximo censo para poder escribir esto, por crear admiración en mí y dejarme conocer a un excelente profesional como lo es, pero ante todo, por recordarme siempre que somos un equipo.

A Xanic, por compartir conmigo una de las etapas más bonitas de mi vida, por dejarme conocer a un gran ser humano y una gran mujer llena de hermosos valores, y ante todo, por la amistad que siempre a lo largo de toda nuestra vida nos unirá.

A ti Mireille Amor, porque pese a todas las cosas que he hecho y todas las que he dejado de hacer, me has considerado como tu mejor amigo, por hacerme sentir recíproca esa calidad, por tu confianza, por enseñarme tu tenacidad, por tus detalles todos, por tu sonrisa siempre oportuna y siempre coqueta, por tus incansables reproches, y por la fe que tienes en que sea yo una gran persona y un gran profesional.

Al Magistrado Rubén Loredó Abdalá, a la Licenciada Ángela Cruz Ramos, al Licenciado Benito Zamora Esquivel y al Licenciado Gonzalo Castillo Jiménez, a todos ellos por su amistad y los conocimientos que han compartido conmigo, su tolerancia y

las facilidades que me han otorgado para realizar todos y cada uno de mis proyectos y objetivos.

A Luci, Marthita, Rosita, Ivonne, Adriana y Ana Celi, por su amistad dentro y fuera del trabajo, por el apoyo, las risas y los momentos bonitos que me han brindado desde que las conozco, por sus consejos y su cariño hacia a mi.

A Norma Segura y Edgar Catana, por la amistad que nos une desde hace ya muchos años, por su cariño y apoyo mostrado, por la confianza y fe que han depositado en mi, y sobre todo por compartir una de las más grandes dichas de este mundo: el ser universitario (UNAM).

A el Licenciado J. Andrés Ledezma Fuentes, por su tiempo, por su confianza al asesorar este trabajo de investigación, por su enseñanza académica, su trato siempre amable, y la amistad que siempre me ha mostrado.

A la Universidad del Tepeyac y a todos los catedráticos que en ella laboran y que contribuyeron en la formación profesional que hoy ostento, y por haber sido la escuela que me permitió realizar los estudios universitarios de esta hermosa y noble carrera.

Y en general a todas y cada unas de esas personas a las que sin querer he omitido nombrar pero que están ahí, al lado mío, siempre apoyándome, gracias por todo, y sepan que siempre pondré lo mejor de mi en cada cosa que haga para no defraudarlos jamás.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.	I
CAPÍTULO I EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO SIMPLE CON GARANTÍA HIPOTECARIA.	
1.1 La operación de crédito.	2
1.2 Operaciones activas de crédito-	3
1.2.1 Concepto.	3
1.3 La apertura de crédito simple.	4
1.3.1 Conceptos Generales.	4
1.3.2 Definición.	5
1.4 Elementos de existencia.	7
1.4.1 Consentimiento.	7
1.4.2 Objeto.	8
1.5 Condiciones de validez.	9
1.5.1 Capacidad.	9
1.5.2 Vicios del Consentimiento.	10
1.5.2.1 El error.	11
1.5.2.2 Dolo y mala fe.	11
1.5.2.3 Violencia.	12
1.5.2.4 Objeto, motivo o fin lícito.	13
1.5.3 La forma .	14
1.6 Naturaleza jurídica de la apertura de crédito.	15

1.7 Efectos de la apertura de crédito simple.	20
1.7.1 Concesión del crédito.	20
1.7.2 Utilización.	20
1.7.3 Forma de la disposición.	21
1.7.4 Restitución del crédito.	21
1.8 Extinción de la apertura de crédito.	23
1.9 Garantía hipotecaria.	24
1.10 Síntesis histórica	25
1.11 La garantía hipotecaria en nuestro marco jurídico.	27
1.11.1 Definición.	27
1.12 Bienes que pueden ser hipotecados.	28
1.13 Los tres principios de nuestra hipoteca.	29
1.14 Clases de hipoteca.	31
1.14.1 La Hipoteca voluntaria.	31
1.14.2 La Hipoteca necesaria.	31
1.15 Extinción de la hipoteca.	32

CAPÍTULO II MEDIDAS CAUTELARES

2.1 Las medidas cautelares.	35
2.2 Naturaleza jurídica.	40
2.3 Características de la medidas cautelares.	42
2.3.1 Instrumentalidad.	42
2.3.2 Urgencia.	50
2.3.4 Jurisdiccionalidad.	51
2.4 Presupuestos de las medidas cautelares.	53
2.4.1 El fumus boni iuris.	54

2.4.2 El periculum in mora.	57
2.5 Otros presupuestos de las medidas cautelares.	60
2.5.1 La pendencia de un proceso principal.	60
2.5.2 La fianza o contracautela.	61

CAPÍTULO III LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE.

3.1 Las providencias precautorias en materia civil y mercantil.	64
3.2 El arraigo.	67
3.3 El secuestro judicial.	68
3.4 Las medidas cautelares en materia familiar.	74
3.5 Las providencias precautorias en materia laboral.	78

CAPÍTULO IV. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO MERCANTIL CUANDO SE DEMANDA LA NULIDAD DE UN CONTRATO DE CRÉDITO SIMPLE CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

4.1 Legislación propuesta de las medidas cautelares en el código de comercio.	94
CONCLUSIONES.	100
BIBLIOGRAFÍA.	105

INTRODUCCIÓN

La inquietud de realizar el presente trabajo nació en el H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, cuando por virtud del trabajo que ahí se realiza (impartición de justicia), particularmente con base en algunas de las labores que se me han encomendado, y al estudiar diversos proyectos de sentencia referentes al caso, me he percatado de la imperiosa necesidad de legislar e implementar un capítulo especial en el Código de Comercio dedicado a las medidas cautelares en materia mercantil que sean susceptibles de ser aplicadas cuando una persona física o moral pretenda se declare la nulidad de un contrato de crédito simple con garantía hipotecaria por considerarlo no legal, o bien cuando al deudor le sea demandado por parte de su acreedor el vencimiento anticipado del crédito otorgado, ello con la finalidad de que no se lleve a cabo ningún acto de ejecución de la garantía hipotecaria otorgada, hasta en tanto no se resuelva el juicio de nulidad, pues de implementarse dicha ejecución y de ser susceptible la nulidad del crédito, muy probablemente se le causaría un estado de indenfensión al deudor por el remate del bien hipotecado, y la imposibilidad física de recuperarlo, amén de la tardanza y dificultad jurídica que ello implicaría por la tramitación de un diverso juicio en contra del acreedor que remató el inmueble.

Empero, antes de entrar al estudio específico del tema que ocupa, es pertinente hablar del concepto económico y jurídico del crédito, que es un concepto previo al estudio del contrato bancario materia de la tesis.

Ciertas definiciones atienden a la etimología de la palabra crédito, de *credere*, significa creer, tener confianza. Sin embargo, como hace notar Knies¹, puede haber

¹ Joaquín Rodríguez Rodríguez, Derecho Mercantil, p. 69

confianza sin crédito y operación de crédito sin confianza. La confianza puede ser motivo de voluntad, pero a los juristas interesa definir la voluntad misma del dador de crédito, no sus motivos. Desde el punto de vista jurídico, la voluntad consiste aquí en devenir acreedor de una obligación aplazada, es decir, la voluntad de realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del equivalente económico. Se produce, por tanto, una pausa en el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. En el patrimonio del acreditado entra una cosa con carácter definitivo, y al propio tiempo nace una obligación de cumplimiento diferido. El interés pactado en el contrato aparece entonces como precio del tiempo, y resulta ser la ganancia lícita que percibe aquella persona que otorgó el crédito o su confianza a su acreditado.

Ahora bien, tenemos que, en virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen o que se generen, ahora bien, nuestra propuesta consiste en crear dentro de nuestra legislación, un capitulo especial dentro del Código de Comercio, con la finalidad de regular únicamente el otorgamiento de medidas cautelares relativas a suspender la ejecución de la garantía hipotecaria o cobro del acreedor a que se refiere el contrato descrito, cuando se demanda la nulidad de los contratos de crédito simple con garantía hipotecaria, pues la validez del acto implica la procedencia del cobro y ejecución de la hipoteca, pero esto debe suceder con posterioridad a tal declaración, y mediante sentencia definitiva dictada por la autoridad judicial competente y una vez seguido un procedimiento, ya que de lo contrario no

debe ser factible tal ejecución.

La apertura crédito simple es un contrato de concesión de crédito en el sentido, no de aplazamiento de una prestación, sino en el sentido del derecho a obtener del Banco dinero, otros medios de pago u otras prestaciones que permitan al cliente obtener dinero. En este contrato la promesa de conceder crédito engendra a favor del acreditado la facultad de obtener medios de pago, siempre que lo desee dentro del limite pactado (disponibilidad) y el derecho de aplazar la restitución dentro del término establecido (crédito en sentido estricto), las prestaciones elegidas por el acreditado no dan lugar a nuevos contratos porque se realizan, sencillamente, en ejecución del primitivo contrato consensual de apertura de crédito. Hay contrato único y varias prestaciones posibles.

En el contrato deberá establecerse su duración o término y los plazos en que el acreditado deba pagar las obligaciones a su cargo. Si no se fijó plazo para tal pago deberá hacerse al expirar el término establecido en el contrato para hacer uso del crédito, y si tampoco ese término se estableció, la obligación del acreditado (tanto en lo principal como en lo accesorio), se considerará vencida al mes siguiente de haberse extinguido el crédito (artículo 300 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito). Cuando no se haya fijado expresamente un término al contrato ni se haya denunciado unilateralmente, quedará extinguido siempre y cuando se presente alguna de la circunstancias enumeradas en el artículo 301 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ahora bien, hablamos de que el crédito debe ser garantizado realmente, empero, no cualquiera puede gravar un inmueble hipotecariamente, pues para que un bien pueda garantizar una hipoteca, se requiere que la persona que la otorgue goce de la capacidad

general (goce y ejercicio), pero además de la capacidad, se requiere ser propietario de la cosa que ha de darse en garantía, porque la hipoteca se concede al acreditante la facultad de realizar el valor de la cosa mediante su venta, facultad que ciertamente no tiene sino el titular del derecho a disponer de la cosa, ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2906 del Código Civil.

El crédito garantizado con la hipoteca, comprende no solamente el capital sino también los réditos vencidos y no pagados, pudiendo inclusive extenderse, mediante pacto expreso, a los intereses devengados e insolutos en el plazo de cinco años, que es el término para la prescripción extintiva de los réditos. Para que este pacto produzca efectos contra tercero es menester que se tome razón de él en el Registro Público de la Propiedad.

Las medidas cautelares por definición, tienden a garantizar los resultados del proceso principal, es decir, la efectividad práctica, el cumplimiento de la sentencia. La tutela judicial efectiva deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares que atienden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad de un pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, o sea, evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación o irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional, la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso.

La propuesta de tesis que ocupa, versa sobre una situación jurídica que continuamente se presenta, y la cual carece de regulación; por tanto, a mi juicio la hace

ser una de las más importantes lagunas que existen dentro de nuestra legislación mercantil, no obstante que ya existen legislados varios supuestos en esta materia y en la civil para que el A quo o el tribunal de alzada puedan en su oportunidad implementar estas providencias, mismas que se podrán decretar tanto en actos prejudiciales como después de iniciado el juicio respectivo, para este segundo caso la providencia precautoria se substanciará en incidente por cuerda separada de acuerdo con las formalidades que establezca la legislación procesal, y conocerá de ella el juez que conozca del negocio, de acuerdo con lo establecido en los preceptos legales números 236 y 237 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y 1169 y 1170 del Código de Comercio, preceptos de los que resaltan dos aspectos fundamentales como medidas precautorias que se establecen en ambas legislaciones, es decir, el arraigo judicial y el secuestro de bienes, por lo que hace al primero se implementará en el caso de la primer fracción de los artículos 235 y 1168 y el secuestro de bienes en cuanto a las dos últimas fracciones, ahora bien, para el caso del arraigo, en materias mercantil y civil, se reducirá a prevenir al demandado de que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y expensado para responder las resultas del juicio, en tanto que el secuestro de bienes consiste precisamente en llevar a cabo una diligencia judicial en la que se aseguren bienes suficientes de aquel contra quien se pida la medida cautelar para garantizar los daños y perjuicios sufridos; cuando se solicite el secuestro provisional se deberá expresar el valor de la demanda o el de la cosa que se reclama, designando ésta con toda precisión, pues en base a esa cuantía se fijará la providencia, y el Juez al decretarlo, fijará la cantidad por la que haya de practicarse la diligencia; cuando se pida esta medida precautoria sin exhibir título ejecutivo, el actor dará fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque ya porque entablada la demanda, sea absuelto el reo, empero, en la regulación aludida que se hace en estos códigos, nada se dice en relación al tema de tesis que ocupa, por lo que

con mayor razón resulta oportuno realizar el presente estudio, pues inclusive no existe regulación diversa que al respecto se pronuncie.

De todo lo anterior se colige que el actual trabajo nos permite apreciar y reflexionar respecto de algunos aspectos deficientes en el caso a estudio, como son la ejecución de la garantía que tiene un acreedor cuando demanda el pago de un contrato de crédito simple con garantía hipotecaria, y que se presenta aún cuando no ha sido declarada la validez o nulidad del contrato del que deriva dicha garantía, dejando en estado de indefensión al deudor; así también, las medidas cautelares serían un medio de prevención para evitar el dictado de sentencias contradictorias, es decir, cuando por una parte se condena al demandado al pago de la obligación que contrajo; y por otra, se declare la procedencia de la nulidad de ese mismo contrato, hecho que jurídicamente no debe suceder, de ahí la importancia y reelevancia de este tema.

Otra razón que motiva a efectuar la presente tesis, es el carente estudio que existe acerca del tema en análisis, así como el poco interés del legislador por subsanar esta laguna de la ley, y que como lo hemos explicado, es necesario e importante su regulación dentro de nuestra legislación, dado que forma parte de nuestra práctica jurídica cotidiana.

Ahora bien, es viable y necesario implementar un capítulo especial dentro del Código de Comercio, que regule el otorgamiento de medidas cautelares en casos donde se demande la nulidad de contratos de crédito simple con garantía hipotecaria, procurando con esto, proporcionar mayor seguridad jurídica a las partes contendientes en el procedimiento mercantil, para evitar injusticias que por la naturaleza de estos juicios, resultan ser de cantidades pecuniarias importantes, y que rebasan muchas veces las superiores a la solvencia de las personas que tienen contratados estos tipos de

créditos, y por otra parte, guardar seguridad jurídica y material a aquellas personas que resultan acreedoras mediante la exhibición de cierta cantidad que servirá para garantizar los daños y perjuicios que se puedan suscitar por la tramitación y duración del juicio, así como la indisponibilidad del bien inmueble dado en garantía.

Es importante demostrar por qué es necesario legislar un capítulo especial en el Código de Comercio, que regule el otorgamiento de medidas cautelares, tratándose de actos de cobro del acreedor cuando se dubita la validez de Contratos de Crédito Simple con Garantía Hipotecaria, igualmente se busca proporcionar seguridad y equidad jurídica a las partes involucradas en un procedimiento mercantil para que, por un lado, no se lleve a cabo la ejecución de la garantía hipotecaria que el demandado otorgó (remate), hasta en tanto sea declarada mediante sentencia definitiva la nulidad o validez del contrato de crédito simple que mediante hipoteca se garantizó, y por otra parte, en el caso de que se declare la validez de dicho acuerdo de voluntades, el accionante no sufra perjuicio alguno por la espera que tenga que hacer por la tramitación del juicio de nulidad.

Es oportuno precisar también que, en el caso, se han elaborado diversos artículos que a mi juicio regulan la manera idónea para llevar a cabo la implementación de las medidas cautelares que se proponen, y ello es así, toda vez que en dichos preceptos he tratado de equilibrar la tramitación y los efectos jurídicos que ellas tendrían en las partes litigantes, es decir, creando aspectos tendientes a evitar la ejecución del bien materia de la garantía hipotecaria, como podría ser el remate de éste en pública almoneda, y por otra, la regulación de medidas relativas a garantizar la espera del acreedor en caso de que su contraparte no obtenga sentencia favorable, de ahí que se considere que el presente tema de tesis plantee la igualdad y seguridad jurídica para las partes contendientes, siendo por tanto, factible de ser tomada en cuenta para que en un

futuro no muy lejano se lleguen a utilizar con la obligatoriedad que detenta una ley.

Ahora bien, dada la naturaleza del tema propuesto, se han implementado varios métodos de estudio para efectuar una adecuada investigación y reflexión del tema que nos ocupa y así poder determinar la eficacia que podría originar; ya que parte de algunas ideas generales a una sola idea concreta; se emplearon los métodos documental e histórico, resaltando la importancia de recurrir a criterios doctrinarios y jurisprudencia que quizá ayude a fomentar conocimientos nuevos respecto al tema.

CAPÍTULO I

EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO SIMPLE CON GARANTÍA HIPOTECARIA, NATURALEZA.

1.1 LA OPERACIÓN DE CRÉDITO

Un aspecto fundamental que caracteriza a las Instituciones bancarias son precisamente las operaciones de crédito, y por ello, es que el concepto económico y jurídico del crédito debe ser un concepto previo al estudio del contrato bancario que ocupa. Ciertas definiciones atienden a la etimología de la palabra crédito que viene del latín “*credere*”, que significa creer o tener confianza, y es equivalente a *fides*, o fiducia. Sin embargo, como hace notar el autor Knies^{*}, puede haber confianza sin crédito y operación de crédito sin confianza. La confianza puede ser motivo de voluntad, pero a los juristas interesa definir la voluntad misma del dador de crédito, no sus motivos. Desde el punto de vista jurídico, la voluntad consiste aquí en devenir acreedor de una obligación aplazada, es decir, la voluntad de realizar anticipadamente una prestación y ser acreedor del equivalente económico. Se produce, por tanto, una pausa en el ejercicio del derecho por parte del acreedor y el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. En el patrimonio del acreditado entra una cosa con carácter definitivo, y al propio tiempo nace una obligación de cumplimiento diferido. El interés que se cobra por el crédito aparece entonces como precio del tiempo¹, y resulta ser la ganancia lícita que percibe aquella persona que otorgó el crédito o su confianza a su acreditado.

La transmisión de propiedad en la operación de crédito puede ser actual, como en el mutuo, o potencial, como en la apertura de crédito. En este último caso, el crédito nace antes de que aquella transferencia de propiedad se produzca.

^{*} Joaquín Rodríguez Rodríguez, Derecho Mercantil, p. 69

1.2 OPERACIONES ACTIVAS DE CRÉDITO

1.2.1 Concepto

Los Bancos son “negociaciones de crédito”, que median entre los que necesitan dinero para sus negocios y los que están dispuestos a desprenderse de su dinero para colocarlo ventajosamente. Son, por tanto, mediadores en el mercado de capitales o de dinero, que dan a crédito un bien pecuniario que ellos recibieron también a crédito. Las operaciones de crédito son inherentes a toda actividad bancaria. Tratamos ahora de las operaciones de crédito cuya finalidad es facilitar al comercio y la industria los capitales que necesitan para su funcionamiento, desarrollo y crecimiento, estas son las operaciones de crédito activas por medio de las cuales los bancos invierten lucrativamente los capitales recibidos por sus clientes a título de deposito irregular o cuenta corriente, es decir, los capitales que no han de restituir *in specie* sino por suma, como precisamente lo es el contrato de apertura de crédito simple con garantía hipotecaria

El beneficio del Banco consistirá en la diferencia entre el interés que abona a sus depositantes y cuentacorrentistas y el que percibe en las operaciones de préstamo simple, descuento, apertura de crédito, etc., donde evidentemente es mayor este último que el primero.

Los Bancos como los particulares- pueden hacer la operación activa de crédito sin más seguridad que la garantía que ofrecen todos los deudores con su patrimonio, pero lo más frecuente es que el Banco o el particular busque para su crédito una “cobertura”, es decir, una garantía específica que le sitúe en posición de privilegio

¹ Joaquin Garrigues, Curso de Derecho Mercantil Tomo II, p. 162

frente a los demás acreedores de su deudor. Esto se consigue recurriendo a procedimientos variadísimos, que van desde la hipoteca a la transmisión fiduciaria, pasando por todas las formas imaginables de la garantía mobiliaria.

A pesar de todas estas garantías, las operaciones activas de crédito suponen grandes riesgos para los acreditantes, porque éstos procuran invertir sus recursos financieros de manera que los créditos contra sus deudores sean fácilmente realizables.

Estudiemos ahora el contrato de apertura de crédito como contrato básico instrumental del crédito bancario y regulador de una variada serie de operaciones, cuya finalidad inmediata es la puesta a disposición del cliente de fondos del Banco hasta una cantidad máxima establecida.

1.3 LA APERTURA DE CRÉDITO SIMPLE.

1.3.1 Conceptos Generales

Todas las llamadas operaciones bancarias activas tienen la nota común de consistir en concesiones de crédito hechas por el Banco; se trata de que éste proporciona dinero a cambio de promesas de restitución. Todas ellas son operaciones de crédito que pueden realizarse, con la sola excepción de los descuentos de crédito en los libros, sin autorización especial; es decir, estas operaciones pueden practicarse por no comerciantes y por comerciantes sin necesidad de obtener autorización de la Secretaría de Hacienda para operar como Banco; no son operaciones bancarias típicas. De todos modos, tienen ciertas particularidades cuando son practicadas por los Bancos, con carácter profesional y en masa, con una vinculación inexorable a las operaciones pasivas. En esto precisamente, consiste la particularidad del negocio bancario: en

recibir dinero del público para poderlo proporcionar a quien lo necesite; en la diferencia entre lo que paga por obtener el dinero y lo que se cobra por proporcionarlo radica el beneficio bancario².

De las operaciones de crédito que enumera la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, debe advertirse que no se trata de una enumeración taxativa, son operaciones activas de crédito las siguientes: reporto, apertura de crédito, descuento de créditos en libros, créditos confirmados, créditos de habilitación y avío y créditos refaccionarios. Todas éstas- salvo el reporto- son modalidades de la apertura de crédito. La cuenta corriente es también una operaciones activa pero bilateral. Las cartas de crédito son operaciones activas para el Banco que las da.

