



16
Lij

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ACATLAN"**

**EL CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA
HIPOTECARIA Y EL DEFICIT DE VIVIENDA
EN MEXICO.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
JUAN JOSE L APARICIO NIETO

ASESOR: LIC. JESUS FLORES TAVARES



ACATLAN, EDO. DE MEXICO

1997

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**EL CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA
HIPOTECARIA
Y EL DÉFICIT DE VIVIENDA EN MEXICO.**

A MI MADRE:

**De tí tengo, lo juro por Dios, un cúmulo de enseñanzas,
pero la más significativa es tu loable capacidad
para luchar, día con día, contra la adversidad,
sabiendo yo que pronto navegaré las aguas mansas.**

**Quizá no lo sabes, pero siempre vivo pendiente de tí,
quizá no lo sabes, pero soy quien te honra diariamente,
quizá no lo sabes, pero para mí eres un pequeño colibrí,
que va por ahí, cantándole a la gente tus esperanzas, alegremente.**

**Le doy gracias al Señor de darme la oportunidad
de dedicarte en vida tuya este trabajo modesto,
juntos, ¿te das cuenta?, hemos vencido a la adversidad
y para el porvenir yo ya estoy presto.**

Con todo mi amor.

**A MIS HERMANOS:
EFRAIN, GUILLERMO,
GUADALUPE Y LUZ MARIA.**

Porque mis primeras enseñanzas de la vida
las obtuve de cada uno de ustedes,
además de contar siempre con su incondicional apoyo.
Valga para cada uno de Ustedes mi agradecimiento.

A MI AMIGO CARLOS:

Bajo un mismo cielo, más o menos azul,
compartimos el aire y adoramos al sol,
pero, por suerte, somos distintos también.
Y fíjate que no sé si me gusta más de ti lo que te diferencia de mí,
o lo que tenemos en común,
aún así, te guste o no, me caes bien por ambas cosas.

A MIS AMIGOS DARIO, JUAN MANUEL Y RAUL:

Un barco frágil, de papel, parece a veces la amistad,
pero jamás puede con él la más violenta tempestad,
porque ese barco de papel, lleva aferrado a su timón,
por capitán y timonel, un corazón.
Gracias a Ustedes por compartirme parte de su tiempo y
de sus pensamientos, por ello, soy parte de mí mismo.

A MI QUERIDO MAESTRO DON JESUS FLORES TAVARES:

**Si por algo amo al Derecho ha sido por sus enseñanzas,
le deberé de por vida el ejercicio de mi profesión;**

**Sin lugar a dudas, Usted lo dijo,
el Derecho Civil es la columna vertebral de todos los Derechos
y el Derecho de las Obligaciones, la médula de las vértebras que la componen.
De verdad se lo agradezco.**

A mi honorable cuerpo de sinodales:

**Quienes me habrán de impulsar hacia adelante,
ofreciéndoles desde ahora el mejor de mis empeños
por no defraudarlos.
Gracias.**

A MI QUERIDA E.N.E.P., Campus ACATLAN:

**Siempre he dicho con orgullo que soy hijo tuyo
y hasta ahora no he escuchado quien te niegue,
lo que me da doble satisfacción.**

A CLAUDIA:

**Quien con sus valiosos conocimientos
y su apreciable ayuda me auxilió
a elaborar el presente trabajo,
a la vez que, con alegría y esperanza,
gestaba a nuestra pequeña Diana Luna.
Gracias mil por ambas cosas.**

A MI PADRE, q.e.p.d. :

**Para cuando llegue el día de volver a verte
y pueda scariciarte de nuevo.
Por todo lo que te extraño,
por todo cuánto me haces falta.**

I N D I C E

	PAGINA
AGRADECIMIENTOS	I
PROLOGO	iv
CAPÍTULO PRIMERO	
1. CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS	1
1.1. NOMINADOS-INNOMINADOS	2
1.2. UNILATERALES-BILATERALES	3
1.3. ONEROSOS-GRATUITOS	4
1.4. ALEATORIOS-NO ALEATORIOS	5
1.5. REALES-CONSENSUALES	6
1.6. FORMALES-SOLEMNES	7
1.7. PRINCIPALES-ACCESORIOS	8
1.8 TRACTO INSTANTANEO	9
1.9 TRACTO SUCESIVO	9
1.10. TRACTO DOBLE-PRESTACIONES DIFERIDAS	10
1.11 CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA HIPOOTECARIA	10
CAPITULO SEGUNDO	
2. ANTECEDENTES DE LA HIPOTECA	13
2.1. EN ROMA	14
2.2. EN FRANCIA	20
2.3. EN ESPAÑA	23

2.4. EN MEXICO	26
CAPITULO TERCERO	
3. ELEMENTOS Y REQUISITOS DEL CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA HIPOTECARIA.	29
3.1. LAS PARTES	33
3.1.1. ACREDITANTE (MUTUANTE).	
3.1.2. ACREDITADO (MUTUATARIO).	
3.2. EL OBJETO	43
3.2.1. EL CREDITO	
3.2.2. LIMITACION DEL CREDITO.	
3.2.3. DISPOSICION Y UTILIZACION DEL CREDITO	
CAPITULO CUARTO	
4. EXTINCION DEL CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA HIPOTECARIA.	50
4.1. PAGO	51
4.2. NOVACION	57
4.3. CONFUSION	61
4.4. COMPENSACION	63
4.5. DACION EN PAGO	66
4.6. RENUNCIA DE DERECHOS	68
4.7. REMISION DE DEUDA	70
4.8. PROPUESTA PERSONAL	71
5. CONCLUSIONES	73
6. BIBLIOGRAFIA	78

PROLOGO

El presente trabajo de Tesis que para obtener el Título de Licenciado en Derecho he propuesto tiene como fin primordial demostrar que es posible obtener créditos para vivienda mediante la celebración de un Contrato Civil, El Contrato de Mutuo con Garantía Hipotecaria y así acceder a una vía más para tratar de abatir el déficit de vivienda en México.

Si bien es cierto que es un Derecho Constitucional, el Gobierno Federal, por sí o a través de sus organismos descentralizados ha sido incapaz de dar vivienda digna a sus habitantes desde nunca, como tampoco los sectores sociales y privados lo han logrado, aquellos por insuficiencia patrimonial, éstos por el deseo irrefrenable de la ganancia excesiva.

El objetivo de la presente Tesis no es encontrar al responsable, sabemos que cada organismo público, descentralizado o no, social o privado pone su esfuerzo para lograr sus fines, pero tenemos la certeza que se debe encontrar una solución, conocemos, hasta por voz popular, el reclamo y sentimos que debemos aportar nuestros conocimientos obtenidos a lo largo de nuestra instrucción profesional para tratar de contribuir a abatir esa necesidad de vivienda.

En lo particular, preocupa, que a tan pocos años del siglo XXI, nuestra nación continúe sin dar vivienda digna a sus gobernados. En un rubro tan importante sentimos que se tiene que poner mayor énfasis para satisfacer esa necesidad. Las cifras que da a conocer el Gobierno Federal a través del INEGI, son bastante preocupantes, la explosión demográfica, la densidad de población en un puñado de ciudades, la actual construcción de viviendas, la atención crediticia, etc. se conjugan para obtener como resultado el crecimiento de la necesidad de vivienda en nuestro país.

Ahora bien, es de todos conocido que el Gobierno de la República se preocupa más por cubrir sus tan desmesurados pasivos que por dar bienestar a sus gobernados, por ello creemos que la inversión particular, o al menos parte de ésta, debe de ser dirigida a "prestársela" al necesitado de vivienda, por la vía que proponemos, ya sea sin interés o con éste, pero dirigido expresamente a la construcción de vivienda, es decir, condicionado a ese objetivo, no existe ningún impedimento de carácter civil, por un lado, por el otro, el inversionista está perfectamente cubierto de su inversión, por la vía hipotecaria, de tal manera que mediante la celebración de estos contratos se aporta un elemento adicional a lo existentes para tratar de abatir ese déficit.

Es por ello que tratamos de explicar en los capítulos que componen el presente trabajo las consecuencias jurídicas a que se someten las partes contratantes al celebrar el referido contrato de mutuo con garantía hipotecaria, el cual se le da especial énfasis, dada su importancia.

En las conclusiones de este trabajo veremos el porqué de la urgencia de buscar medios alternativos de solución a esa necesidad, basándonos en las cifras dadas a conocer por el INEGI, quien en el periodo comprendido entre el 23 de octubre y el 18 de noviembre del año próximo pasado realizó un Censo General de Población y Vivienda.

CAPITULO PRIMERO

CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

CONTRATO. CONCEPTO.- A fin de iniciar el estudio del presente Capítulo, es necesario conocer qué es un Contrato, el cual proviene Del Latin Contractus, que significa Convenio, Pacto. ¹- En nuestra legislación Civil se dice que: "los Convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de Contratos". (Artículo 1793 del Código Civil para el Distrito Federal), en tanto que Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones" ² El Código Civil hace esta distinción considerando al Contrato como la especie y al convenio como el género, basándose en el antecedente francés que diferencia la convención o acuerdo de voluntades, que es el género, del contrato que es el acuerdo de voluntades para dar nacimiento a una obligación. En la actualidad el propio Código Civil Mexicano resta toda importancia a esa distinción al establecer que los principios relativos a los Contratos se aplican a todos los convenios como lo menciona en su artículo 1859.

Tratando de dar una definición de Contrato, al respecto se dice que "es un acto jurídico bilateral, una manifestación exterior de la voluntad, tendiente a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley".³

Por su parte, Guillermo Floris Margadant lo define como "Un acuerdo entre varias personas que tiene por objeto producir una o más obligaciones civiles". ⁴

¹Diccionario Latino-Español VOX, Madrid, España pp. 111.

²Código Civil para el Distrito Federal, Ed. Porrúa 1993, pp. 325, arts. 1792 y 1793.

³Bejarano Sánchez, Manuel, Obligaciones Civiles, Ed. Harla, México 1984, pp. 32.

⁴Margadant S. Guillermo, Derecho Romano, Ed. Esfinge, México 1985, pp. 316.

Morineau e Iglesias lo definen como "el acuerdo de voluntades destinado a crear una o varias obligaciones sancionadas por una acción judicial".⁵

Intentando dar un concepto propio del contrato, podemos decir que es **UN ACUERDO O PACTO BILATERAL, VOLUNTARIO, DESTINADO A CREAR, TRANSMITIR, MODIFICAR, O EXTINGUIR DERECHOS U OBLIGACIONES, A UNA O A AMBAS PARTES, EL CUAL DEBERA ESTAR SANCIONADO POR LA LEY"**

El maestro Gutiérrez y González opina que se debiera reformar el artículo 1792 del Código Civil para agregar un derecho u obligación, que es la de **CONSERVAR** los mismos y dice: Convenio es el acuerdo de dos o mas personas para crear, transferir, **CONSERVAR**, modificar o extinguir derechos y obligaciones.⁶

A).- LOS CONTRATOS NOMINADOS E INNOMINADOS:

La primera clasificación que debemos, a nuestro entender, dar a los contratos es si éstos están regulados específicamente en un ordenamiento jurídico específico o no, esto es, si las partes lo crean según sus intereses y necesidades particulares, De ahí que estamos hablando de la diferencia entre los **CONTRATOS NOMINADOS (TIPICOS)** de los **INNOMINADOS (ATIPICOS)**.

CONTRATOS NOMINADOS.- También conocidos como contratos Tipicos o Regulados son aquellos que están instituidos en las leyes, es decir, que su forma (características) y consecuencias (contenido obligacional) están contempladas específicamente en el ordenamiento legal.

⁵Morineau, Marta y otro, Derecho Romano, Ed. Harla, México, 1987, pp. 165

⁶GUTIÉRREZ Y González, Ernesto, Derecho de las Obligaciones, Ed. Porrúa, México, 1995, pp. 213 y 214.

CONTRATOS INNOMINADOS.- De igual manera conocidos como Atípicos o no Regulados, son aquellos cuyo contenido no tiene regulación o disciplina en la legislación, pero que tienen la misma fuerza legal, es decir, que no están especialmente reglamentados por algún ordenamiento, sino que se rigen por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía.

