

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES " ACATLAN "

" ANALISIS DEL CONTRATO DE MUTUO Y EL INCONVENIENTE
PARA EL DEUDOR DE PRESTAR GARANTIA HIPOTECARIA
POR EL ALTO INTERES. "

TESIS PROFESIONAL QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA: JOSE FRANCISCO VAZQUEZ AMAYA.

ASESOR : LIC. JESUS FLORES TAVARES.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

431
20J
1996



Universidad Nacional
Autónoma de México

Biblioteca Central

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM



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.

AL SUPREMO HACEDOR:

GRACIAS; por darme éste hermoso regalo que es la -
vida.

A MI PADRE; por su cariño y por enseñarme a aprender de mis -
errores.

A MI MADRE; por su amor y sus desvelos, que al igual que sus
consejos me han alimentado.

A MI ABUELITA; Por enseñarme a tratar con humanidad y respeto
a mis semejantes.

A MIS HERMANOS; Carmela, Salvador, María, Guadalupe, Jesús y
Antonio, de los cuales he aprendido mucho.

AL C.P. HECTOR CANALES; por la información proporcionada.

A mis profesores y maestros, a mis sinodales y en especial a
mi asesor de tesis por su paciencia y conocimientos.

GRACIAS A TODOS ELLOS.

Este trabajo es un pequeño homenaje a todas --
aquéllas personas que han tenido FE, pues ésta
mueve montañas.

" Caminante no hay camino, se hace camino al andar
y al volver la vista atrás, se ve la senda
que nunca se ha de volver a pisar."

Machado.

Con cariño para todos aquellos que aún viven en nuestro
recuerdo.

I N D I C E

INTRODUCCION.	1
I. REFERENCIA HISTORICA DEL MUTUO.	3
1.1 Roma.	
1.2 Alemania.	
1.3 España.	
1.4 México.	
II. CONTRATO DE MUTUO CONCEPTO Y CARACTERISTICAS.	21
2.1 Concepto.	
2.2 Clasificación.	
2.3 Objeto.	
2.3.1 Sujetos.	
2.3.2 Voluntad.	
2.4 Fungibilidad.	
III. ELEMENTOS DEL MUTUO CON GARANTIA HIPOTECARIA.	45
3.1 Objeto	
3.1.1. Crédito.	
3.2 Las partes.	
3.2.1 Mutuante.	
3.2.2 Mutuario.	
3.3 Contrato por el que se concede el crédito.	
3.4 Tipos de Préstamo	
3.4.1 Prendario.	
3.4.2 Hipotecario.	
3.4.3 Vivienda de interés social.	
IV. EL CREDITO HIPOTECARIO Y EL A.D.E.	92

- 4.1 Reestructuración de los créditos.
- 4.2 Ley General de Instituciones de Crédito.
- 4.3 Terminación del Crédito Hipotecario conforme al Código Civil.
- 4.4 Comentarios al A.D.E.
- 4.5 PROPUESTA.

CONCLUSIONES. 114

BIBLIOGRAFIA. 116

INTRODUCCION

Con la presente crisis, se dificulta aún más la obtención de una vivienda digna, pues los trabajadores de escasos recursos dejan de tener acceso a créditos baratos para su obtención. Asimismo la actual crisis de liquidez, que vive nuestro país ha sido resultado de políticas económicas que han sido erróneas, y que como efecto ha llevado a muchos de los deudores a perder su patrimonio familiar que es la vivienda.

Actualmente la Banca tiene 7 millones 110 mil deudores de los cuales el 30% ha reestructurado su deuda, hasta el mes de enero de 1996, de los cuales el 34% son referentes a créditos hipotecarios, siendo este último punto específico de nuestra investigación.

Es imposible cubrir las necesidades de vivienda de la población, pues actualmente nuestra ciudad asciende a más de 18 millones de capitalinos y de las áreas conurbadas por lo que se dan los asentamientos humanos irregulares y por tanto la inseguridad patrimonial, pues lo más importante en éste lo constituye la vivienda familiar.

El 60% del financiamiento para la obtención de vivienda proviene de las Instituciones de Crédito Privado por lo que los intereses al regularse por tasas internacionales, resulta el crédito hipotecario, si no difícil ya imposible e inaccesible para los trabajadores.

Asimismo, se requiere la construcción de 6 millones de viviendas, según el déficit de vivienda que según dato aporta el INEGI (Instituto Nacional de Geografía Estadística e Informática. De esto deriva lo que pretendemos establecer en los precedentes capítulos.

En el capítulo primero, referiremos como el mutuo en sus inicios y su evolución en la antigua Roma, y su proyección -- hacia los países que fueron influenciados con dicho contrato que resultó tan útil, así como la evolución de los intereses -- como premio por haber prestado dinero. En el capítulo segundo conceptualizaremos al contrato de mutuo ubicándolo dentro del marco legal, distinguiéndose por ser bilateral, consensual en oposición a formal y en oposición a real, oneroso o gratuito, etc.

En el tercer capítulo al hablar de la garantía hipoteca -- ria en el mutuo encontraremos que el objeto en el contrato de mutuo será el crédito y asimismo la garantía al cumplimiento -- de éste, el otorgar una hipoteca como principio de que si el -- deudor incumple con el pago del crédito o sus intereses perde -- rá su bien inmueble adquirido en razón del préstamo.

En el cuarto y último capítulo expondremos lo referente -- a la reestructuración de los adeudos a partir del problema -- surgido entre la Banca y los Deudores en 1935, así como un -- breve análisis de la Ley General de Instituciones de Crédito -- através de su reglamentación para el otorgamiento y el cobro -- de créditos hipotecarios, aplicado por los Bancos. Asimismo -- la forma en que puede concluir conforme nos estipula el Código Civil el crédito hipotecario. Comentamos también el origen y función del ADE (acuerdo de apoyo inmediato a deudores), de la Banca. Por último hacemos propuestas que a nuestro entender son los problemas que se deben atacar de raíz.

Esperando con este trabajo de investigación aportar, una posible respuesta al problema que vive nuestra sociedad por la falta de vivienda, que el Estado en su función no paternalista debe apoyar o procurar a los gobernados que más lo requerimos.

CAPITULO I

REFERENCIA HISTORICA DEL MUTUO.

A) ROMA.

Las referencias históricas nos remiten a la formación de Roma, que como inicios se constituyó un negocio ordinario sin obtención de intereses, donde su funcionamiento se basó en la apropiación indebida de dinero ajeno, y tenía por -- tanto un carácter delictual. De ésta fase los vestigios de -- desaparecen dando paso al Mutuum libre de forma, que más -- tarde se convierte en el único negocio jurídico de préstamo. (1)

En la antigua Roma privaba el 'Nexum' que consistía en un modo de obligación, que era tan riguroso para el deudor - (2), era la forma de conseguir un préstamo y mediante la -- solemnidad 'Per aes et libram' (3), contrato celebrado por -- medio del cobre y de la balanza y una 'Nuncipatio' o decla -- ración ante los testigos y el 'Libripens' (4), en la que el deudor era señalado como 'Dammus' o condenado si en el --- tiempo fijado dejaba de realizar la prestación debida. (5)

- (1) Kaser Max, "Derecho Romano" Traducc. Sta. Cruz Teijeiro Instituto Editorial REUS, 2a. ed. Madrid, 1982 p. 181
- (2) Petit Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano" -- Edit. Cardenas Editor y Distribuidor, 1993 p. 353.
- (3) Kaser Max, Op. Cit. p. 180
- (4) Ibid.
- (5) Bravo González Agustín, "Segundo Curso de Derecho Romano" Edit. PAX, México. Librería Carlos Cesarman, S.A. Rep. - de Argentina 1979 p. 93

Como lo narra el investigador Bravo González, ésta forma era inhumana, pues se autorizaba al acreedor a apoderarse del deudor, si éste no cubría su compromiso, el primero -- ejercitaba contra el segundo la 'Manus Injunctio' que era -- contra su persona, consistiendo en encadenarlo y llevarse a su casa. (6)

Con posterioridad la 'Ley Paetelia Papiria' en el año 326 A.C. dispuso que en adelante, el deudor respondiera de sus compromisos con sus bienes y no con su persona aunque -- seguía siendo un contrato unilateral pues solamente obligaba al deudor. (7)

El autor Frits Schuls nos dice que "Todo contrato real deriva una obligación de restituir la cosa dada y recibida -- bien la misma cosa o bien, en el caso del mutuum, otra cosa de la misma especie". (8)

Juan Iglesias nos indica que "el mutue -- mutuum, mutui datio es un contrato por virtud del cual una persona mutuo -- dans, mutuante -- entrega a otra mutuo accipens, mutuario -- una determinada cantidad, de cosas fungibles, con la -- obligación por parte de ésta de restituir otro tanto del -- mismo género y calidad -- tantundem". (9)

(6) Bravo González, op. cit. p. 92.

(7) Ibid.

(8) Schuls Frits, "Derecho Romano Clásico" Edit. Bosch Casa-Editorial S.A. Urgel 51 bis Barcelona 1951. p. 484

(9) Iglesias Juan, "Instituciones de Derecho Romano Privado" Edit. Ediciones Ariel Españoles S.A. Barcelona. 1972, p. 406

El mutuo para Max Kaser es la dación de una suma de -- dinero o de otras cosas fungibles, en propiedad de quien la recibe, con el acuerdo de que ésta misma suma o la misma -- cantidad de cosas fungibles del mismo género y calidad sea restituida. (10)

Sen requisitos del mutuo la datio y el acuerdo como nos menciona Juan Iglesias. La Datio en sentido técnico -- significa, transmisión de la propiedad y tal es necesaria -- para la perfección del contrato. (11)

Para Eugene Petit, es muy importante como nos lo señala "la mutui datio" es decir un traslado de propiedad, a título de préstamo en provecho del prestatario. (12)

Concluyendo de lo anterior diríamos que Mutuum o mutuo para los romanos es el negocio jurídico del cual se valen -- para realizar un préstamo de dinero o de otras cosas fungibles, como vino, cereales etc, que consiste en la transmisión al que las recibe, de la propiedad de dichas cosas quedando el prestatario obligado a restituir una cantidad, calidad -- y género igual de éstas y no las mismas cosas recibidas.

El maestro Iglesias nos dice que "El mutuo sólo recae -- sobre cosas fungibles, por lo que pesaba sobre el mutuuario la obligación de devolver otro tanto; mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus... sed idem genus." (13) así que si la voluntad de las partes se encamina a la restitución

(10) Kaser Max, op. cit. p. 180

(11) Iglesias Juan, op. cit. p. 407

(12) Ibid.

(13) Iglesias Juan, op. cit. p. 408.

de la misma cosa entregada '*eadem species*-' , no habría -- mutuo, sino depósito o comodato, de igual manera sería -- permuta y no mutuo, si se tratara de restituir una cosa distinta '*aliud genus*! (14)

Gayo citado por Bravo González nos dice que el mutuo -- tiene por objeto "las cosas quae ponderare, numero mesura constant, las cosas quae numero constant son aquellas que -- pertenecen a un género en el cual todos los individuos presentan propiedades idénticas y por consiguiente son sustituidas, tales como monedas. Las cosas quae ponderant aut mensura constant, son aquellas que tienen un peso igual o bajo -- una misma medida, puede prestarse a un mismo uso y rendir la misma utilidad como aceite, vino, granos. (15)

Lo mismo para Eugene Petit es preciso que la 'Datio' -- tenga por objeto no cosas consideradas en su individualidad sino apreciadas en número, en el peso o en la medida. (16)

Así tenemos que éste contrato en Roma, se va separando profundamente de otros contratos reales y toma su propio -- carácter, pues en las cosas entregadas debe transmitirse la propiedad, como nos comentan los autores, es preciso que -- salga del patrimonio del mutuante y entre en el patrimonio -- del mutuuario, concibiendo esto como la Datio.

Por lo tanto el Mutuo no se realizaba o tenía validez -- si el que transmitía '*tradens*' no era propietario de las -- cosas que entregaba al que las recibía en calidad de préstamo

(14) Bravo González A. op. cit. p. 111

(15) *Idem*.

(16) Petit Eugene, op. cit. p. 354

'accipiens' o no estuviere autorizado por el propietario a --
 entregar las cosas el mutuo era nulo, no naciendo ninguna --
 relación contractual, pero esto no significaba, según nos --
 señala Bravo González que la tradición no pueda por si --
 misma o por que hubieran ocurrido, hechos posteriores, produ--
 cir determinados efectos por lo que a este respecto nos ---
 indica Eugene Petit, V.. a) en tanto que el objeto se encuen--
 tre en las manos del accipiens, el propietario puede reivindi--
 carlo, b) si le ha consumido de mala fe, está obligado --
 según el derecho común por la acción 'Ad Exhibendum' que -
 ejercitará el propietario, c) si el consumo ha sido hecho -
 de buena fe, ésta lo libera con respecto al propietario --
 liberándolo de éste y colocando a las partes contratantes--
 en la misma relación, que si hubiere habido traslado de --
 propiedad. El mutuum pues tiene validez puesto que se ha -
 realizado la única condición. Así el tradens convertido en
 un acreedor tiene el derecho de ejercer al vencimiento del -
 contrato la conditio o condición que sanciona el mutuo."
 (17)

El mutuo es igualmente nulo cuando el Tradens o acree--
 dor aunque sea propietario, sea incapaz de enajenar esto es
 que no tenga capacidad.

También por ser éste contrato como nos comenta Bravo --
 González, un contrato de Derecho civil, estricto y unilate --
 ral, el mutuante no contrae ninguna obligación hacia el ---
 mutuuario, quedando ligado sólo por su dolo. (18)

(17) Ibid.

(18) Id.

Cabe hacer mención que en el Derecho clásico "... no existía el contrato Mixto Real Verbal; *Re et verbis* --- *contrahitur obligatio* - ... así si la persona recibía -- un préstamo de dinero, prometía intereses por estipulación se daban dos contratos; el contrato real *mutuum* y el contrato verbal. " (19)

Los ya antes citados autores contemplan el *mutuo* como un contrato eminentemente gratuito pero se podían estipular intereses, por lo que solo creaba la obligación de restituir la cosa recibida.

Juan Iglesias al respecto señala que: "Los intereses - *usurae* - solo, pueden ser reclamados cuando haya media-do una estipulación especial - *stipulatio usurarum* - -- La acción competente a tal efecto, es la que dimana de la *stipulatio*, desligada formalmente del *mutuum*. Aunque -- cabe concluir una estipulación única para la *sorte* - el - capital - y las *usurae*- *stipulatio sortis et usurarum* - y en tal supuesto aquella y éstas pueden ser exigidas -- mediante la sola acción *estipulatoria*. Las *usurae* no convenidas pero pagadas se descontaban del capital; las -- *usurae ex nudo pacto* - no son objeto de tal descuento, - como tampoco es dable reclamarlas". (20)

De lo anterior deducimos que los intereses estipulados por los contratantes debían pactarse, no en un mismo contrato como *mutuo*, sino aparte, por lo que se hacían -- dos contratos, uno real y otro verbal.

(19) Schulz Frits, loc. cit. p. 485

(20) *Idem*.

Podían exceptuarse el no haber estipulado intereses -- cuando se tratara de cereales, y de dinero prestado por una ciudad en el caso del 'nauticus foenus' y en las operaciones realizadas con los banqueros. (21)

Referente a la tasa de interés nos menciona Bravo González que "... en un principio no fué reglamentada y esto -- dió lugar a muchos abusos, hasta que las Doce Tablas fijaron $8\frac{1}{3}\%$ o sea una onza al unciarium foenus. Parece que esta fué bajada a la mitad y una Ley Genucia en el año -- 342 A.C. prohibió el préstamo a interés." (22)

El maestro Juan Iglesias al respecto nos dice que las -- Doce Tablas señalan como límite máximo el -- 'Uniciarium Foenus' -- que ascendía al cien por ciento. (23)

Por su parte Bravo González comenta que en el tiempo -- de Cicerón se introduce la costumbre de contar mensualmente los intereses conocidos como -- 'Centesima' -- y se estableció la tasa en uno por ciento mensual.

"Justiniano con posterioridad, fijó el tipo legal en -- 6% a los particulares y en un 8% para los comerciantes disponiendo que el nauticum foenus, no pasara del 12% ." (24)

Como rasgo histórico es importante saber en que consistía el -- nauticus foenus -- y Juan Iglesias nos dice que "... en lo económico más que en lo jurídico se presenta como negocio análogo al mutuo el Foenus Nauticum o Pecunia -- Triacticia conocido por los modernos bajo el nombre de -- préstamo marítimo o a todo riesgo. Se trata de --

(21) Ibid.

(22) Id.

(23) Iglesias Juan, op. cit.

(24) Idem.

una figura negocial importada de Grecia, hacia fines de la República, y consiste en el préstamo de una suma de dinero hecha al armador de un barco, para que la transporte por el mar, sea en su propia especie, sea convertida en mercancías. El riesgo de la pérdida del dinero o de las mercancías con el compradas corre a cargo del mutuante".

(25)

El riesgo asumido por el prestamista en este caso -- parece justificar el que fuera tan elevado el interés, que como ya vimos era del cien por ciento, y en el fondo parecía mas bien un contrato de seguro y el interés la prima como nos indica Fritz Shults quedando el prestatario librado de toda obligación excepto de los intereses.

Pero refiriéndonos a los intereses Juan Iglesias -- cita que: " Con más rigor que en el derecho clásico, prohíbe Justiniano el Anticipo, o sea la transformación -- de los intereses no pagados en capital productivo a su vez de nuevos intereses. Prohíbe además que sigan exigiéndose intereses cuando los ya pagados alcancen el montante del capital." (26)

Encontramos también que a diferencia de los demás -- contratos reales, como son el comodato, el depósito, y la pignus o la prenda, se transfiere el uso o la detentación de las cosas y por tanto no se requiere que el acreedor -- sea propietario del objeto, pero en el caso del mutuo como ya anotamos se transfiere la propiedad del objeto, pues el préstamo es de consumo. Por ejemplo si se entrega cierta cantidad de vino por el prestamista no se puede obligar a restituir cereales al prestatario, pues sería permuta.

En el mutuo por tanto aquel que recibe contrata una -

(25) Idem.

(26) Id.

obligación cuyo objeto es genérico, ya que los otros tres contratos el deudor debe un cuerpo cierto, de donde resulta que si éste llegare a perecer fortuitamente, el deudor quedará liberado, no así en el mutuo, pues 'Genera Non -- pereunt' o (los géneros no perecen) por último, la obligación nacida del mutuo es de estricto derecho sancionada -- por la *condictio*, y la obligación que nace de los otros -- contratos re, es de buena fe otra diferencia es que son -- sinalagmáticos imperfectos, y el mutuo es unilateral. (27)

Por último cabe mencionar otro caso especial del mutuo que consistía en que el mutuuario recibiera una --- cosa específica con el derecho de venderla y utilizar su producto de la venta como préstamo de consumo, que era -- una combinación de mandato con precontrato de mutuo al -- cual en la edad media se le conoció como '*Contractus --- mohatrae*' al cual nos comenta el maestro Margadant era -- el modo de disfrazar la usura en el mutuo. (28) Pues el único requisito era el de un avalúo convencional por un valor muy superior al valor comercial del objeto en --- cuestión.

(27) Bravo González Loc. cit. p. 115

(28) Margadant S. Guillermo F. "El Derecho Privado Romano" 19 ed. Edit. Eufinge S.A. de C.V. Naucalpan Mex. 1993 p. 394.

B) ALEMANIA.

Como uno de los países receptores de la cultura jurídica romana, Hans Planitz nos indica que en el Derecho --- antiguo alemán, el mutuo está contenido en el comodato, -- donde aparecía como una subespecie de éste, y si bien en el mutuo, lo recibido había de restituirse tan solo las -- cosas de la misma especie, calidad y cantidad, los derechos modernos han mantenido también la misma conexión, del mutuo con el comodato aunque como ya vimos en el derecho -- romano fué diferente. (29)

En la Edad Media el mutuo que podía ser de dinero y -- de especie, al igual que el antiguo comodato alemán podían ser remunerados. Este mutuo a interés iba en contra -- de los postulados fundamentales de la iglesia que prohibía la obtención de intereses por considerarla como usura; --- existiendo solo excepciones en los casos de un riesgo comprobado, asimismo la legislación eclesiástica, se mantuvo mientras que el crédito real, fué suficiente para satisfacer las necesidades económicas imperantes.

Otra cosa sucedió a partir del siglo XIII, en donde el mutuo a interés, a pesar de los fuertes castigos y amenazas penales de la iglesia, fué en creciente expansión, y -- ciertamente no solo entre comerciantes judíos y lombardos a quienes estaba permitida la obtención de intereses.