1.3.2 Definición

Por virtud de este contrato el Banco o persona física o moral acreditante, se obliga, dentro del límite pactado y a cambio de una comisión que percibe del cliente (intereses), a poner a disposición de éste y a medida de sus requerimientos sumas de dinero, o a realizar otras prestaciones que le permitan obtener este bien pecuniario al cliente³.

También es definida como aquel contrato mediante el cuál una persona llamada acreditante se obliga a poner a disposición de otra llamada deudor o acreditado, una determinada cantidad de dinero, o bien, a contraer durante ese tiempo, una obligación a su nombre. Este tipo de crédito termina cuando se agota la cantidad puesta a disposición, o bien, cuando se agota el tiempo durante el cuál existía obligación de ponerlo a disposición, lo que suceda primero, teniendo como característica principal, el

²Joaquín Rodríguez Rodríguez, Derecho Mercantil, p. 75

hecho de que el acreditado una vez que ha dispuesto del crédito, no tiene derecho a volver a disponer de él, aunque no se haya vencido el término pactado o inclusive cuando haya satisfecho la obligación a su cargo antes de este término, pues para volverlo a hacer tendrán las partes que realizar otro contrato en que se pacten nuevamente el término y la forma de la nueva disposición, pero ya no con base en el anterior.

El contrato de apertura de crédito simple ha sido casi exclusivamente absorbido por los bancos, de forma incluso que todos los créditos personales, conocidos como quirografarios, se instrumentan precisamente mediante un contrato de apertura de crédito. No obstante, nuestro derecho no ha convertido esta figura en privativa de los bancos, y por tanto permanece la clara posibilidad de que pueda ser otorgado entre dos personas particulares del derecho privado.

Este contrato se encuentra regulado por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 291, mismo que textualmente señala: “En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen”, como podemos observar, se trata de una definición casi idéntica a la que ya habíamos señalado, agregando solamente, que el acreditado se obliga a pagar los gastos y comisiones que se estipulen en dicho contrato, lo que por cierto, resulta lógico, pues es a esa parte a quien le interesa recibir el crédito y por ello debe cargar con los gastos

³Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil Tomo II, p. 166

que se eroguen para lo obtención de éste.

1.4 ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Como todo contrato mercantil, el de apertura de crédito simple debe cumplir con ciertas condiciones esenciales que a continuación analizaremos.

1.4.1 Consentimiento

El consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación o transmisión de derecho y obligaciones, en los convenios el consentimiento es el acuerdo concurso de voluntades para crear, transmitir, modificar o extinguir obligaciones y derechos (artículo 1792 del Código Civil). Todo consentimiento, por tanto, implica la manifestación de dos o mas voluntades y su acuerdo sobre un punto de interés jurídico. Existen también otro tipo de convenios que son regulados por nuestra legislación civil, a estos les llamamos contratos, y son aquellos que solamente producen o transfieren obligaciones o derechos (artículo 1793 del Código Sustantivo Civil), y en la especie, nos referiremos particularmente a este último, pues la concesión de un crédito con garantía hipotecaria debe ser elaborado de manera formal e inclusive ante la fe de un Notario Público.

En el contrato de crédito hipotecario que ocupa, la manifestación del consentimiento debe ser hecha de manera expresa, es decir, debe ser plasmada formalmente en un contrato escrito que se crea para establecer las cláusulas y condiciones en que se van a regir las formas de disposición y pago del crédito, voluntad que se expresa generalmente con la firma de las personas que acuerdan el crédito, o bien, con la huella digital o la firma de otra persona que a ruego de alguna de

las partes y por no saber firmar, lo haga, inclusive este tipo de contratos es protocolizado ante notario publica dada la cuantía del negocio y la garantía hipotecaria. La falta de este elemento en los contratos, trae como consecuencia la inexistencia del mismo.

1.4.2 Objeto

El objeto en el contrato se encuentra regulado en el artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal, y al respecto tal precepto legal establece, que la cosa que el obligado debe dar y el hecho que el obligado debe hacer o no hacer, desde el punto de vista doctrinario se distingue en objeto directo, que es crear o transmitir obligaciones en los contratos, y el objeto indirecto que es la cosa o el hecho que así mismo son el objeto de la obligación que engendra el acuerdo de voluntades. A su vez, en la obligación el objeto directo es la conducta del deudor, y el indirecto, la cosa o el hecho relacionados con dicha conducta. En la obligación que nos ocupa, el objeto consiste en la cosa cuyo dominio o uso se transmite (dinero u obligación contraída por el acreedor en nombre del deudor). Como requisito esencial de la cosa tenemos que esta debe ser física y jurídicamente posible, es decir, que no esté prohibida por la ley o bien que sea susceptible de ser enajenada, y que exista en la naturaleza.

Ahora bien, el objeto del contrato de apertura de crédito simple es permitir al deudor disponer del monto aprobado en una sola ocasión o bien, de manera diferida, exactamente en las cantidades y momentos en los que presupuestó que los va a necesitar para que pueda satisfacer la necesidad que le orillo a requerir de éste, a fin de que no pague más intereses que los estrictamente necesarios. En tanto que el objetivo del acreditante será el cobro del interés que se estipulará en el clausulado de contrato, mismos que serán la ganancia lícita que obtendrá por la espera de tiempo que hará

mientras el deudor paga el crédito que le otorgó. Como veremos posteriormente, este crédito como cualquier otro, amerita una garantía, que para el caso que no ocupa será la hipotecaria.

Es oportuno aclarar que la falta de cualquiera de estos dos elementos produce la inexistencia o nulidad absoluta del contrato materia del crédito hipotecario, por lo que es menester que tales requisitos deban ser escrupulosamente satisfechos para que se pueda efectuar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que se lleguen a pactar, sin embargo, no solo un acuerdo de voluntades debe ser necesariamente inexistente o nulo en su totalidad, sino que puede existir nulidad relativa, es decir, en el contrato pueden existir ciertos vicios, que si bien no traen consigo la inexistencia del contrato, si puede acarrear que sea nulo o inválidos, dichos elementos son también llamados condiciones de validez de los contratos.

1.5 CONDICIONES DE VALIDEZ

1.5.1 Capacidad

La capacidad solo es un elemento que se requiere para que el contrato sea valido, por consiguiente, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del contrato o del acto jurídico en general, porque solo se puede obligar quien sea capaz de hacerlo.

La capacidad no es un elemento esencial en los contratos, toda vez que los contratos o convenios celebrados por incapaces existen jurídicamente; son susceptibles de ratificación para quedar convalidados retroactivamente, o bien, puede prescribir la ineficacia que los afecta.

Existen dos tipos de capacidad, la de goce y la de ejercicio, la primera es aquella que gozan todos los individuos desde su nacimiento por el simple hecho de ser considerados vivos y viables por el derecho, la segunda es aquella que se obtiene con la mayoría de edad y que tiene como premisa fundamental la de poder obligarse por sí mismo y crear consecuencias jurídicas, cabe resaltar que las personas que son consideradas incapaces pueden obligarse por medio de sus representantes, habida cuenta que así lo establecen los artículos 1798, 1799, 1800, 1801 y 1802 del Código sustantivo civil, al precisar que no necesariamente el interesado puede ser quien signe el acuerdo de voluntades, sino que puede hacerlo por medio de otro que legalmente lo represente, amén de que si una persona hubiere contratado en nombre de otra sin tener facultades para ello, bastará con que la persona por quien este se obligó ratifique

La capacidad que deben tener las partes para la celebración del contrato de crédito simple con garantía hipotecaria, es la de ejercicio en materia mercantil, es decir, que no deberán estar disminuidos en sus capacidades de obligarse voluntariamente en el comercio, en los términos del derecho mercantil, bancario, y en su caso, del civil, según el artículo tercero de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que expresa y textualmente establece: “ *Todos los que tengan capacidad legal para contratar conforme a las leyes que menciona el artículo anterior, podrán efectuar las operaciones a que se refiere esta ley, salvo aquellas que requieran concesión o autorización especial*”, lo que deja ver claramente, que la capacidad necesaria para realizar estas actividades, es la que conocemos para realizar actos jurídicos, o sea, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

1.5.2 Vicios del Consentimiento (error, dolo, mala fe y violencia)

El negocio jurídico para ser válido requiere entre otros requisitos, que la voluntad

no esté viciada. Lo que quiere decir que la ausencia de vicios en la voluntad es elemento de validez del negocio. Pero como para estudiar tal elemento necesariamente debemos saber como y cuales son los vicios, pues solamente así podremos decir cuando están ausentes y cuando no lo están, y por ello saber cuando el negocio es valido y cuando invalido.

1.5.2.1 El Error

El error es el falso concepto que tiene una persona de la realidad, al respecto el artículo 1813 del Código Civil para el Distrito Federal, se refiere específicamente a él señalando que para que se pueda invalidarse el contrato y en general todo negocio jurídico de conformidad con el artículo 1859 del citado código, es menester que éste recaiga sobre el motivo determinante de la voluntad, y que en el acto de la celebración del negocio se declare ese motivo o se pruebe fehacientemente, por las circunstancias del mismo, que éste se celebró en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa, es decir, el error ocurre cuando los contratantes no se ponen de acuerdo en cuanto a las características fundamentales del objeto, de tal manera que por ejemplo, alguien cree comprar un objeto de oro cuando en realidad es de cobre; en el caso que nos ocupa no se trata de comprar oro y recibir cobre, sino más bien cuando el deudor o acreditado piensa que se le otorgaran ciertas condiciones al momento de contrar en relación al pago de crédito, o inclusive en el monto del crédito mismo, creyendo que podrá disponer determinada cantidad y no es así, o bien, que se va pagar en cierto tiempo y con determinado interés y no sea de esa manera.

1.5.2.2 Dolo y Mala fe

Se entiende por dolo en los contratos, dice el artículo 1815 del Código Civil,

cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratantes ya sea el acreedor o el acreditado para el caso que ocupa, o inclusive aprovecharse u obtener un beneficio de la otra parte por el error en que esta se encuentra; y por mala fe la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocidos.

1.5.2.3 Violencia

La violencia que puede presentarse en los contratos puede ser física o moral, y al respecto diremos que existe violencia física cuando por medio del dolor se coacciona la voluntad de una persona a efecto de que exteriorice la celebración de un acto jurídico que no desea realizar, también existirá cuando por la fuerza se prive a otro de su voluntad o de sus bienes o se le hace daño para lograr el mismo objeto; o bien, cuando merced a la misma fuerza se pone en peligro la vida, la honra, la libertad o una parte considerable de los bienes de la víctima, sin embargo, no siempre la violencia física constituye un vicio de la voluntad, pues hay ocasiones en que es la negación misma de ésta, ya que la anula en forma tal que no deja al violentado ninguna posibilidad, por mínima que esta suponga, para elegir entre la celebración del negocio jurídico o su celebración.

Por otra parte, la violencia moral consiste en las amenazas que implican un peligro, pero no cualquier peligro, sino un peligro de perder la vida, la salud o la honra, por ejemplo, al decir, “te mataré si vendes tu casa”, “te cortaré la cara si no prestas tu coche”, etc., desde luego que en todos estos casos la amenaza debe ser seria, latente, no en broma, y que quien la lance sea una persona capaz de cumplirla y de infundir realmente miedo al amenazado.⁴

⁴ Raúl Ortiz-Urquidí, Derecho Civil, p.327

1.5.2.4 Objeto, Motivo o Fin Lícito

Estas condiciones de validez de los contratos están reguladas en el Código Civil para el Distrito Federal, en los artículos numerados del 1824 al 1831, y en donde se señala que son objeto de los contratos, tanto la cosa que el obligado debe dar, como el hecho que el obligado debe hacer o no hacer, aquí particularmente es oportuno hacer mención que en el contrato de crédito hipotecario, se presentan estos dos supuestos, es decir, el acreditante tiene la obligación, según el caso, de poner a disposición del acreditado, una suma de dinero de la que podrá éste, hacer uso en una o varias disposiciones, o bien, puede el acreedor, contraer una obligación por parte del acreditado; ahora bien, además de lo anterior, para que una cosa sea susceptible de ser materia de un contrato debe cumplir tres requisitos esenciales, o sea, que este en el comercio, que exista en la naturaleza y que sea determinada o determinable en cuanto a su especie, asimismo, las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato, es decir, que aun cuando en el momento de la contratación no existan, puedan llegar a existir, como podrían ser los frutos de la tierra; por otra parte, el hecho de hacer o no hacer objeto del contrato deben ser posibles y lícitos, posibles en cuanto que sea compatible y no contravenga a alguna ley de la naturaleza o con una norma jurídica que deba regirlo necesariamente y que constituya un obstáculo insuperable para su realización, al respecto cabe señalar, que no se considerará imposible un acto que no pueda ejercer el obligado, pero si pueda hacerlo otra en lugar de él, es ilícito aquel hecho que es contrario a las leyes de orden público o las buenas costumbres, aquí cabría hacer mención de aquella máxima de derecho que reza “todo aquello que no está prohibido, está permitido”, por último de este rubro, debe señalarse que el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres, considero que no es oportuno hacer mayor explicación de esto, habida cuenta que es clara su comprensión.

1.5.3 La Forma

Por forma de un negocio jurídico debemos entender la manera en que éste se realiza: verbalmente, por escrito, por mímica (signos inequívocos) o por comportamiento o conducta (tácitamente). Y como es innegable que todos los negocios tienen un modo, una manera especial de celebrarse (de palabra, por escrito, etc.) podemos afirmar que no hay uno solo que carezca de forma. Solo que tradicionalmente se ha llamado forma, así, a secas, a la escrita, y de ahí que por antonomasia la forma sea la escrita.

La clasificación de los negocios atendiendo a su forma, es la siguiente

Negocios consensuales. Son consensuales (en oposición a formales y a reales), los negocios que se perfeccionan por el mero consentimiento y para cuya validez, por tanto, no se requiere ninguna formalidad, esto no quiere decir que no puedan revestir la forma escrita, pero no es necesario que la tengan para que valgan, por ejemplo, la compraventa de bienes muebles no requiere de forma escrita, pues con la factura de la cosa es más que suficiente para que sea formal el contrato, cabe aclarar que los negocios consensuales pueden realizarse, inclusive, mediante señas o por hechos o conducta (consentimiento tácito), que propongan este consentimiento o que autoricen presumirlo.

Negocios Formales. Son formales los negocios que necesariamente requieran, para su validez, de la forma escrita, no admiten, por ende, el consentimiento tácito, ni el manifestado por mímica, imitación o verbalmente, sino el expreso y por escrito, como el caso que actualmente ocupa, es decir, el contrato de crédito simple con garantía hipotecaria.

Negocios Solemnes. Son aquellos negocios que requieren para su validez, de una formalidad escrita especial, pero de rango tal que si falta, el negocio jurídico no llega a tener existencia. De ahí la radical diferencia entre la solemnidad y la forma, pues aunque ambas son formalidades escritas de los negocios jurídicos, fundamentalmente se distinguen porque la solemnidad es el elemento esencial del negocio, en tanto que la forma es solo un elemento de validez, y como ejemplo de esta forma, tenemos al matrimonio, mismo que no llegará a existir si el hombre y la mujer aún y cuando se comporten públicamente como marido y mujer y se denominen asimismos con ese título, no llegan a levantar ante el oficial del Registro Civil el acta correspondiente de matrimonio que los acredite jurídicamente como conyuges ante la sociedad.

Negocios Reales. hay, por último, el grupo de los negocios reales, que son los que se perfeccionan, no por el mero consentimiento o la forma escrita en su caso, sino por la entrega de la cosa *res, rei*, la cosa, de la cosa; de ahí su nombre, de tal manera que no tienen existencia para el derecho, sino hasta el momento en que se efectúa la entrega.

1.6 NATURALEZA JURÍDICA DE LA APERTURA DE CRÉDITO

A la obligación de conceder crédito, que pesa sobre el Banco, se contrapone la obligación del cliente de abonar la comisión y los intereses pactados. Aquella obligación no ofrece un contenido determinado de antemano: representa una promesa “en blanco” cuyo contenido se concreta en cada caso por la voluntad del cliente y a requerimiento suyo⁵.

Esta operación de crédito representa indudables ventajas tanto para los clientes

⁵Joaquín Garrigues, Curso de Derecho Mercantil Tomo II, p. 166

como para el Banco. Desde el punto de vista del comerciante y del industrial que precisan de una obligación dineraria, esta forma operativa permite una más flexible adaptación al movimiento de su negocio y sus necesidades de tesorería. Desde el punto de vista de los Bancos, las aperturas de crédito, además de la obtención de importantes beneficios en concepto de intereses y comisiones, hacen posible que los Bancos creen disponibilidad dineraria por encima de la suma total del dinero recibido de los clientes en las operaciones de crédito pasivas.

La apertura de crédito simple es un contrato de concesión de crédito en el sentido, no de aplazamiento de una prestación, sino en el sentido del derecho a obtener del Banco dinero, otros medios de pago u otras prestaciones que permitan al cliente obtener dinero. En este contrato la promesa de conceder crédito engendra a favor del acreditado la facultad de obtener medios de pago, siempre que lo desee dentro del límite pactado (disponibilidad) y el derecho de aplazar la restitución dentro del término establecido (crédito en sentido estricto), las prestaciones elegidas por el acreditado no dan lugar a nuevos contratos porque se realizan, sencillamente, en ejecución del primitivo contrato consensual de apertura de crédito. Hay contrato único y varias prestaciones posibles.

Con esto queda desechada la calificación de la apertura de crédito simple como un contrato preparatorio de préstamo (*pactum de mutuo dando*), que se convierte en tantos contratos definitivos principales de préstamo cuantos sean los actos de disposición o utilización del crédito concedido⁶. Podría admitir esta teoría si el contenido de la obligación consistiera siempre y únicamente en hacer entregas de dinero al cliente, pero como veremos, los actos de utilización de la disponibilidad son derecho índole muy variada y por tanto imposibles de unificar en la figura del contrato

⁶Carlos Davalos Mejía, *Titulos y Contratos de Crédito, Quiebras*, p. 291

preliminar de préstamo de dinero.

De la misma manera se rechaza la calificación de la apertura de crédito simple como contrato principal de préstamo, ya que este contrato real no se adapta a la naturaleza y funcionamiento del contrato de apertura de crédito; en primer lugar, porque produce obligaciones a cargo del presunto prestamista, y por otro lado, porque el cliente está obligado a pagar una comisión aún en el caso de que no reciba del Banco ninguna cantidad de dinero.

Éste, es un acuerdo de voluntades que tiene como características principales el ser bilateral, oneroso, conmutativo, consensual en oposición a real, formal, principal y de tracto sucesivo.

El contrato de apertura de crédito es bilateral porque impone a ambas partes obligaciones y derechos recíprocos, es decir, mientras que el acreedor tiene la obligación de poner a disposición del deudor una suma de dinero, también tiene el derecho de exigir tanto el monto principal de la operación como el pago de los intereses que se generen por virtud del crédito otorgado; y sucede lo mismo para con el deudor, quien si bien es cierto tiene el derecho de disponer de una determinada suma de dinero en el tiempo y forma pactados, igualmente tiene la obligación de reponerlo íntegramente más la suma de un interés que debe pagar por el uso del tiempo.

Se trata de un acuerdo de voluntades bilateral cuyas partes contratantes están claramente identificadas como acreedor y deudor o acreditante y acreditado respectivamente.

- Como acreedor, el acreditante, que es la persona física o moral que se obliga durante determinado tiempo a poner cierta cantidad de dinero, o a contraer una

obligación a nombre de la otra parte.

- Como deudor, el acreditado, que es la persona que puede disfrutar de las cantidades puestas a su disposición, durante el tiempo y forma pactados, con la obligación de devolver el capital e intereses en los términos del contrato mismo.

Es un contrato oneroso, toda vez que exige y otorga provechos y gravámenes recíprocos, y esta onerosidad está íntimamente relacionado con el concepto de bilateralidad que precede, es decir, encuentra el gravamen en el interés que se pacta y en el tiempo en que este se genera.

De la onerosidad o ganancia que se percibe (en particular el acreedor, con la exigencia del interés pactado) se desprende una subdivisión, que consiste en que la apertura de crédito con garantía hipotecaria es un contrato conmutativo, o sea, se trata de un acuerdo de voluntades en el que son conocidos los provechos y gravámenes desde el momento de la celebración del contrato como en la especie desde un principio se pacta el interés, el capital y el tiempo de duración del mismo, son conocidos tanto los provechos como los gravámenes a que se sujetan las partes.

Es también un contrato consensual en oposición a real, porque no se necesita la entrega de la cosa para la constitución del mismo, es decir, como se ha visto, la apertura de crédito es un contrato que existe aún y cuando no se ha entregado el monto total del crédito, pues esta disposición está en función de los requerimientos del acreditado, es decir, este contrato se perfecciona con el acuerdo de voluntades independientemente de cuando el deudor disponga del crédito.

Es un contrato formal, pues se otorga por escrito en un acuerdo de voluntades en el

que se plasman los derechos y obligaciones de las partes, además de que al estar consignada en la apertura de crédito una garantía hipotecaria, ésta debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio precisamente para el efecto de su publicidad frente a terceros, y por la formalidad que establecen los artículos 2893, 2917, 2921, 2924 y demás relativos del Código Civil para el Distrito Federal, e inclusive dependiente de la cuantía por el que se otorgue el crédito debe ser llevado ante notario público, para que éste de fe de la celebración, de las declaraciones y cláusulas del mismo.

Ahora bien, el acuerdo de voluntades que ocupa es en sí un contrato principal, pues no necesita de otro para poder existir, siendo el crédito un elemento suficiente para constituir un contrato principal del que derivan derechos y obligaciones para las partes, habida cuenta que no está en función de ningún otro contrato ni depende de otro, sin embargo, también tiene una parte accesoria, porque la garantía hipotecaria que se contrata sí está en función del contrato principal que es la apertura de crédito simple, pues para el caso en que el deudor incumpla con las obligaciones crediticias pactadas en el principal, el acreedor podrá hacer efectiva dicha garantía, pero se repite, sólo si en el principal no se dan cumplimiento a lo pactado, y por ello la garantía es accesoria.