" Los conceptos de Tipicidad o Atipicidad son relativos, pues el contenido siempre cambiante del ordenamiento jurídico puede incluir o excluir contratos. El fenómeno se presenta como una tendencia a regular contratos que anteriormente no estaban disciplinados".⁷

Josserand, en boca de Manuel Bejarano Sánchez lo explica de la siguiente manera: Refiriéndose a los contratos nominados, " son como un vestido de confección: ya está hecho y uno busca el que corresponda a su talla. Los segundos " son como el vestido sobre medida; se hace a pedido para cubrir las propias y particulares necesidades del sujeto"⁸

B).- CONTRATOS UNILATERALES Y BILATERALES:

CONTRATOS UNILATERALES.- Son aquellos en los que una sola de las partes se obliga en relación a la otra, sin que ésta quede obligada, es decir, es un acto jurídico constituido con dos voluntades, que solamente genera obligaciones a cargo de una de las partes. El Código Civil para el Distrito Federal lo define en su artículo 1835 como " El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que ésta le quede obligada ".

CONTRATOS BILATERALES.- También conocidos como Sinalagmáticos en tanto que generan derechos y obligaciones para ambas partes, son aquellos en que ambos contratantes quedan obligados recíprocamente a concederse alguna prestación. Por su parte el Código Civil, en su artículo 1836 menciona que " el contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente".

⁷Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos, Ed. Trillas, México, 1991, pp. 47.

⁸Bejarano, ob. cit., pp. 44.

En la práctica no es una clasificación disyuntiva las de estos contratos, toda vez que los contratos unilaterales en su origen pueden convertirse en sinalmáticos a posteriori por hechos que obliguen a la otra parte que no se obligó inicialmente, citando como ejemplo al contrato de Comodato, cuando el comodatario queda obligado a reembolsar los gastos extraordinarios que el comodatario haya realizado con el fin de conservar la cosa motivo del contrato; o a la inversa, en los contratos sinalmáticos, en tanto que cuando una de las partes cumple cabalmente con todas y cada una de las cargas impuestas en el contrato la otra parte no puede ejercitar derecho alguno, es decir, que las obligaciones no son interdependientes, como sucede en los contratos de mandato, el de fianza, o el depósito, por citar algunos ejemplos.

C).- CONTRATOS ONEROSOS Y CONTRATOS GRATUITOS.

CONTRATOS ONEROSOS.- Son aquellos en los que se establecen provechos y gravámenes recíprocos para las partes, es decir, hay un sacrificio mutuo y equivalente. Por ejemplo, el Contrato de Mutuo con interés. El Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 1837 lo define como " aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos....". Como vemos, la presente clasificación atiende a un criterio preponderantemente económico, con beneficios mutuos.

CONTRATOS GRATUITOS.- Son aquellos en los que el provecho o beneficio corresponde solamente a una de las partes contratantes, esto es, el sacrificio sólo es de una de las partes y la otra no tiene carga económica alguna, sólo beneficios, lo cual no implica que carezca de obligación, puede tenerla, pero ella no representa un sacrificio o gravamen " así, como por ejemplo, en el contrato de Comodato, en donde el comodatario tiene obligación de devolver la cosa prestada que usó gratuitamente, pero no asumió ningún sacrificio. "9

Atendiendo a esta clasificación, podemos decir que en tanto que en los contratos gratuitos el ánimo de uno de los contratantes es otorgar un provecho a la otra parte, sin esperar beneficio alguno, como sucede en la donación; en el caso contrario, por ejemplo, en el Contrato de Mutuo con interés, el ánimo del mutuante es intencionalmente obtener un lucro, en donde el mutuuario se obliga a devolver una suma de dinero con un interés pactado en el mismo contrato, en el tiempo fijado para ello.

⁹ *Ibidem*. pp. 38.

" El interés de la clasificación radica en que sólo los contratos onerosos pueden tener una naturaleza mercantil, pues la especulación comercial y el propósito de lucro que es consustancial al tráfico de bienes y servicios no puede conciliarse con los contratos gratuitos" ¹⁰

D).- CONTRATOS ALEATORIOS Y NO ALEATORIOS.

CONTRATOS ALEATORIOS.- También denominados Contratos de "suerte" dice Sanchez Medal,¹¹ son aquellos en los que el provecho o pérdida para alguna o ambas partes depende de la realización de un acontecimiento incierto. Lo cual se traduce en que la existencia o monto de las prestaciones que las partes se conceden o por lo menos la de una de ellas dependerá del azar o de un suceso imprevisible o contingente, por lo que al momento de celebrar el contrato no es factible determinar el resultado económico que les producirá.

Por lo que se refiere a la Legislación de la Materia, el Código Civil dispone en su artículo 1838 que el contrato es aleatorio "cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice".

Tal definición ha sido por demás calificada de inexacta ya que las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es conocida, por ejemplo el caso de una apuesta en la que ya se conoce el monto de lo que se ganará pero no así el ganador.

En este orden de ideas, el maestro Sánchez Medal dice "que la sola incertidumbre sobre el beneficio o la pérdida no es suficiente, sino que, además, debe haber la alteridad y oposición de las prestaciones, de manera que esa incertidumbre se refiere también a que lo que para una de las partes es ganancia, para la otra es una pérdida en la misma proporción medida que aquella ganancia, tal como aparece en los diversos contratos aleatorios reglamentados expresamente por el legislador (2764 a 2793)".

¹⁰idem., pp. 39.

¹¹SANCHEZ Medal, Ramón; De los Contratos civiles, Ed. Porrúa, México, 1991, pp. 104.

CONTRATOS NO ALEATORIOS.- También denominado Conmutativo, es aquella especie de contrato oneroso en el que las prestaciones que las partes se deben son ciertas desde que el mismo se celebra. Bejarano¹² lo define de la siguiente manera: " es conmutativo cuando su resultado económico normal se conoce desde el momento en que el acto se celebra y las partes pueden apreciar de inmediato si habrá de producirles un beneficio o una pérdida ".

El Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 1838, define a esta clasificación de Contratos de la siguiente manera: "el contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause éste.....".

Como ejemplo de este tipo de contrato, podemos citar a la compraventa, ya que desde el momento en que las partes contratantes lo celebran conocen ya la extensión de sus respectivas prestaciones.

E).- CONTRATOS REALES Y CONTRATOS CONSENSUALES

CONTRATOS REALES.- El origen de su denominación se atribuye al Derecho Romano (Res en latín, que significa Cosa). Son aquellos en los que además del consentimiento precisa para su perfección la entrega de la cosa objeto del mismo.

" Se constituyen no sólo con la declaración de voluntad, sino que a ésta debe forzosamente acompañarse la entrega de una cosa, de ahí que se denominen Actos Reales "¹³.

Por su parte, Sánchez Meda¹⁴ dice que " son los que se perfeccionan con la entrega de la cosa, como ocurre todavía con la prenda, ... de los cuales en el código civil vigente han perdido este carácter el mutuo, el depósito y el comodato, que tradicionalmente eran contratos reales desde el Derecho Romano".

¹²BEJARANO, op. cit. pp. 40.

¹³Ibidem, pp. 41.

¹⁴SANCHEZ, op. cit. pp. 105

CONTRATOS CONSENSUALES.- Son aquellos que se perfeccionan con el mero consentimiento de las partes, sin necesidad de otro requisito que el de la voluntad por ellos declarada para que éstos queden obligados. " el elemento consentimiento, visto desde un punto de vista subjetivo, es lo más importante en ellos y puede ser manifestado verbalmente, por escrito o de forma tácita".¹⁵

Todo ello se puede observar en el artículo 1832 del Código Civil para el Distrito Federal al establecer la forma de los contratos dispone que "En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley". Es decir, no requieren de mayor formalidad para su validez que expresar de alguna manera el consentimiento.

Por lo que respecta al contrato consensual en el que para perfeccionarse y surtir efectos entre las partes y frente a terceros basta el sólo acuerdo de los otorgantes pero sobre un objeto cierto aunque no se haga la entrega física del mismo.

E).- CONTRATOS FORMALES Y CONTRATOS SOLEMNES

CONTRATOS FORMALES.- Son aquellos a los que la ley les exige una forma determinada necesaria para su validez. En éstos debe exteriorizarse la voluntad precisamente de la manera exigida por la legislación, ya que de lo contrario el acto jurídico puede ser anulado. " En los contratos formales, la falta de la forma legal no impide la existencia del acto, pero sí los afecta en su eficacia".¹⁶

¹⁵ MORINEAU, op. cit. pp. 180.

¹⁶BEJARANO, op. cit. pp. 41.

El interés de esta clasificación radica en que "de no cumplirse con la forma o la solemnidad prevista por la ley, el acto recibirá una calificación que va de la nulidad a la inexistencia, según sea el caso. Nulidad si no se cumple con la forma, inexistencia si se omite la forma solemne"¹⁷

El Código Sustantivo de la Materia en su numeral 1833 hace referencia a lo anterior al establecer que "Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; ..." y en el artículo 1795 en su fracción IV: "Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado: IV.- Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece".

CONTRATOS SOLEMNES.- Son aquellos cuya validez depende esencialmente de la observancia de las formalidades establecidas por el legislador para su celebración. "Son los actos que para existir necesitan de ciertos ritos establecidos por la Ley; la manera en que se exterioriza la voluntad es requisito constitutivo del acto, el ropaje con que son cubiertos es parte esencial, y su falta motiva la inexistencia del mismo como negocio jurídico"¹⁸.

G) CONTRATOS PRINCIPALES Y CONTRATOS ACCESORIOS.

CONTRATOS PRINCIPALES.- Son aquellos que cumplen por sí mismos un fin propio y subsistente, sin relación con ningún otro. Es decir, que tiene su razón de ser por sí solos, surgen de manera independiente y no necesitan de otro contrato para cumplir con su finalidad.

¹⁷GUTIERREZ, op. cit. pp. 230.

¹⁸ibidem, pp. 42.

CONTRATOS ACCESORIOS.- Son aquellos que se originan por consecuencia o en relación con otro anterior, esto es, que no tiene existencia independiente, sino que se justifican como parte complementaria de otro. Al respecto Sánchez Medal dice que: "la dependencia de un contrato accesorio puede ser frente a una obligación y no necesariamente frente a un contrato, como acontece en la fianza para garantizar una deuda legal alimenticia"¹⁹ Entre otros contratos de este tipo encontramos al de Hipoteca, mismo que es un contrato de garantía cuya celebración presupone la existencia presente o futura de una deuda originada por otro acto jurídico principal que va a asegurar.

Este contrato "tiene vida y existe en la razón y medida que sirve para garantizar el cumplimiento de una deuda en un derecho de crédito convencional o indemnizatorio. Por ello su razón de existir va en función y medida de la vida de esa obligación".²⁰

Muchas veces es utilizado por las partes buscando tener mayor garantía al momento de que sea exigible la obligación, esta se cumplirá efectivamente, tal es el caso en el Contrato de Mutuo (Principal) constituyendo para el mejor cumplimiento del mismo un derecho real de hipoteca (Accesorio).

H) CONTRATOS DE TRACTO INSTANTANEO, CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO Y CONTRATOS DE PRESTACIONES DIFERIDAS O DE TRACTO DOBLE.

CONTRATOS DE TRACTO INSTANTANEO.- Son aquellos en los que la realización de las prestaciones debidas se lleva a cabo en un momento, siendo éste el señalado para el efecto. Lo cual se traduce en que se originan y deben cumplirse inmediatamente, agotándose en un solo acto, como es el caso de la compraventa de contado. Al efecto el maestro Ernesto Gutiérrez y González manifiesta que "**TRACTO ES EL TIEMPO EN QUE SE REALIZA EL ACTO JURIDICO....** Contrato de Tracto Instantáneo, es el que nace, se perfecciona y ejecuta en un solo momento..."²¹

¹⁹SANCHEZ Medal; op cit; pp. 113.

²⁰GUTIERREZ, op. cit. pp.230.

²¹ Ibidem, op. cit. pp. 233.