Sin embargo la prohibición de intereses, reconocida -- todavía por los reformadores como Calvino no fué lentamente abolida por los derechos particulares hasta el siglo -- XVI y con posterioridad un acuerdo imperial de 1654 permitió como medida máxima, el cinco por ciento de intereses --

(29) Planitz Hans, "Derecho Privado Germanico". Edit. Bosch Casa editorial Urguel, Barcelona 1962 3a. ed. Traducc. Carlos M. Infante. p. 243

aunque algunos derechos particulares sobrepasaron esa tasa-
y hasta el siglo XIX no fueron abolidas con carácter general
las limitaciones al tipo de interés, llevándose a cabo la --
abolición por una ley federal de 1867, y en Austria en 1868

El derecho vigente alemán concede libertad de intere-
ses, si bien en el caso de haberse pactado intereses excesi-
vos, se confiere un derecho de Denuncia, de carácter privi-
legiado, prohibiendo además el convenio que establece de
antemano que los intereses produzcan a su vez, intereses --
o lo que conocemos como Anatocismo y una protección más --
amplia es la que otorga la prohibición de la usura a-par-
tir de una Ley del Reich del 24 - III - 1888 hoy BGB 138
párrafo II conocida en Austria como Ley de Usura de 1881
CONVO. 1914.(30)

Así nos refiere el autor Rojina Villegas que nuestro -
Código Vigente toma del alemán y del suizo el concepto de
lesión que nuestro código penal contemplado como acto ilf-
cito lo toma en la figura del Fraude que en capitulos ---
posteriores analizaremos, los casos de intereses despropor-
cionados, (31)

El BGB. o Código civil Alemán llama al mutuo 'Darlehe-
n' y al comodato 'Leihe' pero como nos dice el investiga-
dor Shultz Frits que la terminología extraña al derecho-
germánico insiste en denominar "Leihe" al mutuo. Caso ---
mencionado con anterioridad, fueron confundidos en el antiguo
derecho de ese país.(32)

(30) Planitz Hans, op. cit. 244

(31) Rojina Villegas Rafael, "Contratos Civiles" 7a, ed. ---
Edit. Porrúa . México 1993

(32) SHultz Frits, Op. cit. p. 486.

C) ESPAÑA.

Como otro de los países iluminados por la cultura --- jurídica romana y germana que codifica en su legislación civil el contrato de mutuo, es España que como nos narra el profesor Pérez Pascual, la Partida 5a. ley 1a. título pri_ mero se dice "E son dos maneras de emprestamo, la una es --- más natural que la otra... como cuando emprestan unos a --- otros alguna de las cosas que son acostumbradas a contar --- pesar, o medir e tal prestamo es llamado en latín --- mutuum. La otra es de cualquier de las otras que no son --- de tal manera como estas: assi como cavallo, libro e --- otras semejantes: e a tal préstamo e dizzen en latín ---- commodatum. " (33)

Así encontramos que en dicho país ibérico, bajo la -- denominación genérica de préstamo se viene comprendiendo - desde muy antiguo, tres contratos que solo coinciden en un punto que es el hecho de que una parte se priva momentanea_ mente de la posesión de una cosa para transmitirla a otra - pero en condiciones bien diferentes, que son el préstamo de de uso, comodato y préstamo de consumo o mejor conocido co_ mo mutuo.

El profesor Trabucchi nos dice que como contrato real el mutuo era conocido antiguamente como préstamo de consumo porque la cosa dada en préstamo pasaba en calidad de propie_ dad al prestatario, con la posibilidad de consumirla, y con la obligación de restituir la misma cantidad, género y -- calidad, siendo comunmente objeto de éste contrato las -- cosas consumibles y fungibles. Siendo el préstamo más

(33) Pérez Pascual, Marín, "Estudios sobre Derecho Privado: y sus Transformaciones Actuales". Edit. Bosch, casa - Editorial Urgel, Barcelona 1959. p.321

frecuente el de dinero, aunque también el de otras cosas - distintas a éste, Así también el mutuo puede tener por --- objeto, un bien fungible no consumible, cuando se prestan y cosas que no interesan por su propia individualidad, sino - por ser susceptibles de numeración y medida. A este respec- to nos señala la legislación española que "Cuando fueran -- objeto de mutuo cosas distintas al dinero, si la restitución 'In Natura' fuera imposible o sumamente difícil se admite - la restitución de su valor en dinero" según artículo 1.818 -

Del mismo modo es unilateral pues para Trabucchi, la - obligación de entregar los intereses, refuerza el carácter que solo grava al mutuuario. Siendo distinta la valoración económica del mutuo con intereses ya que, bajo tal aspecto es un contrato con prestaciones reciprocas, así el presta- mista permite el goce de la cosa prestada y en compensa- ción tiene derecho a los intereses que deberá pagar el --- prestatario. Y la ley civil por este aspecto económico --- aplica al mutuo un remedio que es típico de los contratos-- bilaterales, que es la resolución por incumplimiento y el artículo 1.820 admite la resolución del contrato por parte- del mutuante, cuando el mutuuario no pague los intereses- también se concede al mutuante el derecho a la restitución inmediata de la totalidad de lo prestado, siempre que el -- mutuuario, habiéndose obligado a una 'restitución en dife- rentes plazos, hubiera omitido injustificadamente el pago de alguno de dichos plazos, artículo 1.819 .

En España el mutuo por lo general, la restitución -- de la cantidad, se hará con bienes de la misma calidad, - pero si el mutuo es de dinero, el contrato naturalmente -- será a título oneroso, salvo pacto en contrario, el que

recibe en concepto de préstamo una suma deberá restituir - los intereses, que serán los legales, a no ser que hubiera pactado por escrito una tasa superior. Si los intereses -- pactados fueran usurarios, se reducirá su importe al --- resultante de la aplicación del tipo legal. Esta tasa se - determina en un 5% anual.

Para los juristas españoles el dinero se considera, - como un bien fecundo por su naturaleza pues, en su artículo 1.282 sostiene que los créditos de una suma de dinero cuan do son determinados en su cuantía y exigibles, producen -- intereses de pleno derecho. Así el pago de los intereses - constituyen una obligación pecuniaria, pero ésta regularmen te, no produce a su vez intereses. Los intereses vencidos - producen intereses solo en dos casos; A) cuando su pago se ha exigido judicialmente y B) en el caso de un acuerdo --- posterior a su vencimiento. En ambos supuestos deberá tra_ - tarse de intereses debidos, como mínimo, por los últimos -- seis meses. Tal norma relativa al interés Compuesto se de_ nomina técnicamente Anatocismo que se establece en el artí_ culo 1.283, es de carácter accesorio el pago de estos inte_ reses y se aplica a falta de uso en contrario como por ejem plo en las operaciones bancarias.

El mutuo usurario conforme al artículo 1.815 dice que el efecto invalidante de la usura, se limita a la cláusula que establezca el interés exoesivo, permaneciendo válido -- el resto del contrato con la obligación del mutuuario -- de pagar tan solo los intereses legales. También no se pue_ de fijar en un principio el límite a partir del cual serán usurarios los intereses, porque éste dependerá del valor_ del negocio y de la cuantía del interés del prestatario, lo

que hará que varíe en función de la duración del préstamo - del lucro, que se deriva a favor del deudor, del riesgo del acreedor etc.

Además en el artículo 1.948 la rescindibilidad del contrato por lesión, se contempla que la usura basada en el -- estado de necesidad, en que puede encontrarse el deudor, -- constituye causa suficiente para tal rescisión conforme al artículo 644 del Código Penal Español.

Por otro lado el plazo para la restitución, se presume estipulado en favor de ambos contratantes, de manera que la doctrina española no admite la restitución anticipada -- por simple voluntad del prestatario. No obstante cuando el mutuo sea gratuito se fija en favor del prestatario, y a -- falta de estipular el plazo, el juez puede señalar el momento de la restitución.

El código civil español contempla formas especiales del mutuo, que se producen en virtud de la emisión de obligaciones de una sociedad y el préstamo en favor de instituciones públicas que son los títulos de deuda pública.

Se habla también de mutuo hipotecario cuando el mutuo resulta garantizado por una hipoteca," (34)

De lo anterior encontramos puntos coincidentes con el antiguo derecho romano y el alemán, aunque cabe resaltar -- que en derecho Español a falta de la voluntad de las partes el mutuo se presume oneroso no gratuito derivando con ello rasgos propios como el mutuo usurario limitado.

- (34) Trabucchi Alberto, "Instituciones de Derecho Civil".
Edit: Revista de Derecho Privado. Madrid 1970 p. 241
a 262, 323, 371

D) MEXICO.

Los antecedentes del contrato de mutuo los encontramos en el código civil de 1870 y 1884, que como influencia del derecho romano, alemán, español y otros países europeos confundiéndolo algunos con el comodato o encontrándolo --- similitud, así para Sánchez Meda ambos códigos son reproducción del concepto del proyecto del Código civil español de 1851, que en su artículo 630 del proyecto de García --- Goyena definía al préstamo como "un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa.." y explica que ahora todos los contratos son consensuales - en cuanto todos obligan por el solo consentimiento, lo que no sucedía con los romanos respecto de los reales, pues sin la entrega de la cosa quedaban en la esfera de los simples - pactos o promesas' diciendo el mismo autor citado por Meda que podía llamarse contrato real de préstamo, en cuanto la obligación nacida de él supone necesariamente la entrega - de la cosa. (35)

Para el autor Rojina Villegas en el código civil de -- 1884 el mutuo lo toma como un contrato traslativo de domi_ - nio que se estudia indebidamente junto con el comodato que es traslativo de uso y no obstante se comprendía bajo la - denominación genérica de préstamo en el cual se tenían las dos especies tanto el mutuo como el comodato. (36)

El autor Leopoldo Aguilar por su parte nos dice que - los códigos civiles de 1870 y 1884 nuestro legislador se - inspira en el código de Napoleón, que de igual manera ---

(35) Sánchez Meda, Ramón, "Contratos Civiles" 12ed. Edit Porrúa 1993. p. 217, 218.

(36) Rojina Villegas, Rafael. op. cit. p. 200

reglamenta el mutuo junto con el comodato dentro de la -- denominación de préstamo. (37)

El profesor Aguilar nos explica que las razones que -- tuvieron fueron que en el mutuo hay transmisión de dominio de una cosa fungible, con la obligación de restituirla en especie y en el comodato había transmisión de uso de una -- cosa ajena no fungible, con la obligación de restituirla -- en su individualidad. Asimismo siguen la tradición Romana pues en ésta, son contratos reales, es decir que se per- feccionan hasta la entrega de la cosa. Y mientras tanto -- como nos indica Rojina Villegas no existe sino hasta el momento en que se entregaba la cosa.

El maestro Rojina nos menciona que " hoy el mutuo es bilateral y no unilateral como lo era en el derecho romano y en el Código de 1884, en virtud de que ya no es un con-- trato real, es decir, existe por el simple consentimiento antes de la entrega de la cosa..." (38)

Para Sánchez Medal el código de 1928 contempla que -- es indispensable, pues que a la entrega de tales cosas -- preceda siempre un acuerdo de voluntades que precise el -- alcance y dé significado unívoco a tal entrega, como ya lo reconocía el Digesto: nunca la escueta entrega trans- mite el dominio, a menos que una venta o alguna otra causa justa la preceda y por virtud de la cual se siga la entre-- ga de la cosa.

Asimismo es el tipo de contrato en que la obligación de una de las partes debe por fuerza ejecutarla antes que

(37) Aguilar Carvajal, Leopoldo. "Contratos Civiles" Edit. HAGTAM. 1a. ed. 1964. p. 52

(38) Sánchez Medal R. Ob. cit.

la obligación de la otra parte, y la obligación es de dar-

En suma nuestro derecho ya no contempla al contrato de mutuo como en el antiguo derecho romano que para perfeccionar al contrato había de pronunciarse ciertas palabras o escribirse éstas, pues hoy día se perfeccionan por el -- acuerdo de voluntades.

Sánchez Medal nos dice que nuestro código civil se -- inspiró fundamentalmente, en el código suizo de las obligaciones que ya no consideraba al citado contrato como real sino como consensual y en su artículo 312 lo define "Contrato por el cual el prestamista se obliga a transferir la -- propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al prestatario, con la obligación a cargo de este último -- de devolver otro tanto de la misma especie y calidad".
(39)

También diríamos que es un contrato muy diferente al comodato pues además que se transmite la propiedad en el mutuo y no solo el uso, puede ser gratuito u oneroso es -- decir que se pueden cobrar intereses, mientras que el -- comodato solo es gratuito.

(39) Ibid.

CAPITULO II

CONTRATO DE MUTUO CONCEPTO Y CARACTERISTICAS.

A) CONCEPTO.

Como ya hemos visto la base histórica la encontramos en el derecho romano, por lo que el concepto lo debemos -- obtener de lo que nos dicen los autores citados en un -- principio.

Asi también, si tenemos en cuenta lo que reseñamos en el capítulo anterior, donde vemos que en su origen romano es el primer contrato de los nominados, con una vigencia -- aproximada de veinticinco siglos, de ahí que varíe la -- concepción que cada país tiene.

De lo anterior Frits citando a otros países que han adoptado el mutuo, en su cultura jurídica, no logran -- diferenciar a éste contrato del comodato. Mitland dice "El mutuo no se distingue del comodato incluso en la li - teratura jurídica de la edad media , incluso en nuestros -- días, carecemos en inglés de palabras que correspondan -- claramente a ésta distinción, pues ambos lo manejan como un simple préstamo" Gibbon expresa " La lengua latina -- expresa muy felizmente la fundamental diferencia existen - te entre comodato y mutuo, distinción que nuestra pobreza lexicológica, no es posible mantener en inglés, viéndonos por ello precisados a subsumir ambos conceptos en una sola palabra, préstamo." (40)

(40) Shults Frits, loc. cit. p. 486

También Fritz, además de los autores ingleses, nos -- menciona que el código civil francés en su artículo 1.874 -- aplica el término; "prêt a usage ou commodat y prêt de -- consommation ou simplement prêt," que sería préstamo a uso o comodato y préstamo de consumo o simplemente préstamo; Grecia del mismo modo utiliza una sola denominación para -- lo dos contratos. como analizamos también lo hace el derecho alemán, aunque el derecho de obligaciones suizo llama a ambos contratos "leihe" distinguiendo entre comodato y mutuo. (41)

Asimismo Shultz nos cita que; " La etimología de la -- palabra mutuum es dudosa, la explicación de Gayo "mutuum- appellatum, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo --- tuum fit" es por supuesto, disparatada. Mutuum derivaba -- de mutare y probablemente significa "cambio" , esto es -- "dar unas monedas para recibir otras de igual valor " (42)

Para Juan Iglesias Mutuum deriva de mov -- (movere - mutare)" (43)

Rojina Villegas nos dice al respecto que " Según los textos romanos, la palabra mutue se derivó de neuum y -- tuum, en cuanto por este contrato lo mío se hace tuyo o, lo que es igual, se realiza una transferencia de pro_ -- piedad. Algunos romanistas modernos tachan de rebuscada -- esta etimología, y enlasan la voz mutuum con el verbo muta_ re, cambiar." (44)

Nuestro Código Civil vigente nos dice" El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir --

(41) Idem.

(42) Id.

(43) Juan Iglesias op. cit.

(44) Rojina Villegas, R. loc. cit. p. 479

la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas --- fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad " artículo 2384 de - nuestro código.

Ahora nosotros para tener más completo el concepto - debemos tener en cuenta como aspectos importantes;

a) la transmisión de la cosa por entrega es con --- desplazamiento del derecho de propiedad, lo que sería la traditio para los romanos.

b) las cosas son muebles pertenecientes a la catego_ ría de consumibles y de fungibles.

c) la entrega de cosas consumibles, como préstamo de consumo, no se indique o se convenga la manera en que se haga.

d) la cosa entregada es una cosa fungible, y se trans mite la propiedad de la cosa pues de no ser así se esta_ ría en un préstamo de uso o comodato, teniendo que devol_ ver la misma cosa.

Conceptuaremos que el mutuo como contrato real o -_ préstamo de consumo será cuando una persona llamada mutuan te entregue a otra llamada mutuario o mutuuario en --- propiedad una cantidad de cosas consumibles o fungibles -- autorizando al mutuuario a consumir o utilizar en la - forma que estime conveniente, con la obligación de -- devolver en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas - fungibles o consumibles de la misma especie y calidad.

B) CLASIFICACION.

El contrato de mutuo como se observó en los anteriores capitulos, era unilateral y real en el Derecho Romano, -- pero nuestro código vigente cambia éstas características -- y se clasifica como bilateral y al respecto nos menciona -- Zamora y Valencia, es bilateral porque "Engendra de inme_ diato la obligación para el mutuante de entregar la cosa y para el mutuuario la obligación de restituir otra de la misma especie y calidad." (45)

Y al respecto Rojina como ya citamos es bilateral -- porque con el simple consentimiento existe desde la promesa antes de la entrega de la cosa y es obligación del --- mutuante de entregarla al mutuuario, en forma y términos convenidos.(46)

Por su parte Leopoldo Aguilar refiere que es bilateral " en el sentido que genera obligaciones a cargo de ambas - partes, antes era de los llamados sinalagmáticos imperfec_ tos, porque como era real, se perfeccionaba con la entrega de la cosa y la devolución era una obligación posterior." (47)

Sánchez Medel nos expone que " es un contrato bilateral consensual por oposición al real, dado que no requiere de la entrega de la cosa para su perfeccionamiento, y también por oposición a formal, porque no requiere ninguna formali_ dad su celebración..... se trata de un contrato obligato_ rio en cuanto que de inmediato no transmite la propiedad - de la cosa objeto del mismo, sino que sólo genera la ---

(45) Zamora y Valencia Miguel.A. "Contratos Civiles" 4a. ed. 1992 Porrúa. S.A. P. 142

(46) op. cit. p. 201

(47) Loc. cit. p. 53

obligación de transmitirla en un momento posterior. " (48) pero asimismo nos dice que "aún dentro de la actual --- concepción del mutuo como contrato meramente obligatorio, se requiere por fuerza la entrega de la cosa, bien sea - la entrega material o por lo menos virtual o jurídica ... virtual existe, por ejemplo, cuando una persona adeuda a otra una suma de dinero por algún determinado concepto -- y convienen ambas en que la primera se quede con tal suma- a título de mutuo y se obligue a pagarla a la otra con -- intereses dentro de un determinado plazo." (49)

Por lo que si necesariamente se requerirá de la -- entrega de la cosa y como lo menciona el artículo 2015 del ordenamiento en cuestión "En las enajenaciones de -- alguna especie indeterminada, la propiedad no se transfe- rirá si no hasta el momento en que la cosa se hace cier- ta y determinada con conocimiento del acreedor. "

Teniendo presente que son géneros o bienes que se -- determinan por su especie de ahí que se deba individua- lizar la cosa para que el mutuuario conozca lo que le ha- va a prestar el mutuante.

Continuando con la clasificación del mencionado --- contrato los autores ya citados coinciden en que es Con- sensual en oposición a real, como se anotó, y en oposi- ción a formal, pues no se requieren formalidades de lo - que Sánchez Medel al respecto menciona " no es formal -- dado que no es necesaria la firma de ningún documento, ni llenar ninguna otra formalidad para la celebración de -- este contrato. Con todo, hay que probar en alguna forma - la entrega de la cosa por el mutuante al mutuuario, para

(48) Op. cit. p. 220

(49) Ibid. p. 223

poder exigir a éste después de celebrado el contrato, la restitución de otro tanto de la misma especie y calidad ya que el mutuuario podría alegar que no se le entregó la cosa, oponiendo la conocida excepción ' Exceptio non numeratae pecuniae ' o sea, la excepción de dinero no entregado. " (50)

Rojina Villegas nos confirma al decirnos " que es consensual en oposición a formal ya que no requiere para su validez la observancia de alguna formalidad ". (51)

Lo mismo están de acuerdo en que es un contrato --- Principal pues subsiste por sí mismo sin depender de -- otro, Nominado pues lo contempla nuestro ordenamiento -- civil,

Desde otro punto de vista lo podemos clasificar el mutuo en Civil y Mercantil, en este sentido el Código de Comercio dice en su artículo 358 " Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con --- expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comer_ ciantes. "

Antes de continuar explicando la anterior clasificación es menester decir que también el contrato es Gratuito y Oneroso Refiriendonos Rojina Villegas que "lo primero cuando no se pacta un interés o compensación alguna por las cosas fungibles transmitidas al mutuuario; es oneroso cuando éste tiene la obligación de pagar un interés en dinero o especie. En este caso, existen provechos y ---

(50) Idem.