Por último, el contrato de apertura de crédito, es de los considerados como de tracto sucesivo, porque puede no realizarse en un solo acto, sino que el cumplimiento de las prestaciones pueden ser postergadas y las disposiciones que hace el deudor se realizan durante un periodo de tiempo determinado, así como el pago del crédito y sus accesorios, es decir, el acreditado puede disponer de la suma otorgada en crédito en uno o varios retiros, y el pago debe hacerse no en una sola exhibición, sino en las mensualidades que pacten los contratantes.

1.7 EFECTOS DE LA APERTURA DE CRÉDITO SIMPLE

1.7.1 Concesión del crédito.

El acreditante deberá poner a disposición del acreditado la cantidad prevista en la forma convenida y por el tiempo pactado, o bien, asumir la obligación convenida en las circunstancias en que se haya determinado.

Cuando no se deduzca del contrato de un modo directo o indirecto la cuantía del crédito, corresponderá al acreditante fijarla: “Si en el contrato no se señala un límite a las disposiciones del acreditado y tampoco es posible determinar el importe del crédito por el objeto a que se destina o de algún otro modo, convenido por las partes, se entenderá que el acreditante está facultado para fijar ese límite en cualquier tiempo” (artículo 293 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).⁷

1.7.2 Utilización.

El acreditado tiene derecho a disponer del crédito cobrando su importe en uno o varios pagos o retiros exigiendo que se contraigan las obligaciones prometidas, para este caso el banco o la persona acreditante, que puede ser física o moral, tiene la obligación de poner en posesión del deudor, la cantidad que le requiera, misma que debe ser utilizada para los fines convenidos.

Respecto de la utilización del crédito, debe aclararse que el acreditado no está obligado a usarlo; pero si así se pactó deberá pagar la comisión convenida aunque no disponga de aquél.

⁷Joaquín Rodríguez Rodríguez, Derecho Mercantil, p. 77

1.7.3 Forma de la disposición.

Si no se ha pactado cosa distinta, el acreditado tiene el derecho de disponer del crédito a la vista; pero si hubo convenio especial el crédito podrá ser utilizado mediante sucesivas disposiciones con derecho para el acreditado de hacer reembolsos que haga recuperar al crédito su cuantía primitiva.

En el primer caso, hablamos de la apertura de crédito simple, a que se refiere el artículo 295 de la referida ley y que dispone: “salvo convenio en contrario, el acreditado puede disponer a la vista de la suma objeto del contrato”.

1.7.4 Restitución del crédito.

Cuando las partes no fijen plazo para la devolución de las sumas de que puede disponer el acreditado, o para que el mismo reintegre las que por cuenta suya pague el acreditante de acuerdo con el contrato, se entenderá que la restitución debe hacerse al expirar el término señalado para el uso del crédito, o en su defecto dentro del mes que siga a la extinción de este último. La misma regla se seguirá acerca de los premios, comisiones, gastos y demás prestaciones que corresponda pagar al acreditado, con base en lo dispuesto por el artículo 300 de la multicitada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En todo caso deberá tenerse en cuenta las disposiciones sobre duración del contrato a las que se refiere la ley en su artículo 294 cuando dispone que: “aún cuando en el contrato se haya fijado el importe del crédito y el plazo en que tiene derecho a hacer uso de él, el acreditado, pueden las partes convenir en que cualquiera o una sola de ellas estará facultada para restringir el uno o el otro o ambos a la vez, o para

denunciar el contrato a partir de una fecha determinada o en cualquier tiempo, mediante aviso dado a la otra parte en la forma prevista en el contrato, o falta de ésta, por ante Notario o Corredor, y en su defecto, por conducto de la primera autoridad política de lugar de su residencia, siendo aplicables al acto respectivo los párrafos tercero y cuarto del artículo 143 de la ley en cita”.

“Cuando no se estipule término, se entenderá que cualquiera de las partes puede dar por concluido el contrato en todo tiempo, notificándolo así a la otra, como queda dicho respecto del aviso a que se refiere el párrafo anterior”.

“Denunciando el contrato o notificada su terminación de acuerdo con lo que antecede, se extinguirá el crédito en la parte de que no hubiere hecho uso el acreditado hasta el momento de esos actos; pero a no ser que otra cosa se estipule, no quedará liberado el acreditado de pagar los premios, comisiones y gastos correspondientes a las sumas de que no hubiere dispuesto, sino cuando la denuncia o la notificación dichas procedan del acreditante”.

Como en todo contrato crediticio, en el de apertura de crédito, el contrato accesorio de garantía hipotecaria ocupa un primer lugar en importancia, y puede ser real o personal entendiéndose extendida, salvo pacto en contrario, para cubrir las cantidades que el acreditado utilice dentro de los límites del crédito que se le haya concedido y cualquiera que sea el valor de la garantía e inclusive los intereses que se devenguen (artículo 298: “La apertura de crédito simple o en cuenta corriente puede ser pactada con garantía personal o real. La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito”), para el caso que ocupa nos dedicaremos a estudiar la garantía hipotecaria, misma que en párrafos posteriores analizaremos.

1.8 EXTINCIÓN DE LA APERTURA DE CRÉDITO.

En el contrato deberá establecerse su duración o término y los plazos en que el acreditado deba pagar las obligaciones a su cargo. Si no se fijó plazo para tal pago deberá hacerse al expirar el término establecido en el contrato para hacer uso del crédito, y si tampoco ese término fue pactado por las partes, la obligación del acreditado (tanto en lo principal como en lo accesorio), se considerará vencida al mes siguiente de haberse extinguido el crédito (artículo 300 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

Cuando no se haya fijado expresamente un término al contrato ni se haya denunciado unilateralmente, quedará extinguido siempre y cuando se presente alguna de la siguientes circunstancias (artículo 301 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito):

- Por haber dispuesto el acreditado o deudor de la totalidad del importe del crédito que se le concedió, a menos que el crédito se haya abierto en cuenta corriente;
- Por la falta o disminución de las garantías pactadas a cargo del acreditado ocurridas con posterioridad al contrato a menos que el acreditado suplemente o sustituya debidamente la garantía dentro del término convenido para tal efecto;
- Por hallarse cualquiera de las partes en estado de suspensión de pagos, de liquidación judicial o de quiebra;
- Por la muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado, o por disolución de la sociedad a cuyo favor se hubiere concedido el crédito.

•Por la expiración del término convenido o por la notificación de haberse dado por concluido el contrato o por el aviso de terminación del mismo, que puede dar cualquiera de las partes, cuando no hubiere fijado plazo (artículo 294).

La denuncia del contrato, es un término utilizado básicamente en las relaciones comerciales internacionales, que denota la facultad que asiste a cualquiera de las partes para darlo por terminado unilateralmente, sin que esto signifique denunciar el incumplimiento de la otra parte o incurrir en incumplimiento al darlo por terminado, puede utilizarse en materia de contratos de crédito a partir de la fecha que se estipule como forzosa para ambas partes, es decir, convenido un plazo mínimo, una vez terminado se abre el derecho a cualquiera de las partes de denunciar la terminación a partir de una fecha específica, señalada para ello por el denunciante. Durante la denuncia y la fecha pactada para el término del contrato, las obligaciones y derechos de las partes, contratados originalmente continuarán vigentes.⁸

1.9 LA GARANTÍA HIPOTECARIA COMO UN ACUERDO DE VOLUNTADES ACCESORIO AL CONTRATO DE CRÉDITO SIMPLE.

Como el tema de tesis que nos ocupa versa sobre el contrato de crédito simple con garantía hipotecaria, y visto que hasta ahora sólo se han tratado temas de estudio referentes al contrato de apertura de crédito simple, se estima oportuno hacer en este momento un breve análisis de los conceptos relativos a la hipoteca, porque al ser la garantía en que se basa el contrato al que se ha venido haciendo alusión, es menester conocer cuales son las características que rigen a este accesorio acuerdo de voluntades, que por cierto, es firmado conjuntamente con el principal, lo que se hace señalando

⁸Carlos Davalos Mejía, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, p 293.

aspectos como su historia, sus generalidades en nuestro marco jurídico, los bienes que pueden ser materia de una hipoteca, las clases y la extinción de ésta.

1.10 SÍNTESIS HISTÓRICA.

La hipoteca es una institución jurídica que se ha implementado por el hombre desde el Derecho griego, que es de donde toma su nombre.

En el antiguo derecho griego, la hipoteca significaba que aquella persona en favor de quien se constituía ésta, detentaba el bien inmueble que otorgaba el acreditado para garantizar el cumplimiento de una obligación, y tenía por consiguiente la desventaja de que se desposeía al deudor de la finca desde el momento en que se concedía el crédito, motivo por el cual los romanos la perfeccionaron la darle el carácter de un derecho real constituido sobre bienes muebles o inmuebles que no se otorgaban al acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Esta evolución que se opera del Derecho griego al romano para permitir en este último que el deudor conserve el bien hipotecado y no obstante ello constituya una plena garantía real, fue el paso fundamental para provocar que la hipoteca se convirtiera en el medio más eficaz, inteligente y auxiliar del crédito, a la vez que el recurso más ventajoso para que un deudor pudiese seguir explotando el bien objeto de la garantía.⁹

El Derecho romano aprovechó y perfeccionó la institución jurídica de la hipoteca al cabo de una lenta y tardada evolución. El deudor que caía en insolvencia era un peligro inminente para sus acreedores, dado que se procedía entonces a la venta en bloque de todos los bienes que tenía aquel en ese momento "*bonorum venditio*", lo que se realizaba difícilmente y de forma ordinaria a bajo precio, y su producto

⁹ Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. p 338

insuficiente se repartía de manera proporcional entre sus acreedores, sin preferencia alguna.

Para tratar de remediar estos inconvenientes, se comenzó a emplear entre los ciudadanos romanos la “*mancipatio fiducia causa cum creditore*”, que es una figura jurídica por virtud de la cual el deudor enajenaba un determinado bien mueble o inmueble a su acreedor y pactaba con él que al pagar su deuda debía retransmitirle la propiedad de dicho bien, esta garantía era muy completa para el acreedor, pero tenía grandes desventajas: exponía al deudor a la infidelidad del acreedor, que por convertirse en dueño de la cosa podía en el ínter de tiempo abusar de la propiedad que había recibido, transmitiéndola o gravándola a favor de tercera persona sin tener en ese momento el derecho para hacerlo, pues solo se le había transmitido la posesión en garantía de la deuda que tenía a su favor, más no así el derecho real. Además, se privaba al deudor de la posesión de la cosa, de los frutos de la misma y de un instrumento de crédito para obtener nuevos créditos, es decir, no tenía la posibilidad de comerciar de ninguna forma con el inmueble gravado perdiendo inclusive en ocasiones la única fuente de ingresos pecuniarios con que contaba para poder pagar el crédito contraído.

Apareció después la prenda “*pignus*”, que suprimió algunos de los anteriores inconvenientes, pues podía recaer sobre toda clase de bienes y no exponía al deudor a los posibles abusos del acreedor, ya que a éste no se le transmitía la propiedad, sino sólo se le entregaba la posesión de la cosa. Sin embargo, subsistió la desventaja de privar al deudor del uso y de los productos del bien y de un medio para obtener nuevos créditos.

Fue la hipoteca la culminación de esta evolución de las garantías reales, porque suprimió las anteriores desventajas para el deudor, al dejarle en posesión de la cosa, y,

conservarse, no obstante, una eficaz garantía para el acreedor, pues podrá recuperar el crédito otorgado con la venta que se haga de la cosa hipotecada.¹⁰

1.11 LA GARANTÍA HIPOTECARIA EN NUESTRO MARCO JURÍDICO.

1.11.1 Definición

El artículo 2893 del Código Civil para el Distrito Federal la define como “una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley”. De esta definición y aplicándola al caso que ocupa, se desprende que la garantía hipotecaria es un acuerdo de voluntades que satisface el incumplimiento del contrato de crédito simple del que es accesoria, con la cual el acreditante en su oportunidad podrá ser pagado y resarcido por el incumplimiento en que llegue a incurrir el deudor, evidentemente en el grado y prelación que la ley establece, inclusive tomándose en el orden que establecen los artículos 261, 262, 263, 264 y demás relativos de la Ley de Quiebras y suspensión de pagos.

Para que un bien pueda garantizar una hipoteca, se requiere de la capacidad que ha quedado señalada en el estudio del contrato de apertura de crédito, es decir, la de ejercicio, pero además de la capacidad, se requiere ser propietario de la cosa que va a darse en garantía, porque la hipoteca se concede al acreditante la facultad de realizar el valor de la cosa mediante su venta, facultad que ciertamente no tiene sino el titular del derecho a disponer de la cosa, ello de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2906 del Código Civil.

¹⁰Ramón Sánchez Medel, De los Contratos Civiles, p. 417

Siempre es un contrato formal en tratándose de inmuebles que excedan del valor de trescientas sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, según el artículo 2917 en relación con el 2317 y 2320 del Código Civil, que señalan que su otorgamiento debe constar en escritura privada firmada por ambas partes y ante testigos, o bien se otorga en escritura pública, en uno y otro caso por el valor del bien hipotecado, aquí cabe resaltar, que generalmente para protección del acreditado y para que surta efectos contra terceros, es indispensable siempre la inscripción del instrumento respectivo en el Registro Público de la Propiedad del lugar donde se otorgue, según lo establece el artículo 2919 del Código citado.

1.12 BIENES QUE PUEDEN SER HIPOTECADOS

Acerca de los bienes hipotecables cabe señalar como principio general que sólo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados, por lo que los bienes estrictamente personales como los derechos de uso y habitación y el derecho de usufructo de los titulares de la patria potestad sobre el 50% de los bienes adquiridos por los hijos por título diverso de trabajo no pueden hipotecarse, y por esta misma razón tampoco se pueden hipotecar los bienes futuros, como una herencia que se espera recibir, a este respecto el artículo 2898 del Código sustantivo civil nos indica cuales son los bienes que no pueden ser hipotecados (los frutos y las rentas pendientes con separación del predio que los produzca, los objetos muebles colocados como adornos, las servidumbres a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante, el derecho de percibir frutos en el usufructo, el uso, la habitación y los bienes litigiosos que quedarán pendientes hasta la resolución del pleito), por lo que si interpretamos este precepto legal a contrario sensu, podremos observar que a reserva de los anteriores, todos los demás bienes y derechos son susceptibles de ser hipotecados (los derechos reales, el dominio puro o simple (2905), la nuda propiedad

(2900), la parte alicuota de una propiedad (2902), el usufructo (2903) y la superficie según el artículo 2899 del Código Civil, sin embargo, por su importancia y para nuestro estudio nos enfocaremos únicamente a los bienes inmuebles (edificios, terrenos, casas, etc.), que por su naturaleza son los bienes que en la práctica cotidiana sirven para garantizar de manera óptima al tipo de contratos como el que en esta oportunidad nos referimos.

Ahora bien, respecto al crédito susceptible de garantizarse con hipoteca, cabe hacer notar que dicho crédito puede derivar de una declaración unilateral de voluntad, de un contrato, de la ley, o de una resolución judicial. Pueden garantizarse créditos puros y simples o créditos sujetos a término o a condición, créditos ya existentes o créditos futuros. La obligación principal debe ser jurídica, válida y existente para poder garantizarse con hipoteca, ya que una obligación natural no podría hacerse efectiva a través del ejercicio de la acción hipotecaria (es un contrato accesorio que confiere derechos reales al acreedor porque atiende a la cosa hipotecada).

El crédito garantizado con la hipoteca, comprende no solamente el capital sino también los réditos vencidos y no pagados, pudiendo inclusive extenderse, mediante pacto expreso, a los intereses devengados e insolutos en el plazo de cinco años, que es el término para la prescripción extintiva de los réditos. Para que este pacto produzca efectos contra tercero es menester que se tome razón de él en el Registro Público de la Propiedad.¹¹

1.13 LOS TRES PRINCIPIOS DE NUESTRA HIPOTECA.

Existe una correlación entre el bien hipotecado y el crédito garantizado con la

¹¹Ramón Sánchez Medal, De los Contratos Cíviles, p. 422

hipoteca, que se manifiesta en tres principios fundamentales que rigen la hipoteca en nuestro derecho, a saber: la especialidad, la publicidad y la indivisibilidad de la hipoteca.

La especialidad, en cuanto a bienes hipotecados y en cuanto a créditos garantizados con la hipoteca, se encuentra expresamente reconocida en nuestras legislaciones, ya que unos y otros deben determinarse en concreto. Por ello, la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados y no sobre la generalidad de los bienes del deudor, como estaba permitido anteriormente en el derecho romano, pues como ejemplo, no pueden ser materia de hipoteca, los bienes necesarios para la subsistencia de la familia.

La necesidad de publicidad, para que la constitución, modificación y extinción de la hipoteca se inscriba siempre en el Registro Público de la Propiedad, está en el derecho mexicano expresamente reconocida a fin de que produzca la hipoteca efectos contra tercero, además para hacer público el derecho privilegiado del acreedor hipotecario para que se le pague su crédito con tal bien, ya que entre las partes tiene plenos efectos sin necesidad de esa publicidad, aun para el caso de juicio (Artículo 2919 del Código Civil)

Finalmente, la indivisibilidad de la hipoteca también está reconocida como regla general, tanto por lo que se refiere al crédito garantizado, como por lo que hace al bien hipotecado, ya que la hipoteca subsiste íntegramente aunque por pago o por otro modo de extinción se reduzca la obligación garantizada, y asimismo gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que queden, aunque el resto de ellos hubiere desaparecido, según el viejo aforismo "*tota in toto et tota in qualibet parte*".¹²

¹²Ramón Sánchez Medal, De los Contratos Civiles, p. 423

1.14 CLASES DE HIPOTECA

La hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efectos frente a un tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad en los convenios, y por necesidad cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados, en el primer caso se llama voluntaria; en el segundo, necesaria (artículo 2919 Código Civil)

1.14.1 La Hipoteca Voluntaria

Las hipotecas voluntarias son las convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre el que se constituyen, y estas surten efectos frente a terceros desde su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, sin embargo, si las partes convienen en hacer una modificación o cancelar la hipoteca, deben hacerlo saber al Registro para una nueva inscripción marginal o cancelación total, toda vez que de no hacerlo, persistirá el registro de la hipoteca y eso podría dificultar posteriormente la venta o enajenación del inmueble materia del contrato de hipoteca; por otra parte, la hipoteca generalmente durará por todo el tiempo que subsista la obligación que garantice, y cuando esta no tuviere término, ésta durará por un tiempo no mayor a diez años, los contratantes pueden señalar a la hipoteca una duración menor que la de la obligación principal, y cuando se prorrogue el plazo de la obligación garantizada con la hipoteca, ésta se entenderá prorrogada por el mismo tiempo, a no ser que se exprese uno menor al tiempo de la prórroga de la hipoteca.

1.14.2 La Hipoteca Necesaria

La hipoteca es necesaria cuando por disposición de la ley ésta obliga a constituir

esa garantía a ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos que otorgan determinados acreedores, puede exigirse en cualquier momento del negocio jurídico, aunque haya cesado la causa que le diere fundamento, siempre que esté pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado; para la determinación del bien a hipotecar, la autoridad judicial lo hará previo dictamen de peritos, esto en el caso en que las partes no se pusieran de acuerdo; esta hipoteca durará el mismo tiempo que la obligación que con ella se garantiza y tiene derecho a pedirla: el coheredero o partícipe, sobre los inmuebles repartidos; los descendientes de cuyos bienes fueran meros administradores los ascendientes; los menores y demás incapacitados, sobre los bienes que sus tutores les administren; los legatarios, por el importe de sus legados; el Estado, los pueblos y los establecimientos público, sobre los bienes de sus administradores o recaudadores. Ahora bien, las personas antes mencionadas tienen el derecho de exigir la constitución de la hipoteca necesaria, sin embargo, también cuentan con el derecho de objetar la suficiencia de la que se ofrezca, y el pedir su ampliación cuando los bienes hipotecados se hagan por cualquier motivo insuficientes para garantizar el crédito; en ambos casos lo resolverá el Juez que este conociendo de ese asunto.

1.15 EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

La hipoteca puede extinguirse como consecuencia de la extinción de la obligación, el artículo 2241 del Código Civil nos indica cuales son:

- Cuando se extinga el bien hipotecado.
- Cuando se extinga la obligación a que sirvió de garantía.
- Cuando se resuelva o extinga el derecho de deudor sobre el bien hipotecado.
- Cuando se expropie por causa de utilidad pública el bien hipotecado.

- Cuando se remate judicialmente la finca hipotecada.
- Por la remisión expresa del acreedor.
- Por la declaración de estar prescrita la acción hipotecaria.

La hipoteca extinguida por dación en pago, revivirá si el pago queda sin efecto, ya sea por que la cosa que se dio en pago se pierde por culpa del deudor estando todavía en su poder, o por que el acreedor la pierda en virtud de la evicción. En este caso si el registro hubiere sido ya cancelado, revivirá solamente desde la fecha de la nueva inscripción quedando siempre a salvo el derecho del acreedor para ser indemnizado por el deudor de los daños y perjuicios que se hayan seguido.