CONTRATO DE TRACTO SUCESIVO.- De igual manera llamados de efectos continuados. Son aquellos en los que ambas partes o una de ellas quedan sujetas a prestaciones cuyo cumplimiento se reserva a intervalos de tiempo determinados, es decir, que se cumplen escalonadamente al través del tiempo. Continuando con el criterio de Gutiérrez y González nos dice que "es el que nace y ya perfeccionado el acto, el contrato no concluye, sino que las partes se siguen haciendo prestaciones continuas o periódicas"²².

CONTRATO DE PRESTACIONES DIFERIDAS O DE TRACTO DOBLE.- Es el que nace y se perfecciona en un momento, y se ejecuta y extingue en otro posterior. No es instantáneo, porque no se perfecciona y agota en un solo momento, tampoco es de tracto sucesivo porque no se agota en prestaciones periódicas, sino que se cumple solo en dos momentos diversos.²³ Es decir, aquí se origina el contrato pero no se extingue sino hasta otro momento posterior, cumpliéndose la prestación de la otra parte y es cuando el acto se extingue, como el contrato de mutuo o el de comodato.

CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA HIPOTECARIA

Por todo lo anteriormente expuesto, estamos ya en la posibilidad de establecer las características del Contrato de Mutuo con Garantía Hipotecaria, motivo de nuestra tesis y que son las siguientes:

El Contrato de Mutuo con Garantía Hipotecaria es:

a).- **NOMINADO**, también llamado Típico.- Ello en virtud de que está contemplado específicamente en el ordenamiento legal respectivo, sus características (forma) y contenido obligacional (consecuencias) están debidamente reguladas.

²²Ibidem.

²³Ibidem. pp.234

b).- BILATERAL, también llamado Sinalagmático.- Puesto que el referido Contrato genera derechos y obligaciones para las partes contratantes.

c).- ONEROSO.- Toda vez que los contratantes estipulan provechos y gravámenes recíprocos.

d).- NO ALEATORIO, también llamado Conmutativo.- Así es, dado que las prestaciones que las partes se deben son ciertas desde el mismo momento en que se celebra el contrato respectivo.

e).- REAL.- Puesto que la entrega de la cosa estriba en el otorgamiento de la Garantía Hipotecaria, misma que es otorgada en el mismo momento de celebración del acto jurídico que las partes se obligan, sin que ello signifique que la deba de poseer el acreedor hipotecario, toda vez que se materializará en caso de incumplimiento del deudor garante.

f).- FORMAL.- Al respecto, la Ley Civil que rige a estos contratos es clara, dado que se exige que para su existencia y validez se requiere que dicho contrato deba de ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad, es decir, que no basta que las partes celebren privadamente dicho contrato sino que este debe necesariamente que inscribirse en dicho Registro, como requisito formal, oponible a terceros.

Si por el contrario, el acreedor hipotecario no cumple con el requisito legal de gravar el inmueble dado en Garantía, el Contrato puede ser invalidado y ejercido este derecho por el deudor de esa garantía, puesto que si deviniera algún gravamen posterior al acto jurídico realizado entre los contratantes el responsable es el acreedor hipotecario quien en su debido momento debió haber inscrito la garantía hipotecaria, sin que ello signifique la plena nulidad del Contrato principal, que es el reconocimiento del adeudo.

g).- SOLEMNE.- El Contrato reviste para su validez que deba de ser formalizado conforme a las exigencias establecidas por el legislador, en el caso de este acto jurídico se obliga a los contratantes a que lo inscriban en el Registro Público de la Propiedad, la falta de esa solemnidad es causa probable de invalidez.

h).- PRINCIPAL Y ACCESORIO.- Es cierto. El contrato principal es el Contrato de Mutuo, en el las partes convienen en la carga de derechos y obligaciones recíprocas, mismas que serán cumplidas sucesivamente como lo veremos en la siguiente característica. Es igualmente accesorio, dado que el Contrato de Hipoteca depende del cumplimiento o incumplimiento de los contratantes, en el Contrato principal, por ello su accesoriedad.

Por último,

i).- DE TRACTO SUCESIVO, o de efectos continuados.- Su cumplimiento se reserva a intervalos de tiempo determinados, es decir, las prestaciones se dan de una manera continua o periódica.

Hemos determinado pues, las características esenciales que jurídicamente debe de contener el referido Contrato de Mutuo con Garantía Hipotecaria, quedando, a nuestro entender, debidamente analizado el mismo.

Consideramos que dada la importancia capital que tiene la Hipoteca, base del análisis de la presente tesis, en el siguiente capítulo se verá el antecedente que sirvió al legislador para llevarlo a la práctica jurídica en México.

CAPITULO SEGUNDO

ANTECEDENTES DE LA HIPOTECA.

Tiene su origen al igual que su nombre en Grecia: "La palabra HIPOTECA proviene del latín "hypotheca, y éste del griego ipotéke, prenda; suposición, en el sentido de poner una cosa debajo de otra, añadirla, apoyar, sostener o asegurar una obligación ..."¹

Arthur Nussbaum, al referirse al origen de la hipoteca nos dice: "El concepto de la hipoteca nos fue legado por la Antigüedad, aunque hasta ahora no haya podido saberse con certidumbre si ésta institución tuvo realmente sus orígenes en Grecia, como parece denotarlo el nombre. Más si puede asegurarse -que el Derecho romano de la época clásica, siglos II y III d.C.- conocía ya y reglamentaba la hipoteca..."².

En el Derecho Griego existió como una garantía real en favor del acreedor, pero sin conceder a éste el derecho de proceder a la enajenación de la cosa hipotecada. Se caracterizaba por la entrega que el deudor hacía a su acreedor de un bien inmueble para garantizar el pago de una deuda; el acreedor podía usar el inmueble dado en garantía a cuenta de los intereses debidos. Como se observa tenía características semejantes a la anticresis, en la cual el obligado entregaba a su acreedor una finca para la garantía de su deuda, facultando al mismo para disfrutarla por cuenta de los intereses debidos y del capital, o sólo del capital, si no habían pactado intereses.

¹Diccionario Jurídico Mexicano; Tomo IV; Segunda Edición; Editorial Porrúa, 1987, pp. 330.
²NUSSBAUM, Arthur; Tratado de Derecho Hipotecario Alemán (traducción de W. Rocas, Madrid, 1929), pp.1 y 2.

A) EN ROMA.

Los romanos perfeccionaron ésta figura ya que en el Derecho Griego tenía la desventaja de desposeer al deudor del bien que otorgara en garantía dándole el carácter de un derecho real constituido sobre bienes muebles o inmuebles que no se entregaban al acreedor, para garantizar el cumplimiento de la obligación y su preferencia en el pago, resultando así el medio más eficaz, inteligente y auxiliar del crédito, a la vez que el recurso económico más ventajoso puesto que el deudor podía seguir explotando el bien objeto de la garantía.

Sin embargo el proceso de evolución de la hipoteca como tal fue lento, de hecho no trajo consigo la desaparición de la anticresis, que se mantuvo sobre todo para aquellos casos en que el acreedor deseaba retener la garantía en su poder, utilizarla y amortizar réditos y capital con sus frutos cuando la finca estaba destinada a la agricultura.

Cabe decir que el Derecho Romano se hablaba de derechos reales como aquellos oponibles a cualquier tercero, que facultan a su titular para que saque provecho de una cosa, ya sea en su forma máxima como es el derecho de propiedad o a través de alguno de sus desmembramientos, es decir, los "iura in re aliena", mismos que se dividían en derechos de goce y de garantía, en los que ubicaban a la prenda y a la hipoteca. En su sistema jurídico, por lo que se refiere a las obligaciones, todo giraba alrededor del deudor y de la obligación principal, por lo que el medio más adecuado para garantizar una obligación era la fianza y la promesa formal de deuda, así "las garantías reales en rigor desempeñaban un papel secundario y mantenían su carácter accesorio rigidamente subordinado a la existencia y validez de la obligación principal, siguiendo todas las modalidades y vicisitudes del crédito, sin que pudiese existir la separación entre una y otro"³. Además de que por la extrema puntualidad del típico ciudadano romano, la práctica jurídica de entonces, prefería la fianza personal a la hipoteca ya que el acreedor ejercía su derecho sobre el deudor cuando éste caía en incumplimiento y podía tomarlo, encarcelarlo o esclavizarlo, libertando su persona al aplicar sus bienes a la extinción de la deuda.

³ROJINAVillegas, Rafael; Derecho Civil Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1986, pp. 354.

La despersonalización de las obligaciones fué en aumento, ya que se pensó que no era el deudor quien responde por la deuda de su persona misma, sino que son sus bienes, es decir, su patrimonio, perfeccionándose de esa manera el mejor cumplimiento para el acreedor.

En virtud de lo anterior, los romanos aprovecharon también ésta institución. Como "el deudor que caía en insolvencia era un peligro para sus acreedores, dado que se procedía entonces a la venta en bloque de todos los bienes que tenía aquél en ese momento "bonorum venditio", lo que realizaba difícilmente y de ordinario a bajo precio, y su producto insuficiente se repartía de manera proporcional entre sus acreedores, sin preferencia alguna. Para tratar de remediar estos inconvenientes, se empezó por la "mancipatio fiducia causa cum creditore", a virtud de la cual el deudor enajenaba un determinado bien a su acreedor por medio de la "mancipatio" y pactaba con él que al pagar su deuda debía retransmitirle la propiedad de dicho bien. Esta garantía era muy completa para el acreedor pero tenía grandes desventajas: sólo podía usarse con las "res nec mancipi" y, asimismo, exponía al deudor a la infidelidad del acreedor, que por convertirse en dueño de la cosa podía en el interin abusar de la propiedad que había recibido, transmitiéndola o gravándola a favor de tercera persona. Además se privaba al deudor de la posesión de la cosa, de los frutos de la misma y de un instrumento de crédito para obtener nuevos créditos"⁴ Posteriormente aparece la prenda que suprimió algunos de los inconvenientes antes señalados y que es el antecedente inmediato de la hipoteca. Aunque en principio prenda e hipoteca "son dos términos para lo mismo: inter pignus et hypothecam tantum nomen sonus differt (entre pignus e hipoteca, la única diferencia consiste en el sonido de las palabras) y para designar las diferencias entre un derecho real de garantía con desposeimiento, o no, del deudor, se utilizan respectivamente, los términos pignus contractum y pignus conventum."⁵

La prenda, palabra proviene del latín "pignus", palabra que quiere decir puño y que indica que el acreedor asegura automáticamente su crédito respecto del deudor desposeyéndolo de la cosa ofrecida en garantía de pago. Se consideraba como una institución cuyo contrato establece que la falta de pago hace al acreedor dueño inmediato del bien ofrecido en garantía, sea éste un bien mueble o inmueble.

⁴SANCHEZ Meda, Ramón, De los Contratos Civiles, Editorial Porrúa, México, 1991, pp. 479.

⁵FLORIS Margadant, Guillermo, Derecho Romano, Editorial Esfinge, México, 1985, pp. 290.

Es en tiempos bizantinos cuando se introduce la terminología moderna, es decir, se establece la diferenciación entre ambos contratos (prenda e hipoteca). Así la prenda se reduce exclusivamente a bienes muebles, mercaderías o en general a cosas no fungibles. Por el contrario la hipoteca se construye a ofrecer como garantía bienes inmuebles de los cuales el deudor no es desposeído al celebrarse el contrato pero sí puede pactarse como pena convencional la supresión de un proceso previo pasando el acreedor a constituirse en dueño absoluto del bien hipotecado en cuanto se presente el caso de incumplimiento del contrato. Hablamos entonces de *pignus* si el objeto es entregado al acreedor y de hipoteca si el acreedor no recibe la posesión.

Originariamente el acreedor que quería tener una garantía real exigía retener como garantía durante el crédito un bien del deudor, lo que se conocía como *fiducia cum creditore*, o compraba por un setercio un objeto valioso del deudor, obligándose a volver a vender ese mismo objeto al deudor por el mismo precio al pagarse la deuda. Podía combinarse de tal manera que el acreedor compraba el bien por la cantidad que se daba en préstamo, obligándose a volver a vender el objeto en cuestión al deudor dentro de cierto plazo, en caso de que el deudor le ofreciera un precio que correspondiese al original precio de compra, es decir, el préstamo más los intereses a través del *pactum fiduciae* que facultaba al deudor para exigir la venta mediante una *actio fiduciae* lo que se traduce en una remancipación que ya ha sido explicada anteriormente. Podía suceder también que el acreedor fiduciario volvía a prestar el objeto de la fiducia al deudor mediante un *precarium* o préstamo de uso, revocable en cualquier momento al arbitrio del acreedor. Esto último era una práctica peligrosa en perjuicio de más acreedores ya que al tener el bien el deudor daba la apariencia de solvencia del mismo.