(51) Rojina V. Ob. cit. P. 461

gravámenes recíprocos. Provecho para el mutuuario por --
 cuanto que recibe una cantidad de dinero o bienes fungi-
 bles; gravámen por cuanto que paga un interés; provecho --
 para el mutuante por que recibe un interés y gravámen --
 por que se desprende de una suma de dinero o de bienes --
 fungibles. Cuando falta el interés, el beneficiado es el
 mutuuario y el que reporta el gravámen es el mutuante; -
 es pues en este caso, gratuito. " (52)

Referente al punto el profesor Medal nos menciona -
 que se clasifica en mutuo simple, que es el préstamo --
 gratuito, y el mutuo con interés, que es el préstamo ---
 oneroso. (53)

El artículo 2393 de nuestra norma civil "Es permitido
 estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya
 en géneros."

Tomando de lo anterior que se puede o no estipular -
 intereses, y bien nuestra legislación al no estipular --
 nada en este respecto se presumirá el mutuo gratuito, y
 si se pacta la compensación o los intereses o cualquier -
 ventaja económica, para el mutuante o prestamista nos --
 dice el artículo 2394 del ordenamiento civil que el " in-
 terés es legal o convencional." y el 2395 nos menciona -
 que " El interés legal es el nueve por ciento anual. El -
 interés convencional es el que fijen los contratantes --
 y puede ser mayor o menor que el interés legal, pero ----
 cuando el interés sea tan desproporcionado que haga funda-
 damente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de
 la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición
 de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales cir --
 cunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el
 interés hasta el tipo legal."

(52) Ibid.

(53) Op. Cit. p. 220

Continuaremos con el mutuo civil después de aclarar que el carácter mercantil del mutuo, como señala Rojina Villegas "no depende de la naturaleza de los contratantes, es decir de que sean comerciantes, sino de que las cosas dadas en mutuo se destinen exclusivamente a actos de comercio. Cuando entre comerciantes se hace una operación de esa especie, se presume que la cosa se va a destinar a actos mercantiles; pero, si se demuestra que se destinó a operaciones exclusivamente civiles, el mutuo será un contrato civil. " (54)

El maestro Rojina, asimismo, hace mención que "No se ha definido de una manera absoluta la opinión y la jurisprudencia sobre éste punto. Se admite únicamente que un préstamo es comercial, cuando el dinero prestado debe emplearse en una operación mercantil, cualquiera que sea el carácter de las partes; pero hay dudas sobre los préstamos hechos por banqueros a personas no comerciantes."- (55)

Ahora bien el interés en el mencionado mutuo mercantil, estipula que si no se ha pactado por las partes será del 6% anual, siendo que para el civil es del 9% anual --

Medal explica que solo por razones sicológicas --- siguen llamándose depósitos irregulares a plazo fijo conforme los artículos 267 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que menciona "El depósito de una suma determinada de dinero en moneda nacional o en divisas o monedas extranjeras transfiere la propiedad -- al depositario y lo obliga a restituir la suma depositada en la misma especie, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente". 271 del mismo ordenamiento alude "los depósitos bancarios podrán ser retirables a la vista, (cuando - (54) Idem.
(55) Ibidem.

se muestre) a plazo o previo aviso..." y el artículo 273 de la L.G.T.O.C. nos dice "Salvo convenio en contrario, en los depósitos con interés, éste se causará desde el primer día hábil..." Lo que nosotros en materia civil llamaríamos mutuante es en materia mercantil el depositante que busca una custodia segura para su dinero y por ello lo presta a una institución bancaria, pero como afirma el profesor Sánchez Meda, la verdadera naturaleza jurídica del contrato es la de un mutuo con interés porque el cliente transmite al banco la propiedad del dinero y el banco se obliga a devolver otra suma igual al cabo de cierto plazo y a pagar entre tanto un determinado rédito, aunque el móvil fundamental de dicho cliente sea la custodia o asegurar la devolución del dinero.

Dentro de la misma legislación mercantil se reglamentan en forma especial y bajo nombres diferentes diversas clases de préstamos, como el propio contrato de apertura de crédito (art. 291 de la LGTOC.) no es en el fondo sino una forma evolucionada del mutuo. Comentario hecho por Messineo, el cual cita Meda.

Continuando con el mutuo civil es importante citar las diferencias que existe con el comodato y son:

a) el comodato faculta sólo a un determinado uso de la cosa, en tanto que el mutuo transmite la propiedad de la misma (art. 2384, 2497 y 2507)

b) el comodato obliga a restituir individualmente la cosa, en tanto que en el mutuo sólo existe la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (art. 2497 y art 2384.)

c) los riesgos de la cosa corren en el comodato por cuenta del comodante, quien por seguir siendo el dueño -- de la cosa sufre la pérdida de ésta por caso fortuito -- o fuerza mayor, salvo diversas excepciones (art. 2502, -- 2507, y 2504 a 2506), en cambio la pérdida de la cosa por caso fortuito o fuerza mayor la sufre en el mutuo el -- mutuuario, por transmitirse a éste la propiedad de dicha -- cosa como lo marca el multicitado artículo 2384.

d) el comodato es esencialmente gratuito como lo marca el artículo 2497, no así el mutuo, que puede ser gratuito o sin intereses, o bien mutuo oneroso o con intereses (-- art. 2394 y 2393).

e) el objeto del comodato deben ser cosas no fungibles o cuerpos ciertos, ya que solo excepcionalmente puede -- recaer sobre cosas fungibles, pero deben ser restituidas individualmente por haberse permitido sólo la exhibición de ellas (arts. 2497 y 2498), en tanto que el objeto -- del mutuo sólo puede ser dinero u otras cosas fungibles -- (art. 2384).

f) el comodato por ser un contrato de amistad o intuitu personas, puede el comodante, en caso de necesidad --- urgente de la cosa, exigir la devolución de ésta antes de la terminación del plazo o uso convenidos (art. 1512) a diferencia del mutuo en el que, por regla general, no puede el mutuante exigir la devolución de la cosa -- antes del vencimiento del plazo (art. 2385). (56)

Como notamos es muy grande la diferencia que hay en el llamado prestamo de consumo o mutuo, y el llamado -- prestamo de uso o comodato.

(56) Op. Cit. pp. 220 a 222.

C) OBJETO.

Las cosas, como contenido de las obligaciones de dar de las partes, deben ser bienes fungibles, como ya hemos citado, Zamóra y Valencia al respecto dice; " No deben -- confundirse los bienes fungibles con los consumibles por su primer uso, ya que los primeros son los que tienen unos -- respecto de otros, el mismo poder liberatorio al momento -- de efectuarse un pago, entregando unos u otros y los segun-- dos, son los que perecen, pues se consumen en su primer -- uso cuando ese uso es conforme a su propia naturaleza." -- (57)

El objeto para el profesor Rojina Villegas en el mutuo solo pueden ser los bienes fungibles, tanto corporales como incorporales, los consumibles por el primer uso, como los -- que no lo son. Asimismo, se suele tener confusión en el carácter de bien consumible con el de bien fungible, y es que generalmente la fungibilidad corresponde con la -- consumibilidad. (58)

También para Sánchez Meda la moneda extranjera puede ser objeto del mutuo, pero conforme a la Ley Monetaria, -- el mutuuario puede devolver o la moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio vigente en el momento de hacer el pago.

Al respecto la vigente Ley Monetaria de 25 de julio de 1931 dispone en su artículo 4o; "Los billetes del -- Banco de México tendrán poder liberatorio ilimitado." El -- artículo 7o. "Las obligaciones de pago, de cualquier suma -- en moneda mexicana se denominará invariablemente en pesos y en su caso, sus fracciones. Por lo que dichas ---

(57) Op. Cit. p. 143

(58) Ibid. p. 485

obligaciones se solventarán mediante la entrega, por su valor nominal, de billetes del Banco de México o monedas metálicas de las señaladas en el artículo 2o.

No obstante, si el deudor demuestra que recibió del acreedor monedas de las mencionadas en el artículo 2o bis podrá solventar su obligación entregando monedas de esa misma clase conforme a la cotización de éstas para el día en que se haga el pago."

El artículo 4o " La moneda extranjera no tendrá -- curso legal en la República, salvo en los casos que la -- Ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones -- de pago de moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán-- entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago." Y por último el numeral 9o; "las prevenciones -- de los dos artículos anteriores no son renunciables y -- toda estipulación en contrario será nula. "

Así en las obligaciones en dinero no debe restituir se la misma especie, aun cuando se hubiese así convenido, debe devolverse el bien equivalente y éste es la moneda -- que tenga curso legal. El carácter fungible de la moneda por disposición de orden público, por un interés social -- indiscutible, exige que el valor nominal de la misma sea el que se tome en cuenta para determinar su poder libe-- ratorio equivalente en los pagos, la moneda tiene poder -- liberatorio nominal, aunque cambie de especie, o (tenga -- valor real inferior, o económicamente pierda poder adqui-- citivo) y por consiguiente la moneda de curso legal será el bien fungible equivalente que, conforme a la ---

naturaleza aleatoria del contrato deberá restituir el --
mutuatario." (59)

Al respecto nos dice el numeral 2389 del Código --
civil; "Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el -
deudor devolviendo una igual cantidad a la recibida con --
forme a la ley monetaria vigente al tiempo de hacerse el
pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se -
pacta que el pago debe hacerse en moneda extranjera, la
alteración que ésta experimente en valor será en daño o -
beneficio del mutuatario."

Entendiendo con lo anterior que no importa que se -
haya devaluado, la moneda el deudor sólo está obligado a
devolver en la misma cantidad y especie, aunque no en la
misma calidad pues ésta se perderá o disminuirá al perder
valor adquisitivo, y el dinero no podrá tener la calidad-
de compra para el acreedor, y la alteración en la moneda
extranjera, cuando se hubiese pactado en ésta, su pago en
pesos con el valor de la moneda al tipo, de cambio vigen --
te al momento del pago, será como dice la ley en daño o -
en beneficio del deudor o mutuario.

SUJETOS

Tanto el mutuante como el mutuario, necesitan tener
capacidad especial para enajenar, a efecto de dar y reci --
bir en mutuo, ya que el contrato es traslativo de dominio
y a su vez el mutuatario se obliga a restituir, asimismo
Sánchez Medel nos indica que las obligaciones a cargo del
mutuante son tres

Primera obligación de entregar la cosa, pudiendo --

(59) Idem. p. 507

hacerse dicha entrega en forma real, jurídica o virtual. - Toda entrega debe hacerse en el lugar y tiempos pactados- y a falta de convenio expreso, dicha entrega ha de hacer- se donde se encuentre la cosa en el , momento de celebrar el contrato conforme el artículo 2387 fracc. I siempre - que la circunstancia fuere conocida desde entonces por el mutuuario, pues de no existir ese conocimiento la entre- ga tendrá que hacerse en el domicilio del mutuante como - lo marca el numeral 2082 del ordenamiento civil.

A falta de pacto expreso la entrega ha de hacerse - cuando haya transcurrido el plazo de treinta días sigui- entes a la interpelación judicial que haga el mutuario - al mutuante como lo menciona el artículo 2080.

La segunda obligación que consiste en transmitir la propiedad de la cosa, mediante la individualización de la cosa, por tratarse de géneros como nos dice el artículo - 2015

Y la tercera obligación de responder por los vicios ocultos, pero con la atenuante de que esta responsabi- lidad solamente existe cuando dichos vicios o defectos -- fueron conocidos del mutuante y no dio aviso oportuno - de ellos al mutuuario que conforme el artículo 2390 -- nos habla que " El mutuante es responsable de los per- juicios que sufra el mutuuario por la mala calidad o - vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defec- tos y no dio aviso oportuno al mutuuario." reduciendose así la responsabilidad del enajenante en general que res- ponde siempre de los vicios ocultos, aunque dicho enaje- nante no los hubiera conocido conforme los artículos -

2145 y 2148. La razón de que se deba responder por los vicios ocultos estriba en que por su naturaleza es un contrato gratuito el mutuo y debido a ello, desde el Derecho Romano sólo responde el deudor por su dolo o mala fe en los contratos gratuitos.

La obligación de Saneamiento por evicción, que es propia de todo enajenante, sólo existe en teoría en el mutuo, porque la moneda no es reivindicable de un adquirente de buena fe, como lo indica el artículo 800 de nuestro ordenamiento civil, y la posesión de bienes fungibles, salvo prueba en contrario, se presume de buena fe y da al que la tiene la presunción de ser propietario -- artículos 798, 807. " (60)

Las obligaciones del mutuuario son;

Primero devolver otro tanto de la misma especie y calidad, haciendo también la entrega y transmitiendo la propiedad de la cosa conforme el ya mencionado artículo 2384 y 2015. Esta devolución o entrega de la cosa debe hacerse también en el lugar y en tiempo pactados. Y a falta de convenio expreso por lo que hace al lugar, la devolución ha de hacerse en el domicilio del mutuuario -- al respecto el numeral 2082 del Código Civil dice " Por regla general, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa... " y el artículo 2085. Si se trata de dinero, será como nos dice el 2387 fracc.II " ... La restitución se hará, si el préstamo consiste en efectos, el lugar donde se recibieron. Si consiste en dinero, en el domicilio del deudor... " O en donde se recibió por dicho contratante la cosa si ésta consistió en géneros o efectos; y a falta de pacto --

(60) Op. cit. p. 223, 224

expreso acerca del tiempo, una vez que transcurran treinta días después de la interpelación judicial por el mutuante al mutuario como nos menciona el artículo 2080, a menos - que se trate de frutos o productos del campo, por que en tal caso la devolución ha de hacerse al termino de la -- siguiente cosecha, artículo 2365 fracc. I y II del código - civil.

Puede quedar sin efecto el plazo pactado para la devolución del préstamo y anticiparse ésta en ciertos casos - por ejemplo si en el mutuo oneroso se hubiere convenido un rédito mayor del 9% anual y una vez transcurridos los pri- meros seis meses y pagados los intereses vencidos, el mu- tuatario denuncia el contrato mediante un preaviso, dado - al mutuante con dos meses de anticipación como nos mencio- na el numeral 2396 del código en referencia. También si - en un préstamo con interés se ha convenido que el incumplimiento en el pago de los réditos faculta al mutuante para exigir la devolución anticipada de la suerte principal. Y finalmente si el mutuatario cae en insolvencia y no garan- tisa su obligación, a pesar de su exigencia al respecto- del mutuante el artículo 2166 nos refiere; " Hay insolven- cia cuando la suma de los bienes y créditos del deudor, - estimados en su justo precio, no iguala al importe de sus deudas. La mala fe, en este caso, consiste en el conoci- miento de ese déficit." y el artículo 1959 fracc. I que dice; " Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo I Cuando después de contraída la obligación, resultare -- insolvente, salvo que garantice la deuda;..."

En casos excepcionales la devolución no se hace en -

bienes de la misma especie y calidad, sino que se hace - por equivalente, así como ya citamos cuando se trata de - moneda extranjera, según la Ley Monetaria sólo tiene -- poder liberatorio la moneda nacional y puede devolverse - el equivalente de la moneda extranjera en moneda nacional al tipo de cambio vigente en el momento de la restitución en lugar de moneda extranjera como nos menciona el artículo 2389 del ordenamiento civil, y además cuando ya no es - posible devolver el mismo género, la devolución debe hacerse mediante el valor que tenía la cosa en el momento y - lugar en que se hizo el préstamo, a juicio de peritos, si no hubo estipulación en contrario, artículo 2388.

Por lo que se refiere a la obligación de responder - por los vicios ocultos y a la de garantizar el saneamiento en caso de evicción, se aplican las mismas observaciones - para el mutuuario que para el mutuante.

En lo referente al mutuo con interés hay obligación de pagar el rédito, cuyo monto pueden por regla general - fijar libremente las partes, ya que sólo a falta de pacto expreso rige el interés legal del 9% anual artículos 2394 y 2395 del ordenamiento en cuestión.

Siempre se necesita pacto expreso para que el mutuario deba pagar intereses, pues el mutuo es un contrato gratuito por naturaleza. Aunque no se pacte si se quiere cobrar intereses, se aplicará el interés legal del 9% anual. arts 2393 y 2395.

Asimismo la libertad para pactar o fijar el tipo de - interés no es absoluta, sino que existen seis limitaciones a consideración de Sánchez Meda y son;

a) Si el rédito es tan desproporcionado que haga --
fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario
de la inexperiencia o de la ignorancia del mutuuario, -
puede el juez, teniendo en cuenta las especiales circunsta-
ncias del caso, y a petición del mismo mutuuario, redu-
cir equitativamente el interés hasta el legal, artículo -
2395, considerándose éste caso como una aplicación del --
principio de la conversión del contrato, (o modificación
para equilibrar a las partes).

b) Si se pactó el interés más alto que el legal, --
puede el deudor después de seis meses contados desde que
se celebró el contrato, reembolsar el capital anticipada-
mente, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dan-
do aviso al mutuante con dos meses de anticipación y ---
pagando los intereses vencidos artículo 2396, siendo éste
un caso de desistimiento unilateral del contrato y no -
precisamente de rescisión del contrato.

c) Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, conve-
nir de antemano, que los intereses se capitalicen y que -
produzcan nuevos intereses, artículo 2397, lo que constituye
el llamado " pacto de anatocismo", que es distinto del
convenio que las partes pueden celebrar válidamente después
de que se hubieren devengado ya los intereses para que en-
lugar de pagarse esos intereses a la sazón ya causados -
entonces, se incorporen al capital para producir nuevos --
intereses.

d) la tasa máxima del interés, salvo para las opera-
ciones bancarias, la debe fijar en teoría la Secretaría de
Comercio y Fomento Industrial, artículo 4 y 22 de la Ley -

Federal de Protección del Consumidor. Asimismo nos dice -- Sánchez Medel que hasta la fecha no la ha fijado en la realidad.

e) En cuanto a los intereses moratorios no pueden exeder de ese teórico interés que debe fijar la SECOPIN, y a falta de esa fijación del 25% del interés ordinario según artículo de la misma Ley Federal de Protección al Consumidor

f) Existe en el Código Penal artículo 387 fracc. VIII - el delito de fraude genérico para aquél que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulan réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado." (61)

Al respecto Rojina Villegas nos menciona que como --- otro elemento de validez, relacionado con la capacidad es el de la lesión. " Esta ha sido especialmente reglamentada -- por el código actual en el contrato de mutuo con interés - Los casos típicos de lesión se han presentado en la usura y por esto el derecho la ha combatido principalmente a través del mutuo. Como citamos en el primer capítulo el Código de 1884 respetaron el principio de la autonomía de las partes en cuanto a la voluntad, y el de la obligatoriedad del los contratos, como suprema ley del negocio jurídico, permitiendo con esto el interés desproporcionado o más bien dicho la usura.

Es importante decir que históricamente fué prohibida la usura por el derecho Canónico, así como una especie de pecado el hecho de prestar dinero a interés. Esta prohibición apareció en la legislación civil en tiempo de Carlo - Magno y se mantuvo. Por lo que los cristianos no podían -

(61) Idem. p. 225, 226.

hacer quedó permitido a los judíos. Estos en gran número - se convirtieron en prestamistas sobre prendas, ganando con ello a la vez que grandes provechos, el odio popular; el nombre de judío llegó a ser sinónimo de usurero. Las ordenanzas reales reglamentaron el ejercicio de la usura por los banqueros judíos.

El maestro Rojina continua narrandonos que como consecuencia, la prohibición del préstamo con interés era una de esas leyes que estan destinadas a ser violadas, por la imposibilidad de conformarse a ellas. Así el monopolio de los judíos no bastaba, pues los cristianos querían también prestar sus capitales recibiendo del deudor una justa retribución del servicio prestado.

Así en el Código Civil alemán existe un precepto que siguió el suizo, pasando a nuestro actual Código, que consagra el principio de que es ilícito el acto por virtud del cual alguien explota la ignorancia, la miseria o necesidad del otro, obteniendo un lucro desproporcionado en relación con el gravámen que reporta. En el Código alemán claramente se dice que no se trata de una nulidad relativa, sino absoluta; ya que es un acto ilícito por cuanto que hay una explotación indebida a sabiendas de que la otra parte se halla necesitada o su estado de ignorancia o inexperiencia le impide calcular los efectos perjudiciales del acto que realiza.

Así nuestro Código penal toma como medida para evitar el fraude en los casos de interés desproporcionado, explotando la miseria, la ignorancia o la inexperiencia, en el artículo 387 fracc. VIII del Código penal vigente para el Distrito Federal " Las mismas penas señaladas en el artículo

anterior (osea las que se imponen para el delito de fraude consistentes en prisión que puede oscilar entre tres dias y doce años y multa desde treinta hasta 120 veces el salario mínimo) se impondrán ; fracc. VIII al que valiendose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado."