CAPÍTULO II

MEDIDAS CAUTELARES

2.1 LAS MEDIDAS CAUTELARES

El proceso cautelar es la respuesta a una necesidad creada por el propio proceso como instrumento del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En efecto, la tutela judicial no puede proporcionarse de forma inmediata. El titular de un derecho que otro le niega o de un derecho controvertido no puede obtener la satisfacción jurídica de su pretensión en el mismo momento en que ejerce su acción, entre otras razones porque, de lo contrario, sería a su oponente a quien se le privaría de la correspondiente tutela. Obviamente, la resolución judicial requiere de un tiempo durante el cual se suceden una serie de actos (procesos) que permitirán al órgano jurisdiccional desempeñar su función de juzgar; así, el procedimiento entendido como el medio puesto por el ordenamiento para que la jurisdicción, y en concreto sus órganos, realicen su función constituye un instrumento necesario que requiere de tiempo como elemento imprescindible, pues en su seno se realizan una serie de actos: pretensión, resistencia, prueba, alegaciones, sentencia, etc., toda una serie de etapas que proporcionan al juzgador los elementos necesarios para el desarrollo del procedimiento y que, concatenados unos con otros, consumen una cantidad de tiempo durante el cual las partes pueden alegar y aportar las pruebas oportunas para que el A quo pueda llegar al conocimiento de la verdad y resolver en apego a la legalidad el conflicto litigioso. Por lo tanto el elemento temporal necesariamente está presente en la esencia misma del proceso que desde su propia concepción jurídica se configura como un mecanismo que cumple su función a través de los plazos que la propia norma

configura.¹³

Ahora bien, no sólo se trata del tiempo previsto en nuestra ley para la realización de todos y cada uno de los actos que conforman el proceso. En la práctica, la realidad desborda ampliamente tal previsión temporal y la convierte en un ideal casi nunca conseguido. La experiencia demuestra que, casi siempre, los plazos previstos en la norma se ven desbordados y la necesidad de tiempo para la efectividad del proceso es muy amplio. El número de asuntos que dependen de cada juzgado es también muy grande, y la escasez de los recursos materiales y humanos también, además de la innecesaria judicialización en que vive inmersa nuestra sociedad y la propia obsolescencia de las leyes procesales, son factores que inciden en forma negativa y que provocan un acentuado retraso en la resolución de la mayoría de los asuntos judiciales.¹⁴

Pues bien, se trate del tiempo razonable previsto por la norma o del tiempo real que se consume en la práctica, lo cierto es que tal elemento del proceso puede implicar un grave peligro para la tutela real del derecho que el actor pretende sea declarado en la sentencia. Peligro que puede provenir, bien porque el demandado haya realizado actos tendientes a la desaparición o disminución de los bienes sobre los que hubiera podido realizarse la ejecución de la sentencia, bien porque el retraso en el proceso principal, podría resultar personalmente ineficaz al actor o bien porque se haga efectiva la garantía, si tiene un derecho preestablecido. Con razón se ha escrito que *“precisamente en el momento de mayor lentitud en la justicia aparece con más urgencia la necesidad de obtener decisiones rápidas”*, situación ésta, que en la práctica desafortunadamente no acontece.¹⁵

¹³ Angel Blasco Pellicer, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral*, p. 21

¹⁴ Angel Blasco Pellicer, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral*, p. 22

¹⁵ *idem.*

Evitar tal peligro constituye, pues, la finalidad básica de las medidas cautelares, su fundamento y razón de ser. Conseguir que la resolución judicial que se dicte pueda incidir sobre la misma situación que haga inefectivo aquel pronunciamiento judicial o que éste devenga por la propia lentitud del proceso en imperante, es decir, junto al simple aseguramiento, es necesario que las medidas cautelares traten de asegurar que las medidas judiciales aunque tardías sean efectivas, en coherencia con este fundamento, es común en la doctrina definir las medidas cautelares como *“aquellos instrumentos jurídicos procesales creados y diseñados con la finalidad de eliminar el peligro que para el buen fin del proceso principal, o lo que es igual, para la efectividad práctica de la sentencia que pone término al mismo y, a través de la cual, aquel cumple su función, podría derivarse del lapso de tiempo, que, inevitablemente debe transcurrir para la tramitación de dicho procedimiento, y consecuentemente, para la emanación de la resolución judicial definitiva”*. Carnelutti* denomina cautelar *“al proceso que, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)”*, pudiendo ser este último contencioso o voluntario de conocimiento o de ejecución.

Ahora bien, durante el lapso que inexorablemente transcurre entre el comienzo de un juicio y aquel en que se dicta la sentencia definitiva que ponga fin a la instancia judicial, pueden surgir innumerables circunstancias que tomen imposible o dificulten la ejecución forzada o diluyan los efectos de la decisión final. De ahí que el legislador y en atención a que resulta materialmente imposible satisfacer instantáneamente cualquier pretensión (o petición extracontenciosa) debe prever diversas medidas en nuestro Código de Comercio que puedan solicitarse y decretarse dentro del llamado proceso cautelar, cuya finalidad se limita a asegurar la eficacia práctica de la sentencia o resolución que deba recaer en el proceso principal, que para el caso consisten en

* María Pía Calderón Cuadrado, Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil, p. 36

asegurar la no ejecución del inmueble hipotecado o la espera que tenga que hacer el acreedor por la tramitación del juicio ordinario mercantil en que se pida la nulidad del crédito, porque todo proceso demanda un tiempo considerable para su decisión, y es probable que durante su substanciación se produzcan hechos que tornen imposible el cumplimiento de lo resuelto por la sentencia definitiva, entonces, la finalidad que tienen las medidas cautelares es asegurar el resultado de ese fallo.

Hoy en día este problema de la duración del proceso no solo preocupa por la posibilidad, siempre presente, de que el actor en la nulidad realice actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción que la sentencia venga, al final, a conceder al acreedor, sino que esa satisfacción solo puede producirse con una rápida decisión.

El cambio radical que se ha producido en nuestra sociedad añade una perspectiva nueva en la problemática de las medidas cautelares. La estabilidad de las sociedades antiguas acomodaba relativamente bien la duración del proceso soportando de forma paciente la espera. Nuestra sociedad contemporánea, agitada e inquieta, necesita sin embargo respuesta inmediatas para la solución de sus conflictos. Lógicamente esta evolución se ha reflejado en los propios asuntos de que conocen los Órganos Jurisdiccionales. Las controversias de propiedad cuya resolución podía aguardarse con ese mantenimiento de la situación o excepcionalmente adoptando medidas de aseguramiento para conservar los bienes litigiosos, se ha visto superadas por otras cuestiones para las cuales cualquier resolución tardía carece de sentido.

En una época donde la necesidad de ganar tiempo al tiempo, de ir siempre de más de prisa se convierte en una norma de conducta y de sobrevivencia, los derecho y obligaciones que en ella se desarrollan, no solo por estar sujetos a plazos determinados, sino por su propia influencia, exigen un rápido pronunciamiento de los

jueces y tribunales. Lo curioso es que precisamente en el momento de mayor lentitud en la impartición de justicia aparece con mas urgencia la necesidad de obtener decisiones rápidas.

En este sentido, mientras el legislador no cree mecanismos adecuados para esta acelerada sociedad, el recurso de las medidas cautelares se convertirá en un instrumento para combatir la duración del proceso. Medidas cuya función ya no será el simple aseguramiento, la aseguración de la no ejecución de los bienes, sino que debe dar un paso más si quieren cumplir la finalidad prevista; que las resoluciones judiciales aunque tardías sean efectivas.

El sistema o medidas cautelares por definición, tienden a garantizar los resultados del proceso principal, es decir, la efectividad práctica, el cumplimiento de la sentencia. La tutela judicial efectiva deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares que atienden a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad de un pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, o sea, evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación o irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional, la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso.

De esta forma, las medidas cautelares constituyen el complemento de los procesos de declaración y de ejecución que, por si mismos, pueden llegar a resultar insuficiente para dar cumplimiento en su integridad al constitucional derecho a la tutela judicial efectiva.

Con respecto al trámite autónomo o accesorio de las medidas cautelares, pues si bien puede dar base a una acción independiente o autónoma, ello sucede cuando tales medidas se peticionan separadamente del proceso donde se actuará el derecho y solo en tales casos puede hablarse de acción autónoma stricto sensu, algo que no siempre sucede, ya que son innumerables los casos en que las citadas medidas se promueven como accesorias de un proceso y tendientes ya sea a salvaguardar la cosa peticionada o impedir transformaciones en la misma o prevenir daños entre otros supuestos y en diferentes procesos, no teniendo ellas en tales casos un fin en si mismas sino que sirven a un proceso principal.

De lo anterior se colige que las medidas cautelares son actos procesales que se adoptan antes de deducida la demandada o después de ello, para asegurar bienes o mantener situaciones de hecho existentes al tiempo de aquella y con el objeto de preservar el cumplimiento de la sentencia que, en definitiva recaiga al proceso.

2.2 NATURALEZA JURÍDICA.

En cualquier estudio sobre las medidas cautelares aparece en seguida un problema capital, que es el determinar a qué género o institución jurídica pertenecen o son asimilables. Es decir, tratar de averiguar cuál es su verdadera naturaleza jurídica, esta cuestión no es simple, puesto que, en su seno, esconde diversas cuestiones: la existencia propia de un proceso cautelar, la existencia de una acción cautelar y, en su caso, de un derecho sustancial cautelar. El problema se complica si observamos nuestro derecho positivo, que no contiene una regulación sistemática y completa de las medidas cautelares, y que precisamente parte de este trabajo consiste en que sean implementadas por el legislador.¹⁶

¹⁶V. Cortés Domínguez, Derecho Procesal, p. 470

Para parte de la doctrina el proceso cautelar no tiene una autonomía propia e independiente al margen del proceso principal, salvo que quiera identificarse dicha autonomía con el aspecto procedimental, en este sentido, la medida cautelar es útil en cuanto que anticipa la ejecución al momento inicial del proceso, por lo que pertenece al ámbito de la ejecución forzosa.

Sin embargo, parte de la moderna doctrina científica entiende que el cautelar es un proceso autónomo, con independencia de que la normativa vigente establezca una regulación asistemática, fragmentaria y desigual de las medidas cautelares y su proceso, y al margen, también, de su característica fundamental: la instrumentalidad, y ello en base a que en el proceso cautelar se deduce una pretensión distinta de la que se ventila en el proceso principal, siendo su tratamiento sustantivo y procesal totalmente distinto y su función diferenciada, es decir, desde el momento en que la medida cautelar como acto judicial es distinta y autónoma de la declaración de la condena, o de la ejecución en sí misma considerada, se impone con absoluta necesidad la existencia de un tercer proceso: el cautelar.¹⁷

Sabido es que la potestad jurisdiccional tiene como función la satisfacción de intereses jurídicos que se cumple a través de un instrumento necesario que llamamos instancia judicial o procedimiento. Tal satisfacción de intereses jurídicos puede hacerse valer de varias maneras, que se corresponden de tres clases de procesos: el de declaración (juzgando), el de ejecución (haciendo ejecutar lo juzgado), y el cautelar (haciendo la efectividad de otro proceso que tiene vínculo directo con las prestaciones reclamadas en aquel), por tanto, la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que asegura el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso. El proceso cautelar es, en este sentido, el instrumento mediante el cual,

¹⁷Martínez Botos, Las Medidas Cautelares, p. 32

los órganos jurisdiccionales ejercen la función constitucionalmente encomendada de otorgar tutela judicial asegurando que el fallo de otro proceso se cumpla. La esencia del derecho fundamentalmente que comentamos obliga al Juez a la adopción de medidas cautelares en dos supuestos esenciales: en primer lugar, cuando se demuestra que por la lentitud inevitable del proceso pueda el titular del derecho padecer daños de imposible o difícil reparación, que para el caso que ocupa, es el hacer efectiva por el acreedor, la garantía hipotecaria que se dejó señalada en el contrato de apertura de crédito simple que ocupa en este estudio, en segundo término, cuando se obtiene la certeza de que la denegación de la medida cautelares supondría irremediablemente el quebranto de la tutela judicial a la que el solicitante pudiera tener derecho.¹⁸

2.3 CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDAS CAUTELARES.

El estudio de estas medidas cautelares, nos remite al análisis de aquellas notas que son consustanciales con las mismas y que permiten, fundamentalmente, determinar si un instrumento jurídico concreto puede ser tildado como cautelar o no. Así, conviene analizar, al menos someramente, una serie de caracteres de las medidas cautelares para poder, de esta forma, cumplir dos objetivos, de un lado, lograr un mejor conocimiento del régimen jurídico de las medidas que proponemos y, de otro, comprobar más adelante, si tales notas configuradas se cumplen en los institutos cautelares del caso materia de esta tesis.

2.3.1 Instrumentalidad

Las medidas cautelares no son nunca un fin en si misma, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una resolución definitiva cuya

¹⁸Angel Blasco Pellicer, *Op. Cit.* p. 27

práctica fructífera tratan de asegurar, con estas palabras Calamandrei* definió la instrumentalidad como la característica fundamental.

En efecto, la tutela cautelar es, respecto del proceso principal, una cautela mediata; más que hacer justicia sirve para garantizar un eficaz funcionamiento de la justicia.

Junto a la instrumentalidad, otras características aparecen con mayor o menor frecuencia en obras doctrinales, provisionalidad, temporalidad, variabilidad, homogeneidad pero no identidad con medidas ejecutivas son algunas de ellas, que, sin embargo, no configuran totalmente la institución. La clave para asignar a una medida el calificativo de cautelar sigue estando, en nuestro modo de ver, en el carácter instrumental y en lo que se entiende por tal, que les vincula a un proceso llamado principal, o más concretamente a la resolución final cuya efectividad se trata de asegurar.

Es cierto que la provisionalidad se perfila como una característica particular de la tutela cautelar, pero también, es cierto que acompaña a otros institutos que claramente no pueden calificarse como cautelares, bajo esta perspectiva estamos ante el género tutelar provisional, al que pertenece, como especie, la tutela cautelar. Sin embargo, antes de continuar es necesario precisar en qué sentido una medida cautelar es provisional.

Este carácter provisional es de origen antiguo, pero las principales manifestaciones que se encuentran en la actualidad no han sido suficientemente estudiadas por la doctrina, quizá la propia complejidad de la institución, hace que en muchos casos sea el mismo significado lingüístico el que de la noción de provisionalidad.

* V. Cortés Domínguez, Op. Cit. p. 473

Provisional, según el diccionario de la lengua española es lo dispuesto o mandado interinamente, es decir, se aplicaría a situaciones de duración limitada cuyos efectos no se prolonguen indefinidamente en el tiempo. Esta idea clásica de provisionalidad como limitación temporal si bien perdura en la actualidad, no es la única.

Modernamente se ha hecho mención a su segundo sentido que designaría situaciones durables en las cuales los derechos de las partes presentan el carácter particular de ser revisados, se dirá que en este supuesto la provisionalidad aunque sigue situada bajo el factor tiempo, empero, no está sujeta a la urgencia que se desprende del anterior significado. Se trataría, en definitiva, de una puerta abierta a la revisión de los derechos.

Es evidente que este segundo sentido no puede, en toda sus extensión, aplicarse a la tutela cautelar. Las medidas de esta naturaleza son provisionales en cuanto a situaciones temporales cuya duración está limitada por su relación con el proceso principal a la resolución definitiva del litigio o a su no iniciación, pero en ningún momento puede considerarse como situaciones perdurables, a pesar de predicarse su variabilidad.

Afirmando el carácter provisional de la tutela cautelar debemos centrarnos en esa nota consustancial a la misma que va a permitir diferenciar a la especie del genero las medidas propiamente cautelares de las meramente provisionales. ¿Qué es, pues, la instrumentalidad? como decíamos en el enunciado de este apartado y siguiendo al autos Calamandrei* la instrumentalidad es aquella característica de las medidas cautelares que la vincula a un proceso principal al que sirve, garantizando la efectividad de su resultado, señala el mismo autor que las resoluciones cautelares no son un fin en si

* V. Cortés Domínguez, *Op. Cit.* p. 475

mismas, sino que están indefectiblemente preordenadas a la emanación de una ulterior resolución definitiva cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente.

De este modo, la tutela cautelar se deberá prever por el legislador como medio a través del cual puede conseguirse que otro medio, el proceso, funcione, eficazmente, haciendo realidad esa afirmación teórica de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Como instrumento que es la medida cautelar necesariamente debe cumplir su función en relación al proceso principal, a la tutela judicial que en él se presta. Ello se traduce a una serie de consecuencias que deben estar presentes para poder afirmar la existencia de esa relación de dependencia con el proceso principal.

La instrumentalidad subordina la medida cautelar al objeto litigioso que se ventila en el proceso principal o más concretamente, al aseguramiento de la ejecución en el caso del éxito de la demandada.

La doctrina sostiene un concepto más amplio de instrumentalidad que la concibe como el vínculo que une la medida cautelar con la resolución definitiva, lo que amplía decididamente su campo de actuación abarcando no sólo la función meramente aseguradora de la situación preexistente al inicio del proceso principal de forma tal que la intervención del demandado no impida, llegando el caso, la ejecución de la sentencia condenatoria, sino también de una función modificativa de los hechos existentes en el momento del inicio del proceso como única forma de garantizar al real efectividad de la sentencia ulterior.

Esta concepción amplia de la instrumentalidad permite extraer las siguientes consecuencias:

En primer lugar, que no hay medida cautelar sino en relación a un proceso principal, en consecuencia, la medida cautelar es consecuencia directa del carácter instrumental de la medida que sirve a otro proceso normalmente ya iniciado, y solo podrá acordarse en tanto en cuanto a ese proceso se haya iniciado, sin embargo, el legislador establece excepcionalmente la posibilidad de adopción previa en cuyo caso la subsistencia de la medida dependerá de su vinculación ulterior al proceso principal, vinculación que se produce con la interposición de la demanda o bien antes o después de esta.

En segunda instancia, la medida cautelar sigue menestermente la suerte del proceso principal, de forma tal que una vez extinguido el proceso, aquella desaparece también, esto es, la instrumentalidad exige que finalizando el juicio natural, la medida cautelar se extinga, porque fue nacida en previsión de la presentación de una tutela judicial y, obtenida esta, la resolución cautelar no sólo no aspira a transformarse en definitiva sino que además está destinada a desaparecer, precisamente por falta de fines.

En tercer término, las medidas cautelares producen unos efectos jurídicos diferentes en función de lo que se acuerde, pero en línea de homogeneidad con la sentencia que, ulteriormente, se dicte, es decir, debe ser funcionales y, en este sentido, existir una adecuada correlación entre la medida acordada y el posible contenido de la sentencia del proceso principal al que sirven. Dicho de otra forma, el Juez deberá anticipar, tan solo, los efectos que sean necesarios para asegurar la efectividad del fallo, en principio con medidas conservativas, y únicamente cuando éstas se revelen como insuficientes, deberá recurrir a la adopción de la innovadora o anticipatoria¹⁹

La relación de medio a fin, impone que exista una correlación entre la medida

¹⁹María Pía Calderón Cuadrado, Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil, pp. 36,37,38.

cautelar que se vaya a adoptar y el posible contenido de la sentencia ya sea absolviendo o condenando al demandado. Los efectos que se derivan de la cautela deben ser adecuados para cumplir esa función asignada de asegurar la efectividad práctica de la resolución definitiva, en otro caso, no existiría instrumentalidad y en consecuencia la medida no podría ser concedida.

Esta concepción de la instrumentalidad si bien aceptada prácticamente de forma unánime, sin embargo, se ha visto sometida a interpretaciones diversas que dejan fuera ciertas medidas cautelares o incluyen nuevos institutos que no participan de esa naturaleza, es necesario, pues, acotar la idea de instrumentalidad y centrarla en sus justos límites.

Por un lado, una interpretación amplia paradójicamente sostenido por el propio Calamandrei incluye entre las medidas cautelares la anticipación de la prueba, el carácter puramente instrumental, señala este autor, de las resoluciones anticipadas de la instrucción no necesita de largos comentarios, ellas con proporcionar preventivamente un dato probatorio positivo o negativo, que puede ser utilizado como remisa lógica de una futura resolución de cognición, sirven para el mejor resultado práctico de ésta, en cuanto al exacto y completo conocimiento de los hechos de la causa es uno de los coeficientes que sirven para juzgar.

Efectivamente, así entendida la anticipación de la prueba es instrumental, pero esa instrumentalidad no difiere de la que concurre en cualquier prueba realizada en tiempo normal a pesar de que esta institución tiene su origen en el peligro de que por razones fundadas, una prueba no pueda practicarse en el momento procesal oportuno, la relación de servicio existente entre ella y la sentencia que en su día se dicte no es tanto para asegurar su efectividad como para conseguir el convencimiento psicológico del

juzgador. La instrumentalidad a que se refiere el autor de marras se haya en toda producción de pruebas e incluso la no anticipada- respecto a la sentencia, estando, unas y otras, al servicio de la formación de la convicción judicial.

Por otra parte, y en sentido contrario surgen interpretaciones doctrinales de carácter restrictivo por la cuales quedarían excluidas medidas que desde nuestro punto de vista si gozan de naturaleza cautelar.

En primer lugar y aunque se entre en una siempre discutida zona limite y creemos que es posible afirmar la presencia de instrumentalidad, tal y como le venimos configurando en aquellas resoluciones que de forma provisional regulan una relación jurídica controvertida a la espera de obtener una sentencia definitiva, ciertamente no estamos ante una medida cautelar clásica los riesgos que amenazan la efectividad de la sentencia son diversos de los, por ejemplo, previstos en el embargo preventivo, sus efectos no son meramente asegurativos, sin embargo, no debemos olvidar que estas resoluciones en cuanto vinculadas a un proceso principal, garantizan la efectividad de la sentencia definitiva que se dicte, de la tutela judicial que se preste.

Es verdad que cabe una solución legislativa que establezca la adopción de las medidas cautelares en nuestro derecho, en un proceso no dependiente de otro principal, como el que se propone, es decir, que no sea menester que exista un juicio principal para que sea dable otorgar esta medida.