Sin embargo la situación cambió al introducirse la prenda posesoria en donde el acreedor tenía sólo la posesión del bien y no la propiedad por lo que no podía venderlo, reservándose el deudor el derecho real de reclamar el objeto de cualquier tercero que lo hubiera adquirido.

Aunado a éstos inconvenientes existía el hecho del desposeimiento que sufría el obligado del objeto que muchas veces requería para su trabajo como sucedía con el inquilino rural quien podía pagar solo al término de la cosecha y si el propietario quería tener una garantía no podía quedarse con los animales, esclavos, herramientas y lo necesario para trabajar, se convino entonces que éstos respondieran de la renta, sin dejar de conservar la posesión de ellos. Ahora bien, en caso de incumplimiento el acreedor podía pedir la posesión a través del *interdictum salvianum*, otorgándole además el derecho de venderlos y cobrar su crédito, devolviendo el excedente (*hyperrocha*) al deudor o bien de convertirse en propietario de los mismos.

Esa protección (*interdictum salvianum*) resultaba insuficiente para el acreedor, ya que el deudor al tener la posesión del bien podía venderlo y sólo tenía una acción personal en contra de él, quien en ocasiones era insolvente. En consecuencia fue creada la *actio serviana* de carácter real, que permitía al acreedor hipotecario reclamar los bienes a cualquier tercero. Dicha acción fue perfeccionada originándose la *actio quasi serviana* y una simple convención o *pignus conventum* para la que se afecta uno o varios objetos al pago de una deuda, fue lo suficiente para procurar al acreedor un derecho real, surgiendo así la hipoteca moderna. "Los intereses del acreedor y los del deudor hallábanse de esta forma, felizmente conciliados: a) El acreedor hipotecario no adquiere ni la propiedad ni la posesión de la cosa, pero sí un derecho especial que le permite en el momento oportuno, es decir, si no se le ha pagado al vencimiento, hacerse poner en posesión, y tener una situación igual a la que habría conseguido con el *pignus*. b) El deudor, mientras que su deuda no está extinguida, conserva la propiedad y la posesión de la cosa hipotecada. Puede, pues, utilizarla y afectarla a la seguridad de otros acreedores"⁷

Las hipotecas podían constituirse no sólo por negocio jurídico, sino que también en virtud de la ley, por ejemplo, la mujer casada, el sometido a tutela, tenían en garantía de sus créditos una hipoteca legal sobre todo el patrimonio de su deudor, así como el arrendador sobre su colono.

⁷ROJINA, op. cit., pp. 352.

También era posible gravar el mismo bien con varias hipotecas y su preferencia se decidía según su antigüedad, aunque existían algunas excepciones como el Fisco en primer lugar en virtud de los tributos. Al respecto Nussbaum por voz de Rojina Villegas nos dice que: "Los privilegios hipotecarios... rompen el principio de prioridad, que de varias hipotecas coexistentes sobre la misma finca asignan preferencia de rango a las primeramente constituidas... Para garantizar, a lo menos, la fecha de constitución de la hipoteca, en medio de ésta confusión, se dispuso que su creación ante una autoridad (pignus publicum) o la presencia de tres testigos (pignus quasi publicum) bastasen para darle carácter privilegiado..."⁸

El objeto de la hipoteca podía ser un bien corporal, siempre y cuando se tratara de una res in commercio, junto con sus frutos o acciones naturales a no ser que hubiera un usufructo anterior, también podía serlo un derecho de crédito, un derecho de usufructo, una servidumbre real, un derecho de prenda o de hipoteca (subpignus) y todo un patrimonio presente o futuro. De éste último se deduce que el principio moderno de especialidad por lo que se refiere al importe del crédito y al objeto en cuestión no fue utilizado por los romanos, quienes aceptaban hipotecas tácitas y generales que abarcaban todo el patrimonio del deudor.

Los derechos que tenía el acreedor hipotecario eran al principio un derecho real de retención con la facultad de reclamar la prenda a cualquier poseedor. Asimismo el de recuperar los gastos hechos para la conservación de la cosa y reclamar los daños y perjuicios causados por su posesión y de exigir otra prenda si la calidad y condición jurídica de la primera resultaba falsa. Al respecto se crearon varios pactos con el fin de proteger aún más al acreedor como fueron el pacto anticrético, que autorizaba a éste a utilizar el objeto dado en prenda pero renunciando a los intereses; el pacto comisorio, en el que el acreedor se convierte automáticamente en dueño del bien; el pacto de vendendo, que autoriza al acreedor a vender el objeto dado en garantía en caso de incumplimiento, pagándose con el producto los gastos, el importe y devolviendo el excedente.

⁸Ibidem, pp. 354.

En caso de no venderse el bien, la autoridad podía adjudicarlo al acreedor en un precio fijado por valuadores lo que era conocido como *impetratio domini*. En cuanto a sus obligaciones, si el objeto producía frutos, debía explotarlo debidamente, aplicando los frutos primero a los intereses y luego al capital, de lo cual tenía que rendir cuentas; por el contrario si no reportaba ninguna utilidad no debía usarla, ya que en caso de hacerlo cometía un robo de uso a menos que la cosa por su naturaleza requiriera de ser utilizada. Estaba obligado también a realizar los gastos necesarios ordinarios como extraordinarios para su conservación. Por último el deber de restituir el objeto una vez que se haya extinguido la obligación principal y entregar el excedente en caso de venta.

En cuanto a las obligaciones que tenía el deudor eran las de responder sobre la propiedad del bien así como de su calidad; de igual manera reembolsar los gastos efectuados por el acreedor para la conservación de la cosa.

Por lo que se refiere a las causas de extinción de la hipoteca, González Fernández de León nos dice que eran: "a) Por pérdida de la cosa hipotecada; b) Por la confusión, es decir, por adquirir el acreedor la propiedad de la cosa hipotecada; c) Por renuncia del acreedor que puede ser expresa o tácita; d) Por la prescripción extintiva de cuarenta años y e) Por la *praescriptio longi temporis*"⁹

⁹FERNANDEZ De León, Gonzalo; *Diccionario de Derecho Romano*; Editorial Sca Buenos Aires; Buenos Aires, 1962, pp. 717.

B) EN FRANCIA.

La hipoteca tuvo su antecedente directo del Derecho Romano y Alemán reformando solo algunos principios que no eran adaptables al funcionamiento y aplicación de éste país.

Fue resultado de una lenta evolución, su origen lo encontramos en la figura de la obligatio bonorum establecida en el siglo XIII y que "era el acto por el cual el deudor comprometía, en garantía del crédito de su acreedor, sea todos sus bienes, sea un conjunto de éstos, sin desposeerse"¹⁰ Podía recaer sobre bienes muebles y sobre inmuebles, posteriormente también aplicaron la regla de reservar la hipoteca solo para los inmuebles.

Presentaba la característica de ser general, entendiendo por ésta la que gravaba los inmuebles presentes y futuros del deudor; y la de clandestinidad, es decir, que no eran publicadas, G. Marty por voz de Rojina Villegas menciona al respecto que "Era tan vicioso el sistema, que sólo se explica uno que haya podido funcionar por la existencia de los notarios. Los notarios autorizaban las escrituras en que se hacían constar las obligaciones. En las poblaciones en que las familias eran estables, sobre todo en las pequeñas ciudades, los notarios conocían la situación hipotecaria de los inmuebles e informaban a sus clientes"¹¹

Hasta fines del antiguo derecho prevalecieron dichas características, posteriormente la Convención y el Directorio expidieron dos leyes sobre la hipoteca, la primera en fecha 9 mesidor año III (27 de junio de 1795) con 279 artículos, contemplando la hipoteca convencional y la hipoteca judicial, de ahí que en el Código de Napoleón se consideraba como un derecho real sobre los inmuebles afectos al pago de una obligación que le sigue en cualquier mano que están clasificandola en hipoteca legal que era prescrita por la ley y judicial o convencional resultado de disposiciones del juez o de algún contrato. Asimismo estableció el principio de publicidad, pero conservó el de generalidad, por último suprimió las hipotecas legales, es decir, aquella que tenía la mujer sobre los bienes del marido, del menor o del sujeto a interdicción sobre los bienes del tutor.

¹⁰ROJINA; op. cit.: pp. 358.

¹¹Idem.

Encontramos una innovación en cuanto a que el propietario podía obtener un título hipotecario consistente en una cédula, equivalente a las tres cuartas partes del valor del inmueble de su propiedad y que representaba la hipoteca constituida por el propietario a cargo de sí mismo; ésta se podía transmitir por endoso otorgándole la posibilidad de obtener un nuevo crédito.

Al respecto, se dice que " en los últimos tiempos se advierte una tendencia a movilizar el crédito hipotecario mediante títulos nominales o al portador negociables en el mercado, como se vé en las llamadas "Lettres de Gage", y en los efectos del "credit foncier".¹²

En cuanto a la segunda ley, de 11 brumario año VII (primero de noviembre de 1798), no conservó la innovación referida; sin embargo, organizaba la transcripción de los actos traslativos de los bienes susceptibles de hipoteca, conserva el principio de publicidad el cual perdura hasta la actualidad encontrándolo en el Código de Procedimientos en sus artículos 834 y 835 que establecían que en caso de venta, mientras ésta no se transcriba, los acreedores que hubieren obtenido una hipoteca del vendedor, podían aún inscribirla válidamente en un término de quince días contados a partir de la transcripción, de tal manera que el comprador que tenía interés en realizar la transcripción de su adquisición, podía impedir otras inscripciones. En 1841 se hizo una investigación que culminó con una reforma del 23 de marzo de 1855 introduciendo la publicidad de las transmisiones de propiedad y de las constituciones de derechos reales. Dicha ley introdujo el principio de especialidad de la hipoteca que consistía en que sólo podía recaer sobre los bienes presentes del deudor y que debían designarse en la inscripción. Luis Muñoz, en su obra, al respecto cita a Planiol en el sentido de que " La hipoteca puede ser especial en dos circunstancias, 1a Cuando se constituye para garantizar un crédito determinado; y 2a Cuando se grava con ella un inmueble determinado.

La primera especialidad es siempre exigible cuando se trata de hipotecas voluntarias; pero no sucede lo mismo tratándose de hipotecas legales, en cuanto a la segunda especialidad, se la infringe cuando la ley impone hipotecas generales y lo mismo pueden hacer las partes al hacer el contrato hipotecario, por ende la " determinación del inmueble hipotecado " se convierte en indeterminación."¹³

¹² MUÑOZ Luis Y Salvador Castro, Comentarios al Código Civil, tomo II De las Obligaciones, Cárdenas Editor, México, 1974, pag. 1348.

¹³ *Ibidem*, pag. 1347

Se respetó el carácter accesorio de la hipoteca el cual consistía en que corría la misma suerte que el derecho principal, en los casos de inexistencia, nulidad, extinción y transmisión, pero admitía que el acreedor hipotecario pudiera ceder independientemente su hipoteca, para aplicarla como garantía en favor de otro acreedor.

Contemplaron también el principio de indivisibilidad por lo que se refiere al crédito, como en cuanto a los bienes gravados y que consistía en que la garantía subsistía aún cuando el crédito disminuyera, sin que hubiera una reducción de la hipoteca.

Por último, se consideraba a la figura en comento como un desmembramiento de la propiedad ya que el propietario no podía ejecutar actos materiales que implicaran un daño a la cosa o una disminución de la misma, pese a que conservaba el derecho de uso, de goce y de disposición (el cual no era absoluto) y obligaba al adquirente o titular del gravámen a respetar la hipoteca constituida.