De aqui se desprende, que el mutuuario para, conciliar su situación tendrá dos acciones; una Civil conforme al artículo 2395 del respectivo Código Civil, para obtener la reducción del interés convencional demostrando estar en el caso de ese precepto. Y la Acción Penal mediante la denuncia al Ministerio Público para que obtuviese la restitución y reparación del daño causado, buscandose si así se constituye un fraude.

Ahora bien en cuanto a la situación del Anatocismo en el cual las partes convienen en que se capitalicen los intereses, esta prohibido pues resulta peligrosa todavez que aumenta con rapidez el pasivo de los deudores poco afortunados, que no pueden pagar regularmente los intereses de sus deudas.

También el problema de la lesión esta relacionado con la teoría de la imprevisión pues dá una regla general para que el juez pueda modificar las circunstancias económicas extraordinarias que eviten su cumplimiento o que lo hagan imposible, el juez puede decretar una reducción equitativa a las obligaciones del deudor,

VOLUNTAD

Por lo que hace a la voluntad de las partes como ya -
vimos es consensual en oposición a formal y por tanto no -
requerir para su validez ni siquiera la expresión verbal --
cuando de los actos que ejecuten, se desprenda la voluntad -
tacita de dar y recibir en mutuo,

Aunque como nos indica el profesor Villegas " Como me_
dida de seguridad, se recurre no sólo a la expresión verbal
sino a la forma escrita y en ocasiones, como formalidad --
ad probationem, debe otorgarse el mutuo, por conveniencia -
procesal, en escritura pública, sobre todo para la proceden_
cia de la acción ejecutiva. " (62)

D) FUNGIBILIDAD

Es importante tener presente la distinción entre bienes fungibles y bienes consumibles, al respecto Alfredo di Pietro nos dice que las "Cosas consumibles son las que perecen con el primer uso normal como son; alimentos, dinero, que se -- pierden para su dueño, cuando lo gasta -- combustibles, etc.

No Consumibles.- son aquellos cuyo uso normal no implica su destrucción aunque produzca un cierto deterioro, por ejemplo una estatua, una casa, una vestimenta.

Cosas Fungibles.- son aquellas cosas que son consideradas en las relaciones patrimoniales, no por su individualidad sino por pertenecer a un determinado género, del cual importa solamente la cantidad -- peso, número, medida, por ejemplo -- los granos, el vino, el dinero, productos manufacturados en serie.

También se llaman subrogables o representables porque son indiferentemente sustituibles por igual cantidad del mismo género.

No Fungibles son las que tienen una individualidad propia tal que no pueden indiferentemente ser remplazados en su -- apreciación socioeconómica, por otra cosa del mismo género -- por ejemplo; una obra de arte, un esclavo, un fundo.

El mismo autor Di Pietro nos indica que ésta división -- adquiere gran relevancia en el campo de las obligaciones, en razón de la sustituibilidad y del principio de que " El género nunca perece."

Además nos indica que todas las cosas consumibles son fungibles, pero no todas las fungibles son consumibles, como por ejemplo; los libros de una misma edición, productos -- industriales en serie, etc." (63)

(63) Di Pietro, Alfredo, "Manual de Derecho Romano" Edit. Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1979

Refiriendose al tema el profesor Rojina Villegas indica que " Por bien consumible se entiende aquel que se agota - con el primer uso y por fungible, aquel que tiene un poder liberatorio equivalente en los pagos, es decir, que en el cumplimiento de las obligaciones tiene igual valor al de - otro bien y, por tanto, puede intercambiarse, ser fungible es decir, fungir el uno por el otro.

El mutuo por tanto debe recaer sobre bienes fungibles- por lo que aquellos bienes consumibles que no sean fungi_ - bles, no pueden ser objeto de este contrato. Los ejemplos - clásicos de la última barrica de vino de la última cosecha que no es fungible y, si es consumible, porque no habrá - otra barrica equivalente. En cambio tenemos una vasta -- cantidad de bienes fungibles de la industria moderna como los accesorios de las maquinarias que son intercambiables que tienen el mismo poder liberatorio y que no son consumi_ - bles." (64)

Por lo que diríamos en base a lo ya expuesto que un -- bien mueble puede fungir por otro, pues los géneros nunca - perecen restituyendo la misma cantidad, calidad y especie - asimismo, no todas las cosas fungibles son consumible y si todas las cosas consumibles serán fungibles, pues se agotan con el primer uso, fungiendo otra en sustitución de ésta.

CAPITULO III

ELEMENTOS DEL MUTUO CON GARANTIA HIPOTECARIA.

A) OBJETO.

Como ya anotamos en el mutuo serán las cosas fungibles el objeto de la obligación pero es importante conocer doctrinalmente el objeto para comprenderlo en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, es decir el crédito.

El objeto es un elemento esencial para la formación de los contratos, cuya falta produce inexistencia del mismo. -- Como se desprende del artículo 1793 de nuestro ordenamiento civil, el objeto de los contratos es la creación o transmisión de obligaciones y derechos. Por otra parte el mismo Código en su artículo 1824 estipula que el objeto de los -- contratos es; I.- la cosa que el obligado debe dar,

II.- el hecho que el obligado debe hacer o no hacer; es decir nuestro ordenamiento confunde el objeto del contrato con el objeto de la obligación, el objeto de la -- causa; con el objeto del efecto; se olvida que el contrato -- debe contener elementos puramente conceptuales, es decir que la cosa o el hecho, materiales en su esencia, no pueden ser parte del contrato, cuyo objeto debe ser conceptual y no -- material. El objeto propio del contrato, es solamente la -- creación o la transmisión de derechos y obligaciones, conceptuales jurídicamente, pero hablar de cosa o de hecho como -- elementos de esencia del contrato es falsear su propia naturaleza: Habiendo un acuerdo de voluntades, que se propongan una finalidad que recaiga sobre un objeto determinado, el contrato existe independientemente de la cosa o el hecho, -- puesto que estos son objetos consecuencia, de la --

obligación. Rojina Villegas nos dice al respecto: " La terminología jurídica, por razones prácticas y de economía en el lenguaje ha confundido, principalmente en los códigos el objeto de la obligación con el objeto del contrato". (65)

Desde el punto de vista de la doctrina, el objeto se -- divide en objeto directo; que consiste en dar, hacer o no -- hacer (lo que es el objeto del contrato); y el objeto indirecto que es la cosa o el hecho (o bien el objeto directo -- de la obligación).

Con relación a las cosas, la obligación puede consistir según el artículo 2011 del Código Civil; I.- en la trasmisión de dominio de cosa cierta.

II.- en la enajenación temporal de uso o goce de cosa -- cierta.

III.- en la restitución de cosa ajena o pago de cosa -- debida.

Sus características son:

a) ser físicamente posible;

b) ser jurídicamente posible; se dice que es físicamente posible cuando existe en la naturaleza o puede existir -- por tanto, por regla las cosas que en el futuro existirán -- pueden ser objeto de contrato, y será jurídicamente posible cuando, está en el comercio y cuando es determinado o susceptible de determinación jurídica. Debiendo estar en el comercio, puesto que si está fuera de él, existe una imposibilidad jurídica aún cuando no física, para la contratación. -- Las cosas pueden estar fuera del comercio por naturaleza o por disposición de la Ley, así por naturaleza

(65) Rojina, Villegas R. "Teoría General de las Obligaciones" Ediciones encuadernables. Edit. El Nacional, México 1943 p.439

aquellas que no pueden ser poseídas individualmente, y están fuera del comercio por disposición de ley, aquellas que se declaran irreductibles a la propiedad particular, como las de dominio público (66)

Con relación a las obligaciones de hacer o no hacer, tienen las siguientes características;

a) debe ser físicamente posible y ,

b) debe ser jurídicamente posible ; " se dice que hay una imposibilidad física para ejecutar una obligación de hacer cuando una ley de la naturaleza impide la realización del hecho constituyendo un obstáculo insuperable de tal manera que en forma absoluta y para toda persona no podrá realizarse la prestación contravenida " (67). Desde luego cabe hacer la aclaración de que esta imposibilidad física no se refiere a la imposibilidad del obligado, puesto que la ley previene que en caso de que el obligado no pueda físicamente ejecutar el hecho materia de la obligación sólo se condena al deudor al pago de la obligación, ejecutándolo otra persona, " Hay una imposibilidad jurídica cuando el hecho no puede realizarse porque la norma de derecho constituye un obstáculo insuperable para su ejecución" (68). Hay que distinguir la imposibilidad jurídica de la ilicitud del objeto, entendiéndose que en la primera, el contrato existe pero es nulo, otra característica es que el hecho debe ser personal, aún cuando el código no lo estipula, se debe entender que en las prestaciones de hacer, el deudor promete un hecho propio, que la promesa respecto a tercero no obliga a éste. Ilicitud del objeto, donde un requisito de-

(66) Rojina V.Op.cit. p. 447

(67) Idem. p. 516

(68) Ibid.

el hecho es que debe ser lícito.

En términos generales se dice que es lícita la prestación y obtención cuando no son contrarias a la ley; ilícito es el acto que viola, pero para tratar este punto, hay que tomar en cuenta el grado de ilicitud, pues si bien es cierto que todo acto contrario a la ley es acto ilícito, solo produce nulidad el objeto, cuando va en contra de una ley de interés público prohibitiva, o en contra de las buenas costumbres. Son normas de interés público, las normas de derecho público y las de derecho privado que tengan interés público, como las relativas a la capacidad y al estado de las personas, a la propiedad inmueble y a los demás derechos reales, así como a las normas protectoras en materia de obligaciones y contratos, renunciar a recursos, ejecutar el tutor actos de dominio sobre los bienes del pupilo, etc.

Los grados de ilicitud producen desde la nulidad absoluta a una nulidad relativa así que cuando el acto va en contra de una ley prohibitiva de orden público la nulidad con que se afecta es absoluta; cuando el acto va contra una ley prohibitiva de interés particular, por ejemplo en caso de efectuar actos de administración en una copropiedad cuando no hay mayoría de copropietarios y de intereses, está afectado de nulidad relativa, por lo que para calificar el grado de ilicitud del hecho y sus efectos, se deberá estar a lo que para el caso disponga la ley.

Respecto a las buenas costumbres los actos que van en contra de ella son ilícitos, pero como una garantía a la convivencia social y ante la imposibilidad del legislador de poder prever todos los actos inmorales. Por último otra --

característica es que las partes deben tener interés en el objeto del contrato, puesto que de no ser así, el contrato no existe, así también en los contratos no se pueden crear prohibiciones, solo la ley las establece.

CREDITO.

Ahora bien teniendo en cuenta que el crédito es el -- objeto en el mutuo con garantía hipotecaria por lo que es -- importante analizarlo.

El crédito no es un descubrimiento reciente, sabemos -- que fue utilizado en las grandes civilizaciones antiguas, -- como la griega y la romana, así como para nuestros antepa- sados los aztecas; pero nunca había alcanzado el grado de desarrollo a que ha llegado en la actualidad, que lo ha -- convertido en un elemento indispensable para la vida econó- mica mundial.

El diccionario de la lengua española lo define:

" Crédito (del latín creditum). Asenso. Derecho que -- uno tiene a recibir de otro alguna cosa, por lo común dinero Apoyo, abono, comprobación. Reputación, fama, autoridad. En el comercio, opinión que goza una persona de que satisfará -- puntualmente los compromisos que contraiga." (63)

El diccionario Jurídico Mexicano nos dice:

" Crédito, es la transferencia de bienes que se hace en un momento dado por una persona a otra, para ser devueltos -- a futuro, en un plazo señalado, y generalmente con el pago -- de una cantidad por el uso de los mismos." (70)

(63) Diccionario Enciclopédico Bruguera. T. II Edit. Juan Bru- guera. Barcelona, 1968 p. 138

(70) Instituto de Investigaciones Jurídicas "Diccionario -- Jurídico Mexicano", 7a. ed. Edit Porrúa p. 772

Cervantes Ahumada refiere que:

" En un sentido genérico, crédito (del latín credere) significa confianza. De una persona en quien se cree, a la que se le tiene confianza, se dice que es persona digna de crédito. Mas no siempre que hay confianza hay crédito en - sentido jurídico, y si hay ocasiones en que el crédito se - concede con ausencia de confianza. (como cuando se da dinero a un comerciante para que salga de una situación angustiosa y como no se confía en él, se le nombra un administrador - para su empresa,) en el sentido jurídico, habrá un negocio- de crédito cuando el sujeto activo que recibe la designación de acreditante, traslade al sujeto pasivo, que se llama -- acreditado, un valor económico actual, con la obligación - del acreditado de devolver tal valor o su equivalente en - dinero en el plazo convenido". (71)

Es importante tener por principio de cuentas que el -- crédito es la confianza, que como dice el diccionario de la lengua española que se cumplirá el compromiso contraído -- así para las definiciones la operación de crédito entrañara que las prestaciones de las partes, estará separada por un - lapso, como nos indica el diccionario jurídico y Cervantes Ahumada, al señalarnos que debe existir un plazo convenido para la devolución, además de un pago por el uso- o lo que vendría a ser los intereses que generalmente se - pactan.

Tenemos como otro elemento a las partes que más adelan- te explicaremos, en este caso el sujeto activo será el -- acreditante y el sujeto pasivo el acreditado. Pero conti- nuando con la comprensión de las definiciones, el crédito -

(71) Cervantes Ahumada, Raúl "Títulos y Operaciones de Cré- dito". 13 ed. México 1984. Edit. Herrero, S.A. p.208

puede efectuarse en principio, con toda clase de bienes; --
 pudiendo desenvolverse teóricamente, sin moneda material --
 teniendo como única condición que se contemplen unidades de
 cuenta en las que se expresen el valor de los créditos y de
 las deudas. Por otro lado el crédito crea un vínculo jurídi-
 co entre el deudor, que es quien recibe el préstamo, y el --
 acreedor, que es la persona a la que le será devuelto, exis-
 tiendo por un lado la obligación del deudor de pagar su --
 deuda y del otro, el derecho del acreedor a reclamar el pago
 de ella; pudiendo el deudor disponer del capital o bienes -
 que haya recibido a crédito, es decir puede utilizarlos en -
 la forma que se haya convenido, pero conservando el acree-
 dor los derechos sobre ello.

Octavio Hernández nos da los elementos básicos de toda
 operación de crédito que son:

- La confianza, el plazo y el deseo de aprovechar un --
 bien o satisfactor.

La confianza se deriva de la capacidad de pago del deu-
 dor (factor económico) y su voluntad de pagar (factor mo-
 ral.

El plazo es la extensión de tiempo que transcurre entre
 el momento en que se obtiene el satisfactor y el momento en
 que se cumple la promesa de devolverlo.

El deseo de aprovechar un bien o satisfactor se deriva
 de la necesidad del acreditado (deudor) de obtener la ---
 propiedad de un valor económico aplazando la contraprestación
 relativa (devolución posterior del préstamo).

Siempre que existan estos tres elementos en un cambio -
 habrá crédito en sentido estricto, pues faltando uno de ---
 ellos, no lo habrá.

Las funciones del crédito se pueden resumir en cuatro:

- 1o.- Se pone a disposición de quien no lo posee.
- 2o.- Permite mediante combinaciones o acumulaciones, -- afrontar una empresa de gran magnitud.
- 3o.- Hace posible la creación de medios circulantes -- baratos, en forma de títulos de crédito.
- 4o.- Hace posible el pago de cuentas a fechas conve_ nientes." (72)

Cabe hacer notar que el crédito no es en sí mismo crea_ dor de riqueza, lo que sí es que favorece extraordinariamen_ te su aumento, ya que facilita el desarrollo en gran propor_ ción de la producción, la cual crea ingresos suplementarios que permiten formar nuevas riquezas, que sirven para estimu_ lar los intercambios económicos.

También resalta la importancia del crédito porque susti_ tuye a la moneda, pues en la práctica comercial el crédito - en la mayoría de las operaciones hace las veces de moneda -- circulante en nuestro país, la generalidad de las operacio_ nes comerciales se liquidan no con moneda material sino --- utilizándolos llamados títulos de crédito.

El crédito es de tan vital importancia que su desapari_ ción, haría tambalear y hasta caer a las más fuertes poten_ cias económicas del mundo.

Asimismo, la clasificación más generalizada del crédito

(72) Hernández Octavio A. "Derecho Bancario Mexicano" T. II Edit. Asociación Mexicana de Investigaciones Adminis_ trativas. Mex. 1956 pp. 9 a 26.

es aquella que se hace desde cuatro diferentes puntos de --
vista;

- a) Según el sujeto a quien se otorga;
- b) Según el tiempo que dura el proceso de la operación de crédito;
- c) Según la garantía que la asegura;
- d) Según el destino que se da al crédito;

Desde el punto de vista del sujeto a quien se otorga el crédito, éste se divide en :

Crédito Público.- que es el que se concede a las corporaciones estatales o de derecho público (Estado Federal, - Entidades Federativas, Municipios, etc.)

Crédito Privado.- que es aquel que se otorga a personas particulares, ya sean físicas o morales, (comerciantes, industriales, ganaderos, agricultores, mineros, profesionistas, empleados, etc.

Crédito Semiprivado o Semipúblico.- que es el que se - concede a corporaciones del Estado consideradas como persona de derecho privado o a personas privadas en las que el Estado tiene interés jurídico o de otra índole, (instituciones - públicas descentralizadas, sociedades de participación estatal, etc.).

Desde el punto de vista del tiempo que dura el proceso de la operación de crédito, éste se divide en:

Crédito a corto plazo.

Crédito a mediano plazo, y

Crédito a largo plazo.

La anterior clasificación es completamente flexible de acuerdo con los distintos criterios que se apliquen para la fijación de los plazos. En relación con el crédito que -- otorgan las instituciones de crédito, podemos decir, que -- se considera corto plazo hasta 180 días, mediano plazo de 180 días hasta cinco años y largo plazo a más de cinco años.

Desde el punto de vista de la garantía que lo asegura, se divide según el riesgo que considere el otorgante o sea -- el banco que correrá su crédito, en:

Crédito Personal,- es el que se realiza sobre las --- cualidades morales, físicas y económicas del solicitante o personas que lo garantizan.

Crédito Real.- es aquel cuyo cumplimiento se asegura -- mediante un bien que se afecta a tal fin.

Crédito Personal, puede ser subdividido en unilateral o simple y en bilateral o complejo. Unilateral o simple es el garantizado por una sola persona, ya sea directamente la -- que recibe el crédito, o por un tercero. El bilateral o ---

complejo es aquél que se garantiza por dos o más personas.

El crédito real puede subdividirse en:

Pignoraticio cuyo cumplimiento se asegura mediante el otorgamiento de un contrato de prenda.

Hipotecario, cuyo cumplimiento se garantiza mediante la constitución de una hipoteca.

Fiduciario, es aquél cuyo cumplimiento se garantiza mediante la constitución de un fideicomiso de garantía.

Las formas de crédito personal se utilizan principalmente en los créditos a corto plazo, en cuanto a las formas pignoraticia, hipotecaria y fiduciaria se utiliza en los créditos a mediano y largo plazo en virtud del mayor riesgo que se experimenta conforme se difiere el cumplimiento de la obligación.

Desde el punto de vista del destino que se le da, éste puede ser:

De consumo o doméstico, que es el que tiene por objeto satisfacer necesidades personales o familiares de quien lo recibe.

Productivo, que es aquél destinado a incrementar la riqueza existente o el desarrollo de todas las actividades productivas y puede subdividirse en crédito a la industria a la agricultura y a la ganadería.

Es importante conocer que se entiende o que son los -- instrumentos del crédito es decir el medio para obtener el -- crédito, y al no encontrar la definición de un tratadista al respecto:

Consideraremos como instrumentos del crédito a;

- 1.- Las Instituciones de Crédito.
- 2.- La moneda.
- 3.- Las operaciones de crédito.
- 4.- Los títulos de crédito.
- 5.- Las garantías.

Las Instituciones de Crédito, son aquellas a las que se define simplemente como empresas intermediarias entre las -- personas que tienen dinero y no pueden o no saben invertirlo y aquellas que no lo tienen pero que si saben o pueden invertirlo.