Cuando se dice que esta medidas son instrumentales no de la sentencia sino del propio derecho que hace valer aquel que solicita la nulidad del contrato de crédito con garantía hipotecaria al obtener una satisfacción provisional o cuando se niegue el calificativo de cautelar por tener valor sustantivo propio, careciendo de todo efecto o

finalidad de aseguramiento de otra resolución, se está manejando un concepto muy restringido de instrumentalidad, en todas esas instituciones, en las cuales la espera de la resolución produce, por el simple hecho del aplazamiento, daños irreparables a una parte, las medidas que se adopten, bien tengan efectos meramente conservativos de mantenimiento del statu quo, bien provisionalmente satisfactorias del derecho alegado ¿no están instrumentalmente relacionadas con el proceso principal? ¿esta relación de servicio no se dirige fundamentalmente a garantizar la efectividad de la sentencia que por la duración del proceso va a llegar en un momento de imposible cumplimiento? ¿Aunque se produzca una satisfacción provisional del derecho, tal efecto no tiene por objeto inmediato que la resolución que en su día se dicte sea efectiva desde el momento en que debió dictarse y al cual se haya unido su propia razón de ser?. Las respuestas en mi opinión deben ser afirmativas y en consecuencia si se regulara provisionalmente una situación para evitar los perjuicios derivados de la duración de un proceso cuyo objeto es precisamente una regulación definitiva, tal medida debe ser considerada como cautelar en cuanto dependiente de una sentencia cuya fructuosidad práctica pretende asegurar.

Si venimos configurando la instrumentalidad como una relación de servicio que vincula a toda cautela con un proceso principal, de tal modo que no es fin en sí misma sino medio para garantizar la efectividad de los resultados de ese proceso, es lógico que afirmemos la naturaleza cautelar de esas medidas. No lo sería si consideráramos que la relación instrumental sirve únicamente para asegurar la ejecución y no para garantizar la efectividad de la sentencia.

Pero además, en segundo lugar, la instrumentalidad interpretada de este modo va a limitar el ámbito de la tutela cautelar a las resoluciones de condena. Si la medida está preordenada única y exclusivamente a la ejecución se está excluyendo cualquier

posibilidad de adoptar cautelas con relación a procesos cuyo objeto sean pretensiones meramente declarativas o constitutivas, posibilidad no contemplada por nuestro legislador y que perseguirá que la sentencia que ese llegue a dictar fuera prácticamente útil al favorecido por ella.

2.3.2 Urgencia

La doctrina proselitista no recoge a la urgencia como una característica propia y definitoria de las medidas cautelares. Sin embargo, parece evidente que el carácter instrumental que vincula el proceso cautelar con el proceso principal constituye la característica fundamental del instituto que estudiamos. No obstante parece necesario que tal condición vaya acompañada necesariamente de la urgencia entendida en un doble sentido: de un lado que la petición de cautela tenga tal carácter de urgente.

En este sentido esta singularidad deriva directamente del *periculum in mora* como fundamento de la medida cautelar; es decir, no basta con que la necesidad surja de un estado de peligro y que la medida cautelar solicitada tenga por objeto conjurar un peligro futuro, es necesario, además, que la medida solicitada tenga el carácter de urgencia, igualmente, esa urgencia, y por lo tanto la cognición limitada del Juez respecto del derecho material objeto de litigio explican que, normalmente la mayoría de las medidas cautelares conllevan la necesidad de que el demandante preste la oportuna fianza para garantizar la reparación de los posibles perjuicios que pudiera sufrir el demandado, en caso de que la apariencia del derecho no se convirtiese en realidad, es decir, en caso de que la sentencia determine la inexistencia del derecho controvertido. En este sentido, la previa prestación de la fianza constituye el remedio legal para asegurar a la indemnización de los hipotéticos perjuicios que se causen, operando, en

la mayoría de los casos, como presupuesto de la concesión de la medida cautelar.²⁰ De otro lado, que, si ha lugar a ello, las medidas cautelares deben adoptarse con urgencia, inmediatamente; más aún en el campo que ocupa, en el que la urgencia adopta intrínsecamente su propia y adecuada significación, distinta de la celeridad que constituye, por esencia, uno de los principios del proceso.

La urgencia es el fundamento de determinadas consecuencias y efectos que acompañan con carácter general el régimen jurídico de las medidas cautelares, concretamente de su adaptación inaudita parte y de la necesidad de fianza, ene efecto, la perentoriedad explica que, normalmente, se adopten sin contradicción por la simple solicitud del demandante y la comprobación del fundamento de la acción cautelar por parte del juez.

Se trata de un procedimiento en el que no rige el principio de contradicción puesto que si de lo que se trata es de asegurar la efectividad de la sentencia porque se estimado se presume que existe un peligro de que el retraso de la obtención de la sentencia sea utilizado por el demandado para hacer imposible su efectividad se impone como lógica consecuencia que se potencia el factor sorpresa y que se tomen las medidas sin conocimiento del que ha de sufrirlas.

2.3.4 Jurisdiccionalidad

La doctrina ha señalado con carácter de general, la Jurisdiccionalidad de las medidas cautelares, lo que parece una obviedad *en la medida en que son adoptadas por los órganos que, constitucionalmente, tiene encomendada la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, es decir, por quienes la constitución otorga la misión de

²⁰Angel Blasco Pellicer, Op. Cit. p.p. 33-34

dispensar tutela judicial efectiva. Sin embargo, tal aserto no puede esconder diversos problemas que laten en el fondo de la cuestión porque el subrayado de esta característica lleva, implícitamente, a abordar diversos problemas, singularmente, el del valor de la resolución que otorga o dispensa justicia cautelar y el de su distinción respecto de las garantías jurídico-privadas de los derechos.²¹

En cuanto hace referencia a la distinción de las medidas cautelares de las garantías jurídico privadas de los derechos, entre otras cuestiones, la Jurisdiccionalidad se constituye como elemento importante de diferenciación, pues aquellas solo se adoptan en relación a un proceso y no son objeto de una obligación del demandado, sino que recaen sobre su esfera jurídica en cuanto se ha sometido a la potestad jurisdiccional.

Por lo que respecta al valor de la resolución que establece medidas cautelares existe un amplio debate en torno a la atribución de los efectos de cosa juzgada a dicha resolución judicial. La cuestión conecta, sin lugar a dudas, con la sujeción a la cláusula *rebus sic stantibus* a que se ha hecho referencia al analizar la instrumentalidad como cuestión en ella comprendida y que remiten a la posibilidad de modificación de las medidas cuando ocurran hechos nuevos o se produzcan circunstancias sobre venidas que no pudieron ser tenidas en cuenta o valoradas en el momento en que aquellas fueron establecidas. Tal posibilidad, normalmente admitida con carácter general por la doctrina en relación a la posible suspensión de los actos objeto del juicio de amparo, es para algunos incompatible con el valor de la cosa juzgada. Por el contrario, la mayoría entiende que, a pesar de las dificultades que tal consideración entraña, hay que entender que la declaración sobre la medida cautelar impide que puedan volver a ser examinados los presupuestos que se tuvieron en cuenta para acordarla, pero no que la modificación se produzca por hecho o circunstancias nuevas, lo que no obsta en

²¹ Idem pp. 34, 35.

absoluto a la cosa juzgada. En definitiva, la firmeza de la resolución que otorga la tutela cautelar no obsta a la deducción de que ésta pueda ser *rebus sic stantibus*, modificada en el sentido señalado.

2.4 PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

De cuanto se lleva razonado se comprende que, con carácter general la previsión legislativa de medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al que las solicita. En efecto, toda la construcción sobre el proceso cautelar se fundamenta en la idea de que el tiempo no ha de ser un factor impeditivo para que, quién recurra a la justicia se vea privada de la misma. Ahora bien, paralelamente, el proceso cautelar provoca de forma necesaria, una injerencia en la esfera jurídica del que sufre la medida cautelar en que o bien se le impide ejercitar derechos o bien se paraliza el ejercicio que de los mismos estaba realizando.

Para interferir en los derechos de quien no ha sido todavía condenado, y puede que nunca lo sea, no basta con que el demandante lo pida; es necesario además, que se den una serie de presupuestos que constituyen una especie de puente por el que pueden discurrir las medidas, desde el interés del actor hasta la afectación del demandado. de no existir esos presupuestos la medida no podrá concederse dado que no habrá fundamento para producir la injerencia de la que hablamos. Por ello, la doctrina habla generalmente y de modo unánime, de una serie de requisitos o presupuestos de obligada concurrencia para que la cautela pueda producirse a pesar de que nuestro derecho positivo no establece un tratamiento uniforme de los requisitos o del procedimiento de las medidas cautelares en general; más bien al contrario, hipótesis semejantes reciben reglas diferentes. Sin embargo, es posible extraer una serie de presupuestos que, son destacados unánimemente por la doctrina: *fumus boni iuris*,

*periculum in mora, pendencia de un proceso principal y fianza.*²²

2.4.1 El fumus boni iuris

Para la adopción de toda medida cautelar se exige, por regla general que el solicitante acredite el derecho en base al cual funda su pretensión.

También el solicitante de una medida cautelar al pedir su concesión afirma la presencia de una situación jurídica cautelable; sin embargo, la resolución estimando dicha pretensión se va a basar no en la certeza sino en la apariencia, en la existencia cierta del derecho alegado.²³ Este diferente tratamiento entre la sentencia del proceso principal y la decisión cautelar deducido del propio concepto de medida cautelar aparece a los ojos del legislador como la mejor solución de entre todas las posibles que se presentarán.

Esta vía intermedia denominada *fumus boni iuris* se sitúa “entre la certeza que establecerá la resolución final del proceso principal, y la certidumbre base de la iniciación de ese proceso”. La medida cautelar podrá adoptarse cuando “aparezca como jurídicamente aceptable la posición del solicitante”, cuando la situación jurídica cautelable se presente “como probable con una probabilidad cualificada”, cuando en definitiva el órgano jurisdiccional aprecie que el derecho en el cual se funda la pretensión objeto del proceso principal es verosímil y por tanto la resolución final del mismo será previsiblemente favorable al actor.

Si para obtener una medida cautelar es suficiente con una apariencia fundada de verdad del derecho alegado, debe ser suficiente, también, que la cognición cautelar

²²*Ibid.* pp. 36, 37.

pueda limitarse a un juicio de probabilidad, de verosimilitud. En este punto no creemos conveniente calificar la indagación superficial en tanto que si bien el juzgador no debe buscar la certeza, tampoco debe quedarse en la simple superficie. Se trata en sustancia de comprobar que el derecho cautelable pueda razonablemente y con toda probabilidad ser reconocido en la sentencia del proceso principal.

Contrariamente a lo anterior, tampoco se comparte aquella postura que considera no acertado calificar como juicio de probabilidad o verosimilitud el juicio jurisdiccional sobre las medidas cautelares.

En este contexto se dirá que bajo la circunstancia del presupuesto de la medida cautelar sea simplemente una apariencia de derecho no implica que este juicio tenga cualitativamente diversidad alguna respecto del juicio definitivo o de fondo. Tanto uno como otro, no existiendo en el ámbito humano la certeza absoluta se resuelven en definitiva en juicios de probabilidad. Es precisamente la imposibilidad de establecer una previa etapa contradictoria sobre la existencia del derecho lo que justifica que su mera apariencia sirva como fundamento para la concepción de la medida cautelar.

La apariencia de buen derecho aparece como el presupuesto fundamental de toda medida cautelar. La medida se concede no porque el solicitante ostente un derecho indiscutido sobre el objeto del proceso, sino simplemente porque, *prima facie* su petición aparece como tutelable de forma cautelar porque aparentemente aparece como fundado el derecho que se invoca. En efecto, a estas alturas del proceso el juzgador no puede haber efectuado una convicción plena sobre los elementos probatorios, pues esa valoración debe ser hecha hasta el momento de dictarse la sentencia definitiva que en derecho corresponda, y en consecuencia adoptar una decisión sobre el fondo del

²³Maria Pia Calderón Cuadrado, *Op. Cit.*

asunto, sencillamente porque ni la prueba contradictoria se ha producido, ni se conocen las alegaciones de la contraparte. Por lo tanto, nos encontramos en un momento procesal en el que hay que cuidar que el actor obtenga la tutela judicial efectiva, para lo que puede ser necesario la adopción de cautelas; pero, al mismo tiempo es necesario que al demandado también se le dispense aquella tutela, por ello se requiere para producir la injerencia que toda medida cautelar supone en la esfera jurídica del demandado, que el derecho en que se funda la petición aparezca como cierto; puesto que no puede hacerse en base a una declaración plena del derecho, éste debe aparecer como probable, con una probabilidad cualificada.²⁴

Dado que la medida cautelar se justifica en sí misma por la imposibilidad material y real de establecer en ese momento procesal una contradicción sobre el derecho que se pretende, es necesario que se realice una indagación sobre la apariencia del mismo, y la cognición cautelar exige un juicio ponderado y fundado de probabilidad o verosimilitud sobre el derecho del demandante y, en último término sobre la buena fundamentación y motivación de su demanda y, en consecuencia, sobre posibilidades de éxito, de forma que si tal juicio resulta favorable, su concurrencia junto con la de los restantes presupuestos determinará inexorablemente, la inadmisión de aquella.

Ahora bien, para que se produzca la cabal apreciación de la apariencia del buen derecho es necesario que se realice cuando menos una mínima actividad probatoria referida a la existencia de esa misma apariencia, que es lo que ha que justificar. No se trata, por tanto, de una prueba plena que sólo podrá darse mediante la oportuna contradicción, ni siquiera de un medio de convicción sobre el fondo del asunto, simplemente sobre su apariencia, aunque tal actividad probatoria debe estar directamente conectada con el proceso principal, conexión completa, dado que

²⁴ Angel Blasco Pellicer, *Op. Cit.*, p.p. 39-40

subjetivamente debe referirse a los mismos sujetos y objetivamente debe amoldarse al objeto del proceso principal.

En este punto adquieren una notoria importancia los medios probatorios, que si bien no deben ser suficientes para fundar una resolución final que ponga fin a la instancia judicial como si se dictara una sentencia definitiva, sí deben serlo para basar una resolución cautelar; puesto que tales medios cumplen la misma función en todos los juicios de la actividad jurisdiccional, sólo que en este punto, se presentan cualitativa y cuantitativamente diferentes de los necesarios para el proceso principal. La apariencia del buen derecho, con la concurrencia de los restantes requisitos, es suficiente para fundarla acción cautelar, y por lo tanto para su otorgamiento, cuya virtualidad es independiente de la acción principal, de forma tal que un eventual rechazo de ésta no puede considerarse como una declaración retrospectiva de la inexistencia de condiciones suficientes para la acción cautelar, puesto que no se refieren a lo mismo, pues una fue otorgada. La tutela cautelar se fundamenta en la verosimilitud o apariencia de un derecho futuro en incierto; la tutela definitiva en la existencia o no del mismo.

2.4.2 El periculum in mora

El periculum in mora constituye el segundo de los presupuestos de las medidas cautelares y, en su definición el autor Calamandrei⁷, determinó que el peligro del que hablamos no es el genérico peligro de daño jurídico, el cual se puede obviar en ciertos casos con la tutela ordinaria, sino aquel ulterior daño marginal que puede derivarse del retraso, consecuencia inevitable de la lentitud del proceso ordinario.

⁷ V. Cortés Domínguez, Op. Cit. p. 486

En este contexto, el presupuesto de toda medida cautelar será la existencia de un peligro tangible de que el retraso, necesario o no en la obtención de la sentencia determinará ineficacia real de ésta. En efecto, con razón se ha señalado que el *periculum in mora* está íntimamente conformado por dos elementos: el primero, la demora derivada de la duración del propio proceso en que se ventile el negocio principal (en el caso la nulidad del contrato de crédito garantizado con hipoteca), bien sea normal o injustificada, en atención a las previsiones de la norma y de la lógica; y el segundo, el daño marginal que como directa consecuencia del anterior elemento implica la privación de efectividad a la sentencia (la ganancia lícita que se pudo obtener de no haber hecho la espera por la tramitación del juicio). En definitiva, sin ese peligro que cautelarmente hay que frenar para que el objeto del proceso se mantenga íntegro durante el tiempo que dure no hay medidas cautelares.²⁵

Ahora bien, no todos los riesgos que trata de prevenir la cautela son idénticos. Es clásica la distinción entre el *pericolo de infruttuocita* y el *pericolo di tardivita*. El peligro de infructuosidad entendido como el riesgo de que durante el tiempo necesario para el desarrollo del proceso principal acontezcan hechos que haga imposible o de extrema dificultad la efectividad práctica de la sentencia. Peligro al que se atiende con medidas conservativas. Contrariamente a esto, el peligro de demora bien conformado por el riesgo de que la mera duración del proceso pueda ser causa de un perjuicio por prolongar durante su tramitación el estado de insatisfacción del derecho, al que se atiende con medidas innovadoras. Una mayor concreción de estos riesgos estriba en que éstos se presentan en una gran variedad, siendo posible hacer una distinción de carácter general plenamente aplicable.

•Riesgos que afectan la posibilidad práctica de ejecución con carácter general cuyo

²⁵ Angel Blasco Pellicer, *Op. Cit* p.p. 40-41

emblemático supuesto, en el campo que nos ocupa es la insolvencia del acreditado hipotecario.

- Riesgos que amenazan la probable práctica de una ejecución en forma específica o la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad. Es en especie el producido por una decisión emitida por una autoridad judicial que ordena la no ejecución de la garantía hipotecaria hasta en tanto se resuelva el juicio de nulidad.

- Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de una sentencia. Se trata que comparta la efectividad del no pago del crédito anticipadamente, pago que queda privado de hacerse mientras dura el procedimiento de nulidad del crédito garantizado con hipoteca.

- Por último hay una clase de riesgos de ineffectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia, dado que por la naturaleza de la situación jurídica a que la sentencia ha de referirse, el retraso supone, por sí mismo una lesión irreversible.

Todos estos peligros se presentan normativamente en formas por demás variadas, normalmente en dos, o bien el riesgo viene señalado por circunstancias objetivas previstas por la propia norma o bien la norma exige que la presencia del *periculum in mora* (peligro latente de sufrir un daño, perjuicio o menoscabo en sus bienes o patrimonio) deba ser demostrada por quien lo alega. En este sentido con carácter general se ha dicho que más que ante un presupuesto nos encontramos en presencia de un verdadero fundamento de la propia medida, en el caso, la prueba que se ofrezca para ese caso debe referirse, no solo al derecho objetivo que se ventila en el proceso principal sino al riesgo que puede comportar para aquel eventual derecho la duración

del proceso, y en este sentido debe ser adecuado a la propia naturaleza de la prueba en el proceso cautelar. Es decir, no bastará la manera de alegación del peligro ni tampoco hará falta prueba plena del mismo, siendo suficiente con que parezcan indicios relevantes de que así puede suceder, y en la especie con se presente ante el juez que conozca del caso, el contrato de crédito garantizado con hipoteca, no se haya ejecutado ésta y se solicite la medida cautelar de mérito.

Por ello, el *periculum in mora* intrínsecamente siempre presenta dos características propias: de un lado, que en su determinación existe una inevitable subjetividad que podrá ser paliada pero no evitada; de otro, que el peligro aumentará o disminuirá según la duración del proceso principal.

2.5 OTROS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

2.5.1 La pendencia de un proceso principal

La propia configuración de la tutela cautelar exige la pendencia de otro proceso, llamado principal, cuya efectividad práctica trata de asegurar. De este modo la pendencia del proceso principal opera como presupuesto básico de la mayoría de las medidas cautelares, que sólo puede adaptarse una vez iniciado el proceso principal. Por regla general, únicamente en un proceso iniciado cabe solicitar la tutela cautelar, sin embargo no siempre ocurre así; el derecho común prevé supuestos en los que es posible adopción de medidas cautelares aunque el proceso principal no haya sido iniciado, como lo es el caso que nos ocupa, pues se pueden solicitarse previo a la presentación del escrito de demanda. Tal posibilidad se vincula, siempre, a la pronta presentación de la demanda y, generalmente, a la prestación de oportuna fianza²⁶.

²⁶ Angel Blasco Pellicer, *Op. Cit.* p. 43

2.5.2 La fianza o contracautela

Dado que la medida cautelar supone una injerencia en la esfera jurídica del demandado, éste puede verse seriamente afectado por la decisión cautelar que le supone, inevitablemente, una serie de perjuicios que pueden llegar a ser graves, en función de la medida adoptada durante el proceso.

El problema aparece cuando la decisión del proceso principal implica que el demandado tenía razón y que la medida cautelar debe extinguirse por este motivo. La apariencia de buen derecho no se ha visto confirmada, ha ocurrido lo contrario, y durante la tramitación de proceso adopta las medidas cautelares, el demandado ha soportado una injerencia en su esfera jurídica que le ha impedido gozar sin limitaciones de su derecho. Esta posibilidad es consustancial al sistema cautelar y no puede ser evitada totalmente. Por ello, en algunas ocasiones la norma establece una indemnización en favor de quien ha sufrido justamente unos perjuicios que pueden calificarse, a la vista de la decisión final, de injustos. Tal indemnización de daños y perjuicios entendida como reparación equivalente pero no específica el daño causado que, como tal no tiene restitución perfecta que garantiza con la fianza, entendida por Calamandrei como cautela de la cautela o contracautela, es decir, con la solicitud de la medida cautelar, se exigirá garantizar el pago de daños y perjuicios que se puedan ocasionar al que ha de sufrir la medida sí, al final, la sentencia no es favorable al actor.²⁷

La fianza se constituye como un presupuesto de la medida cautelar que complementa pero que, en modo alguno substituye a los presupuestos básicos, la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora y cuya exigencia no siempre es

²⁷Serra Domínguez, *Teoría General de las Medidas Cautelares*, p 42.

necesaria para la adopción de las medidas cautelares, sin embargo, para el caso que ocupa, sí debe considerarse como una característica fundamental para su otorgamiento, pues garantizara los daños y perjuicios que puedan causarse al acreedor.

CAPÍTULO III

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE

3.1 LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL.

Existen varios supuestos en materia civil y mercantil para que el *A quo* o bien el tribunal de alzada puedan en su oportunidad implementar estas providencias, como el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal o el Código de Comercio les llama, a este respecto, es dable resaltar lo que establecen los artículos 235 y 1168 de los Códigos citados.

Las providencias precautorias podrán dictarse:

I.- Cuando hubiese temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda.

II.- Cuando se tema que se oculte o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real (garantía hipotecaria).

III.- Cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviese otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene.