El Derecho Francés permitió en ciertos casos que la hipoteca recayera sobre bienes muebles como navios y barcos en general, aeronaves, fundos de comercio y warrents agrícolas y el mobiliario comercial para la explotación de un hotel.

Para los casos de incumplimiento de la obligación principal, el acreedor tenía el derecho que le concedía la acción persecutoria y vender el bien hipotecado y su preferencia en el pago .

Finalmente el concepto actual de la hipoteca se contempla en el artículo 2114 de su Código Civil, como un "derecho real sobre inmuebles afectados al cumplimiento de una obligación. Es por naturaleza indivisible, y subsiste íntegramente sobre todos los inmuebles afectados, sobre cada uno y sobre cada parte de los mismos. Persigue a dichos inmuebles aun cuando pasen a manos de cualquier persona".

C) EN ESPAÑA.

El Código Civil Español en su artículo 1876 define a la hipoteca como la que "sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone, al cumplimiento de las obligaciones para cuya seguridad se constituye, cualquiera que sea su poseedor"¹⁴. El bien queda en posesión del deudor o del tercero que prestó la garantía, teniendo la posibilidad de utilizarlo y disfrutarlo libremente, sólo en caso de incumplimiento de su parte, el acreedor tiene la facultad de venderlo mediante subasta y hacerse pago de su crédito con el producto que obtuviere de la misma. Sin embargo la concepción de la hipoteca que se observa por los españoles fue resultado de una larga evolución. Dicho Código construyó los derechos de prenda e hipoteca como derechos cuya esencia consistía en que vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas otorgadas en garantía, lo que "se conoce con el nombre de ius distrabendi, es decir, derecho a la realización del valor de una cosa para la satisfacción del crédito, derecho que, por otra parte, en ningún caso puede extenderse ni a la apropiación ni a la disposición de las cosas dadas en hipoteca o prenda, ya que ello constituiría un pacto comisorio que es ilícito...que le rechaza como contrario al orden público"¹⁵.

El desarrollo de la hipoteca en el Derecho Germánico es análogo al Derecho Romano, originariamente la única forma de garantía inmobiliaria era la transmisión de la propiedad de la cosa en caso de incumplimiento, el procedimiento más usual era la venta con pacto de retro, después se extendió la llamada altere Satzung en el derecho alemán y engagement en el francés que consistía en que el deudor se reservaba el poder de disposición y el uso y disfrute para el acreedor, aunque el producto de los frutos se podía aplicar al pago de los intereses, a los intereses y capital; de igual manera se podía dar lo facultado por la lex commissoria heredada por los romanos, que facultaba al acreedor a hacer suya la cosa si el deudor incurría en incumplimiento, o bien, llevar a cabo el ius distrabendi (antes mencionado) que le autorizaba el poder vender el bien hipotecado.

¹⁴DE COSSIO, Alfonso; Instituciones de Derecho Civil II, Alianza Editorial, Madrid, 1975, pp. 656.

¹⁵Ibidem, pp. 654.

"Las nuevas exigencias de la vida ciudadana y ciertas innovaciones producidas en el sistema procesal, en cuanto a la época carolingia se admite la ejecución forzosa propiamente dicha (nissio in bannum regis), ajena por completo al derecho primitivo, hicieron posible una transformación que se manifiesta en la llamada *jüngere Satzung* del derecho alemán y *obligation* en el francés, mediante la cual adquiría el acreedor un verdadero derecho real, pero el deudor retenía las facultades de disposición y disfrute..."¹⁶

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, la hipoteca era considerada como un derecho real de garantía, que sujetaba una cosa o bien al aseguramiento del cumplimiento de una obligación, en Roma, se transmitía la propiedad de la cosa a la que era devuelta si se cumplía con lo pactado, después solo era transmitida la posesión, naciendo así un derecho real sobre cosa ajena o derecho de prenda (*pignus*).

En el siglo I se generaliza una prenda sin el desplazamiento de la posesión, quedando el deudor o propietario del bien en su poder aunque sujeto a garantía. El deficiente tratamiento romano del dualismo entre prenda e hipoteca dió lugar a que entre los visigodos y en la Edad Media sólo se hablara de prenda. En la edad moderna renace el término "hipoteca" y la distinción con aquella según se tratara de un bien mueble o inmueble y que se vió reflejado en el periodo codificador.

Los derechos que se otorgaban eran la retención de la cosa y proceder a su venta cuando el obligado caía en incumplimiento (*licencia distrahendi*), pagándose el importe de su crédito y devolviendo el sobrante al deudor (*superfluum, hyperocha*).

Una cosa podía ser objeto de sucesivas hipotecas, entre las que se establecía una prelación o rango hipotecario atendiendo al momento de su constitución, bajo la máxima de "*prior in tempore potior in iure* (el anterior en el tiempo es mejor en el derecho"¹⁷, lo que daba lugar a que una vez pagada la primera hipoteca se pagaba con el excedente las demás existentes.

¹⁶Idem, pp. 657 y 658.

¹⁷LALINDE Abadía, Jesús; *Derecho Histórico Español*; Editorial Ariel, Barcelona, 1974, pp. 462.

Si el acreedor conservaba la posesión de la cosa y ésta rendía frutos, no los podía utilizar sino a cuenta de los intereses, aunque también era posible convenir que se aplicara a los intereses y al capital o "pacto anticresis en Roma, lo que renace en la codificación. A ello se aproxima la prenda inmobiliaria de los siglos X al XIII, conocida en Cataluña como guadatio, en donde se distinguen los "peños vivos" (vifgage, entre los francos), con amortización, y los "peños muertos" (mortgage), sin ella"¹⁸

Era regida también por el principio de publicidad, con la creación del registro de hipotecas en el siglo XVI, reorganizado en el siglo XVIII.

Por lo que acontece a lo que puede ser objeto de hipoteca, el Código Civil español, estipula en su artículo 1874 que "sólo pueden ser objeto de ella: lo. Los bienes inmuebles. 2o. Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes, impuestos sobre bienes de aquella clase"¹⁹ Asimismo se dice que para que tenga validez es necesaria su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

Por su origen o forma de constitución, se habla de hipotecas voluntarias, legales y judiciales, las primeras como aquellas convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se establezca y sólo pueden constituir las quines tengan la libre administración de los mismos o autorizados para tal efecto.

Las legales cuando la Ley crea la obligación a cargo de determinadas personas de constituirla para responder del cumplimiento de un orden legal de obligaciones, derivando de éste un derecho subjetivo que faculta para exigir del obligado, el otorgamiento de la correspondiente escritura pública a efecto de inscribirla en el Registro y se considere así como una verdadera hipoteca, como ejemplo de ella encontramos el caso de la que se establece en favor de la mujer casada sobre los bienes de su marido, para asegurar la devolución de los bienes dotales y los que se hubieren aportado al matrimonio, mismos que son entregados ante Notario a su cónyuge.

¹⁸Ibidem, pp. 462.

¹⁹CAEBANELLAS, Guillermo; Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; Tomo IV; Buenos Aires, 1989, pp. 282.

D) EN MEXICO.

Por lo que se refiere a los antecedentes de la hipoteca en nuestro país, éstos se remontan a los antiguos códigos hispánicos, mismos que tomaron el modelo romano de clandestinidad, lo que consistía en que las hipotecas constituidas no eran públicas, es decir, no estaban inscritas debidamente en algún registro que se llevara para tal efecto.

En la época precortesiana existió la prenda aunque no como derecho real de garantía, aquí el deudor entregaba un objeto mueble o un esclavo hasta cumplir con su obligación. Con el derecho hispánico nos llegan las instituciones de garantía real, aunque en un principio también confundían la prenda y la hipoteca, sin embargo en el Fuero Real y las Partidas ya se aprecian ciertas diferencias entre ellas y en la Ley 63 de Toro se emplean los términos prenda e hipoteca según la naturaleza del bien, sea mueble o inmueble.

La primera disposición legal respecto del derecho hipotecario fue la llamada Real Cédula de 9 de mayo de 1778 que entre otras cosas dispuso el registro de las hipotecas; pero no se adoptó un criterio rígido que garantizara los intereses de los contratantes en forma eficaz y adecuada. Asimismo instauró los "oficios de hipotecas", en los cuales se llevaba un control de los cambios que sufriera la propiedad inmueble y sus gravámenes, además de otros datos como censos y tributos.

Posteriormente en el Código Civil de 1870 se reglamentó de mejor manera a la figura que estamos tratando. Por su parte el de 1884 no cambió el sistema, así en ambos se observan los principios tomados de la legislación española.

El artículo 1823 del Código de 1884, definía a la hipoteca como "un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago"²⁰.

²⁰ROJINA; op. cit.; pp. 372.

Dicha definición actualmente sería insuficiente ya que no precisa que el propietario del bien no pierde la posesión del mismo, ni tampoco que puede recaer sobre bienes determinados, enajenables y que concede las acciones de persecución y venta.

Por otro lado "el Código vigente, en su artículo 2893, siguiendo a Planiol y Ripert nos da la siguiente definición: "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"²¹.

Como se observa en tal definición se hace ya mención de la no desposesión al propietario del bien otorgado en garantía, que es una garantía real y que concede el derecho de preferencia en el pago en caso de incumplimiento por parte del obligado. Hemos señalado que la definición se estableció siguiendo a Planiol, por lo que cabe agregar la definición que él da al respecto y que es la siguiente: "La hipoteca es una seguridad real que, sin desposeer actualmente al propietario de un bien hipotecado, permite al acreedor apoderarse de él al vencimiento de la obligación, para venderlo, no importa en poder de quien se encuentre, y mediante el precio, hacerse pagar con preferencia a otros acreedores"²². En relación al concepto actual, Rojina Villegas menciona que es preferible hablar de un derecho real y no de garantía real, ya que ésta es consecuencia de un derecho real accesorio, lo que es apoyado por Luis Muñoz al decir que "Esta definición legal es bastante aceptable y solamente exagerando las exigencias se le pueden encontrar defectos accidentales. Pero el Código, en su falta de sistemática no obstante decir que la hipoteca es una garantía real, es decir, derecho real, la incluye entre los contratos, siguiendo así la tradición de los anteriores códigos."²³

²¹ *Ibidem*; pp. 372.

²² *Ibidem*; pp. 374.

²³ MUÑOZ; *op. cit.*; pp. 1343.

Respecto de los antecedentes dados en el presente capítulo, se han tomado las principales aportaciones que estos países han dado a la figura jurídica de la hipoteca, sin que ello sea único, ya que existen otros países que han dado nuevos conceptos al respecto, sin embargo es importante aclarar que éstos han retomado los antecedentes de los países que hemos mencionado, por lo que su aportación va dirigida a la aplicación en su particular cuerpo de leyes.

En México se ha tomado, de manera principal, lo que en Roma dió origen a esta figura, pero también nuestra legislación ha retomado conceptos más precisos de Francia y España, quienes han diferenciado el concepto de derecho real y derecho de garantía.

Lo expuesto en el cuerpo del presente capítulo es la base fundamental de los elementos y requisitos del Contrato de Mutuo con Garantía Hipotecaria, motivo de la presente Tesis, el cual veremos en el Capítulo siguiente.

CAPITULO TERCERO

ELEMENTOS Y REQUISITOS DEL CONTRATO DE MUTUO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

El Código Civil para el Distrito Federal define al Contrato de Mutuo en su artículo 2384 de la siguiente manera: "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".

Gutiérrez y González, lo define de la siguiente manera: "Es un acuerdo de voluntades en virtud del cual una persona llamada mutuante o prestamista, se obliga a transmitir a otra llamada mutuuario o deudor prestatario, la propiedad de una suma de dinero o de otros bienes fungibles, y éste se obliga a devolver en cierto plazo, otro tanto de la misma especie y calidad"¹.

Es conveniente precisar que una cosa fungible es aquella que no se puede substituir por otra al momento de hacerse un pago, ya que ambas tienen el mismo poder liberatorio, entendiéndose por éste la aptitud jurídica o económica que se le atribuye a los bienes para poder liberar a un deudor de sus obligaciones, mediante su entrega al realizar el pago o cumplimiento de la obligación.

En los Códigos de 1870 y de 1884, se consideraba al contrato de mutuo y al comodato como especies del préstamo en general, denominando al primero de ellos como "préstamo de uso" y al segundo como "préstamo de consumo".