Al respecto el profesor Acosta Romero nos dice que: " -- Institución de crédito es una empresa constituida bajo la -- forma de sociedad mercantil cuya actividad se dirige a colectar capitales ociosos, dándoles colocación útil, a facilitar las operaciones de pago y a negociar con valores." (73)

"Las consideramos instrumentos de crédito porque son las instituciones constituidas con el propósito de ejercer el --

(73) Acosta Romero, Miguel. "Derecho Bancario" 3a. ed. Edit. Porrúa, México, 1986, p.218.

crédito en forma profesional, es decir, que obtenga para sí una utilidad o beneficio por el hecho de ser distribuidoras - o intermediarias del crédito, ya que por un lado reciben -- dinero que le entregan capitalistas, inversionistas, ahorradores y demás individuos que tienen un excedente improductivo de dinero (operaciones pasivas del crédito); al aceptar practicar éstas operaciones la institución se convierte -- en deudor de aquellas, es decir recibe el crédito, por lo -- que es necesario que la institución satisfaga requisitos -- en su constitución y en su desempeño, para que ofrezca una -- eficaz garantía al conglomerado en el que actúa, y por otra -- parte el dinero que recibe lo distribuye a los hombres de -- empresa, negociantes, industriales, comerciantes, en fin a -- personas que requieren mayor capital para incrementar sus -- actividades (operaciones activas del crédito) ; al aceptar practicar estas operaciones, la institución se convierte -- en acreedor de aquellos, es decir otorga crédito, de ahí que sea necesario que los clientes de la institución satisfaga -- ciertos requisitos que garanticen el cumplimiento de estas -- transacciones. " (74)

La propia ley de Instituciones de Crédito señala a las -- instituciones, diferentes canales de inversión a los bienes -- que reciben del público, con el propósito de que la riqueza -- circule y no se estanque, sirva a quienes la necesitan y no se conviertan éstos en almacenes de dinero.

Por otra parte, la función de las instituciones de crédito no debe consistir únicamente, al interés social de poder contar con establecimientos capacitados financieramente y legalmente para realizar la intermediación del crédito en la forma más segura y eficaz posible.

La Moneda

Como otro de los instrumentos del crédito encontramos -- que la moneda es una de ellos, el diccionario de la lengua española nos dice que es el " Signo representativo del precio de las cosas para hacer efectivos los contratos y los cambios

Pieza de oro, plata, cobre u otro metal, regularmente en figura de disco y acuñada con el busto del soberano o el sello del gobierno, que tiene la prerrogativa de fabricarla y que, bien por su valor efectivo, o bien por el que se le atribuye, sirve de medida común para el precio de las cosas y para facilitar los cambios. Conjunto de signos representativos del dinero circulante en cada país." (75)

Se puede decir también desde el punto de vista jurídico como nos menciona Garcíadiego que la moneda es " La cosa o conjunto de cosas que por disposición del Estado, están obligadas las personas a recibir aún en contra de su voluntad (lo que sería el curso legal) como medio de pago de todo crédito." (76)

(75) Diccionario Enciclopédico Op. Cit.

(76) Bauche Garcíadiego, Mario. Operaciones Bancarias. Edit. Porrúa. México. 1981, p.15

Podemos decir que la moneda es un instrumento de crédito pues representa a la unidad de contar que sirve tanto para -- efectuar como para liquidar las transacciones crediticias, es el signo representativo del valor. Así las funciones de la -- moneda en la actualidad, para que sea un bien deseado por la -- comunidad son: el de servir como medio de cambio en el pago -- de deudas, en sustitución del trueque en especie, el ser uni_ -- dad de medición o de comparación de los valores de bienes, -- servicios, precios, deudas y de contabilidades de activos -- financieros, y ser depósito de valor, de capacidad adquisitiva o de ahorro.

También como ya anotamos en capítulos anteriores es un -- bien fungible, pues puede fungir otro en su lugar, además de -- caracterizarse por la liquidez, es decir la posibilidad de -- utilizarlo directamente, sin transformarlo, ni ser limitado -- para extinguir cualquier obligación. Cabe aclarar que el otro que fungirá en su lugar deberá ser del mismo género, calidad -- y cantidad.

Ahora bien con el transcurso del tiempo, la moneda ha -- sufrido una evolución que ha conducido a que, de la utilización de la moneda metálica (lo que tiene valor en sí misma) se pa_ -- se al uso de la moneda fiduciaria, constituida por billetes -- bancarios, lo que es lo mismo, el papel moneda que tiene su -- apoyo en la confianza y el respeto de la institución Banco de México. En cuanto a la garantía del Estado actualmente los bi_ -- lletes han eliminado la expresión: "pagaré a la orden a la vis_ -- ta al portador", dejando de darle respaldo a la moneda fiducia_ -- ria.

Las Operaciones de Crédito.

Sobre el respecto nos dice Cervantes Ahumada que; " La -
operación de crédito, en sentido estricto, es un negocio --
jurídico en que el crédito existe." (77)

Así entendemos que son aquellas que tienen por objeto --
ofrecer a los comerciantes, industriales, empresarios y al -
público en general fondos crediticios que les sirven para --
asegurar la marcha de sus actividades productivas.

Ahora bien se considerarán instrumentos de crédito o -
medios para obtener el crédito, porque son las operaciones -
iniciales que realizan los bancos para otorgarlos.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito --
nos menciona en su título segundo a las siguientes; El --
reporto, el depósito (bancario de dinero, bancario de titu_
los, de mercancías en almacenes generales) , el descuento -
de créditos en libros, los créditos (incluyendo la apertura,
cuenta corriente, cartas de crédito, cartas de crédito confir_
mado, de Habilitación o avío y refaccionarios) de prenda -
y el fideicomiso.

(77) Cervantes Ahumada, Raúl. Op. Cit. p. 208

Los Titulos de Crédito.

Según el artículo 50. de la Ley de Titulos se consideran titulos de crédito " los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna."

Los consideramos instrumentos de crédito, porque la -- mayoría de las operaciones de crédito suponen la creación -- de titulos en los que se expresan los derechos de los acree_ dores frente a sus deudores; son los medios finales de las - transacciones crediticias.

Estos títulos están expresados en diversas formas; ya - como órdenes de pago dirigidas a los deudores, ya como com_ - promisos firmados por éstos en provecho de los acreedores -- pero cualquiera que sea su forma, siempre ofrecen la particu_ laridad de ser negociables con facilidad.

Los títulos de crédito son cosas mercantiles, cosas -- muebles, no valen por su materia sino por la incorporación - de un derecho, son documentos probatorios, sus caracteristi_ cas fundamentales son; la incorporación, la legitimidad -- la literalidad y la autonomía; según la forma de su circula_ ción pueden ser: al portador (su transmisión es por simple entrega) y nominativos (su transmisión se efectúa por -- endoso); existen tres clases de endoso a saber : en propie_ dad, en procuración y en garantía.

Las Garantías.

Son contratos accesorios a las operaciones crediticias - y tienen por objeto garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato principal.

Las garantías pueden ser reales (hipoteca, prenda, -- fianza) y personales. Se consideran instrumentos del crédito, porque su constitución va encaminada a llevar a feliz -- término las transacciones crediticias, es decir su cumpli_ miento.

Esta garantía contractual real, se nos presenta como -- una evolución de la garantía personal mediante la cual se -- intenta subsanar los obstáculos e inconvenientes que repre_ sentan éstas últimas, ya que puede darse el caso de insolven_ cia de todos los deudores. De esta forma las garantías -- reales gravan un bien del patrimonio del deudor dotando al -- acreedor de un derecho real sobre el mismo de tal manera -- que, en casos de incumplimiento, pueda obtener el pago de -- su crédito del producto de la venta. Estas garantías reales -- se dan con la hipoteca y la prenda. En estos casos pues el -- acreedor tiene dos acciones para el cobro de su crédito; la acción hipotecaria o prendaria.

B) LAS PARTES.

En nuestro ordenamiento civil en su numeral 2384 se -- define el contrato de mutuo en la forma siguiente: " El -- mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a -- transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras -- cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver -- otro tanto de la misma especie y calidad."

Encontramos así que las partes serán por un lado el -- mutuante al cual llamaremos acreditante o acreedor o sea el -- que otorgará el préstamo y el mutuuario o acreditado que -- será el deudor del primero.

a) ACREDITANTE (MUTUANTE)

Como ya anotamos en capitulos anteriores nuestro Codi_ go reconoce al mutuo como un contrato bilateral y por --- tanto la existencia de obligaciones reciprocas para las -- partes, pero deberian especificarse dichas obligaciones -- pues como nos indica el articulo 2387 del mismo ordenamien_ to que se refiere al hecho de no señalarse lugar para la -- entrega de las cosas, ya que en su fracción primera nos -- refiere a la "cosa prestada" o sea a la que debe entregar el mutuante y en la fracción segunda se refiere a la "restitu_ ción de la cosa" que debe devolver el mutuuario.

Así respecto de la entrega de la cosa por el mutuante -- cabría también suponer las mismas situaciones que respecto

de la entrega por el mutuuario principalmente si se trata de un mutuo condicional. Por ejemplo suponiendo el caso en que una persona ofrece en mutuo a otra cierta cantidad de dinero si termina de construir determinada casa. En este caso existirá imprecisión en cuanto a la fecha de entrega pues la exigibilidad de la obligación sólo se subordina a un acontecimiento futuro de realización incierta, es decir a una condición; pero no existe la fijación precisa del tiempo para la entrega; en cuyo caso, deberá atenderse a la regla general estipulada en el artículo 2080 del Código en mi opinión en contrario sensu por lo que respecta al mutuuario; el requerimiento de notificación judicial, notarial o ante testigos y término de treinta días para la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de entrega de la cosa a cargo del mutuante.

Ahora bien como caso común y corriente citado en el presente capítulo, el mutuo que se efectúa en diferentes partidas, con vencimientos determinados por la ejecución de determinadas obras; por ejemplo, tal cantidad se entregará del monto del mutuo, al terminar de colocar los cimientos de la casa, la cantidad de tanto al terminar la obra muerta y la cantidad de tanto, al término de la construcción; en estos casos también existe la determinación del acontecimiento a que se subordina la exigibilidad de la obligación de entrega de la cosa dada en mutuo por el mutuante; pero no existe la fijación del plazo fijo para su entrega. Por otro lado no se efectúa en los términos de la regla general establecida para el mutuuario, por lo que es necesario reglamentar y actualizar en provecho de ambas partes en

el contrato de mutuo.

Ahora bien los derechos y obligaciones del Acreditante (Mutuante) son las que el acreedor hipotecario tiene como principal derecho el de cobrarse su crédito sobre el precio del bien hipotecado en el grado de preferencia establecido por la ley, en el caso de incumplimiento de la obligación principal.

En efecto, el acreedor hipotecario como todos los -- acreedores tienen el derecho de ser pagado con los bienes -- del deudor, pero su derecho va más allá de los acreedores personales. Cuando el propietario enajena el bien hipotecado el acreedor hipotecario puede perseguirlo ejercitando su derecho en contra de cualquiera que lo posea, aún cuando -- personalmente no le deba nada. El derecho de persecución de la cosa es para el acreedor hipotecario el efecto de su -- derecho real oponible a todos.

La acción persecutoria es la misma acción hipotecaria ejercitada contra un nuevo adquirente o un nuevo poseedor -- bajo la forma de una acción real. Cuando el acreedor ejercita esta acción, demanda la misma cosa que exigiría de su -- deudor primitivo, o sea el pago de su crédito de preferencia, a otros acreedores.

Es de expresarse que el acreedor hipotecario puede -- adquirir la casa hipotecada en remate judicial o por adjudicación en los casos en que no se presente otro postor de -- acuerdo con lo establecido por el Código de Procedimientos Civiles.

Puede también convenir con el deudor en que se adjudique en el precio que se fija al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero, conforme el artículo 2316 del Código Civil.

Si el inmueble hipotecado se hiciere, con o sin culpa del deudor, insolvente para la seguridad de la deuda, podrá el acreedor exigir que se mejore la hipoteca hasta que a -- juicio de peritos, garantice debidamente la obligación principal. Si quedara comprobada la insolvencia del bien gravado y el deudor no mejore la hipoteca en los términos del artículo 2907, dentro de los ocho días siguientes a la declaración judicial respectiva, procederá el cobro del crédito hipotecario dándose por vencida la hipoteca por anticipado para todos los efectos legales.

Es de hacerse hincapié en que el acreedor puede enajenar o transmitir a un tercero su derecho de hipoteca.

La obligación principal del acreedor hipotecario -- estriba en poner a disposición del deudor el crédito --- garantizado, sea éste, pasado presente o futuro.

b) ACREREDITADO (MUTUATARIO)

En la práctica es muy frecuente la celebración del -- mutuo para la construcción de una casa o para la termina_ -- ción de la construcción, para la ejecución de una obra en cuyos contratos el mutuante se obliga a entregar el impor_ -- te total del mutuo con exhibiciones periódicas, según --- el avance de la ejecución de las obras; en tal forma que -- se asienta en los contratos respectivos que se entregará -- determinada suma; al término de los cimientos de la casa -- otra suma, a la terminación de la obra negra; y el saldo -- al término de la obra. En este caso, la obligación del -- mutuante opera en cumplimientos sucesivos condicionados a la ejecución de una obra; en los cuales el mutuuario, en caso de incumplimiento por parte del mutuante, tiene dere_ -- cho de exigirle la entrega de las sumas en las fechas --- convenidas. Este contrato típico del mutuo, quedaría --- excluido del concepto del propio contrato sustentado -- por quienes afirman que el mencionado contrato es unilate_ -- ral y que sólo crea obligaciones a cargo del mutuuario.

Respecto a los derechos y obligaciones del acreditado (Mutuuario), como la hipoteca consiste esencialmente en -- la afectación con preferencia y sin desplazamiento de un -- bien particular separado del conjunto del patrimonio que -- forma parte, sujeto, dicho bien al cumplimiento de una deuda determinada, el derecho fundamental que tiene el propieta_ -- rio es el de poseer y gozar del bien gravado; luego, puede volver a hipotecar la finca; establecer sobre ella cuantos gravámenes no desmejoren la hipoteca; vender la propiedad sin que por ello deje de pasar el gravámen sobre el bien --

hipotecado; enajenar en suma su derecho de dominio según --
le conviniera.

En cuanto a las obligaciones del deudor cuyo derecho -
sea condicional o de cualquier otra manera limitado deberá
declarar en el contrato la naturaleza de su propiedad, si
la conoce y si la ignora, la Ley de la materia se abstiene
de dar solución alguna al respecto.

Sin el consentimiento del acreedor el propietario ---
del predio hipotecado no puede darlo en arrendamiento, ni
pactar pago anticipado de rentas por un término que exceda-
a la duración de la hipoteca, bajo pena de nulidad en lo
que exeda.

C) CONTRATO POR EL QUE SE CONCEDE EL CREDITO.

El contrato por el que se concede el crédito es el --
llamado " Contrato de Apertura de Crédito "

La noción legal la encontramos en el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que a -- la letra dice: " En virtud de la apertura de crédito, el -- acreditante (mutuante) se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado (mutuatario) 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 a restituir al -- acreditante las sumas de que disponga o a cubrirle oportunamente el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y -- comisiones que se estipulen."

Así la definición del contrato de apertura de crédito diremos: Es aquel en virtud del cual un sujeto (acreditante), se obliga a poner a disposición de otro (acreditado) -- una determinada cantidad de dinero, o bien a contraer -- durante ese tiempo, una obligación a su nombre; y por su -- parte, el acreditado se obliga a restituir ese dinero o -- a pagar la obligación contratada, en el término pactado. -- Que es cuando coloquialmente se habla de un préstamo comercial, a lo que se está haciendo referencia, en términos -- técnicos, es al contrato de apertura de crédito.

Por su parte, una definición de mutuo bancario sería --
 como sigue: Es el contrato en virtud del cual el banco --
 se obliga a transferir, la propiedad de una suma determi--
 nada de dinero a su cliente, quien se obliga a devolverla --
 junto con los intereses estipulados, dentro del plazo --
 convenido (arts. 2334 y 2333 del Código Civil).

Como ya anotamos el multicitado artículo 2334 del --
 Código Civil. "El mutuo es un contrato por el cual el --
 mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma --
 de dinero o de otras fungibles al mutuuario, quien se --
 obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad"

El artículo 2333 del referido Código. " Es permitido --
 estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero ya --
 en géneros."

Desde luego, como se observa, la principal similitud --
 entre un contrato y otro es de orden económico y consiste --
 en que, en ambos el banco le está dando crédito a un ---
 cliente, es decir, le está prestando dinero; en ambos se --
 materializa la operación activa por excelencia; el banco --
 utiliza los recursos captados por el público para, a su vez
 colocarlos entre el público consumidor de crédito." (78)

Otra importante similitud, pero de orden técnico, es --
 la forma que deben reunir las transacciones, que no obstan--
 te de tratarse de operaciones convencionales y no sacra--
 mentales, ambos deben constar por escrito en contratos o --

(78) Dávalos Mejía, Carlos, F. "Derecho Bancario y Contrato
 de Crédito" 2a. ed. Edit. Harla Mex. 1992, p.257.

en pólizas, los cuales, junto con los estados de cuenta --
certificados por el contador facultado por el banco para -
ello, son títulos ejecutivos sin necesidad de reconocimien_
to de firma u otro requisito. Como señala el artículo 68 -
de la Ley de Instituciones de Crédito que a la letra dice:

Artículo 68. "Los contratos o las pólizas en los que -
en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las
instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta -
certificados por el contador facultado por la institución -
de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesi_
dad de reconocimiento de firma ni de otro requisito."

El estado de cuenta certificado por el contador a que
se refiere este artículo, hará fe, salvo prueba en contra_
rio, en los juicios respectivos para la fijación de los -
saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los --
mutuatarios, en todos los casos en que por establecerse -
así el contrato;

I. El acreditado o el mutuatario pueda disponer de -
la suma acreditada o del importe de los préstamos en canti_
dades parciales o esté autorizado para efectuar reembolsos
previos al vencimiento del plazo señalado en el contrato y

II. Se pacte la celebración de operaciones o la ---
prestación de servicios, mediante el uso de equipos y --
sistemas automatizados.

Es importante hacer notar que a diferencia de otros -
derechos como el español, ninguno de estos contratos debe -
otorgarse ante notario o corredor.

Asimismo, en ambos contratos el banco queda sometido
al mismo rigor del cumplimiento respecto de la adecuada -
colocación del riesgo (esto en los propios términos del -
riesgo, porque el que presta no tiene nunca la certeza de
que su cliente le va a regresar el préstamo), desde el -
punto de vista de la viabilidad económica del proyecto ; -
los plazos de recuperación, montos, periodos de amortiza_ -
ción y en su caso términos de gracia; la relación que --
guarden los datos financieros del acreditado tanto con la
realidad del cliente como entre sí; así como la clasifica_
ción administrativa y moral de los clientes, todo lo cual
queda sometido a la vigilancia de la Comisión Nacional ---
Bancaria.

Las Partes en el Contrato de Apertura de Crédito.

" Se trata de un contrato bilateral cuyos participan_
tes están claramente identificados como acreedor y deudor
respectivamente (i) el acreedor es el acreditante, persona
física o moral obligada durante determinado tiempo a poner
cierta cantidad de dinero a disposición de otra; y (ii) el
deudor es el acreditado, persona física o moral que disfru_
ta de las cantidades puestas a su disposición durante el
tiempo pactado, contra la devolución del principal e ---
intereses en los términos del contrato." (79)

(79) Ibidem. p. 256

La Capacidad.

La capacidad que deben tener las partes para la --
celebración del contrato es la ordinaria y general en --
materia mercantil, es decir, no deben estar disminuidos -
en sus capacidades de ejercicio en el comercio, en los -
términos del derecho mercantil, bancario y en su caso, del
civil (art. 3o. L.G.T.O.C.)

Obligación de las Partes.

" Las obligaciones recíprocas de las partes derivadas
del contrato de apertura de crédito, son en lo general --
convencionales y no tienen, como principio legal, otro --
límite que la autonomía de la voluntad de éstas; (arts. -
3o. LGTOC, y 78 y 81 del Código de Comercio) ; por tal -
motivo, la forma que el contrato debe revestir es consen-
sual. Sucintamente sus obligaciones son las siguientes.

Del Acreditante

Las obligaciones más importantes del acreditante son:

a) Poner una suma de dinero a disposición del acredi-
tado en los términos del contrato, la cual cobrará junto
con los intereses pactados, en el plazo correspondiente -

b) Contraer por cuenta del acreditado, una obligación
que debe ser cuantificable o cuantificada, obligación para
la cual, el acreditado puede constituir su provisión --
previamente, o bien el acreditante la asume con su propio-

reculio y se la cobrará al acreditado, junto con los --- intereses pactados, al término del plazo.

Como se observa, el acreditante puede obligarse no -- sólo a poner una cantidad de dinero a disposición del acre-- ditado, sino también a contraer una obligación en su nombre ; por ejemplo, a aceptar u otorgar una letra de cambio , - suscribir un pagaré, prestar su aval, aparecer como endosan-- te o signatario de un título de crédito por cuenta del -- acreditado, o inclusive a adquirir bienes o derechos.