De lo anterior se desprende que las providencias precautorias constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias y sumarias; accesorias, en tanto la privación no constituye un fin en sí mismo y porque dependen del éxito de la pretensión del solicitante en la demanda relativa que decida el

fondo su acción, ya sea real o personal; y sumarias, debido a que se tramitan en plazos breves debido a la urgencia y temor de que se oculten bienes o desaparezcan las personas; y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia, por lo que tales providencias, al encontrarse dirigidas a garantizar la existencia de un derecho cuyo titular estima que puede sufrir algún menoscabo, constituyen un instrumento protector no sólo de otra resolución, sino también del interés público, pues buscan asegurar el ordenamiento jurídico del que surge el derecho para accionar al solicitante otorgado, provisionalmente, una situación provisional contra la que se reputa antijurídica; por lo que debe considerarse que la emisión de tales providencias no constituye un acto privativo, pues sus efectos provisionales quedan sujetos, menestermente, a las resultas del procedimiento jurisdiccional en el que se dicten, es decir, si bien se tendrá que hacer una espera en lo que se dirime el juicio de marras, no menos cierto es que esa espera queda garantizada con la fianza que se exhiba para la concesión de tales providencias precautorias, amén de que el sujeto afectado es parte y podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes para su defensa; inclusive pueden reclamarse tanto el secuestro como el arraigo y levantarse ya sea con el otorgamiento de una fianza o expensando a un apoderado con facultades suficientes.

Ahora bien, se podrán dictar estas medidas precautorias, siempre que se tenga el temor de que aquel quien tiene la obligación de cumplir con una prestación de cualquier tipo que le ha sido reclamada judicialmente o que se le vaya a demandar, pueda evadirse de la acción de la justicia, pero no solo él, sino también cuando se tema que enajene, oculte, dilapide, etc., los bienes en que debe ejercitarse una acción real, como en la especie ocupa (garantía hipotecaria).

Este derecho del acreedor a que se decrete una medida precautoria le permite

asegurar, para el caso de que obtenga sentencia favorable, el efectivo cumplimiento de la obligación del deudor, el éxito de la demanda y, por ende, la medida precautoria no es constitutiva de ningún derecho adicional ajeno al que será o es motivo de la controversia en la que deberá decidirse sobre la procedencia de su acción. Así, la sentencia definitiva que se emita sobre el crédito del acreedor es la que puede privarle o concederle en definitiva de su derecho al absolver o condenar del pago al deudor y no la resolución que levante la medida precautoria, que no impide la ejecución de la sentencia definitiva favorable.

Por otra parte, tanto el Código de Procedimientos Civiles, como el Código de Comercio, contemplan que las disposiciones relativas a la solicitud otorgamiento y efectos jurídicos que contraen las providencias precautorias comprenden no sólo al deudor o acreedor que las soliciten para sí, sino también a los tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos y se podrán decretar tanto en actos prejudiciales como después de iniciado el juicio respectivo, para este segundo caso la providencia precautoria se substanciará en incidente por cuerda separada y conocerá de ella el juez que conozca del negocio, de acuerdo con lo establecido en los preceptos legales números 236 y 237 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y 1169 y 1170 del Código de Comercio respectivamente si se trata de un juicio del orden civil o bien del orden mercantil.

De los párrafos anteriores resaltan dos aspectos fundamentales como medidas precautorias que establecen ambas legislaciones, a saber: el arraigo y el secuestro de bienes, por lo que hace al primero se implementará en el caso de la primer fracción de los artículos 238 del Código Sustantivo Civil y 1171 del Código de Comercio antes transcritos, y el secuestro de bienes en cuanto a las dos últimas fracciones, providencias que a continuación se analizan particularmente.

3.1.1 El arraigo

Este tipo de providencia, en materias mercantil y civil, se reducirá a prevenir al demandado de que no se ausente del lugar del juicio sin dejar representante legítimo suficientemente instruido y expensado para responder las resultas del juicio.

Si el arraigo de una persona para que conteste en juicio se pide al tiempo de entablar la demanda, bastará la petición de la actora y el otorgamiento de una fianza que responda de daños y perjuicios que se causen al demandado, cuyo monto discrecionalmente fijará el Juez, para que se haga al demandado la correspondiente notificación. Es importante destacar el hecho de que el Juez Natural deberá señalar discrecionalmente, pues para el caso en que se basa esta tesis, es una de las hipótesis que se deben desarrollar al momento de otorgar tal providencia, porque por una parte esta fianza, y ya hablando un poco del caso que ocupa, servirá para garantizar el daño o perjuicio que se le ocasionó aquel que tuvo que hacer la espera para el pago del crédito que garantizado con hipoteca otorgó.

Este arraigo debe ser cumplido cabalmente, pues de lo contrario, el que lo quebrantare, será castigado con la pena que establece el Código Penal respectivo al delito de desobediencia a un mandato legítimo de la autoridad pública, sin perjuicio de ser compelido por los medios de apremio que correspondan a volver al lugar del juicio.

De lo anterior se colige que aquella persona física o moral (esta última por medio de su representante legal) a la que se imponga esta medida precautoria no podrá abandonar el lugar en el que se tramita el juicio, precisamente para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contrajo con quien le demanda, y se otorga por el

temor que existe de que evada las responsabilidades que le fueron atribuidas, en síntesis, el arraigo consiste en aperebrir a una persona inclusive con un arresto para que no se ausente del lugar si no deja persona que tenga facultades de representación y tenga conocimiento amplio y bastante para substanciar el procedimiento que se ventila en su contra, también puede considerarse como una limitación a la libertad que tiene esa persona de abandonar su lugar de residencia y restringirlo a cierto espacio.

3.1.2 El secuestro judicial

El secuestro de bienes consiste precisamente en llevar a cabo una diligencia judicial en la que se aseguren bienes suficientes de aquel contra quien se pida la medida precautoria para garantizar el cumplimiento de una obligación, y cuando se solicite se expresará el valor de la demanda o el de la cosa que se reclama, designando esta con toda precisión, y el Juez al decretarlo, fijará la cantidad por la que haya de practicarse la diligencia; cuando se pida esta medida precautoria sin exhibir título ejecutivo, el actor dará fianza de responder por los daños y perjuicios que se sigan, ya porque se revoque ya porque entablada la demanda, sea absuelto el reo o demandado.

Empero, el que pida la providencia precautoria deberá acreditar el derecho que tiene para gestionar y la necesidad de la medida que solicita, pruebas que pueden consistir en documentos o en testigos idóneos, que según el artículo 1173 del Código del Comercio y 239 del Código Adjetivo Civil respectivamente ordena que cuando menos deberán ser tres.

De esta manera, ni para recibir información, ni para dictar una providencia precautoria se citará a la persona contra quien ésta se pida. Es claro que de toda providencia precautoria queda responsable el que la pide, por consiguiente son de su

cargo los daños y perjuicios que se originen, por tanto es él quien debe pagarlos.

En cuanto al aseguramiento de bienes decretado por providencia precautoria, se regirá por lo dispuesto para los juicios mercantiles, y en cuanto a la consignación a que se refiere los artículos 1180 del Código de Comercio y 245 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (fianza) o de acuerdo a lo que disponga la ley procesal de la entidad federativa a que pertenezca el Juez que haya dictado la providencia.

Ejecutada la providencia precautoria antes de entablada la demanda, el que la pidió deberá presentarla dentro de tres días si el juicio hubiere de seguirse en el lugar en que aquella se dictó. Si debiere seguirse en una jurisdicción distinta a la del juez del lugar del conocimiento y evidentemente conjugado con la distancia entre uno y otro, el Juez aumentará los tres días señalados, o en materia mercantil con los que resulten de acuerdo al último párrafo del artículo 1075 del Código de la materia, pero si el actor no cumple con esos requisitos, la medida precautoria se revocará de oficio, es decir, aunque el demandado no lo pida.

Y bajo este contexto, la persona contra quien se haya dictado la medida provisional, puede reclamarla en cualquier tiempo, pero antes de que la sentencia cause ejecutoria, para cuyo efecto se le notificará dicha providencia, en caso de no haberse ejecutado con su persona o su representante legítimo, igualmente puede reclamar la providencia un tercero, cuando sus bienes hayan sido objeto del secuestro. Esta reclamación se substanciará por cuaderno separado y conforme a las reglas siguientes:

- Una vez que sea reclamada la providencia precautoria en escrito de demanda en el que se ofrezcan las pruebas por el tercero, el Juez correrá traslado al promovente de

la precautoria, y en su caso al deudor para que la contesten dentro del término de cinco días, debiendo en su caso, ofrecer las pruebas que pretendan se les reciban. Transcurrido el plazo para la contestación, al día siguiente en que se venza el término, el Juez admitirá las pruebas que se hayan ofrecido y señalará fecha para su desahogo dentro de los quince días siguientes, mandando preparar las pruebas que así lo ameriten

- En la audiencia a que se refiere el artículo anterior, se recibirán las pruebas y concluido su desahogo las partes alegaran verbalmente lo que a su derecho convenga y el tribunal fallará en la misma audiencia

- Si atendido el interés del negocio hubiere lugar a la apelación, esta se admitirá solo en el efecto devolutivo. Si la sentencia levanta la providencia precautoria, no se ejecutará sino previa fianza que dé la parte que obtuvo en su favor dicha resolución. La sentencia de segunda instancia causará ejecutoria cuando la providencia precautoria hubiere sido dictada en segunda instancia, la sentencia no admitirá recuso alguno.

Cuando la providencia precautoria se dicte por un Juez que no sea el que deba conocer del negocio principal, una vez ejecutada y resuelta, la reclamación, si se hubiere formulado, se remitirán al Juez competente las actuaciones, que en todo caso se unirán al expediente para que en él obren los efectos que correspondan conforme a derecho y éste pueda tener conocimiento de que se tramitaron para así poder implementar las medidas necesarias tendientes a garantizar sus efectos jurídicos.

Las fianzas de que se trata en este capítulo, se otorgarán ante el tribunal que haya decretado la providencia precautoria respectiva.

El fiador, o la compañía de fianzas que otorgue la garantía por cualquiera de las

partes se entiende que renuncia a todos los beneficios legales, observándose para este caso lo dispuesto por los artículos 2850 a 2855 del Código Civil para el Distrito Federal.

De este modo entendemos las providencias precautorias que se encuentran reguladas en el procedimiento civil del Distrito Federal y mercantil en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, hechos que ponen de manifiesto lo que ya hemos venido hablando a lo largo del presente trabajo, es decir, el procedimiento que se requiere para que surta efecto una providencia precautoria, tanto para quien la pide como para quien se le aplica, ya sea el arraigo de personas o el secuestro de bienes, sin embargo, cabe señalar que no solo basta simplemente con pedir esta providencia, sino que además es menester tener fundamentos y probarlos ante el juez para que sea dable su reclamación, e inclusive por ello, es que se necesita otorgar la fianza que se ha dejado citada, en donde el que la otorgue es responsable de la providencia que se dicte en contra de su oponente, pues responde de ella, ya porque se revoque la providencia, ya porque entablada la demandada sea absuelto el reo²⁸ Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la propuesta que se pretende es algo similar a lo hasta aquí estudiado, pues al tratarse de medidas cautelares para garantizar el pago de un crédito demandado por su acreedor necesariamente se deben tener las bases ya conocidas, empero, la variante estriba en que mantienen con su otorgamiento el estado en que se encuentran las cosas en tratándose de una controversia de nulidad de un crédito garantizado con hipoteca, y por tanto, deben ser aplicadas a un caso en específico como es el que ahora nos ocupa, y en el que por las características especiales de la hipótesis deben ser creadas con base en esas propias particularidades de una medida que suspenda la ejecución de la hipoteca hasta que se declare la validez o la nulidad del crédito que garantiza.

²⁸ Fernando Arilla Bas, Manual Práctico del litigante, p. 128

Ahora bien, los artículos 1180 y 245 del Código de Comercio y Código Adjetivo Civil respectivamente, contemplan el derecho del demandado para que se levante una medida precautoria decretada en su contra correlativa de la obligación del Juez de hacer pronunciamiento en ese sentido, cuando se surtan los supuestos siguientes: a) Que se consigne por el deudor, solicitante del levantamiento de la medida precautoria, el valor y objeto reclamado; b) Que se dé fianza bastante a juicio del Juez; c) Que se acredite que tiene bienes raíces suficientes para responder del éxito de la demanda; d) Reclamarla en cualquier tiempo, pero antes de que la sentencia cause ejecutoria; y e) Que se tramite en forma incidental. Así, puede concluirse que para decretar una medida precautoria el ordenamiento legal en análisis no impone al Juez la obligación de oír previamente al afectado, dado que su naturaleza y finalidad de asegurar el éxito de la demanda, arraigando a la persona o secuestrando sus bienes, no se cumpliría si hubiera dilación derivada de la intervención previa del deudor, o bien no se lograría el secuestro porque el deudor podría ocultar, dilapidar o enajenar sus bienes antes de que la medida se ejecutara. Por otra parte, aunque el actor o solicitante de la medida tampoco tiene intervención previa al dictado de la resolución que levanta la medida precautoria, ello no es violatorio de garantías porque de cualquier modo queda asegurado que el actor podrá hacer efectivo su crédito, toda vez que en el caso de la consignación, el valor u objeto reclamado es puesto a disposición del Juez; en el supuesto de que se otorgue fianza suficiente, esta forma de garantizar lo reclamado sustituye a la providencia precautoria y es un medio eficaz de responder con seguridad, del éxito de la demanda; igualmente, si el deudor acredita que tiene bienes raíces suficientes para responder de las prestaciones que se le reclaman, con ello desaparece o se desvirtúa el supuesto de procedencia de la medida precautoria, consistente en que, cuando la acción sea personal, el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia; y finalmente, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 1170 y 1187 del Código de Comercio, y 237 del Código de Procedimientos

Civiles, se advierte que las providencias precautorias establecidas por dichos ordenamientos, siempre deberán decretarse antes y después de iniciado el juicio respectivo, pero nunca con posterioridad a que se dicte la sentencia definitiva que dirima el juicio natural, lo cual obedece a que de esta manera, la parte enjuiciada en quien recaigan, estará en posibilidad de reclamarlas, pues de otra manera no tendría a su alcance ningún medio legal para atacarlas, creándole con ello un estado de indefensión por desacato a los preceptos señalados e infringiendo por ende en su contra, las garantías de audiencia, legalidad y seguridad jurídica, consagradas en los artículos 14 y 16 de nuestra Ley Fundamental²⁹. De ahí que en todos los supuestos, con el levantamiento de la medida precautoria no se deja al acreedor sin la seguridad de que cuando se pronuncie sentencia ejecutoria a su favor, pueda hacer el cobro de su crédito.³⁰

Es importante señalar también que tanto el Código de Comercio, como el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no facultan al interesado a solicitar, todas cuantas veces quiera, el beneficio de las providencias precautorias por las mismas causas o hechos, pues ello equivaldría a renovar indefinidamente las peticiones relativas, al solo arbitrio del interesado y no a la luz de la razón que rige en los principios generales del derecho procesal, conforme a uno de los cuales, una vez resuelta definitivamente la litis (principal, y, por mayoría de razón, la incidental), no puede replantearse ni juzgarse nuevamente (*non bis ni idem*) por los mismos hechos o *idem causa petendi*. Si, por deficiencia del interesado o por otras causas, no se obsequia la medida precautoria o se levanta la concedida, el riesgo de insolvencia del presunto deudor es material, no jurídico.³¹

²⁹ Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Novena Época, Tomo: II, p: 577.

³⁰ Instancia: Pleno, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: V, p. 115

³¹ Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Tercer Circuito. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tomo: XII-Diciembre, p. 934.

3.4 LAS MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA FAMILIAR.

No solamente dentro de nuestro derecho común y mercantil existen las providencias precautorias citadas, también en materia de derecho familiar existen ciertos tipos de medidas cautelares que tienen la función de proteger los intereses de la institución más importante en nuestra sociedad que es la familia, de tal manera que según nuestro Código Civil, los cónyuges, están obligados a proporcionarse alimentos recíprocamente, y la ley determinará cuando queda subsistente esta obligación en los casos de separación, divorcio, nulidad de matrimonio, asimismo, ahora con las reformas aludidas también los concubinos tienen esta obligación, lo mismo que los hermanos y parientes colaterales quienes tienen la obligación de proporcionar alimentos a los menores discapacitados, este último supuesto incluye a los parientes adultos mayores hasta el cuarto grado, igualmente los padres a los hijos y los hijos a los padres, el adoptante al adoptado y el adoptado al adoptante (artículos 301, 302, 303, 304, 305, 306 y 307 del Código Civil reformado), pero el hecho de que nuestra legislación indique quienes tienen la obligación de proporcionar alimentos, no quiere decir que así deba ser necesariamente en la práctica, pues en muchas situaciones la verdad es que esto no sucede, y es precisamente para ello que se han implementado este tipo de providencias precautorias.

Así, encontramos que el artículo 315 del Código Civil para el Distrito Federal ya con las reformas que entraron en vigor el día primero de junio del año dos mil, señala quienes son las personas que tienen acción para pedir alimentos:

- I. El acreedor alimentario;

- II. EL que ejerza la patria potestad;

III. El tutor;

IV. Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado;

V. La persona que tenga bajo su cuidado al acreedor alimentario; y

VI. El Ministerio Público

Ahora bien, con las reformas de mérito, ya no solo son estas personas quienes pueden denunciar los alimentos, sino también toda persona que tenga conocimiento sobre la necesidad de otro de recibirlos y pueda aportar los datos de quienes están obligados a proporcionarlos, acudiendo ante el Ministerio Público o Juez de lo Familiar indistintamente, a denunciar esta situación,

Si las personas a que se refieren las fracciones II, III, IV y V del artículo 315 del código sustantivo civil, no pueden presentar al acreedor alimentario en el juicio en que se pida el aseguramiento de alimentos, se nombrará por el juez de lo familiar un tutor interino, el aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, póliza de fianza, deposito de cantidad bastante a cubrir los alimentos o cualesquiera otra forma de garantía que a juicio del Órgano Jurisdiccional sean suficientes, pero sin la necesidad de allegarse de un cúmulo de medios de convicción, porque nuestra legislación en tratándose de la fijación de medida provisional por concepto de alimentos, no obliga al juez concedor de la providencia, a recabar exhaustivos medios de convicción para decretarla, porque ello resulta optativo y por tanto no viola las garantías individuales de las personas, en razón de que el deudor alimentario puede obtener la modificación respectiva en la resolución definitiva que debe emitirse en el juicio especial de

alimentos³², ahora bien, el tutor interino dará garantía por el importe anual de los alimentos, pero cuando el deudor alimentario no estuviere presente o estándolo se rehusare a entregar los alimentos a que se encuentra obligado, será responsable de las deudas que los acreedores contraigan para cubrir sus exigencias, lo que quedará sujeto al criterio del juez de lo familiar quien resolverá el monto de la deuda, para que no se exija el pago de lo indebido o de lujos realmente innecesarios. Ahora bien de acuerdo a lo dispuesto por el numeral 321 del Código Civil, el derecho a recibir alimentos no es renunciable ni puede ser objeto de transacción, de ahí la importancia de las providencias precautorias de las que refiero, porque si interpretamos este precepto a contrario sensu, se nos indica que los alimentos son un derecho que puede y debe ser exigible por quien tiene derecho a ellos, y una manera de solicitarlos es precisamente mediante una providencia precautoria que solicite quien tema que el obligado a concederlos oculte o dilapide sus bienes para no darlos, ya que con ella se garantizará el cumplimiento de sus obligaciones mientras se tramita el juicio principal, pues recordemos que este tipo de providencias se pueden solicitar antes, en la primera actuación, o bien, durante un procedimiento.

Bajo este contexto, se estima oportuno señalar ahora, que para el caso en que se soliciten las providencias precautorias en materia familiar y para solicitar específicamente el pago de alimentos, el trámite deberá hacerse conforme a lo establecido en el Capítulo VI del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es decir, de acuerdo con los preceptos legales, los términos y las formas que ya se estudiaron al momento de analizar las providencias precautorias en materia civil, No obstante lo anterior, considero oportuno precisar lo que el Código en comento establece en el capítulo exclusivo para la materia familiar, lo que se hace a continuación.

³² Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Octava Época.

Primeramente, los artículos 940 y 941 del Código Adjetivo Civil, establecen que, todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad, y que es el Juez de lo Familiar quien estará facultado para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia especialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando las medidas que tiendan a preservar y a proteger a sus miembros, de tal forma que las providencias precautorias en cuestión de alimentos debe ser necesariamente promovidas ante un Juez de lo Familiar y que este quien deberá otorgarlas, quien a su vez se encuentra obligado a suplir la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho, de lo que se colige que en materia familiar sí existe la suplencia de la queja deficiente, y el A quo podrá subsanar estas omisiones, ello si se considera que en cuestión de alimentos, quien lo requiere es un miembro de la familia que lo necesita y que evidentemente deben serle proporcionados, contribuyendo el Juez Natural de esta manera, es decir, subsanando las omisiones que en derecho se presentaren, amén de que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 942 y 943 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal reformado, no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar cuando se solicite la declaración preservación o constitución de un derecho o se alegue la violación del mismo o el desconocimiento de una obligación, más aún en tratándose de alimentos, para lo que podrá acudir al Juez de lo Familiar por escrito o por comparecencia persona en los casos urgentes (providencias precautorias), exponiendo de manera breve y concisa los hechos de que se trate, y tratándose de alimentos ya sea provisionales o los que se deban por contrato, por testamento o por disposición de la ley, el A quo fijará a petición del acreedor sin audiencia del deudor, y mediante la información que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional mientras se resuelve el juicio. Lo que podemos considerar como medidas precautorias solicitadas durante un procedimiento.

3.5 LAS PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS EN MATERIA LABORAL

Este tipo de medidas se encuentran legisladas dentro del capítulo XV de la Ley Federal del Trabajo, y en los artículos 857 al 864, que al respecto señala lo siguiente.

Los Presidentes de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, o los de las Especiales de las mismas, a petición de parte, podrán decretar las siguientes providencias cautelares.