¹GUTIERREZ y González, Ernesto; Derecho de las Obligaciones; Editorial Porrúa; México, 1995, pp. 1205.

Actualmente el mutuo es clasificado en la legislación citada dentro de los contratos traslativos de propiedad y al comodato dentro de los traslativos de uso.

El concepto de esta figura no es una idea original de nuestro sistema jurídico mexicano sino que es una reproducción del Código Civil español de 1851, el cual definía al préstamo como "un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa...", y daba esta plausible explicación: "ahora todos los contratos son consensuales, en cuanto todos ellos se obligan por el solo consentimiento, lo que no sucedía entre los romanos respecto de los reales, pues sin la entrega de la cosa quedaban en la esfera de simples pactos o promesas"²

Esto quiere decir que muchas veces podemos entregar una cosa a alguien considerándolo como un acto real, pero podría ser en calidad de depósito, donación, etc., pero no es suficiente dicha entrega para perfeccionar un contrato, sino 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 mismo Digesto: "nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit propter quam traditio sequeretur" (nunca la escueta entrega transmite el dominio, a menos que una venta o alguna otra causa justa la preceda y por virtud de la cual se siga la entrega de la cosa)"³.

De ahí entonces, que se diga que todos los contratos se perfeccionan por el acuerdo de voluntades, en el sentido de decir que se debe manifestar éste, ya sea cumpliendo ciertas formalidades o sin ellas según lo establezca la Ley, es decir, contratos consensuales.

En el Derecho Romano, ésta figura pertenecía al grupo de contratos reales que se perfeccionaban por la mera entrega de la cosa, combinado con un consentimiento sin vicios, era un préstamo gratuito de consumo, mediante el cual "una persona, el mutuatante, transmitía a otra, el mutuario, la propiedad de bienes genéricos, obligándose éste a devolver más tarde a aquél una cantidad igual de bienes del mismo género y de la misma calidad"⁴.

²SANCHEZ Meda, Ramón; De los Contratos Civiles; Editorial Porrúa, México, 1991, pp. 209.

³Ibidem; op. cit.; pp. 210.

⁴FLORIS Margadant, Guillermo; Derecho Romano; Editorial Esfinge, México, 1985, pp. 392.

En un principio los préstamos importantes se formalizaban a través del nexum, que consistía en realizar el acto ante la presencia de cinco testigos, una portabalanza y un pedazo de bronce que representaba el dinero o el valor de la cosa, posteriormente, a fines de la era republicana, se reconocían aquellos que se perfeccionaban por la simple entrega de la cosa y que derivaba su eficacia de una *condictio certae pecuniae*, cuando se trataba de un mutuo de dinero o de una *condictio triticaria* si eran bienes genéricos. El objeto del contrato por tratarse de una cantidad de bienes genéricos que el deudor se obligaba a devolver de la misma calidad que los recibidos, se tenían que individualizar pesando, contando o midiendo. Por otra parte el mutuante tenía que ser propietario de la cosa en cuestión para que pudiera transmitir el *ius abutendi* al mutuatario.

Asimismo ambas partes debían tener capacidad para celebrar el contrato, por ejemplo, si el mutuatario era una persona incapaz, el mutuo no valía y el mutuante podía reclamar el dinero hasta por la cantidad del enriquecimiento final que hubiere obtenido aquél mediante una *condictio sine causa*, ya que el mutuatario había obtenido un enriquecimiento sin causa legítima, por el contrario, si el mutuante no tenía capacidad, sus representantes podían reivindicar el objeto del mutuo, siempre que estuviera todavía en poder del mutuatario y no se hubiera mezclado con objetos del mismo género, de suceder así, podían ejercitar también la *condictio sine causa*.

Encontramos cuatro casos especiales de mutuo entre los romanos, los cuales eran el *faenus nauticum*, un préstamo por el cual el deudor únicamente se obligaba a reembolsar el dinero, si el barco o la mercancía en que lo había invertido regresaba, indemne, de algún viaje⁵; el *contractus mohatrae*, donde el mutuatario recibía una cosa específica con derecho a venderla y utilizar su producto como préstamo de consumo; el contrato de mutuo, en el que se transmitía la propiedad de una cosa específica al mutuatario, valuada por las partes en determinado importe; y el mutuo sin entrega real, como cuando alguien daba en mutuo el dinero que ya otro tenía en su poder como depositario o mandatario.

⁵*Ibidem*; *op. cit.*; pp. 389.

Dicho lo anterior, entendemos que actualmente el Contrato de Mutuo es un contrato BILATERAL, en el sentido de que genera derechos y obligaciones para las dos partes que lo están celebrando; CONSENSUAL, ya que no es necesario la entrega de la cosa para perfeccionarse y de que no requiere de ninguna formalidad para celebrarlo, es decir, la ley no determina forma alguna para plasmar la voluntad de las partes;

Es NOMINADO O TIPICO, ya que se encuentra reglamentado en el Código Civil de los artículos 2384 al 2397, además en el Código Penal por lo que respecta al mutuo con interés; puede ser GRATUITO U ONEROSO cuando se trata de un préstamo con interés, del que hablaremos más adelante por lo que trata el presente trabajo; PRINCIPAL, porque no requiere para su existencia o para su validez, un acto que sirva para que produzca sus efectos, sino que los surte por sí solos; TRASLATIVO DE DOMINIO; TRACTO DOBLE Y DE TRACTO SUCESIVO, de tracto doble, pues en el primer momento, el mutuante le hace entrega del objeto del contrato al mutuuario y en un segundo momento, el mutuuario devuelve al prestamista otro tanto de lo que recibió en el momento inicial. De tracto sucesivo, cuando el mutuante se obliga a entregar la cosa al mutuuario en partidas consecutivas, o bien, éste se obliga a devolver el equivalente de lo que recibió en exhibiciones periódicas.

En cuanto a la NATURALEZA JURIDICA del mutuo, Sánchez Medal dice al respecto que: "De acuerdo con la actual concepción del mutuo en nuestro vigente Código Civil, se trata de un contrato "obligatorio", en cuanto que de inmediato no transmite la propiedad de la cosa objeto del mismo, sino que sólo genera la obligación de transmitirla en un momento posterior, ya en la etapa de ejecución del contrato y no al momento mismo de perfeccionarse o de celebrarse dicho contrato, como sucedía dentro de la antigua concepción del mutuo como contrato real"⁶ Aunque también hace mención de que debe de haber la entrega de la cosa, bien sea en forma material, o por lo menos virtual o jurídica, lo que sucede por tratarse de bienes genéricos los cuales deben ser individualizados para que sea transmitida la propiedad de los mismos y que tiene lugar con la entrega de la cosa en cualquiera de las formas antes señaladas.

⁶SANCHEZ; op. cit.: pp. 212.

I.- LAS PARTES:**A) ACREDITANTE (MUTUANTE).****B) ACREDITADO (MUTUATARIO).**

Las partes que intervienen en el presente contrato son dos, denominando a uno de ellos como mutuante, quien se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o alguna otra cosa fungible; y al otro mutuuario o mutuario, que es la persona que recibe esa suma de dinero o cosa fungible, con la obligación impuesta de devolver otra tanto de la misma especie y calidad.

Es necesario tan solo que ambas partes posean la capacidad general para contratar, requisito indispensable para que tenga validez un contrato y que podemos definir como la aptitud reconocida por la ley en una persona para celebrar por sí misma un contrato o bien que pueda hacerlo a través de un representante legal.

Messineo por voz de Sánchez Medal la considera como "una subespecie de la capacidad de obrar o de ejercicio y consiste en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de sustitución o de asistencia de otras personas"⁷.

Al respecto el artículo 1798 de nuestro Ordenamiento Civil, señala que: ""Son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

Ahora bien, carecen de dicha capacidad los incapacitados, como son los menores de 18 años, dementes, sordomudos, analfabetos, ebrios consuetudinarios y drogadictos. Así lo estipula el artículo 450 del Código Sustantivo Civil: "Tienen incapacidad natural y legal: I.- Los menores de edad;

⁷Ibidem, pp. 40.

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

Cabe agregar que en el Código Civil de 1870, consideraban a los pródigos como incapaces, lo que no se contempla en la actualidad. Por lo que se refiere a los cónyuges, éstos tienen capacidad para contratar entre sí, ya que la anacrónica licencia judicial para hacerlo, es una formalidad cuya omisión se puede subsanar mediante la acción "pro forma" que permite obtenerla posteriormente no afectando los efectos del contrato respectivo y es susceptible de ratificación por el cumplimiento voluntario.

Es posible también que los menores de edad emancipados celebren un contrato, aunque requieren de una autorización judicial para realizarlo en cuanto a los contratos traslativos de propiedad o de hipoteca sobre bienes raíces, así lo establece el artículo 643 del Código Sustantivo de la Materia al decir que:

"El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad: I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces; ..." De igual manera tienen esa capacidad para contratar respecto de los bienes que hayan adquirido con el producto de su propio trabajo, previa dicha autorización.

Ahora bien, en caso de existir incapacidad en una o en ambas partes que pretendan contratar, invalidaría el contrato en cuestión dando origen a una acción de nulidad relativa que solo puede hacerla valer el mismo incapacitado, pudiéndose convalidar por confirmación o por prescripción.

Refiriéndonos en específico al contrato objeto del presente estudio, es posible que un menor de edad pueda ser mutuario o mutuatario, cuando esté ausente su representante legítimo y necesite dinero o bienes fungibles para proporcionarse alimentos, en este caso concreto no se anula el contrato celebrado. "Aquí la palabra "ausencia" no tiene la connotación técnica (649), pues solo significa que el representante legítimo radique permanentemente o se encuentre temporalmente fuera del lugar en que viva el menor"⁸ De igual manera lo expresa Olave Ibarra: "Como excepción a las reglas generales sobre capacidad, este elemento presenta la particularidad de que los menores de edad que necesiten contraer préstamos para proporcionarse alimentos, cuando su representante legal esté ausente, el contrato será válido.

Obviamente esta disposición obedece a una protección bien entendida hacia el menor y por supuesto excluye cualquier otra deuda que el incapacitado contraiga por bienes que no sean los necesarios para alimentos, recordando que estos comprenden comida, vestido, habitación, asistencia en casos de enfermedad, gastos para educación primaria y para proporcionarse algún oficio"⁹. Al respecto el Código Civil Mexicano en su numeral 2392, establece que: "No se declararán nulas las deudas contraídas por el menor para proporcionarse los alimentos que necesite cuando su representante legítimo se encuentre ausente".

Por otra parte, el tutor de un incapacitado no puede a su nombre recibir dinero en mutuo, ya sea con hipoteca o sin ella, al menos que hubiere obtenido autorización judicial para ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 575 de Código antes citado:

"Sin autorización judicial no puede el tutor recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato", en cambio si lo recibe por redención de capitales, o de cualquier otra fuente, tiene la obligación de colocarlo en mutuo con hipoteca segura dentro de los tres meses siguientes contados a partir de que reúna la cantidad de dos mil pesos como lo dispone el artículo 557 del mismo Ordenamiento en comento, pudiendo el Juez ampliarle dicho término si aquél lo hubiere manifestado y existiera una causa grave para

⁸Idem; pp. 214.

⁹OLAVE Ibarra, Olaf Sergio. Obligaciones y Contratos Civiles: Nociones; Editorial Banca y Comercio, México, 1990, pp. 108.

ello, ya que de no hacerlo el tutor deberá pagar los réditos legales mientras que los capitales no sean impuestos.