En la apertura en cuenta corriente, por lo general, se pacta que el acreditado solo pagará intereses sobre las cantidades de las que haya dispuesto efectivamente. Si en sus remesas periódicas llega a pagar una cantidad superior a la que en verdad utilizó, de suerte que quede un saldo a su favor, por éstos no paga intereses porque no es el obje-- to del contrato, pero por tratarse de un contrato completa-- mente consensual, si las partes lo convienen, el acreditant-- te puede quedar obligado a pagarlos." (80)

Del Acreditado

" Desde luego, la obligación más relevante de éste -- es la de pagar, sea en una entrega simple o por remesa en cuenta corriente, según el caso, el dinero que tuvo a su -- disposición y del que efectivamente dispuso, en los térmi-- nos y en el desahogo de las condiciones pactadas, como -- (80) Idem.

pueden ser la tasa de interés, un mínimo de remesas o una cantidad mínima durante el período pactado (al semestre - al mes, etc.), en un determinado lugar, etcétera.

Igualmente, vimos que el acreditante puede obligarse a aceptar u otorgar títulos de crédito por cuenta (es -- decir, contra) del acreditado, o bien a contraer obligaciones en su nombre; en estos casos, el acreditado está obligado a suministrar al acreditante la provisión de fondos -- suficientes, a más tardar el día hábil anterior a la fecha del vencimiento de la obligación correspondiente, para -- que sea pagada (art. 237, 1er. párrafo, LGTOC)." (81)

Garantía

Como característica importante, en todo contrato de -- crédito, en el de apertura de crédito, la garantía ocupa -- un primer lugar en materia de importancia. Puede ser real o personal (en la práctica generalmente es personal), y -- se entiende, extendida, salvo de los límites de su crédito y cualquiera que sea el valor de la garantía. Cuando al -- cerrarse o extinguirse la cuenta corriente, quede un -- saldo contra el acreditante, es el momento exigible de -- éste saldo, tendrá naturaleza ejecutiva (arts. 236, 2o. -- párrafo, y 308 L G T O C). La Ejecución se verifica --- precisamente en la garantía que se otorgó para el efecto,

(81) Ob. Cit. p. 258

que durante todo el plazo del contrato tuvo como destino - principal el garantizar.

Por otra parte nos dice el mismo autor que " Las -- diferencias más importantes entre la apertura y el mutuo derivan de su distinta función comercial. En efecto, en la apertura de crédito el banco se obliga, dentro de un cierto límite, a poner a disposición del cliente, la ocupe o no, - una cierta suma de dinero u otras prestaciones conforme - las vayan necesitando, quien se obliga a reintegrarla, jun_ to con los intereses respectivos, en la medida de las --- disposiciones que haya hecho y de sus propias posibilida_ des dinerarias; en tanto que el préstamo el banco se obli_ ga a restituirlo en un cierto plazo junto con los intereses correspondientes. Dicho de otra forma, la apertura permite al cliente disponer, o no, de una suma de acuerdo con sus momentos de verdadera necesidad, y el mutuo es la dispo_ sición única, carente de elasticidad, de una suma que se recibe y se debe restituir in rem.

Entonces la más importante diferencia radica en que - en la apertura, el banco queda obligado a entregar, de -- inmediato, el monto autorizado. Otra diferencia, que es consecuencia de la anterior, radica en que, en la apertura la deuda es histórica y sucesiva (Puede variar cada día) porque el cliente puede retirar y pagar cuantas veces lo - desee, siempre que no rebase el límite que el banco le -- autorizó; en tanto que en el mutuo la deuda es una sola -- a pesar de que el cliente haga quitas o abonos parciales - porque, aún cuando los hagan, no pueden volver a disponer

del dinero que pagó. Dicho de forma distinta en la apertura el banco no presta una cantidad, sino que se compromete a prestar hasta cierto monto, y en el mutuo el banco se compromete, a prestar una cantidad.

Se entenderá que la existencia de estas dos modalidades de crédito obedece a las distintas necesidades del cliente ; si necesita dinero frecuentemente, celebrar un mutuo en cada caso sería tardado, ocioso y complicado; es más eficiente celebrar un solo contrato - la apertura - para que, con base en él, reciba todos los créditos que requiera. Pero - si un cliente necesita una sola cantidad para un solo negocio o inversión, el contrato idóneo es el, mutuo." (82)

Lo anterior queda ampliamente explicado por el profesor Dávalos Mejía, por lo que estamos de acuerdo, en que es el mismo contrato pero en diferente modalidad, así por ejemplo - en la obtención de un crédito hipotecario, para la compra de una casa completamente hecha y terminada, el contrato idoneo será el mutuo, para el mutuuario y para el banco, no así -- en el caso que se comprara primero el terreno y se fuera -- construyendo de acuerdo a las posibilidades económicas del -- mutuuario y del pago en el corriente de sus saldos con el -- banco, siendo indispensable en este caso el contrato de apertura de crédito.

(82) Op. Cit. p. 313

D) TIPOS DE PRÉSTAMO.

Los tipos de préstamo que comúnmente otorgan las instituciones bancarias son los que a continuación describiremos:

El préstamo Directo es una operación de crédito que -- consiste en facilitar cierta cantidad de dinero a una -- persona llamada prestatario, simplemente mediante su firma en un pagaré en el que se obliga a devolver en una fecha -- determinada la cantidad recibida y a pagar los intereses -- correspondientes. Al efectuar estas operaciones las -- instituciones de crédito por lo general exigen que los -- pagarés sean firmados por otra u otras personas para tener mayor garantía en la operación.

Los préstamos directos se pueden clasificar en:

- a) Préstamos Quirografarios y
- b) Préstamos con colateral de títulos de crédito.

Los préstamos quirografarios, son propiamente los -- préstamos directos, que se han definido así " La palabra -- quirografario se deriva de las voces griegas "guiro mano" - y "grafos: escritura" o sea: escritura a mano, con lo que se da a entender que estas operaciones se realizan con la -- sola firma o firmas de quienes suscriben los pagarés, ya que no existe de por medio ninguna garantía específica real o tangible. " (83)

- (83) Moreno Castañeda, Gilberto. "La Moneda y la banca en México". Edit. Imprenta Universitaria, Guadalajara jal. 1953, p. 18

A los préstamos quirografarios que excepcionalmente se llegan a conceder con una sola firma se les denomina también con el nombre de " Préstamos en Blanco."

Estos préstamos los efectúan preferentemente las -- instituciones de crédito, solo con aquellos clientes con -- los que constantemente mantienen relaciones comerciales -- y en los casos en que no sea posible o conveniente documen_ tar la operación en otra forma; pignoración, avío, etc.

En vista de la ausencia de garantías reales en esta -- clase de préstamos, para concederlos, es indispensable -- cerciorarse que el solicitante sea de reconocida solvencia y honorabilidad, analizar cuidadosamente su situación -- económica y financiera, conocer su capacidad y métodos de pago, el género de negocios que maneja y las probabilidad_ des de éxito de los mismos y procurar tener la certeza de que las cantidades que se presten van a ser invertidas en operaciones de rápida consumación relacionadas con el --- género de negocios del solicitante, ya que el importe de estas operaciones debe destinarse al auxilio transitorio del capital de trabajo del prestatario, puesto que en su caso si fuera a utilizarse en otros fines, la institución -- acreditante tendría menos probabilidades de recuperar el capital al vencimiento de la operación. Las características generales de este tipo de crédito, que en la actualidad -- pudieran ser la mitad de todos los que otorga la banca -- mexicana, son las siguientes;

La cantidad concedida en préstamo da origen a una -

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

obligación estrictamente personal que carece de garantía --
específica.

La forma en que se documenta la deuda es la suscripción de un pagaré por la cantidad prestada, en el que se conside_ ran los intereses que causará el préstamo y que se descon_ tarán por adelantado al momento de entregar la cantidad al cliente.

El plazo, así como las demás características del crédi_ to, son convencionales, pero sometidas a las reglas que -- establece el Banco de México.

En caso de incumplimiento de pago, el banco intenta -- la acción cambiaria directa contra su cliente y, en su caso contra el aval con base en el pagaré con el que la deuda se documentó.

Debido al corto plazo del crédito, a su flexibilidad - en cuanto a que la forma de la garantía es cambiaria y a -- que los clientes a quienes los bancos conceden el beneficio de este tipo de crédito son especiales, este crédito no -- debe firmarse ante notario ni tampoco debe reunir otra --- formalidad institucional o legal distinta a las políticas -- internas de la institución, dentro de las cuales, la más -- importante es la existencia previa de una línea de crédito y por lo mismo, de un contrato de apertura de crédito." (84)

(84) Dávalos Mejía, C. Op. cit. p. 318

PRESTAMOS PRENDARIOS.

Otro de los préstamos otorgados por las instituciones bancarias es el préstamo Prendario; que es una operación -- de crédito mediante la cual se presta a una persona llamada prestatario, una cantidad de dinero equivalente a un tanto -- por ciento del valor de las mercancías; valores mobiliarios o créditos en libros que entrega el propio prestatario en -- prenda como garantía, otorgando éste además de un pagaré en el que se obliga a devolver en fecha determinada la cantidad recibida y a pagar los intereses correspondientes.

Al acto, que el prestatario efectúa, consistente en la entrega de mercancía, valores mobiliarios o créditos el -- libros que sirve de garantía al préstamo, se le conoce con el nombre de pignoración.

El préstamo prendario es una de las operaciones de -- crédito más deseables para una Institución de Crédito, debido al amplio margen de seguridad que ofrece; ya que independientemente de la obligación cambiaria que el prestatario -- asume al suscribir un pagaré a favor de la institución, ésta obtiene una garantía adicional de naturaleza tangible o -- real.

Es indispensable antes de aceptar una prenda, cerciorar -- se;

a) De la legitimidad de la propiedad de los bienes --- ofrecidos en garantía.

b) Que los bienes estén libres de todo gravamen o --

adeudo, como por ejemplo: derechos fiscales.

c) Que no exista prohibición legal para aceptar --
determinados valores o mercancías como prenda.

d) De los resultados del aforo; que consistirá en --
fijar el valor de la mercancía, sobre la cual se prestará
el tanto por ciento convenido en la operación prendaria.

De acuerdo con la Ley, el valor de la prenda no debe -
ser menor que el importe del préstamo y un 20% más. Si una
vez concedido el préstamo sobreviene una baja en el precio -
de la prenda, deberá pedirse refuerzo de garantía, y si éste
no se obtiene, podrá pedirse que se proceda a la venta de -
los bienes dados en garantía conforme a los artículos 340 y
342 de la L.G.T.O.C.

La operación de préstamo prendario sobre créditos en
libros no es muy practicada por las instituciones de --
crédito, por los inconvenientes y pocas seguridades que -
presenta." (85)

El préstamo prendario por regla general se constituye -
sobre las bases del mutuo, y además del contrato de crédito
prendario, la deuda se documenta en un pagaré, como en el -
crédito quirografario, asimismo el bien que se da en garan-
tía se constituye como prenda en los términos del artículo -

(85) Batiza, Rodolfo. "Operaciones Bancarias" Edit. Porrúa -
México, 1967. p. 113

334 de la L.G.T.O.C. Así la ley requerirá que se consignen -
 los datos necesarios para identificar los bienes dados en -
 garantía. También la prenda que se otorgue con motivo de -
 préstamos para la adquisición de bienes de consumo duradero
 podrá constituirse entregando al banco la factura que --
 acredite la propiedad sobre la cosa comprada; haciendo en -
 ella la anotación respectiva (art, 69, 3er. párr. LIC). (86)

EL PRESTAMO HIPOTECARIO

"El préstamo hipotecario es una operación de crédito -
 mediante la cual se facilita a una persona llamada deudor
 hipotecario, una determinada cantidad de dinero con garantía
 hipotecaria, que destinará a la adquisición de bienes --
 inmuebles, obras o mejoras de los mismos , o a cualquier -
 otra clase de inversión rentable o productora." (87)

En términos de la Ley de Título y Operaciones de Crédi_
 to no reglamenta nada sobre préstamos hipotecarios unicamen_
 te nos habla respecto de la emisión de bonos, obligaciones
 o cupones de sociedades anónimas con garantía hipotecaria, -
 pero deduciendo lo que nos indica la fracción IV del artícu_
 lo 2o. de la misma ley que a la letra dice;

Art. 20.- Los actos y operaciones a que se refiere el
 artículo anterior, se rigen;

(86) Dávalos Mejía, C. op. cit. p.320

(87) Borja Soriano, Manuel. "La Hipoteca". Revista de Ciencias
 Sociales, Edit. UNAM. No. 12 año 1972 p.59

I. Por lo dispuesto en esta ley, en las demás leyes - especiales relativas; en su defecto;

II. Por la legislación mercantil general; en su defecto de éstos;

III. Por los usos bancarios y mercantiles, y en su - defecto;

IV. Por el derecho común, declarandose aplicable en - toda la República, para los fines de esta ley, el Código - Civil del Distrito Federal.

Así de la fracción anterior le serán aplicables los -- artículos 2893 y siguientes hasta el 2943 del Código Civil - para el Distrito Federal.

Ahora bien, el Código Civil para el Distrito Federal - vigente, en su artículo 2893 dice: " La hipoteca es una - garantía real constituida sobre bienes que no se entregan - al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de --- incumplimiento de la obligación garantizada a ser pagado - con el valor de los bienes, en el grado de preferencia -- establecido por la ley."

Con lo anterior se pretende demostrar, que el hecho - de que el código actualmente vigente no indique la naturale_za de los bienes que se pueden hipotecar, se debe más que - nada a una omisión, ya que por ejemplo al hablar el código - sobre la prenda, indica que se constituirá sobre un bien -- mueble. En consecuencia entenderemos que los bienes que son factibles de ser hipotecados son;

1o.- Todos los bienes inmuebles.

2o.- Los bienes muebles a que se refiere el artículo - 754 del Código Civil vigente, siempre que tengan la calidad de ser obligaciones o cantidades exigibles y que puedan ser enajenables.

Las Características Naturales de la Hipoteca son;

Es derecho Real, porque está constituida sobre bienes - que responden, en caso de incumplimiento de la obligación - que garantizan, para pagar al acreedor, en el grado de -- preferencia establecido por la ley.

Es derecho Accesorio, puesto que sirve de garantía a una obligación principal.

Es derecho Indivisible, porque sólo puede recaer sobre bienes específicamente determinados y en virtud de que los bienes en su totalidad y en cada una de sus partes, respon_ den por el pago total de la deuda y de cada una de sus -- fracciones.

Es derecho Especial, aunque garantice varios créditos o grave varios inmuebles, con tal de que uno de estos cré_ ditos o cada uno de los bienes que lo aseguren, sea objeto - de designación particular, o es decir debe particularizarse el monto de la deuda garantizada.

Es derecho Impersonal, ya que el deudor conserva la tenencia de los bienes que garanticen el crédito, a diferencia de la prenda que siempre exige la entrega real o -- jurídica del bien que asegura el crédito.

Es derecho sujeto de Publicidad, es decir, que aún -- cuando la hipoteca nunca es tácita ni general, precisa, para que produzca efectos contra terceros que sea registrada y -- que su constitución emane de la voluntad de las partes o de la determinación expresa del juez o de la ley. Dicha inscripción se realizará en el Registro Público de la Propiedad.

La forma de la hipoteca difiere, según la cuantía del crédito hipotecario; si excede de \$500.00 pesos la hipoteca debe ser otorgada en escritura pública, si es menor de esa suma, la hipoteca puede ser otorgada en escritura privada, -- ante dos testigos. (art. 54 Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios).

El bien hipotecable debe reunir dos requisitos; que -- sea enajenable y que su hipoteca no esté prohibida por alguna disposición legal.

Son hipotecables; los frutos y las rentas, siempre y cuando se hipoteque el predio que los produce; los muebles por destino, siempre y cuando se hipoteque el predio en el que están; el derecho de usufructo y los bienes que ya tengan otra hipoteca, aún cuando se haya pactado no volverlos a hipotecar, pacto que es nulo.

Del valor de los bienes hipotecados se pagarán en el orden siguiente;

- 1o. Los gastos del juicio respectivo y los que causen las ventas de estos bienes;
- 2o. Los gastos de conservación y administración de los mencionados bienes;
- 3o. La deuda de seguros de los propios bienes;
- 4o. Los créditos hipotecarios, comprendiéndose en el pago los réditos de los últimos tres años.

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

Cuando existan varios acreedores hipotecarios garantizados con los mismos bienes, pueden formar un concurso especial con ellos, y serán pagados por el orden de fechas en que se otorgaron las hipotecas, si estas se registraron dentro del término legal, o según el orden en que se hayan registrado los gravámenes, si la inscripción se hizo fuera del término de la Ley. Aplicándose así el principio del primero en tiempo primero en derecho.

Quando el valor de los bienes hipotecados no alcanzare a cubrir los créditos que garantizan, por el saldo deudor entrarán al concurso los acreedores de que se trata, y -- serán pagados como acreedores de tercera clase (art. 2336 - del Código Civil)

Quando los préstamos hipotecarios sean otorgados por sociedades de crédito hipotecario, éstas tienen la facultad para vigilar e intervenir en el destino real que el -- acreditado dé al crédito.

Los requisitos que debe satisfacer la hipoteca que se constituya a favor de la institución son;

a) Estar constituida y otorgada en los términos del - Código Civil.

b) Ser otorgada siempre en primer lugar sobre los --- bienes para los que se otorgue el préstamo o sobre otros - bienes inmuebles inmovilizados.

c) Las construcciones y los bienes dados en garantía deberán estar asegurados contra incendios por cantidad que baste cuando menos a cubrir su valor destructible.

d) Los bienes hipotecados deben alcanzar en monto y guardar la proporción que señala la ley bancaria, en -- relación con el crédito garantizado.

El Monto de los préstamos está sujeto a las siguientes

reglas:

Primera. El importe del préstamo no será mayor del 50% del valor total de los inmuebles, cuando éstos cuenten con construcciones de carácter especial, maquinaria u otros muebles inmovilizados que representen más de la mitad del valor de los inmuebles dados en garantía.

Segunda. El importe del préstamo no será mayor del 50% del valor total de los inmuebles, cuando no sean construcciones especializadas o tratándose de éstas cuando sean susceptibles de fácil transformación, a juicio de la Comisión Nacional Bancaria, cuando el préstamo se efectúe por una institución de crédito hipotecario especializado, o cuando se trate de préstamos otorgados para escuelas u hoteles siempre que en estos casos se pacten garantías adicionales.

Sociedad de crédito hipotecario especializado es aquella cuya actividad persigue la creación o incremento de cierto tipo especial de propiedad inmueble. La Comisión Nacional Bancaria no define ni tiene registradas sociedades de este tipo.

Tercera. El importe del préstamo no será mayor del 70% del valor de los inmuebles, cuando los créditos se destinen a la construcción, adquisición o mejora de habitaciones de tipo medio que reúnan las características que señale el Banco de México.

Asimismo todos los créditos hipotecarios que efectúen instituciones de crédito deberán someterse a la aprobación - previa de la Comisión Nacional Bancaria.

PRESTAMO PARA LA VIVIENDA DE INTERES SOCIAL

El crédito para viviendas de interés social es un - crédito hipotecario, que de igual forma le son aplicables - las reglas generales antes mencionadas, aunque si difiere - de los créditos hipotecarios tradicionales. Así el profesor Dávalos Mejía nos dice que surge; "Debido a la explosión -- demográfica de los últimos años, al inicio de los sesenta - el gobierno concluyó que sus recursos eran insuficientes -- para satisfacer la creciente necesidad de habitación, por lo que decidió utilizar parte de los ahorros del público -- captados por las instituciones de crédito para que, comple_ - mentados con otros del gobierno, se atendiera la demanda -- de vivienda. Así, dentro de otros mecanismos, en abril de - 1963, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público constituyó el fideicomiso público, Fondo de Operación y Financiamiento Bancario a la vivienda, la cual sigue operando hasta la -- fecha. (también llamada FOVI) Su función principal es promo_ - ver la construcción de mejora de viviendas de interés social orientando la inversión de las instituciones de crédito para que los programas vayan de acuerdo con las necesidades -- económicas y sociales de cada región.

Por su parte el particular que desea adquirir una vivien_ da de interés social debe reunir ciertos requisitos, como -

un ingreso mínimo y máximo, las cuales debe comprobar, debe ser cabeza de familia, etc. " (88)

El crédito de interés social regulado mediante el FOVI ha beneficiado a importantes sectores de la población, así como a los constructores que cuentan con el nivel de eficiencia y capacidad para cubrir los requisitos de construcción y el costo que exige el FOVI para autorizar el crédito.

Además del crédito FOVI existe el crédito llamado simplemente de interés social, similar al anterior, pero con las diferencias de que:

No interviene el FOVI, sino que es el banco de primer piso el que lo otorga y negocia directamente, Esto es que en cualquier sucursal bancaria habrá funcionarios que decidirán el otorgamiento, sin acudir a otros de mayor jerarquía.