- I. Arraigo, cuando haya temor de que se ausente u oculte la persona contra quien se entable o se haya entablado una demanda; y
- II. Secuestro provisional, cuando sea necesario asegurar los bienes de una persona, empresa o establecimiento.

Las providencias cautelares podrán ser solicitadas al presentar la demanda, o posteriormente, ya sea que se formulen por escrito o en comparecencia. En el primer caso, se tramitarán previamente a emplazamiento, y en el segundo, por cuerda separada. En ningún caso, se pondrá la solicitud en conocimiento de la persona contra quien se pida la providencia.

El arraigo se decretará de plano y su efecto consistirá en prevenir al demandado que no se ausente del lugar de su residencia, sin dejar representante legítimo, suficientemente instruido y expensado.

La persona que quebrante el arraigo decretado, será responsable del delito de desobediencia a un mandato de autoridad. Para este efecto, el presidente de la junta

hará la denuncia respectiva ante el Ministerio Público respectivo.

Para decretar un secuestro provisional se observaran las normas siguientes:

I. El solicitante determinará el monto de lo demandado y rendirá las pruebas que juzgue conveniente para acreditar la necesidad de la medida;

II. El presidente de la junta, tomando en consideración las circunstancias del caso y las pruebas rendidas dentro de las veinticuatro horas siguientes a la en que se le solicite, podrá decretar el secuestro provisional si a su juicio, es necesario la providencia;

III. El auto que ordena el secuestro determinará el monto por el cual deba practicarse y;

IV. El presidente de la junta dictará las medidas a que se sujetará el secuestro a efecto de que no se suspenda o dificulte el desarrollo de las actividades de la empresa u establecimiento.

En el caso de la fracción II del artículo anterior se considerará necesaria la providencia, cuando el solicitante compruebe que el demandado tiene diferentes juicios o reclamaciones ante autoridades judiciales o administrativas promovidos por terceros en su contra, y que por su cuantía a criterio del presidente existe el riesgo de insolvencia.

La providencia se llevará a cabo aún cuando no esté presente la persona contra quien se dictó. El propietario de los bienes secuestrados será depositario de los mismos

**ESTA TESIS NO SE
DE LA BIBLIOTECA**

sin necesidad de que acepte el cargo ni proteste desempeñarlo, con las responsabilidades y atribuciones inherentes al mismo, observándose las disposiciones de esta ley en lo que sean posibles. En caso de persona moral el depositario lo será el gerente o director general o quien tenga la representación legal de la misma, pues es claro que este tipo de personas no puede ser representada por si misma, pues son un ente creado por dos o más personas físicas, en donde una o varias de ellas tienen su representación y deben responder por el secuestro judicial de los bienes materia de éste. Si el demandado constituye depósito u otra fianza bastante no se llevará a cabo la providencia cautelar o se levantará la que se haya decretado.

CAPÍTULO VI

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO MERCANTIL CUANDO SE DEMANDA LA NULIDAD DE UN CONTRATO DE CRÉDITO SIMPLE CON GARANTIA HIPOTECARIA

Hasta ahora, en los tres capítulos anteriores se han estudiado temas íntimamente relacionados con la hipótesis que se ventila en esta tesis, tales como el contrato de apertura de crédito simple, las providencias precautorias y la forma en que en nuestro País se tramitan estas providencias, e inclusive se trataron distintas hipótesis en materia familiar, civil, laboral y mercantil, sin embargo, no basta con señalar lo que ya se tiene contemplado en nuestra doctrina y en nuestras legislaciones, sino que es menester utilizar e implementar ahora todas las ideas que en cada uno de los capítulos anteriores se han comentado, a fin de analizar la propuesta de tesis materia del presente trabajo.

En el tema de tesis que ocupa se desprenden dos elementos básicos, a saber, primeramente, que se demande la nulidad de un contrato de crédito simple con garantía hipotecaria, y en consecuencia la solicitud de las medidas cautelares de las que hablamos para que no se ejecute la garantía en caso de que sea demandada por el acreedor hasta en tanto se resuelva el juicio de nulidad.

Pero ¿en qué consisten estas medidas cautelares y qué tipo de regulación tendrán en nuestra legislación mercantil?; regularmente cuando una persona demanda la nulidad absoluta o relativa de un crédito garantizado con hipoteca contratado con cualquier institución bancaria o persona física o moral que lo haya otorgado con las características señaladas, lo hace precisamente porque considera que las condiciones en que se pactó el crédito concedido son ventajosas para su acreedor, porque existe algún vicio en la voluntad al momento de contratar y no fue observado por la extrema necesidad que tenía el deudor al momento de firmar el contrato o la suma urgencia que la persona tenga por hacerse del dinero que se solicita a la institución de crédito o

persona que lo concede, la ignorancia, el error o el dolo con que se comporte el acreedor en la elaboración de las cláusulas del básico, etc., empero, en el caso que ocupa no importa cual sea el motivo o causa que orille al deudor a demandar la nulidad del crédito, pues las medidas que se proponen operan para cualquiera que sea la razón de la demanda de nulidad.

Ahora bien, en la práctica cotidiana que se tiene en el desempeño de esta carrera, que es precisamente por la que se hace el presente trabajo de investigación, se observa frecuentemente que una vez que el acreedor se entera que se le ha demandado la nulidad del crédito que otorgó, en el primer escrito que presenta, y que regularmente es el de contestación de la demanda, se reconviene al actor de la demanda de nulidad el vencimiento y pago anticipado del crédito, sin embargo, no es menester que se demande la nulidad del crédito garantizado con hipoteca por parte del deudor, para que el acreditante demande el vencimiento anticipado del crédito, porque aún sin que esto suceda, basta con que el deudor haya incumplido en sus obligaciones de pago, o que el acreditado incumpla en una o varias de las cláusulas que contiene el crédito contratado, pero en ambos casos y debido a la naturaleza hipotecaria del crédito, desde los primeros escritos el acreedor solicita al Juez, se gire oficio al C. Director del Registro Público de la Propiedad para que inscriba esa demanda y el inmueble materia del crédito no pueda ser de ninguna forma ejecutado por otro distinto acreedor, ni enajenado por el propietario, tal y como lo ordenan los artículos 470 y 484 del Código de Procedimientos Civiles, que respectivamente en el caso señalan: “presentado el escrito de demanda, acompañado del instrumento respectivo, el Juez, si encuentra que se reúnen los requisitos fijados por los artículos anteriores, admitirá la misma y mandará anotar la demanda en el Registro Público de la Propiedad...” y “Anotada la demanda en el Registro Público de la Propiedad, no podrá verificarse en la finca hipotecada ningún embargo, toma de posesión, diligencia precautoria o cualquier otra

que entorpezca el curso del juicio, sino en virtud de sentencia ejecutoriada relativa a la misma finca, debidamente registrada y anterior en fecha a la inscripción de la referida demanda o en razón de providencia precautoria solicitada ante el Juez por acreedor con mejor derecho, en fecha anterior a la de la inscripción de la demanda.”, ahora bien, de las transcripciones anteriores se observa la indefensión que se crea al propietario de la garantía hipotecaria, pues no puede de forma alguna hacer uso de ese inmueble, de ahí la necesidad de crear un capítulo especial en el Código de Comercio para que mediante el otorgamiento de una fianza el deudor hipotecario pueda hacer uso de su inmueble hasta en tanto se resuelva el juicio en que haya demandado la nulidad del crédito que garantiza la hipoteca, amén de que también se observa en los artículos invocados, que la ley ya establece la solicitud de providencias precautorias cuando existe un mejor derecho que el de la persona (acreedora) que promovió el juicio reclamando el pago total del crédito, pero nada dice nuestra legislación respecto de aquel a quien se le demandó el cumplimiento anticipado del crédito, paralizándolo de tal forma que nada puede hacer respecto de la inscripción de la demanda en el Registro Público de la Propiedad y sus efectos, quedando totalmente restringido para ejercitar cualquier acto jurídico respecto del inmueble hipotecado hasta en tanto se resuelva el conflicto judicial e inclusive con el peligro latente de que se llegue a ejecutar el bien inmueble dado en garantía y se cause un daño de difícil reparación, por lo que es bajo esta tesitura que deben regularse e implementarse leyes que permitan a aquellas personas que se encuentren en este supuesto jurídico, administrar el bien inmueble materia de la hipoteca de la manera en que mejor le convenga, y de esta manera pueda inclusive hacer el pago del crédito demandado.

Pero, así como se prevén las medidas cautelares en favor del deudor o acreditado, a fin de que tenga un mejor manejo de sus inmuebles, también se considera que no siempre ésta parte obtiene una sentencia favorable, por lo cual en muchas ocasiones lo

único que se pretende con la presentación de la demanda de nulidad, es alargar el procedimiento, la impartición de justicia y con ella el pago de lo que debe, lo cual es sumamente benéfico para su parte, y desventajosa para quien otorgó de buena fe un crédito, motivos por los que en la regulación de las medidas cautelares que se proponen no sólo se conceden derechos a la parte deudora para que maneje el inmueble hipotecado y pueda incluso enajenarlo, sino que también se proponen ciertas exigencias que debe cumplir aquel quien pretende le sean otorgadas las medidas cautelares, ya que en el caso deberá otorgar una fianza que garantice el pago de las prestaciones que se le reclamen, y mientras dure la tramitación del juicio, las cuales le serán devueltas si se resuelve la nulidad del crédito garantizado con hipoteca, y no, si en el caso, la sentencia definitiva que se dicte le resulta desfavorable, por lo que en ese caso le serán entregadas a su contraparte como recompensa por la espera que tuvo que hacer por la tramitación del juicio de nulidad y el pago del crédito que otorgó.

En capítulos anteriores se ha hecho alusión a que uno de los efectos de las medidas cautelares, es que las cosas se mantengan en el estado que se encuentran hasta en tanto se resuelva el juicio principal de nulidad, pues este es uno de los presupuestos de esta medidas, en el caso y una vez que se soliciten, el Juez si considera oportuno otorgarlas deberá dictar un auto en el que se señale que la demanda del acreedor no debe ser inscrita en el Registro Público de la Propiedad, ni se pueda llevar a cabo ningún acto tendiente a la ejecución de la garantía hipotecaria, porque se han otorgado las medidas cautelares, asimismo, deberá notificar a los jueces o tribunales que indique el acreditado y en donde se puedan llevar a cabo actos de ejecución por concepto del contrato de crédito garantizado con esa hipoteca, para que no se lleve a cabo ninguna acto de ejecución hasta en tanto se resuelva el juicio de nulidad, de igual forma deberá precisar en ese mismo proveído el monto de la fianza que deberá ser anual y en base a un porcentaje que deberá ser siempre del veinte por ciento de la suerte principal o del

crédito otorgado para el caso en que se solicite en la primera instancia, y de un 30% cuando se pida en la segunda instancia, así como un plazo no mayor a cinco días para que el demandado acreditado la exhiba, ya que sin la cual no podrá gozar de los beneficios que conceden estas medidas cautelares, ahora bien, se propone que el monto de la fianza que fije el Juez para la concesión de las medidas en comento se anual, toda vez que por a naturaleza del juicio ordinario en que se demanda la nulidad del crédito, generalmente su tramitación tarda más de un año, y con la implementación y duración anual de las medidas cautelares se permitiría entre otras cosas, agilizar el procedimiento, pues se evitaría con ello la tramitación incidental de las medidas cautelares y la presentación de promociones y el otorgamiento de fianzas innecesarias a un menor tiempo; de igual manera, se propone que el monto de la fianza que deba fijar el Juez o tribunal que las otorgue sea del veinte por ciento del valor del crédito contratado en tratándose de juicios de primera instancia, porque considero que será una cantidad suficiente para reparar los perjuicios causados por la espera que se tendrá que hacer por la tramitación del juicio de nulidad, que inclusive puede ser muy larga, y por ello estimo que es un porcentaje adecuado, porque si fuera mayor seguramente no serían factibles de ser solicitadas las medidas cautelares de las que hablamos, pues el deudor no podría o no tendría posibilidades pecuniarias para solicitarlas por el simple monto de la fianza, ahora bien, en tratándose de procedimientos de segunda instancia la fianza evidentemente de ser mayor, por el estado del juicio en que ahí se encuentra, pues se trata de una instancia en donde se puede finalizar el procedimiento y llegar a rematar prontamente la garantía hipotecaria, amén de que al estarse ya en una segunda instancia es por que de alguna manera ya se ha condenado al deudor al pago del crédito en una oportunidad, de ahí que quien pretenda la no ejecución de esa garantía deba otorgar un porcentaje de la suerte principal o crédito contratado mayor al que se requiere en primera instancia. Asimismo, debe establecerse que la solicitud de actualización de la fianza para que surtan las medidas cautelares, puede hacer tantas

veces como tarde la resolución definitiva, porque al ser anual la vigencia de ellas, es claro que si ha finalizado el año por el que se solicitaron y otorgaron las medidas cautelares y aún no ha concluido el procedimiento judicial de nulidad, puede nuevamente y previa exhibición diversa de la fianza que indique el Juez del conocimiento, mantenerse los efectos de las medidas cautelares, para garantizar por un año más los actos tendientes a la no ejecución de la hipoteca que garantiza al crédito, pues esta es precisamente la finalidad de tales medidas, es decir, que se mantengan las cosas en el estado en que se encuentran hasta en tanto no sea decretada la nulidad o no del crédito garantizado con hipoteca mediante resolución definitiva del juicio en que se dirime, pero sin que ello deba implicar un perjuicio al acreditante por la espera que tenga que hacer para el cobro del crédito que concedió al deudor, pues este supuesto se satisface con la exhibición de la fianza que otorga quien solicita las medidas cautelares, misma que en caso de no obtener sentencia favorable en el juicio de nulidad será entregada al actor previo requerimiento al Juez o tribunal que las haya concedido en forma incidental para resarcirlo por la espera que tuvo que hacer por la tramitación del procedimiento de nulidad.

Las medidas cautelares a las que hacemos referencia, se deben tramitar en un procedimiento seguido en la vía ordinaria mercantil, y ello debe ser así, precisamente porque se trata de un contrato de naturaleza eminentemente mercantil, como lo es el otorgamiento de un crédito, amén de que tal tipo de demanda (prestaciones) no se encuentra en ninguno de los supuestos que establece el artículo 1391 del Código de Comercio para que se invoque la vía ejecutiva o especial, por lo que bajo ese contexto se debe tramitar conforme a lo dispuesto por el artículo 1377 del Código en comento, pues este precepto señala que cuando la contienda entre las partes no tenga señalada tramitación especial en las leyes mercantiles se ventilará en juicio ordinario, tal y como resulta el que caso que ocupa, de tal forma que la vía debe ser la ordinaria y las partes

deben y sujetarse a la normas y procesos que imponen en el Código de Comercio; se hace la anterior aclaración porque como es sabido en el Título Séptimo, Sección segunda, Capítulo III del código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se encuentra regulado un capítulo especial en tratándose de crédito garantizados con hipoteca, sin embargo, es de suma importancia señalar que para que pueda tramitarse en la vía especial Hipotecaria un juicio, es menester que el juicio en cuestión tenga por objeto la constitución, ampliación, división registro y extinción de una hipoteca, así como su nulidad, cancelación o bien, el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice, y como en el supuesto que referimos en esta tesis no se trata de ninguno de los supuestos anteriores, no puede tramitarse en esta vía la nulidad del crédito simple con garantía hipotecaria, ahora bien, cabe hacer la aclaración de que el artículo 468 del Código Adjetivo Civil establece, que podrá pedirse la nulidad de la hipoteca en esta vía, empero, para el caso que ocupa, no se trata de demandar la nulidad de la hipoteca sino el contrato de crédito que fue garantizado con hipoteca, de ahí que no sea procedente la vía especial hipotecaria que se encuentra legislada en el Código Adjetivo Civil, por lo que sólo excepcionalmente se podrán promover al contestar una demanda hipotecaria o ante el tribunal de alzada.

Por otro lado, se ha estado argumentando también, que pueden demandarse en forma simultánea tanto la nulidad del crédito simple por parte del acreditado o deudor, como la prelación o el cumplimiento del pago anticipado del crédito otorgado por parte del acreditante, y bajo estas circunstancias resalta la importancia de este tema, pues la implementación de estas medidas cautelares, tiene como finalidad entre otras cosas la de evitar que se dicten sentencias contradictorias, pues podría darse el caso en que por una parte se declare la nulidad del crédito y por otra se condene al deudor al cumplimiento anticipado del mismo, lo que por obvias razones no haría posible la impartición de la justicia en ninguno de los dos casos, pues se trataría de dos

sentencias definitivas que no se deberían ejecutar por la contradicción que tendrían, de ahí que con la implementación de las medidas cautelares se garantizaría el principio fundamental de impartición de justicia y de seguridad jurídica que habla nuestra Carta Magna.

Bajo este contexto, el otorgamiento de las medidas cautelares que solicite el deudor detendrían el procedimiento Especial Hipotecario en el que se demandara el pago anticipado del crédito que garantice la hipoteca, pues esta sería una de las funciones que tendrían tales medidas, es decir, al momento en que el Juez o tribunal que conozca del caso dicte el auto por el que se concedan dichas medidas, y con la debida información que el interesado proporcionare, remitiría oficio al Juez o tribunal que a su vez se esté tramitando aquel juicio, para que dicte las medidas necesarias y lo detenga hasta en tanto se dicte la sentencia definitiva que en la nulidad corresponda, y en el caso se habla de que se tendría que detener el juicio en que se demandara el pago del crédito, porque al ser este un procedimiento especial, es mucho mas rápido que el ordinario por lo que si no se parara el procedimiento hipotecario y se llegara a ejecutar la sentencia definitiva que en él se haya dictado y se remataran en su caso los bienes materia de la hipoteca, se estaría dejando en estado de indefensión al actor que demanda la nulidad e inclusive se causaría un daño de imposible reparación, amen de que si el fallo que se dicte en el juicio de nulidad le llegare a ser favorable al actor en ese juicio, quedaría sin ejecución y no podría impartirse la justicia ahí juzgada, pues evidentemente ya se habrían rematado, enajenado, vendido, etc., los bienes materia de la hipoteca y del crédito; es por ello que se hace de importancia la no ejecución de la garantía hipotecaria.

Se ha manifestado que para que sea posible el otorgamiento de las medidas cautelares, aquella persona física o moral que la solicite, debe menestermente probar la

necesidad de estas y la urgencia de las mismas, lo que evidentemente debe de hacerse con medio de convicción idóneo, prueba que en el caso que ocupa consistirá en el propio contrato de crédito garantizado con hipoteca, pues es este por un lado, el documento base de la acción del que se pretende la nulidad y que sirve de fuente de las obligaciones de ambas partes, de ahí que la prueba adecuada para la solicitud y otorgamiento de las medidas cautelares sea el propio contrato de crédito aludido.

Ahora bien, es oportuno aclarar que la anterior forma de pedir las medidas precautorias a fin de que no se ejecute en ninguna forma la garantía hipotecaria otorgada, esta hecha con base en una demanda en la que el deudor reclama la nulidad del contrato, y en este sentido es también oportuno señalar que en tratándose de una contestación de demanda en la que al acreditado le haya sido demandado el pago anticipado del contrato, la forma de pedir las medidas precautorias es exactamente la misma, es decir, dentro de la contestación se implementará un capítulo especial en el que se soliciten las medidas precautorias con las mismas formalidades que se han descrito, solicitando igualmente se fije fianza para su otorgamiento y garantía de la espera por la tramitación del juicio, empero, cuando se pretenda sean concedidas este tipo de medidas y del procedimiento se encuentre conociendo ya el tribunal de apelación, la forma de pedir las medidas deberá hacerse de manera incidental, que será tramitado por cuerda separada y conocerá de ellas el mismo tribunal al que se le soliciten, siguiendo las reglas procedimentales que se contienen en el Código de Comercio en materia de incidentes, pudiendo también solicitarse ante el Tribunal de Alzada antes de que se resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva de primera instancia.

El que solicite las medidas cautelares será responsable del pago de los daños y perjuicios causados a la persona acreedora hipotecaria en contra de quien se hubiesen

ejecutado cuando esta parte no obtenga sentencia judicial definitiva que hubiese quedado firme en el juicio del que demandó la nulidad del crédito garantizado con la hipoteca (y cuando, se acredite que las medidas cautelares fueron solicitadas con el fin de retardar el procedimiento), en cuyo caso la fianza que otorgó le será entregada a su contraparte, por la espera que tuvo que hacer debido a la tramitación del juicio de nulidad del crédito garantizado con hipoteca, reclamo que deberá hacerse en forma incidental ante el juez o tribunal que la haya concedido una vez que cause estado la resolución del procedimiento de nulidad del crédito garantizado con hipoteca.

El Juez o Tribunal del conocimiento decidirán en la resolución correspondiente del procedimiento respectivo, sobre la cesación o duración de las medidas cautelares adoptadas, que como ya se dijo, se propone que la duración sea anual y que se pueda pedir tantas veces como se requiera, pues si transcurre el lapso de tiempo por el que fueron concedidas, es decir, de un año, es claro que si no se vuelve a pedir o no se concede que siga surtiendo efectos, el acreedor puede llevar a cabo los actos de ejecución respectivos (remate del bien dado en garantía hipotecaria) a fin de obtener el pago del crédito que otorgó, de ahí que pueda ser solicitada su duración las veces que sea necesario.

Por otra parte, debe establecerse que ni para recibir la información ni para dictar una medida cautelar, se citará a la persona contra quien ésta se pida, pues no existe razón legal para ello, toda vez que se trata de una medida cautelar en la que no se necesita de medios de prueba ofrecidos por ambas partes, y porque se trata de una medida que debe ser solicitada unilateralmente por el deudor y que basta como prueba la simple exhibición del contrato de crédito garantizado con hipoteca, amén de que la espera que en el caso tenga que hacer el acreedor por la implementación de tales medidas cautelares ya se encuentra garantizada con la fianza que se requiere para que

sean concedidas.