Además de contar con la capacidad de ejercicio para celebrar por sí mismos el contrato a que se hace referencia, deben de tener la especial de poder disponer de los bienes sobre los que recaiga el contrato, así el mutuante en el momento de celebrarlo o cuando determine los bienes y el mutuuario al momento de la restitución. Lo que significa que los contratantes deben de ser propietarios de esos bienes, por tratarse de un contrato traslativo de dominio y poder responder del saneamiento en caso de evicción, además de las obligaciones inherentes que conlleva una enajenación. Gutiérrez y González en relación a esto nos dice que: "Se debe tener esa capacidad de goce y de ejercicio, pues la celebración de un mutuo **IMPLICA UN ACTO DE DOMINIO**, ya que el **MUTUANTE O PRESTAMISTA**, al prestar, genera una reducción de su patrimonio pecuniario, y cuando le corresponde pagar al **MUTUATARIO O DEUDOR PRESTATARIO**, también realiza un acto de dominio, ya que va a sufrir un decremento su patrimonio pecuniario"

OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN EL MUTUO

OBLIGACIONES DEL MUTUANTE O PRESTAMISTA.- Las obligaciones que éste tiene son las siguientes:

a) Transmitir la propiedad del dinero o de las cosas fungibles objeto del contrato, es decir, lo que haya prometido entregar al mutuuario si éstos son ciertos y conocidos al momento de la celebración del contrato, ya que en caso contrario primero tendrá la obligación de determinarlos, hacerle saber al deudor esa individualización y a continuación entregarlos.

La transmisión del dominio de los bienes no es técnicamente una obligación de las partes, sino un efecto del contrato que se opera en forma automática tratándose de bienes ciertos y conocidos cuando se celebra el mismo o cuando se hacen ciertos y conocidos con conocimiento del mutuuario, sin necesidad de entrega.

Si la cosa es específica, se transmitirá en términos del artículo 2014 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice al respecto lo siguiente: "En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya sea simbólica, debiéndose tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público".

Por otra parte si la cosa fuera genérica, es necesario atenerse a lo dispuesto por el artículo 2015 del mismo ordenamiento citado, que dice: "En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor".

b) Entregar el bien objeto del contrato en la forma, tiempo, modo y lugar convenientes, como lo dispone el artículo 2386 del Código antes invocado al decir que: "La entrega de la cosa prestada y la restitución de lo prestado se harán en lugar conveniente". A falta de convenio expreso, se aplica entonces lo establecido por el artículo 2387 de la misma legislación: " Cuando no se ha señalado lugar, se observarán las reglas siguientes: I.- La cosa prestada se entregará en el lugar donde se encuentre; II.- La restitución se hará, si el préstamo consiste en efectos, en el lugar donde se recibieren. Si consiste en dinero, en el domicilio del deudor, observándose lo dispuesto en el artículo 2085".

En relación al tiempo, el artículo 2385 del multicitado Código nos dice que: " Si en el contrato no se ha fijado plazo para la devolución de lo prestado, se observarán las reglas siguientes: I. Si el mutuario fuere labrador y el préstamo consistiere en cereales u otros productos del campo, la restitución se hará en la siguiente cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos; II. Lo mismo se observará respecto de los mutuarios que, no siendo labradores, hayan de percibir frutos semejantes por otro título; III. En los demás casos, la obligación de restituir se rige por lo dispuesto en el artículo 2080", al respecto éste artículo estipula lo siguiente: "Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos..."

c) Debe entregar bienes precisamente de la especie y calidad pactados, sin que el acreedor o mutuuario tenga la obligación de recibir otros diferentes, aunque sean de mayor valor, ya que en caso contrario se aplicará lo estipulado por el artículo 2390 del Código Civil para el Distrito Federal: "El mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutuuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defectos y no dio aviso oportuno al mutuuario"

d) En éste contrato al igual que sucede en la compraventa, el mutuante está obligado a responder del saneamiento para el caso de evicción, misma que el artículo 2119 del Código en comento la define como: "Habrà evicción cuando el que adquirió alguna cosa fuere privado del todo o parte de ella por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición", teniendo la parte enajenante en todo contrato, aunque no se haya expresado en el mismo, la obligación de saneamiento por evicción.

e) Con respecto al mutuo con intereses, tiene la obligación de pagar los impuestos que determinen las leyes por el producto de capitales, como son el Impuesto Sobre la Renta (ISR) y al Valor Agregado (IVA).

OBLIGACIONES DEL MUTUATARIO O MUTUARIO.-

Todas las obligaciones del mutuuario que enseguida se mencionan, estarán supeditadas al cumplimiento previo de la obligación del mutuante de entregar las cosas objeto del contrato.

a) Restituir o devolver al mutuante los bienes fungibles en la misma cantidad y calidad que los que recibió y tratándose de dinero, deberá pagar devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria en vigor al momento de hacerse el pago sin que esta prescripción sea renunciable y si el pago debe de hacerse en moneda extranjera se hará en su equivalencia en moneda nacional al tipo de cambio al momento de cumplirse la obligación, siendo en daño o beneficio del mutuuario la alteración que ésta experimente.

Sin embargo aplicando la teoría de la imprevisión en los contratos que dispone que si no fuere posible al mutuuario restituir bienes de la misma especie y calidad por ya no existir en la naturaleza o en el mercado, cumplirá su obligación pagando el valor que éstos tenían en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, a juicio de peritos, salvo estipulación en contrario. Así lo establece el artículo 2388 del Código Sustantivo Civil que nos dice que: "Si no fuere posible al mutuuario restituir en género, satisfará pagando el valor que la cosa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, a juicio de peritos, si no hubiere estipulación en contrario".

Si los objetos fueren cereales, productos del campo u otros frutos semejantes, deberán de devolverse frutos o productos semejantes de la siguiente cosecha, cuando el mutuuario fuera labrador o no siéndolo deba de recibir frutos semejantes por otro título, de conformidad con lo estipulado por el artículo 2385 del mismo ordenamiento que venimos citando.

Al momento en que el mutuuario entrega los bienes o cuando ya individualizados el mutuante se da por recibido de ellos, se operará el efecto traslativo de dominio y los riesgos por su existencia y conservación serán del mutuante y mientras no lo haga así, esos riesgos serán del mutuuario, ya que las cosas se pierden o deterioran para el propietario, como lo dispone la fracción V del artículo 2017 de nuestro Código Civil, "Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación queda sin efecto y el dueño sufre la pérdida, a menos que otra cosa se haya convenido"

b) Restituir los bienes fungibles en el tiempo y lugar convenidos y a falta de convenio se aplicarán las reglas enumeradas por el artículo 2387 del Código en comento que establece que: "Cuando no se ha señalado lugar, se observarán las reglas siguientes: I. La cosa prestada se entregará en el lugar donde se encuentre; II. La restitución se hará, si el préstamo consiste en efectos, en el lugar donde se recibieron. Si consiste en dinero, en el domicilio del deudor..."

En relación al tiempo de la devolución, éste será si el mutuario fuere labrador y el préstamo consiste en cereales, productos del campo o frutos semejantes o si no siéndolo, deba de recibirlos por otro título, en la siguiente cosecha; y en todos los demás casos, el mutante sólo podrá exigirlos treinta días después de la interpelación que haga el mutuario en forma judicial o extrajudicial ante Notario o ante dos testigos.

c) Si el mutuo consiste en dinero y el mutuario se obligó al pago de intereses o réditos, tendrá la obligación de pagarlos.

Por lo que respecta a éste punto, la ley otorga una serie de derechos y beneficios al mutuario, así en caso de omitir en el contrato que se pagarían intereses, el legislador supone que se trata de un mutuo gratuito o sin intereses, por el contrario como es permitido estipular un interés que puede consistir en dinero o en géneros, será un interés legal o convencional, siendo éste último aquél que pacten las partes contratantes mayor o menor que el interés legal, aunque en caso de existir lesión, existe la posibilidad de reducir su monto o bien pedir la nulidad del contrato, que trae como consecuencia la restitución de los bienes o cantidades entregadas por las partes, con base en lo que preceptúa el artículo 2395 del Código Sustantivo de la Materia: "... cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el Juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés al tipo legal" y el 2228 del mismo ordenamiento: "La falta de forma establecida por la ley, si no se trata de actos solemnes, así como el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad de cualquiera de los autores del acto, produce la nulidad relativa del mismo"

Ahora bien, si se convino el pago de interés pero no la cantidad, entonces se atenderá al interés legal, que es del 9% anual o 0.75% mensual de conformidad con lo dispuesto por el artículo mencionado en el párrafo anterior.

También se le concede al mutuuario el derecho de redimir anticipadamente la deuda cuando se haya convenido un interés superior al legal, lo cual se desprende del artículo 2396 del Código en comento: "Si se ha convenido un interés más alto que el legal, el deudor, después de seis meses, contados desde que se celebró el contrato, puede reembolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando intereses vencidos"

Del estudio del artículo 2397 del citado Código, se observa un derecho más otorgado por el legislador al mutuuario, el cual menciona que: "Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses".

Nuestro Derecho prohíbe este pacto llamado anatocismo o interés compuesto y que es la capitalización de los intereses, es decir, que éstos en lugar de ser pagados a su vencimiento se agregan al capital prestado a medida de los devengos y producen por consiguiente intereses a su vez, por su parte Zamora y Valencia, lo define de la siguiente manera: "Pacto de anatocismo es la cláusula contractual por la cual se conviene, en el momento en el que se reconoce una deuda y se pactan intereses sobre ella, que los intereses no pagados se capitalicen de inmediato para que junto con el capital, a su vez, produzcan intereses"¹⁰ que resulta muy peligroso para el deudor que lo acepta por la necesidad que tiene de conseguir dinero, de ahí que sea nulo de pleno derecho, además de que "los convenios sobre anatocismo deben considerarse inmorales cuando el plazo de capitalización es tan breve que infla desmesuradamente el capital;

La jurisprudencia, en presencia de intereses usurarios o estipulaciones que revistan éste carácter, ha rehusado reconocer validez a esas cláusulas, por considerarlas contrarias al principio de objeto lícito de los actos jurídicos y conformes a la moral y buenas costumbres"¹¹.

¹⁰ZAMORA y Valencia, Miguel Angel; Contratos Civiles; Editorial Porrúa, México, 1989, tercera edición, pp. 149.

¹¹Enciclopedia Jurídica Omeba; Tomo XXIII; Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires, 1992, pp. 46.

Aunque en la práctica tales disposiciones son violadas cuando se descuenta de la suma dada en préstamo, sin constancia alguna, la diferencia entre la tasa corriente de plaza y el verdadero interés estipulado, agregando esa diferencia al capital y devengando intereses, o bien la estipulación de interés en forma global, aplicada sobre el capital que debe de amortizarse en cuotas.

Por otra parte, el Código Penal para el Distrito Federal, contiene también la protección para el mutuuario y el castigo al mutuante usurero cuando pretende cobrar intereses excesivos llamados leoninos, consignando el delito de fraude o como dicen los penalistas "fraude genérico" en su numeral 386: "Comete el delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se haya, se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido. El delito de fraude se castigará con las penas siguientes...", asimismo en el artículo 387 fracción VII del mismo ordenamiento se dice que: "Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán: ... VII.- Al 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 estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado"

d) De igual manera está obligado a responder de las calidades de la cosa, es decir, responder por los vicios ocultos o defectos de la cosa en los mismos términos de todo enajenante, como lo determina el artículo 2142 del Código Civil al decir que: "En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la haga impropia para los usos a que se le destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que al haberlo conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa".

e) Por último, también tiene la obligación de responder del saneamiento al mutuante en caso de evicción y así lo dispone el artículo 2120 del ordenamiento antes citado, al expresar que: "Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato"

2.- EL OBJETO.

En relación con éste punto, haremos algunas consideraciones generales, para luego referirnos en específico al Contrato de Mutuo. Los juristas hablan de que el objeto directo del contrato es el de crear o transferir derechos y obligaciones y que el objeto indirecto del mismo es la obligación generada por él, que puede consistir en un dar o prestación de cosa; en un hacer o prestaciones de hecho y en un hacer o abstenciones. Aunque también se dice que el objeto es la cosa misma que se da. El artículo 1824 del Código Civil para el Distrito Federal establece que "Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar. II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer".