Además se otorga para viviendas de 161 a 216 salarios mínimos generales vigentes, para el Distrito Federal que a diferencia del FOVI es de 100 a 160 d.s.m. por lo que es más elevado su costo.

El interés del crédito es de entre 7 y 9 puntos sobre el costo porcentual promedio, siendo que en el FOVI está a la par dicho interés, resultando en el primero más elevado.

(88) Dávalos Mejía. C. op. cit. pp.323 a 334.

CAPITULO IV

EL CREDITO HIPOTECARIO Y EL A.D.E.

A) REESTRUCTURACION DE LOS CREDITOS.

Debido a los actuales problemas económicos por los que atraviesa nuestro país, el 23 de agosto de 1995 se constituye por parte de la Banca y del Gobierno Federal, el programa -- de apoyo inmediato a los deudores de la banca (A.D.E.) -- dentro del cual se contempla la reestructuración de los -- adeudos procedentes de; tarjetas de crédito, créditos para -- la adquisición de bienes de consumo y personales, créditos para -- empresas, créditos para el sector agropecuario y créditos hipotecarios.

La vigencia del A.D.E. es del 23 de agosto de 1995 al -- 30 de septiembre de 1996, excepto para : créditos hipotecarios, 12 meses a partir de la reestructura en unidades de -- inversión (U.D.I.S.), y créditos agropecuarios hasta el -- 28 de febrero de 1997.

Los beneficios del A.D.E. son:

Tregua Judicial; La Banca otorgará unilateralmente una tregua judicial en juicios civiles y mercantiles. Esto quiere decir que la Banca no presentará nuevas demandas ni realizará embargos. La Banca suspenderá todas las acciones judiciales a partir del 23 de agosto de 1995 hasta el 31 de octubre del mismo año. Dicha tregua se prórroga el 31 de enero de --

1996 con la firma de la carta de intención.

Asimismo la tregua judicial, no suspenderá las actuaciones necesarias para conservar sus derechos (es decir para evitar prescripción, caducidad o preclusión de algún derecho por lo que si continúa realizando promociones judiciales).

Reducción de Tasas de Interés; no serán superiores a -- las estipuladas en el ADE, durante su vigencia, las tasas -- de interés que se aplican a los montos máximos de crédito -- señalados en el ADE ; por otro lado las tasas de interés -- que se aplica al resto del crédito será la del mercado. La tasa de interés para créditos nuevos será también la del mercado.

Se ofrecen los programas de UDIá ya implementados con -- algunas adecuaciones conforme al ADE para los créditos hipotecarios.

Condonación de intereses moratorios. Intereses moratorios son aquellos adicionales a los intereses ordinarios y su condonación será efectiva una vez celebrado el convenio -- de reestructuración del crédito hipotecario.

Garantías. No se exigirán garantías adicionales para -- la reestructuración de créditos de personas físicas sin -- importar el monto de su adeudo. Sin embargo a créditos empresariales y agropecuarios mayores de N\$400,000. los bancos -- podrán pedir modificaciones a las garantías existentes.

Carta de Intención. Es un acuerdo de buena voluntad - entre el cliente y el banco de llegar a un convenio de reestructuración antes del 31 de enero de 1996 a la cual se hizo otra prórroga hasta el 30 de abril del mismo año.

Convenio de Reestructuración. Se podrá suscribir a -- partir del 11 de septiembre de 1995 siendo la fecha limite -- después de la prórroga del 31 de enero hasta el 30 de abril de 1996, Através de la suscripción del convenio se podrá -- reestructurar el adeudo.

Crédito Hipotecario. Los bancos deberán ofrecer a los -- deudores, reestructurar en UDI's (unidades de inversión, -- para conocer con mayor aproximación el valor de la deuda -- consultar el valor de la UDI en los periódicos de circula_ -- ción nacional o en la sucursal bancaria correspondiente) --

Por otra parte considerando la importancia de fortale_ cer la vigencia del Estado de Derecho, conforme al cual las partes deben cumplir con sus obligaciones, se evitó favore_ -- cer a los deudores incumplidos, sobre los que se encuentran al corriente de sus pagos. Por tal razón, la mayor parte de estos últimos recibirán los beneficios del ADE, sin que -- tengan que efectuar trámite alguno.

Deudores al corriente en sus pagos. Los deudores de -- crédito que no esten denominados en UDI's y se encuentren -- al corriente en sus pagos, podrán reestructurar su crédito en UDI's y gozar de los beneficios del ADE, a partir de la fecha de corte de su estado de cuenta correspondiente al -- mes de octubre de 1995.

Deudores que no están al corriente en sus pagos. Para tener los beneficios del ADE deberán firmar la carta de intención y posteriormente llegar a un convenio de reestructuración en UDIS, antes del 31 de enero prórroga que se hizo hasta el 30 de abril de 1996.

Modificaciones al programa de Apoyo a los Deudores de Créditos de Vivienda. Se amplía el beneficio de dicho programa en los siguientes términos; se aumenta el monto de UDIS hasta 40,000 millones. La tasa de interés se reducirá de 3.75% a 6.5% por doce meses a partir de la firma del Convenio de Reestructuración por los primeros N\$200,000. (lo que equivale a 165,000 UDIS). Por el exedente de dicha cantidad se continuará aplicando la tasa de interés del 10% anual en UDIS.

Las tasas de interés máximas a partir del decimotercer mes posterior a la firma del Convenio de Reestructuración serán; de 3.75% anual en UDIS para los primeros N\$200,000 (165,000 UDIS) y del 10% anual en UDIS para el resto.

Pagos anticipados. Se podrán realizar pagos anticipados en cualquier momento sin pena alguna. Esto permitirá a los deudores reducir el plazo de su crédito.

Las Garantías no se modificarán ni se exigirán adicionales por reestructuración. Asimismo, los bancos firmarán un acuerdo en que se comprometan a no alterar la prelación a la que tienen derecho sobre las garantías de los créditos.

Gastos de escrituración. La banca absorberá el 50% de los gastos notariales y de registro de los créditos que se reestructuren y ofrecerá al acreditado financiamiento por el 50% restante de dichos gastos. Por último hay que tener presente la fecha de terminación del ADE que será el 30 de septiembre de 1996. (89)

Asimismo debemos tener presente que el deudor pagará la inflación es decir a como se coticen las UDIS en el mercado y al momento de realizar su pago mensual después de haber reestructurado su deuda.

(89) Noti ADE, Organó Informativo del Acuerdo de Apoyo Inmediato a Deudores. Volumen 1, año 1.

B) LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO.

El legislador de 1897 se dió cuenta de la urgencia que -
había de establecer medios especiales en el aspecto procesal -
por los cuales pudieran los Bancos, hacer efectivas las garan-
tías que les hubieren otorgado los deudores, con mayor razón -
considerando que nuestro sistema bancario en aquellos dias era
inestable. Así para" llenar la necesidad apuntada y siguiendo
el ejemplo de la legislación alemana y francesa, la Ley Gene-
ral de Instituciones de Crédito de 13 de marzo de 1897 estable-
ció en sus artículos 78 y siguientes, un procedimiento espe-
cial para el efecto. Por el los Bancos Hipotecarios, para --
hacer efectiva la garantía hipotecaria por falta de pago del
capital o de los intereses, podían previo requerimiento hecho-
por medio de un Notario y con una anticipación no menor de --
cinco días, ocurrir al Juez competente y obtener con la sola -
presentación de la escritura debidamente registrada, la pose-
sión interina de la finca hipotecada o un auto de intervención

Debiendo inscribirse en el Registro Público y publicarse
en el periódico oficial, dicho auto, dentro de los ocho dias -
siguientes a la fecha de notificación del auto de posesión o -
de intervención, el deudor podía justificar el pago o el cumpli-
miento de las estipulaciones cuya violación hubiere dado lugar
al procedimiento, pero no se le admitiría otra prueba que no -
fuera recibo por escrito del propio Banco. La posibilidad --
exclusiva de justificar el cumplimiento de las estipulaciones
violadas o del pago, con el recibo del Banco nos induce a --
creer, que el "procedimiento especial"... solo podía seguirse-
por falta de pago de capital o de intereses o de cualquier --
otra obligación que se tradujera en una obligación de dar rea-

pecto del propio banco, y en consecuencia que el mismo resul_ -
 taba improcedente para obtener el cumplimiento de cualesquiera
 otra de las obligaciones estipuladas para el deudor, las que
 debían exigirse en los términos del derecho común.

No existiendo disposición alguna que estableciera recur_ -
 sos en contra de las resoluciones judiciales dictadas en un -
 procedimiento de la naturaleza del referido, estimamos que de_ -
 berían de aplicarse las normas del derecho común y esta omi_ -
 sión de preceptos que además establecieran una tramitación -
 sumarisima para los recursos debe haber sido una favorable co_ -
 yuntura por donde la siempre ágil "chicana" se deslizara, para
 hacer un procedimiento determinado un litigio de bastante dura_ -
 ción, malogrando así el propósito del legislador... los bancos
 debían ejercitar sus derechos y proceder a la realización de
 la garantía hipotecaria, dentro de un año a partir de la fe_ -
 cha de su vencimiento." (90)

Como un elemento más, debe hacerse constar de la imposibi_ -
 lidad para las Instituciones de Crédito de hacer mal uso de -
 las disposiciones procesales ya que la Secretaría de Hacienda
 tenía una vigilancia absoluta sobre las mismas mediante el --
 nombramiento de interventores. Asimismo la Ley General de ---
 Instituciones de 1925 salió publicada el 16 de enero en el --
 Diario Oficial nuestro segundo ordenamiento referente a las -
 Instituciones de Crédito, quedando así definitivamente deroga_ -
 da la Ley de 1897 a la cual se hicieron reformas y adiciones -
 como resultado de la existencia de gobiernos revolucionarios.
 " El legislador omitió establecer un procedimiento especial -

(90) Macedo, Pablo. "La evolución mercantil", la. Ed. Edit. --
 Cajica. Puebla, México 1947. p.106

o un trámite sumario por el cual los Bancos lícitamente capacitados para adquirir la calidad de acreedores hipotecarios, pudiera, llegado el caso, hacer efectivos sus derechos mediante un procedimiento rápido y expedito. Solo hay referencias a los Bancos Hipotecarios en los términos del derecho común o al juicio ejecutivo mercantil. Así dicha ley sólo tuvo una vigencia de unos cuantos meses, pues fué derogada por otra casi similar dictada el 31 de agosto de 1926, que tampoco consagró procedimiento alguno destinado a las Instituciones de Crédito para el cobro eficaz y en breve tiempo, de sus créditos hipotecarios.

"El 28 de junio de 1932, el ejecutivo federal en uso de sus facultades extraordinarias que en materia de bancos le habían sido concedidas por el Poder Legislativo, dictó una nueva Ley de Instituciones de Crédito derogatoria del año de 1926. La nueva Ley consagró la libertad de todas las personas para celebrar operaciones de crédito y de banca, pero limitando esta libertad respecto de determinadas operaciones especialmente cuando para el ejercicio de éstas, los fondos se solicitaban del público." (91) "En la necesidad para las instituciones de crédito y sus auxiliares de hacer efectivas las garantías hipotecarias, cuya admisión les era factible para garantizar al deudor, la Ley a que nos venimos refiriendo, concedía tres caminos distintos: la Vía Ejecutiva Mercantil, el Juicio Sumario Hipotecario y un procedimiento sui generis, al que parece referirse la denominación "procedimiento especial", empleada por la propia Ley.

(91) Ley General de Instituciones de Crédito, de 1932 Edit. Cajica. Puebla. México 1939. p. 33

De los dos caminos mencionados, la Vía Ejecutiva Mercantil, no era en verdad una concesión a las Instituciones de Crédito, pues no venía a ser sino el lógico resultado del ejercicio de la acción personal derivada de la operación -- origen y motivo de la garantía, consignada en el instrumento Público y por tanto comprendida dentro de la fracción segunda del artículo 1331 del Código de Comercio. Las ventajas -- de este camino son excelentes, especialmente por cuando mediante su empleo existía la posibilidad indiscutible dentro del mismo juicio, de secuestrar otros bienes del deudor, si los consignados como afectados de Hipoteca, no resultaban -- suficientes para cubrir el crédito reclamado. Entre las -- desventajas que deben anotarse ocupa un lugar importante la derivada de la pérdida del derecho de preferencia, respecto de anteriores embargos llevados acabo por acreedores diversos, aún cuando este punto pudiera discutirse. La segunda -- vía preceptuada por la ley comentada como de posible ejercicio, es la Sumaria Hipotecaria, en los términos del derecho común, ventajosa por su carácter derivado de ejercitarse en ella una acción real persecutoria de la cosa. No obstante -- ser de trámite sumario la experiencia habla y refiere su -- larga duración tratándose de un deudor inescrupuloso. --- El tercero de los caminos como Procedimiento Especial consistía en la posibilidad para una Institución de Crédito auxiliar en su caso, cuando se tratase de cobrar un crédito inmobiliario. A pesar de que en los procedimientos ordinarios -- generalmente se otorga el derecho de apelar el auto de aprobación de remate, creemos que dentro de éste procedimiento -- especial, no existía tal posibilidad por no establecerla -- texto alguno de la Ley. (92)

(92) Ley General de Instituciones.Op.cit. p.71

El 31 de mayo de 1941 apareció publicada en el Diario Oficial una nueva Ley General de Instituciones de Crédito -- que comenzó a tener vigencia el 2 de junio del mismo año. -- Esta ley conservó los defectos de la anterior, pues carecía de disposiciones reguladoras del recurso contra la resolución judicial que se dicte en caso de oposición a la venta o al remate, así como en la omisión de un precepto que ordene alguna inscripción en el Registro Público de la Propiedad, -- con los mismos efectos que el registro de una cédula hipotecaria en el derecho común. "En efecto la ley estableció que para obtener el cobro de Créditos Hipotecarios, la Institución acreedora podría proceder a su elección en la Vía Ejecutiva mercantil, en la Vía Sumaria Hipotecaria o bien --- vendiendo la cosa hipotecada mediante corredor o remate al martillo, en los mismos términos de la Ley de 1932." (93)

Por lo que respecta a las Organizaciones Auxiliares o en -- especial a las Uniones de Crédito, únicas capacitadas para -- adquirir la calidad de acreedor hipotecario, pensamos también que están imposibilitadas para el empleo del procedimiento -- especial, tanto porque no se les autorizó en forma expresa -- en la ley, y por la intención del legislador, pues otorgó el mencionado procedimiento a las Instituciones a la vez que -- negaba esta denominación a las que pasaron a ser llamadas -- Organizaciones Auxiliares. La Ley General de Instituciones de Crédito que hoy nos rige fué propuesta por el Ejecutivo -- el 27 de junio de 1930 y publicada en el Diario Oficial el 17 de julio de 1930, la cual da respuesta a las necesidades sociales de la población, que como producto ecléctico es una legislación congruente con nuestro sistema legal.

(93) Ibid.

Es importante señalar dentro de nuestro trabajo de investigación la reglamentación del Juicio Especial Hipotecario - que en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito - Federal en su Título Séptimo, Capítulo III el procedimiento - del juicio hipotecario y se comprende del artículo 468 al 488 así el primer artículo nos dice; " Se tratará en la vía espe- - cial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto la consti- - tución, ampliación o división y registro de una hipoteca - así como su cancelación, o bien el pago o prelación del cré- - dito que la hipoteca garantice.

Para que el juicio que tenga por objeto el pago o la - prelación de un crédito hipotecario se siga según las reglas del presente capítulo, es requisito indispensable que el -- crédito conste en escritura debidamente registrada y que sea de plazo cumplido, o que deba anticiparse conforme a lo - prevenido en los artículos 1953 y 2307 del Código Civil. (art 468). Esto significa que solo cuando se reclama el pago o -- prelación de un crédito hipotecario, se exige, como documento base de la acción, la escritura en la cual conste el crédito hipotecario, Esto explica porque sólo en estos dos casos - procede el juicio especial hipotecario con carácter ejecutivo Se requiere además, según el párrafo transcrito, que la escri- - tura en que conste el crédito hipotecario, se encuentre debi- - damente registrada, sin embargo, el artículo 469 autoriza al juicio hipotecario sin necesidad del requisito del registro - " cuando se entable pleito entre los que contrataron la hipo- - teca siendo siempre condición indispensable para inscri- - bir la cédula, que esté registrado el bien a nombre del deman- - dado y que no haya inscripción de embargo o gravamen en --- favor de tercero."

En el desarrollo procesal del juicio especial hipoteca -
rio también es posible destacar tres fases fundamentales; 1)
expedición y registro de la cédula hipotecaria; 2) oposición, -
y 3) sentencia de remate y ejecución.

1) Expedición y registro de la cédula hipotecaria; Pre_
sentada la demanda con el documento base de la acción, el -
juez debe ordenar la expedición y registro de la cédula hipo_
tecaria (art.270). Este documento, pieza básica del juicio -
especial hipotecario, debe contener una relación sucinta de
la escritura y concluir en los términos que textualmente in_
dica el artículo 478; "En virtud de las constancias que pro_
ceden, queda sujeta la finca,... de la propiedad de.... a -
juicio hipotecario, lo (cual) se hace saber a las autorida_
des y al público, para que no practique en la mencionada --
finca ningún embargo, toma de posesión, diligencia precauto_
ria o cualquier otra que entorpezca el curso del presente --
juicio o viole los derechos en él adquiridos por C. (aquí --
nombre del actor)." "Becerra Bautista nos señala que la --
cédula hipotecaria no es un gravamen como el embargo, ya que
presupone que el bien ya se encuentra hipotecado, es decir -
que ya está afectado por un gravamen real oponible a terce_
ros en virtud del registro." (94)

La cédula hipotecaria se debe fijar en un lugar aparen_
te de la finca e inscribirse en el registro público corres_
pondiente, para lo cual se debe expedir por duplicado la --
copia certificada de la cédula. Una copia queda en el regis_
tro y la otra ya registrada, se agrega al expediente (art. --
479). Si la finca no se encuentra en el lugar del juicio -
la cédula se debe mandar fijar y registrar através de exhor_
to (art. 480).

(94) Ovalle Pavea, José "Derecho Procesal Civil" Edit. Harla
México, 1980 p. 317- 318.

Desde el día del emplazamiento, el demandado adquiere el carácter de depositario judicial de la finca hipotecada, de sus frutos y de todos los objetos que conforme a la escritura respectiva y al Código Civil, deban considerarse como inmovilizados y formando parte de la finca misma; objetos de los que, cuando lo pida el actor, debe formarse inventario para agregarlo al expediente (art. 481) Sin embargo el deudor puede renunciar la depositaría y entregar la tenencia material de la finca al actor o al depositario que éste nombre (art. 482).

El deudor quedará en posesión de la finca cuando habite en ella en calidad de depositario.(art. 483)

2) Oposición; Al ordenar la expedición y registro de la cédula, el juez también debe decretar el emplazamiento del demandado para que dentro de nueve días conteste la demanda y oponga las excepciones que tenga, siguiéndose el juicio con todos los trámites del juicio ordinario, de la misma manera como ocurre en el juicio ejecutivo civil. Así la vía hipotecaria se estima consentida si no es impugnada mediante apelación contra el auto que admitió la demanda, debiéndose dar entrada al recurso en efecto devolutivo. (art. 470). Si en el título con que se formula una pretensión hipotecaria se advierte la existencia de otros acreedores hipotecarios anteriores, el juez debe ordenar notificarles la cédula hipotecaria "...para que usen de sus derechos conforme a la ley". (art. 476).

3) Sentencia de remate y ejecución; Una vez concluido el procedimiento, el juzgador dicta la sentencia definitiva en la cual, si se considera probada la acción hipotecaria se decreta el remate de los bienes hipotecados, lo cual consistirá

el avaldo, subasta o remate y entrega del precio junto con el otorgamiento de escritura y el pago al ejecutante o acreedor. Así también de acuerdo con el artículo 2916 del Código Civil, el acreedor puede convenir con el deudor en que se le adjudique a aquél el bien hipotecado al precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Al respecto el artículo 488 del Código de Procedimientos Civiles que " En el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 2916 del Código Civil, no habrá lugar a la venta judicial, -- pero sí habrá avaldo al precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago. La venta se hará de la manera que se hubiere convenido; y a falta de convenio, por medio de corredores. El deudor puede oponerse a la venta alegando las excepciones que tuviere, y esta oposición se substanciará incidentalmente.

También puede oponerse a la venta los hipotecarios posteriores alegando prescripción de la acción hipotecaria."