Sin embargo, si el solicitante no otorga la fianza que se le haya fijado en el término legal concedido, que deberá ser de cinco días (término prudente para la obtención de la fianza ante una compañía afianzadora), la medida cautelar se revocará de oficio, aunque no lo pida su contraparte y quedará sin efectos, y ello debe ser así, porque se considera que a quien le interesa surtan sus efectos las medidas cautelares, es precisamente al deudor hipotecario que las solicita, de ahí que la forma en que debe mostrar su interés jurídico esta parte sea precisamente exhibiendo la fianza que el Juez o tribunal le haya solicitado, porque de lo contrario se entiende que el juicio de origen le interesa, y ello debe ser tramitado aun de oficio, porque a los órganos jurisdiccionales les corresponde garantizar la igualdad en el procedimiento, amén de que quien obtendrá los beneficios de tales medidas cautelares debe hacer lo pertinente para gozar de ellos y si no lo hace de esta manera se deben llevar a cabo los respectivos actos de ejecución de la hipoteca, porque no existe garantía otorgada por el solicitante para detenerlos.

Cuando la medida cautelar se dicte por un juez o Tribunal que no sea el que deba conocer del negocio principal, porque como ya dijimos, se puede presentar el caso en que en diverso juicio al que se solicite la nulidad del contrato de crédito con garantía hipotecaria, se estén o se puedan llevar a cabo actos de ejecución de la garantía hipotecaria, una vez ejecutada la misma se remitirán al juez o tribunal competentes las actuaciones, que en todo caso se unirán al expediente para que en él obren los efectos que correspondan conforme a derecho.

Las fianzas de que se trata en este capítulo, se otorgarán ante el juez o tribunal de Alzada que las haya decretado la medida cautelar respectiva y en su caso se endosarán

a favor del acreedor hipotecario del solicitante, y ello debe ser así, porque es precisamente el acreditante quien en el caso será el beneficiario de esas fianzas, porque esta parte es quien tendrá que hacer una espera en el pago del crédito que otorgó, de ahí que deben ser expedidas a disposición de la autoridad judicial, y sin que ello le pare perjuicio al solicitante, pues si se resuelve en sentencia definitiva que existe nulidad en el crédito garantizado con hipoteca, tales pólizas de fianza le serán devueltas o la obligación del fiador se extinguirá y habría obtenido los beneficios de las medidas cautelares, es decir, que no se lleve a cabo ningún acto tendiente a la ejecución de esa garantía hipotecaria.

Ahora bien, el fiador, o la compañía autorizada de fianzas que otorgue la garantía por el solicitante, debe renunciar a todos los beneficios legales, observándose en este caso, lo dispuesto en los artículos 2850 a 2855 del Código Civil para el Distrito Federal, y será responsable solidario con el solicitante por el pago de la fianza respectiva, ello para mayor seguridad y garantía del pago de los perjuicios en favor del acreditante, pues la solidaridad obliga tanto al solicitante de medidas cautelares como a la compañía afianzadora que expidió la póliza y/o al fiador que prestó fianza, todo sin los beneficios de orden y excusión.

Por último, en el caso en que el solicitante de las medidas cautelares obtuviere sentencia favorable en el juicio de nulidad del crédito garantizado con hipoteca, podrá de forma incidental tramitar ante el juez o tribunal que las haya otorgado, la devolución de las pólizas de fianza que fueron otorgadas para garantizar la espera del acreedor hipotecario, para efectos de que se recupere la cantidad que tuvo que entregar a la compañía afianzadora para que esta a su vez se obligará junto con él a responder por los daños y perjuicios que se hubieren podido causar por la espera en la tramitación de dicho juicio.

De todo lo anterior se desprende que no basta con que se señalen las opciones que se tiene para implementar las medidas cautelares en un procedimiento como el que se señaló, ni que se queden simplemente como una buena propuesta teórica, sino que además, es menester que para que estas puedan ser implementadas estén reguladas en nuestro Código de Comercio, pues de no ser así, no tendrán un sustento jurídico que las respalde y no serán susceptibles de ser aplicadas a las personas que se encuentren en esta hipótesis, ya que como medidas fundadas en un principio general de derecho de equidad, son susceptibles de no ser implementadas por todos los jueces, por ello, es que además de justificar y fundamentar su aplicación, me he permitido elaborar los artículos o preceptos legales que podrían ser los que regulen dicha propuesta, por lo que al respecto se propone la creación de un capítulo especial en la legislación mercantil que regule estas disposiciones, capítulo que a mi juicio puede quedar como sigue en la parte relativa al Código de Comercio en el libro Quinto que se denomina: “De los juicios Mercantiles” Título Primero:

4.1 LEGISLACIÓN PROPUESTA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CÓDIGO DE COMERCIO

“CAPITULO XI-BIS

“DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CUANDO SE DEMANDA LA NULIDAD DE UN CONTRATO DE CRÉDITO CON GARANTÍA HIPOTECARIA”

ARTICULO XXXX-I.- Las medidas cautelares podrán dictarse por los jueces o tribunales:

1.- Cuando lo solicite el interesado y exista un contrato de crédito garantizado con

hipoteca del que se pretenda sea declarada su nulidad y que no haya sentencia judicial firme en que se condene al solicitante al pago de la hipoteca del mismo crédito.

II.- Cuando se acredite por parte del deudor la existencia de un crédito garantizado con hipoteca que sea exigible o pueda serlo y del cual pretenda sea declarada su nulidad.

III.- Cuando el solicitante de la medida señale el monto de la obligación principal y el domicilio de sus acreedores.

ARTICULO XXXX-2.- En los procedimientos judiciales en que se demande la nulidad de un contrato de crédito con garantía hipotecaria, los jueces o tribunales del conocimiento podrá adoptar las siguientes medidas cautelares para garantizar los derechos del solicitante:

I.- Ordenar a la acreedora que no se ejecute la hipoteca que garantice el crédito del cual se pretenda su nulidad, y en su caso a las autoridades correspondientes que se suspendan todos los procedimientos de ejecución de la hipoteca hasta en tanto se resuelva en definitiva el juicio de nulidad del crédito que garantiza.

II.- Notificar al Registro Público correspondiente para que no inscriba en los libros o folios respectivos cédula hipotecaria, alguna ni demanda por la que se pida el pago de la hipoteca que garantiza el crédito del que se pidió la nulidad.

Artículo XXXX-3.- Para la procedencia de las medidas a que se refiere el artículo anterior, se podrán solicitar las medidas cautelares que éste código señala y se deberán cubrir los siguientes requisitos:

I. En la solicitud que se haga desde el escrito de demanda en la que se reclame la nulidad del contrato de crédito garantizado con hipoteca fundándola en documento fehaciente;

II.- En cualquier momento del juicio respectivo en el que se pretenda sea declarado nulo el contrato de crédito garantizado con hipoteca, y hasta antes de sentencia de segunda instancia

III.- Que el solicitante otorgue fianza suficiente fijada por el Juez o Tribunal según corresponda, para responder de los daños y perjuicios que se pudieran causar a la persona acreedora de la hipoteca que garantiza el crédito del que se pide la nulidad y que siempre será del 20% del valor del crédito contratado garantizado con hipoteca, para la concesión de las medidas cautelares en primera instancia; y del 30% por ciento del valor de dicho crédito en la segunda instancia.

La fianza a que se refiere este artículo deberá ser exhibida dentro de los 5 días siguientes al en que se concedan las medidas cautelares para que surtan sus efectos las mismas, a disposición de la autoridad judicial la que en su caso endosará favor de la parte acreedora del solicitante.

ARTICULO XXXX-4.- La prueba del crédito y de la garantía hipotecaria a cargo del solicitante debe consistir en documento idóneo.

ARTICULO XXXX-5.- Las medidas cautelares establecidas por este Código solo podrán solicitarse en dos ocasiones, que serán, desde la admisión de demanda de nulidad de un crédito garantizado con hipoteca, como después de iniciado el juicio respectivo hasta antes de sentencia de segunda instancia; el solicitante podrá presentar

la petición de medidas cautelares en la demanda de nulidad correspondiente o cuando conteste la demanda en que se le exige pago del crédito; para el segundo caso dichas medidas se substanciarán en incidente por cuerda separada y conocerá de ellas el Juez o Tribunal que al ser presentada la solicitud éste conociendo del asunto.

Artículo XXXX-6.- El solicitante de las medidas cautelares será responsable del pago de los daños y perjuicios causados a la persona acreedora hipotecaria en contra de quien se hubiesen ejecutado cuando:

I. El solicitante no obtenga sentencia judicial definitiva que hubiese quedado firme el en juicio del que demandó la nulidad del crédito garantizado con la hipoteca.

II. Se haya solicitado una medida cautelar con el fin de retardar el procedimiento.

Artículo XXXX-7.- En cualquiera de los dos casos anteriores el Juez deberá poner a disposición y entregará al acreedor hipotecario respectivo la fianza que se hubiese exhibido como pago de daños y perjuicios por la espera realizada, una vez que cause estado la resolución del procedimiento de nulidad del crédito garantizado con hipoteca.

Artículo XXXX-8.- El Juez o Tribunal del conocimiento decidirán en la resolución correspondiente del procedimiento respectivo, sobre la cesación o duración de las medidas cautelares adoptadas.

Artículo XXXX-9.- En cualquier medida cautelar que se practique, deberá cuidarse que ésta no sirva como medio para retardar el procedimiento y la ejecución de la garantía hipotecaria respectiva en detrimento del acreedor hipotecario correspondiente.

Artículo XXXX-10.- Ni para recibir la información ni para dictar una medida

cautelar, se citará a la persona contra quien ésta se pida.

ARTICULO XXXX-11.- En la ejecución de las medidas cautelares no se admitirá excepción alguna.

ARTICULO XXXX-12.- Si el solicitante no otorga la fianza que se le haya fijado en el término legal que se le haya concedido conforme al artículo. XXXX-3, la medida cautelar se revocará de oficio, aunque no lo pida su contraparte y quedará sin efectos.

ARTICULO XXXX-13.- Cuando la medida cautelar se dicte por un juez o Tribunal que no sea el que deba conocer del negocio principal, una vez ejecutada la misma se remitirán al juez o tribunal competentes las actuaciones, que en todo caso se unirán al expediente para que en él obren los efectos que correspondan conforme a derecho.

ARTICULO XXXX-14.- Las fianzas de que se trata en este capítulo, se otorgarán ante el juez o tribunal que haya decretado la medida cautelar respectiva y a favor del acreedor hipotecario del solicitante.

El fiador, o la compañía autorizada de fianzas que otorgue la garantía por el solicitante renuncia a todos los beneficios legales, observándose en este caso, lo dispuesto en los artículos 2850 a 2855 del Código Civil para el Distrito Federal, y será responsable solidario con el solicitante por el pago de la fianza respectiva.

ARTICULO XXXX-15.- En el caso en que el solicitante de las medidas cautelares obtuviere sentencia favorable en el juicio de nulidad del crédito garantizado con hipoteca, podrá de forma incidental tramitar ante el juez o tribunal que las haya

otorgado, la devolución de las pólizas de fianza que fueron otorgadas para garantizar la espera del acreedor hipotecario.”

Ahora bien, como se puede ver en estos preceptos legales propuestos, se encuentran plenamente reguladas las medidas cautelares que se proponen, tanto en relación con el solicitante como con aquella persona que haya de sufrir los efectos de tales medidas por la espera que se tenga que hacer con la tramitación del juicio de nulidad del crédito garantizado con hipoteca, de ahí que en ambos casos se obtenga una igualdad de circunstancias, pues mientras que el solicitante al que se le conceden las medidas cautelares goza de la no ejecución de la garantía hipotecaria en ningún juicio en el que tenga como base de la acción ese mismo contrato, previa exhibición de una fianza, por otro lado, el acreditante, si bien tiene que hacer una espera por la tramitación del juicio de nulidad del contrato de crédito garantizado con hipoteca, no debe perderse de vista que esa espera será recompensada con la fianza otorgada por su contraparte en caso de que esta última no obtenga sentencia favorable en el procedimiento en que se dirima la nulidad del crédito aludido.

CONCLUSIONES

La apertura de crédito simple con garantía hipotecaria, es uno de los contratos más comunes en nuestro derecho, el cual se celebra por una parte por aquella persona física o moral a la que se le llama acreditante o acreedor, quien se obliga otorgar ya sea un crédito pecuniario en favor de otra a la que se le denomina deudor, o bien se obliga a satisfacer una obligación en nombre de esta última, quien a su vez se obliga a pagar el crédito que recibió en un plazo determinado y con un interés que resulta ser el precio del tiempo en que tuvo ese dinero.

Por otra parte, las medidas cautelares son aquellos instrumentos jurídicos procesales que deberán ser creados y diseñados por nuestros legisladores con la finalidad de eliminar el peligro de la ejecución de la garantía hipotecaria por parte del acreedor y garantizar la espera de este, hasta en tanto no se resuelva en sentencia definitiva el juicio de nulidad del crédito garantizado con hipoteca, o lo que es igual, son medidas tendientes a implementar la efectividad práctica de la sentencia que ponga término al procedimiento judicial de nulidad y, a través de la cual, podría derivarse un lapso de tiempo irrecuperable para el deudor, y que, inevitablemente debe transcurrir para la tramitación de dicho procedimiento, y consecuentemente, para la emanación de la resolución judicial definitiva.

Las medidas cautelares tienden a garantizar los resultados del proceso principal, es decir, la efectividad práctica, el cumplimiento de la sentencia definitiva que se haya dictado en favor de una de las partes y que condene a la otra a realizar una o varias prestaciones. La tutela judicial efectiva deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares que atiendan a la necesidad de asegurar la efectividad de un

pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional, o sea, evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación o irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional, la efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso.

Ahora bien, resulta que en nuestro derecho tenemos ya implementadas diversas disposiciones tanto en el Código de Comercio como en el Código de Procedimientos Civiles, que regulan cierto tipo de providencias precautorias, y al respecto, en ellos se establece que tales providencias podrán dictarse ya sea cuando hubiese temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda, cuando se tema que se oculte o dilapiden los bienes en que debe ejercitarse una acción real, o bien cuando la acción sea personal, siempre que el deudor no tuviese otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia y se tema que los oculte o enajene, sin embargo, nada se dice en relación a la hipótesis que aquí se han manejado, pues no existe disposición legal que contemple ningún tipo de medidas cautelares cuando se demanda la nulidad de un contrato de crédito garantizado con hipoteca, ahora bien, si consideramos el número de demandas que existen en relación a los créditos que son garantizados de esta forma, y observamos que no existe precepto jurídico que regule este supuesto, resulta evidente la importancia que tendría la legislación de tales medidas cautelares, pues en la mayoría de los casos aquella persona que tiene contratado un crédito de esta características pretende sea declarada su nulidad, regularmente porque los consideran como desventajosos e impagables, sin embargo, no existe medio legal alguno que detenga la ejecución de la garantía cuando se ha demandado por parte del acreedor el vencimiento y pago anticipado del crédito

que se dice se otorgó, ni siquiera con la presentación de la demanda de nulidad por parte del deudor, de ahí la importancia y trascendencia de las medidas cautelares que se proponen.

Del texto anterior se colige ciertamente que el efecto que tendrían las medidas cautelares propuestas, sería el de detener cualquier acto con que el actor pretenda la ejecución de la garantía hipotecaria hasta en tanto se resuelva en definitiva el procedimiento en que se dirima la nulidad del contrato que le dio origen, como podría ser el remate de los bienes hipotecados, empero, así como se prevén las medidas cautelares en favor del deudor o acreditado previa exhibición de una fianza, también se considera que no siempre ésta parte llega a obtener una sentencia favorable, por lo cual en muchas ocasiones lo único que se pretende con la presentación de la demanda de nulidad y/o (en caso de implementarse) la solicitud de las medidas de mérito, es el de alargar el procedimiento, la impartición de justicia y con ella el pago de lo que realmente debe el acreditado, lo cual resulta por demás benéfico para el deudor, y desventajoso para aquella persona física o moral que de buena fe otorgó un crédito, motivos por los que en la regulación de las medidas cautelares que se proponen no sólo se conceden derechos a la parte deudora, sino que también se proponen ciertos requisitos de procedibilidad que debe cumplir aquel quien pretenda le sean concedidas las medidas cautelares, ya que en el caso deberá otorgar una fianza que deberá ser del veinte o del treinta por ciento (según sea el caso) del valor de la suerte principal o del crédito concedido, para que garantice el pago de las prestaciones que se le reclamen, y mientras dure la tramitación del juicio, y que serán entregadas al acreedor como premio por la espera que tendrá que hacer por la tramitación y espera forzosa del juicio de nulidad, ahora bien, en caso de que el deudor consiga una sentencia definitiva favorable en la que se declare la nulidad del crédito garantizado con hipoteca, le serán devueltas, de ahí que no exista perjuicio alguno para ninguna de las partes.

Pero considero que esta propuesta de tesis no tendría razón de ser si se quedara como un simple estudio teórico y no se pretendiera su regulación en nuestro Código de Comercio, por lo que al respecto me permití proponer y a la vez hacer una breve redacción legal de diversos artículos que estimo deben regular este tipo de medidas cautelares, pues es claro que una laguna de la ley existente en este aspecto no se colmaría, si no se legislan y no se hacen de observancia obligatoria a todas las personas físicas o morales que se encuentren en esta hipótesis, pues resulta evidente que el carácter abstracto, obligatorio, general, heterónimo y coactivo de una norma jurídica es la que hace efectiva su observancia y su aplicación para una justa impartición de justicia.

Con todo lo anterior se pretende que nuestra legislación contemple un aspecto que satisfaga una de las grandes lagunas que hasta la fecha no ha sido colmada, y que como se ha dejado establecido es de gran importancia para aquellos que se encuentran ubicados en tal supuesto, pero en el caso, no se pretende dejar en estado de indefensión a ninguna de las partes contendientes en tal procedimiento, ya sea en cualquiera de los dos tipos de juicios que hemos citado a lo largo del presente trabajo (especial hipotecario u ordinario mercantil, en donde una parte funge acreedora y la otra como deudora, una buscando el pago anticipado del crédito que concedió y la otra reclamando su nulidad), pero siempre buscando la igualdad de ambas y una mayor y mas rápida impartición de justicia, que al fin y al cabo es lo que buscamos, ya sea como parte en un proceso judicial, o bien, como autoridad en él.

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN.

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Berbera, México 2000, p.p. 443.

CÓDIGO DE COMERCIO, 66a Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1998, p.p. 157.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Séptima Edición, Grupo Editorial ISEF, México 2000, p.p. 187.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 133a. Edición, Editorial Porrúa. México 2000, p.p. 152.

LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, 66a Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1998, p.p. 105.

JURISPRUDENCIA:

ALIMENTOS PROVISIONALES, EL JUEZ NATURAL NO NECESITA ALLEGARSE PRUEBA PARA DECRETAR LA MEDIDA PROVISIONAL POR CONCEPTO DE: Visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Octava Época; instancia: Tribunal Colegiado del vigésimo circuito, Tomo XII-Agosto, p. 333.

MEDIDA PRECAUTORIA. SU DECRETAMIENTO O LEVANTAMIENTO NO REQUIERE DE AUDIENCIA PREVIA, Visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; instancia: Pleno, Tomo V, Enero de 1997, Tesis: P.IX/97. p. 115

PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS. EL BENEFICIO DE LAS, UNA VEZ DECIDIDO, NO PUEDE REPLANTEARSE POR LAS MISMAS CAUSAS O HECHOS, Visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Octava Época; Instancia: Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Décimo Tercer Circuito, Tomo XII-Diciembre, p. 934

PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS. SE DEBEN HACER VALER COMO ACTOS PREJUDICIALES O BIEN, DESPUÉS DE INICIAR EL JUICIO, HASTA ANTES DE QUE SE DICTE SENTENCIA EJECUTORIADA, Visible en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; instancia: Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Tomo II, Noviembre de 1995, Tesis: 1.6o.C.26.C, p. 577

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:

ARELLANO GARCÍA Carlos, Práctica Forense Mercantil, Décima Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1997, p.p. 1003.

ARILLA BAS Fernando, Manual Práctico del Litigante, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1999, p.p. 224.

BLASCO PELLICER Angel, Las Medidas Cautelares en el Proceso Laboral, Editorial Tecno, S.A., Madrid España 1989, p.p. 348

CALDERON CUADRADO María Pía, Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil, Editorial Herce, Madrid España 1966, p.p. 239

CORTES DOMÍNGUEZ V. Derecho Procesal, Tomo I, Volumen II, Séptima Edición, Editorial Tirant le Blanch, Valencia 1989, p.p. 350.

DAVALOS MEJIA Carlos, Títulos y Contratos de Crédito, Quiebras, Editorial Porrúa, México D.F. 1995, p.p. 468.

DE J. TENA Felipe, Derecho Mercantil Mexicano, Décima Sexta Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1996, p.p. 606.

FLORES GÓMEZ Fernando. Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México 1984, p.p.386.

GALINDO GARFIAS Ignacio. Derecho Civil, Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1993, p.p. 758.

GARCÍA MAYNEZ Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. Edición, Editorial Porrúa, México 1992, p.p. 444.

GARRIGUEZ R. Joaquin, Cursos de Derecho Mercantil, Tomo II, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1985, p.p. 609.

MARGARAND S. Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano, Editorial Porrúa, México 1970, p.p. 450.

MARTINES BOTOS Fernando, Las Medidas Cautelares, Editoria Bosh, Barcelona España 1987, p.p. 296.

MOTO SALAZAR Efraín. Elementos de Derecho, Trigésimo Séptima Edición, Editorial Porrúa, México 1991, p.p. 452.

ORTIZ URQUIDI Raúl. Derecho Civil, Tercera Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1996, p.p. 633.

ROJINA VILLEGAS Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Octava Edición, Editorial Porrúa, México D.F. 1993, p.p. 805.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Joaquin, Derecho Mercantil, Editoria Porrúa, México D.F. 1997, p.p. 793.

SANCHEZ MEDAL Ramon, De los Contratos Civiles, Editoria Porrúa, México D.F. 1999, p.p.834.

SERRA DOMÍNGUEZ, Teoría General de las Medidas Cautelares, Editoria Bosh, Barcelona España 1974, p.p. 187.