Es importante citar lo que nos menciona el artículo 471 que nos dice que: " Todo juicio hipotecario constará de dos secciones; la del principal, (que debe contener la demanda la contestación y todas las actuaciones relativas al juicio hasta la sentencia. La segunda sección, o sea la de ejecución se integrará, con una copia cotejada de la demanda y de todas las actuaciones concernientes a la fijación de la cédula, la depositaria, el avaldo y el remate del bien hipotecado. (95)

C) TERMINACION DEL CREDITO HIPOTECARIO CONFORME AL CODIGO CIVIL.

Se anotó en anteriores capítulos que la hipoteca es un derecho de garantía real y accesorio, por lo que queda sometida a los principios que rigen la causa que la motiva; esto de acuerdo con el principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es decir, que rigen para ella las reglas de la obligación principal a la cual garantiza, por lo que tratándose de la extinción, le son aplicables las formas de extinción de las obligaciones en general.

De lo anterior aplicándolo a la hipoteca, podemos decir que hay dos formas de extinción de ésta: a) como consecuencia de la extinción de la obligación principal, b) por causas especiales de extinción de las hipotecas, por las que principalmente se opera la extinción de la garantía, pero quedando subsistente el crédito que garantizaba o el mutuo.

En primer lugar encontramos el;

PAGO.- Como forma de extinción no es sino la ejecución efectiva de una obligación. Razón por la cual esta forma de extinción se encuentra reglamentada en el Capítulo denominado Cumplimiento de las obligaciones dentro de nuestra legislación vigente. Asimismo de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2911 del Código Civil la hipoteca no se extingue sino en tanto que es total el crédito, sea cual fuere la parte del crédito que el deudor haya satisfecho, no pudiendo se pedir la liberación parcial de la hipoteca ya que es indivisible. Respecto al pago en el mutuo, el Código Civil dentro de las causales de la extinción de las obligaciones pone en capítulo especial la de Pago; así debemos entender lo

dispuesto en los artículos 2062 al 2096. Siendo por tanto el -- cumplimiento de la entrega de la cosa o cantidad debida, o la -- prestación o el servicio que se hubiere prometido. (art. 2062) --

El pago es el efecto normal de toda obligación además, la forma natural de extinguirla; la relación jurídica fenece y se -- agota con su cumplimiento. El vocablo pagar proviene del verbo -- latino pacare, que significa aplacar, por tanto el pago aplaca -- al acreedor al satisfacerle su interés, como nos lo indica Beja -- rano Sánchez. (96) Asimismo cualquier persona puede pagar salvo las obligaciones intuitu personae, pues están en consideración a la persona del deudor, las demás pueden ser pagadas y extingui -- das por cualquier persona, como el deudor o su representante -- legal. (art. 2065).

Así normalmente el pago se debe hacer al acreedor o a su -- representante (art. 2073). Más hay ocasiones en las cuales el -- acreedor ha gravado, o ha sido desapoderado de su crédito y el -- pago no deberá hacerse al acreedor, sino a quien esta facultado legalmente, para poseer el crédito. No siendo valido el pago -- hecho al acreedor, por el deudor después que judicialmente se le ordeno retener la deuda. (art. 2077). Referente al plazo o al -- momento del pago será aplicable lo dispuesto por el artículo -- 2080, es decir después de treinta dias de la interpelación judi -- cial. En cuanto al lugar del pago se debe efectuar conforme se haya convenido, y a falta de convenio, en el domicilio del deudor conforme lo disponen los artículos 2082, 2083, y 2084.

LA CONFUSION.- Como otro caso de la extinción de la hipote -- ca tenemos a la Confusión, que consiste, en la reunión en una -- misma persona las calidades de acreedor y de deudor en relación con la misma obligación, razón por la que se extingue el --

(96) Bejarano Sánchez, M. "Obligaciones Civiles". 3a.ed. Edit. -- Harla. México. 1990. p. 309.

el crédito y la deuda, o sea en sí la obligación, en sus dos -- aspectos, el activo y el pasivo.

Aplicando éste principio a la hipoteca, se dice que existe confusión, cuando en una misma persona se reúnen la propiedad -- del objeto hipotecado, y el crédito que lo grava, lo cual origi_ na la extinción de la hipoteca, en virtud de volverse imposible el ejercicio, de la acción hipotecaria contra el deudor, que a -- la vez es propietario del crédito; o sea que se reúnen en una -- sola persona, los sujetos, activo y pasivo de la relación. Así el Código Civil establece respecto al punto, que la obligación -- se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y -- deudor se reúnen en una misma persona. Pero la obligación nace -- si la confusión cesa. (art. 2206).

LA NOVACION.- Como forma de extinguir la obligación princi_ pal y por consecuencia, la hipoteca tenemos la Novación, que es la extinción de una obligación, para la creación de una nueva, -- la cual difiere de la anterior por un elemento, sustancial que -- debe consistir en la novación subjetiva, que es el cambio de los sujetos que puede ser tanto el acreedor, el deudor, o ambos (-- acreedor y deudor), o en la novación objetiva, que es cuando en_ la primera obligación, la conducta del deudor era una, y en la -- segunda, la conducta exigida es diversa. Así por ejemplo se pac_ to en dinero, al contratar un crédito hipotecario y al reestruc_ turar o hacer la Novación, se conviene en pagar en UDI'S o Uni_ dades de Inversión. Así cambia el objeto y la obligación.

Así aplicando este concepto a la hipoteca, podemos decir que hay Novación cuando las partes modifican el contrato que dió -- origen, creando en esta forma una nueva obligación, la cual -- viene a substituir a la anterior, extinguiendo por tanto la hipo_ teca. Sin embargo, existe en nuestra legislación algunas excep_ ciones al respecto, al permitir que por una reserva expresa --

el acreedor puede impedir la extinción de las obligaciones --
 accesorias, a la obligación principal que se extingue. En tal --
 virtud las obligaciones accesorias no extinguidas, pasarán a --
 formar parte de la nueva obligación principal que se crea con
 motivo de la novación. Así por ejemplo al ubicar la reestructura
 ción de la deuda, como anotamos en el Acuerdo de Apoyo Inmediato
 a Deudores, (ADE), cambia la obligación principal, pero las garan
 tías hipotecarias subsisten con la nueva obligación.

El Código Civil al respecto regula la novación del artículo
 2213 al 2223, definiendonos la novación, del contrato cuando las
 partes en él interesadas lo alteran substancialmente sustituyen
 do una obligación nueva a la antigua (art. 2213).

LA COMPENSACION.- Se nos presenta cuando dos personas --
 reúnen las cualidades de deudores y acreedores recíprocamente --
 por igual cantidad líquida. La compensación surte sus efectos
 aún en el caso de que los créditos compensados no sean iguales, --
 en relación con la cantidad líquida de los mismos; en este caso
 por efectos de la compensación se extinguen por ministerio de --
 Ley las dos deudas, pero hasta la cantidad que importe la menor.

Por tanto, como causa de extinción en la hipoteca, diremos--
 que sólo opera en el caso de que los créditos compensados sean
 por igual cantidad, lo cual trae como consecuencia la extinción
 de la hipoteca, o bien cuando el crédito menor, hasta el cual --
 produce efectos la compensación, sea el que esté garantizado con
 la hipoteca, ya que en el caso de la compensación de dos crédi--
 tos desiguales, y el crédito mayor sea el que estuviere garanti--
 zado con la hipoteca, podrá operarse la compensación de los --
 créditos entre sí, pero no así la extinción de la hipoteca, la --
 cual subsiste sobre la porción del excedente del crédito garanti--
 zado con ella. Así nuestro ordenamiento civil regula del artícu--
 lo 2185 al 2205, la figura de la compensación.

D) COMENTARIOS AL A.D.E.

El día miércoles 23 de agosto de 1935 en la residencia oficial de los Pinos, se celebró la firma del Acuerdo de Apoyo Inmediato a Deudores, entre la Banca y el Gobierno Federal, representado por el Secretario de Hacienda y Crédito Público, el Lic. Guillermo Ortiz. Y el Lic. José Madariaga Lomelf, presidente de la Asociación de Banqueros de México considerando el momento actual por el que pasamos los mexicanos que, México ha vivido en los últimos meses una de las más profundas crisis de su historia, con la particularidad y complejidad de que sus efectos han llegado a un gran número de personas, familias y empresas.

El desempleo, la caída de las ventas de las empresas, la inflación y la restricción monetaria que como medida ineludible para contrarrestar la crisis actual, dieron lugar a un incremento súbito y brutal de las tasas de interés, son factores que han convergido para ubicarnos en la actual coyuntura. En este entorno, la Banca asumiendo su responsabilidad y buscando dar las respuestas que les corresponden a los problemas concretos como los que ahora tienen sus acreditados como deudores.

Es función primordial de los bancos y del Gobierno el fomentar el ahorro interno de los mexicanos, salvaguardarlo y retribuirlo adecuadamente. Canalizándolo a las actividades productivas y a los servicios financieros que nuestro país demanda. Todo ello dentro de la mayor seguridad y apego a las reglas de mercado. El programa presentado es el resultado de un esfuerzo conjunto del Gobierno Federal y de la Banca mexicana que ofrece beneficios a todos los clientes y deudores de la Banca de los cuales el 75% de ellos reciben un gran apoyo

sobre el total del monto de su adeudo.

En este sentido el A.D.E. (Acuerdo de Apoyo Inmediato a Deudores) responde a la cara más visible del problema; La -- representada por los deudores en cartera vencida, quienes tendrán una alternativa viable para poder resolver su situación -- y la de sus familias. Es claro que la Banca se debe a sus clientes y por ello, en atención a los compromisos adquiridos con -- los ahorradores y con los deudores.

La banca mexicana se ha desarrollado en la medida que -- respalda el crecimiento del país. Es y ha sido la parte más -- sensible dentro de la economía. Su prosperidad será consecuencia de la creciente actividad de sus clientes y será por tanto base mutua de apoyo que fundaremos en la confianza; única fórmula del compromiso en la relación empresarial y personal.

Debemos tener ánimo para recuperar y fortalecer la -- confianza en la sociedad, entre los ahorradores e inversionistas. En este conflicto todos perdemos cada día más, en la solución iniciamos el camino de la, recuperación a través del A.D.E. Con esto consideramos dar un primer paso, quedando por recorrer un largo camino.

Los mexicanos teníamos expectativas muy diferentes hace -- apenas unos meses. La construcción del país que anhelamos, nos tomará más tiempo.

E) PROPUESTAS.

Como propositivos y no unicamente críticos, podríamos -- proponer que se den facilidades para el pago, estableciendo - mecanismos de reestructuración tanto de intereses como de capital, y si se conviene por las partes involucradas que son; el deudor, el Banco y el Gobierno, establecer la quita de capital ayudando a los deudores, que son los que pagan los errores de las políticas económicas.

Promover créditos flexibles a los particulares principalmente a la clase trabajadora, que no se encuentra sindicalizada y que por tanto no tiene acceso al crédito barato, sin ser esto una simple demagogia.

Apoyar la autoconstrucción de vivienda en gran escala en lugares desconcentrados de las grandes urbes, pidiendo mayor - asesoría a nuestros centros universitarios.

Asimismo debe restringirse la salida de capitales "golondrinos" o mal llamados capitales especulativos estableciendo - normas que regulen su salida, cobrando un impuesto al salirse del país, pues unicamente vienen a la Bolsa Mexicana de Valores a obtener jugosas ganancias perjudicando, los capitales - estables y también la economía nacional, pues en cuanto pierden la confianza por algún acto de índole económico, social o político, emigran a países que ofrecen mayor especulación.

Procurar que sean capitales de inversión productiva, es - decir que las ganancias las vuelvan a invertir en éste país - y que se invierta en industrias productivas que sean a largo - plazo, para aumentar la capitalización eficaz y el crecimiento real de la economía nacional.

Que para obtener un crédito hipotecario se establezca una tasa promedio, ya que, a la que se contrata, es a la tasa más -

alta de C.P.P. (Costo Porcentual Promedio), C.E.T.E.S. (--
Certificados de la Tesorería del Estado), T.I.I.E. (Tasa de -
Interés Interbancaria de Equilibrio), y en base a ésta que es
tan alta se tenga que contratar, siendo que con la pérdida de
poder adquisitivo, no le alcanza al trabajador para obtener --
con facilidades un crédito para vivienda.

Así en este asunto, se debe apoyar el patrimonio del ciu-
dadano común.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Nuestra legislación adopta el contrato de --- mutuo el cual es y sigue siendo, una de las más útiles formas de adquirir bienes fungibles y principalmente el dinero como- tal, de ahí que, para nuestra economía haya sido de gran utili- dad.

SEGUNDA.- Los intereses siempre fueron motivo de abuso, - hasta que las Doce Tablas, lo fijaron hasta un límite. -- Asimismo nuestro Código Civil regula en su artículo 2396 la la protección contra intereses desproporcionados, y asimismo - el Código Penal vigente tipifica la usura a manera de fraude - en su artículo 387 fracción VIII.

TERCERA.- Se debe tener en cuenta en el contrato de mutuo que: las cosas transmitidas deben ser fungibles y/o consumi- bles. No se debe devolver la misma cosa en su individualidad, - pues sería un contrato diferente,

El mutuo es un contrato consensual de préstamo de consumo que se perfeccionará cuando una persona llamada mutuante entre- gue a otra llamada mutuuario en propiedad una cantidad de cosas consumibles o fungibles, autorizando al mutuuario a consumir o utilizar en la forma que estime conveniente, con la obliga- ción de devolver en el tiempo convenido igual cantidad de -- cosas fungibles o consumibles de la misma especie y calidad.

CUARTA.- En la devaluación monetaria, el dinero como bien fungible pierde calidad o poder adquisitivo.

QUINTA.- La Apertura de Crédito es una forma evolucionada del mutuo, asimismo encontramos la diferencia y la funcionali- dad entre el mutuo y el contrato de Apertura de Crédito siendo más viable el mutuo para la compra de una vivienda, pues queda una sola deuda general, no así para el caso de la Apertura de -

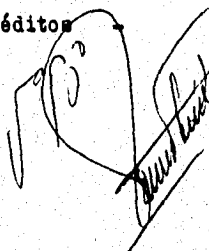
Crédito que resultaría ideal si se construye dicha vivienda,-- de acuerdo a las posibilidades económicas del solicitante, pues cuando cubre su adeudo o saldo parcial vuelve a disponer de -- más crédito.

SEXTA.- El objeto en el contrato de mutuo con garantía - hipotecaria, es el crédito y como requisito dentro de los ele_ mentos de existencia del objeto indirecto es que, debe ser -- lícito e ir de acuerdo con la Ley y de acuerdo con las buenas costumbres; lo que quedaría en duda es, que al tener presente la usura, los intereses son altísimos, algo que difiere de la Ley y las buenas costumbres, pues son aplicadas actualmente -- por la Banca.

SEPTIMA.- El ADE (acuerdo inmediato de apoyo a los deudo_ res) es una Novación al contrato originalmente pactado y como solución, a los deudores se prevee que sus resultados sean - a muy largo plazo, por lo que no veremos quizá una mejora en - este aspecto por el momento.

OCTAVA.- Se puede decir que se practica el Anatocismo, es decir la capitalización de los intereses, según el criterio -- realizado por los Bancos. También las tasas resultan ser muy - altas, pues al contratar como acreditado o mutuario, se hace - en base a tasas lider como: CPP (costo porcentual promedio) TIIE (tasa de interés interbancaria de equilibrio), CETES -- (certificados de la tesorería), que son las más altas del mer_ cado.

Por lo que resultaría más beneficioso para los trabajado_ res asalariados de escasos ingresos, una tasa promedio más -- flexible, que sea más accesible para así adquirir créditos baratos, principalmente los hipotecarios.

Handwritten signature and initials in the bottom right corner of the page.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- ACOSTA ROMERO, MIGUEL. DERECHO BANCARIO. 3a. Edición. Edit. Porrúa. México, 1986.
- 2.- AGUILAR CARVAJAL, LEOPOLDO. CONTRATOS CIVILES. 1a. Edición. Edit. HAGTAM, México. 1964.
- 3.- BATIZA, RODOLFO. OPERACIONES BANCARIAS. Editorial, Porrúa - México. 1967
- 4.- BAUCHE GARCIA DIEGO, MARIO. OPERACIONES BANCARIAS. Edit. -- Porrúa. México. 1981
- 5.- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL. OBLIGACIONES CIVILES. 3a. Edición Edit. Harla. México. 1990
- 6.- BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN. SEGUNDO CURSO DE DERECHO ROMANO. - 2a. Edición. Edit. PAX, México. 1979
- 7.- CERVANTES AHUMADA, RAUL. TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. 13va. Edición. Edit. Herrero. S.A. México. 1984.
- 8.- DAVALOS MEJIA, CARLOS F. DERECHO BANCARIO Y CONTRATO DE CREDITO. 2a. Edición. Edit. Harla. México. 1992.
- 9.- DI PIETRO, ALFREDO. MANUAL DE DERECHO ROMANO. Edit. Coopera_dora de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires. 1979
- 10.- HERNANDEZ, OCTAVIO. A. DERECHO BANCARIO MEXICANO. T.II. -- Edit. Asociación Mexicana de Investigaciones Administrati_vas. México. 1956.

- 11.- IGLESIAS, JUAN. INSTITUCIONES DE DERECHO ROMANO PRIVADO.
EDIT. Ariel Esplugues. S.A. Barcelona 1972.
- 12.- KASER, MAX. DERECHO ROMANO. 2a. Edición. Traducc. Sta. --
Cruz Teijeiro. Edit. REUS. Madrid. 1982.
- 13.- MACEDO, PABLO. LA EVOLUCION MERCANTIL. 1a. Edición. Edit. -
Cajica Puebla. México. 1947.
- 14.- MARGADANT, S. GUILLERMO. P. EL DERECHO PRIVADO ROMANO. /-
19 Edición. Edit. Esfinge. S.A. de C.V. México. 1993.
- 15.- MORENO CASTAÑEDA, GILBERTO. LA MONEDA Y LA BANCA, EN MEXICO
Edit. Imprenta Universitaria. Guadalajara Jal. 1953.
- 16.- PEREZ PASCUAL, MARIN. ESTUDIOS SOBRE DERECHO PRIVADO, Y SUS
TRANSFORMACIONES ACTUALES. Edit. Bosch, casa Urgel. España
1959.
- 17.- PLANITZ, HANS. DERECHO PRIVADO GERMANICO. Edit. Bosch, -
casa Urgel. Barcelona 1962. Traducc. Carlos M. Infante.
- 18.- PETIT EUGENE. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO. Edit. -
Cárdenas editor y distribuidor. México. 1993.
- 19.- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. CONTRATOS. T. VI. volumen 1, 7a.
Edición. Edit. Porrúa. México 1993.
- 20.- ROJINA VILLEGAS, R. TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. -
Edit. El Nacional. Ediciones encuadernables. México. 1943.

- 21.-SANCHEZ MEDAL, RAMON. CONTRATOS CIVILES. 12 Edición. Edit. --
Porrúa. 1993.
- 22.-SCHULZ, FRITZ. DERECHO ROMANO CLASICO. Edit. Bosch, casa edito-
rial Urgel. S.A. Barcelona 1951.
- 23.-TRABUCCI ALBERTO. INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL. Edit. Revis-
ta de Derecho Privado. Madrid. 1970.
- 24.-ZAMORA Y VALENCIA, MIGUEL A. CONTRATOS CIVILES. 4a. Edición. -
Edit. Porrúa. México 1992.
- 25.-OVALLE PAVELA, JOSE. DERECHO PROCESAL CIVIL. Edit. Harla --
México. 1980.

OTRAS FUENTES

- 26.-DICCIONARIO ENCICLOPEDICO BRUGUERA. TOMO II. Editorial Juan --
Bruguera. Barcelona 1968.
- 27.-DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURIDICAS, DE LA UNAM. 7a. Edición. Edit. Porrúa. México 1994.
- 28.-BORJA SORIANO, MANUEL. LA HIPOTECA. Revista de Ciencias Socia--
les, Edit. UNAM. No. 12, año. 1972.
- 29.-ORGANO INFORMATIVO DEL ACUERDO DE APOYO INMEDIATO A DEUDORES --
año 1. volumen. 1 NOTI ADE. Edit. Secretaría de Hacienda y Cré-
dito Público. Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Asocia-
ción de Banqueros de México, A.C.

LEGISLACION CONSULTADA.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Porrúa. --
México, 1995.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. --
Edit. Porrúa. México. 1995

LEY DEL NOTARIADO PARA EL DISTRITO FEDERAL. Edit. Porrúa. ---
México. 1993.

LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DE CREDITO DE 1932 Edit. Cajica -
Puebla. México. 1939.

LEY GENERAL DE TITULOS Y OPERACIONES DE CREDITO. Edit. Porrúa
México. 1993.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA
TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL. Edit. Gómez Hermanos -
México 1995.