El objeto como elemento de existencia del contrato, debe ser física y jurídicamente posible, ya que de lo contrario éste no llegaría a existir, considerando que objeto imposible es aquel cuya cosa, hecho o abstención no tiene facticidad real, porque lo impide una ley natural o jurídica. Tratándose de una prestación de una cosa, ésta debe ser determinada o determinable en cuanto a su especie, puesto que la imprecisión sobre su medida, número o cantidad tratándose de bienes genéricos, impide el cumplimiento del contrato y no llegaría a existir; un vínculo jurídico establecido respecto de una cosa indeterminada e indeterminable no es posible porque no se proporcionan las bases para su individualización, y el acreedor no sabrá qué cosa puede exigir, ni el deudor conoce qué deberá entregar. Asimismo, puede recaer sobre cosas de existencia futura, cierta o factible. En algunos casos también es necesario que la cosa se encuentre dentro del comercio y sea susceptible de apropiación por parte de los particulares. Ahora bien, si el objeto consiste en prestar un hecho o una abstención, de igual manera deberán ser posibles, física o jurídicamente, o física y jurídicamente.

Por lo que respecta al Contrato de Mutuo, las cosas como contenido de las obligaciones de dar de las partes, deben ser bienes fungibles. Ya hemos mencionado que son bienes fungibles, pero no se deben confundir 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, es decir, que el deudor cumple con su obligación de pago, entregando unos u otros, en cambio los segundos (consumibles), son los que perecen, se agotan en su primer uso cuando ese uso es conforme a su propia naturaleza.

Zamora y Valencia nos da un ejemplo al respecto: "Un litro de aguardiente de destilación única y especial es un bien consumible por su primer uso y no será un bien fungible; las refacciones actuales de aparatos electrodomésticos, pueden ser bienes fungibles y no son consumibles por su primer uso"¹²

A) EL CREDITO.

Cuando hablamos de las características del contrato de referencia, se mencionó que puede ser de tipo gratuito u oneroso, éste último sucede cuando el bien que se da en préstamo es una suma de dinero, de ahí que se habla del crédito como es el caso del presente punto.

La forma típica y más frecuente del mutuo es el préstamo de dinero y oneroso, lo cual presenta importancia práctica de primer orden. "La industria, el comercio, la agricultura..., no viven sino por el crédito. En el siglo XIX, el impulso de la industria, la explotación de las minas, la construcción de ferrocarriles, el desarrollo de la navegación, no fueron posibles sino por el llamamiento hecho a los capitales privados. En la actualidad la situación es idéntica, aunque algunas empresas hayan pasado del sector privado al sector público, éstas continúan recurriendo a los capitales privados, como el propio Estado y las colectividades públicas. Por su parte los particulares, sobre todo para construir, toman prestado de los organismos públicos y de los establecimientos de crédito, pero éstos no disponen de los fondos necesarios para realizar los préstamos, sino contratando a su vez empréstitos o utilizando los depósitos de sus clientes. Es posible sin duda, concebir una economía en la cual no existiera el préstamo de dinero, pero supondría la ausencia, prácticamente irrealizable de toda actividad privada"¹³

¹²ZAMORA, op. cit., pp. 143.

¹³Enciclopedia Jurídica Omeba; Tomo XXIII; Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires, 1992, pp. 43 y 44.

Es así que hoy en día un gran número de obligaciones que se contraen, se cubren con éste medio, es decir, mediante dinero, el cual podemos definir de la siguiente manera: "Moneda corriente. Caudal, bienes, riqueza."¹⁴ En tanto que moneda se circunscribe como "signo representativo del precio de las cosas para hacer efectivos los contratos y cambios; pieza metálica acuñada, que sirve de medida común para el precio de las cosas y para facilitar los cambios", al respecto la Ley Monetaria vigente en nuestro país determina en su artículo primero que: "La unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos es el "Peso"...",¹⁵ y en su artículo segundo ordena que las únicas monedas que pueden circular son los billetes que emite el Banco de México, S.A., y monedas metálicas. Los billetes tienen poder liberatorio ilimitado, es decir, que el deudor puede pagar cualquier cantidad de dinero que deba, entregándolos, sin que el acreedor pueda oponerse al pago por el hecho de que se le entreguen diversas denominaciones a las que él desea; en tanto que las monedas metálicas tienen poder liberatorio limitado al valor de cien piezas de cada denominación en un mismo pago aunque también contempla una excepción en su artículo sexto " las oficinas públicas de la Federación, de los Estados y de los Municipios estarán obligados a recibir las monedas a que se refiere el artículo que antecede sin limitación alguna, en pago de toda clase de impuestos, servicios o derechos.

Ahora bien, existen obligaciones estipuladas con pago en moneda extranjera, el cual es un problema que se presenta en nuestro país en virtud de la crisis económica por la que atraviesa y la terrible devaluación del peso mexicano frente a las principales monedas extranjeras, el problema es grave ya que muchos acreedores para proteger su dinero o especulación entregan pesos mexicanos, pero imponen al deudor el que diga que recibió moneda extranjera y que se obliga a pagar a su vencimiento en esa misma moneda o su equivalente en moneda nacional al momento de hacer el pago. De ahí que varias leyes se hayan ocupado de esta materia protegiendo al deudor como son el Código Civil de 1870, el de 1884 y el Código de Comercio de 1890 en su artículo 359 que dispone lo siguiente:

¹⁴Diccionario Enciclopédico Ilustrado Sopena; Editorial Ramón Sopena; Barcelona, 1990.

¹⁵Ley Monetaria, Editorial Porrúa, México, 1994.

" Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño o beneficio del prestador " y dedica un título especial a la moneda en sus artículos 635 al 639, estableciendo que la base de la moneda mercantil es el peso mexicano y sobre el cual se harán todas las operaciones de comercio y los cambios sobre el extranjero, también servirá para los contratos hechos en el extranjero y que deban cumplirse en la República Mexicana, así como los giros que se hagan de otros países, así también dispone que las monedas extranjeras efectivas o convencionales no tendrán más valor que el de la plaza, que nadie está obligado a recibir moneda extranjera y que el papel, billetes de banco y títulos de deuda extranjera no pueden ser objeto de actos mercantiles en nuestro país, sino considerándolos como simples mercancías, pero podrán ser objeto de contratos puramente civiles.

Continuando con la Ley Monetaria, en su artículo 80. determina que: "La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en 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", por Decreto del 27 de diciembre de 1985 a tal artículo se le agregaron dos párrafos más que a la letra dicen: "Este tipo de cambio se determinará conforme a las disposiciones que para esos efectos expida el Banco de México en los términos de su Ley Orgánica", y "Los pagos en moneda extranjera originados en situaciones o transferencias de fondos desde el exterior, que se lleven a cabo a través del Banco de México, o de Instituciones de Crédito, deberán ser cumplidos entregando la moneda, objeto de dicha transferencia o situación. Ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor". Posteriormente con un nuevo Decreto del 28 de abril de 1986 le fue adicionado otro párrafo más: "Las obligaciones a que se refiere el primer párrafo de éste artículo, originadas en depósitos bancarios irregulares constituidos en moneda extranjera, se solventarán conforme a lo previsto en dicho párrafo, a menos que el deudor se haya obligado en forma expresa a efectuar el pago precisamente en moneda extranjera, en cuyo caso deberá entregar esta moneda.

Esta última forma de pago sólo podrá establecerse en los casos en que las autoridades bancarias competentes lo autoricen... ello sin perjuicio de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor.

Asimismo, en su artículo 4o. transitorio determina que: "Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro de la República para ser cumplidas en esta, se solventarán en los términos del artículo 8o. de esta Ley, a menos que el deudor demuestre, tratándose de operaciones de préstamos que la moneda recibida del acreedor fue moneda nacional de cualquier clase y que tratándose de otras operaciones, la moneda en que se contrajo originalmente la operación fue moneda nacional de cualquier clase; en estos casos las obligaciones de referencia se solventarán en monedas nacionales en términos de los artículos 4o. y 5o. de esta Ley, respectivamente, al tipo que se hubiere tomado en cuenta al efectuarse la operación para la conversión de la moneda nacional recibida a la moneda extranjera, o si no es posible fijar este tipo, a la paridad legal"

De lo anterior podemos concluir que en el contrato de mutuo oneroso o con interés, el deudor deberá pagar una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente al momento de cumplir con su obligación y que también es posible pactar el pago en moneda extranjera pero al momento de cubrirlo se deberá hacer la conversión correspondiente en moneda nacional en términos de la referida Ley.

Es importante mencionar que al otorgarse un crédito o celebrarse un contrato objeto del presente estudio y generarse un interés, que es definido como: "beneficio del capital, lucro o réditos del mismo"¹⁶, de lo cual ya se habló al hacer mención de las obligaciones del mutuuario, el artículo 2090 del Código Civil para el Distrito Federal estipula que: "Cuando se paga el capital sin hacerse reserva de réditos, se presume que éstos están pagados", es decir, que si el deudor tiene en su poder una constancia de que ha pagado la suerte principal, se considera que ha pagado también los intereses respectivos sin que éste tenga que demostrarlo porque la ley establece ésta presunción en su favor.

¹⁶Enciclopedia Jurídica Omeba; op. cit.; pp. 41.

De igual manera el mismo ordenamiento en su numeral 2091 preceptúa que: "La entrega del título hecho al deudor hace presumir el pago de la deuda constante en aquél", esto es, que si el mutuario posee el documento en que consta la obligación que contrajo, la ley presume que lo tiene en su poder porque el acreedor o prestamista se lo otorgó en virtud de que se ha efectuado el pago y el deudor ha cumplido con dicha obligación.

B) LIMITACION DEL CREDITO.

Si bien es cierto, una persona que teniendo la capacidad general para contratar, puede celebrar un contrato de esta naturaleza convirtiéndose en mutuario o mutuario, muchas veces en la práctica le es negado tal derecho en función de su capacidad económica y máxime por la situación que vive en este sentido nuestro país, por ejemplo:

Cuando se quiere comprar un automóvil a crédito, primeramente el solicitante del mismo tiene que cubrir una serie de requisitos entre los cuales encontramos un estudio económico a que es sujeto y dependiendo su resultado es otorgado o no, ya que si no cuenta con una fuente segura de ingresos o los recursos económicos suficientes para poder solventar sus mensualidades o pagos, es ilógico que pueda adquirir el automóvil en esas condiciones, es decir, a crédito.

De igual manera sucede en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, para otorgar una cantidad de dinero en préstamo, no basta con celebrar el contrato de referencia y estipular un interés equis sobre dicha cantidad, sino además que el mutuario demuestre tener una capacidad económica suficiente que permita al mutuante contar con la seguridad de que recuperará su dinero, el pago de intereses que llegara a generar en caso de incumplimiento y muchas veces el pago de una pena convencional que se puede insertar como una cláusula más en dicho contrato de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1840 del Código Sustantivo Civil en caso de que no se cumpla la obligación o no se cumpla de la manera convenida, es así que se tiene que constituir una hipoteca sobre algún bien propiedad del deudor a efecto de garantizar el cumplimiento del contrato principal o de mutuo con interés, ya que en caso de que no hiciera el pago en el momento convenido, el acreedor podrá acudir ante las autoridades competentes e iniciar un procedimiento para que se le haga --

el pago de sus prestaciones, a través de un juicio especial hipotecario en el Distrito Federal o bien un juicio ejecutivo civil en el Estado de México, pero constituyendo para ello previamente una hipoteca sobre algún bien del deudor, sin embargo si éste no cuenta con algo que pueda garantizar su cumplimiento o lo que tiene resulta insuficiente, es difícil que el mutuante celebrara el contrato por una cantidad que sabe de antemano el deudor no podrá pagar porque sobrepasa su capacidad económica, de ahí que hablemos de una limitación del crédito, es decir, que el prestamista entregará una cantidad que atienda a la solvencia económica que el mutuuario reporte.

C) DISPOSICION y D) UTILIZACION DEL CREDITO.

Existen en nuestro Código Civil dos principios en cuanto a la libertad del contrato, que son la libertad de contratar, es decir, para celebrarlo o no y escoger a la persona con que va a contratarse, y la libertad contractual en cuanto a la forma y contenido del contrato, los cuales "distan de las exageraciones del dogma de la autonomía de la voluntad de los inicios del siglo pasado, así como de las exageraciones del reciente movimiento de "dirigismo contractual" o publicitación del contrato.

Aún en nuestros días, la "libertad contractual debe considerarse como la regla y el límite, la excepción; y por lo tanto, como límite que es, para que tenga vigor, debe ser declarado expresamente"¹⁷, nos referimos a esto, porque existen algunas limitaciones a los mismos a propósito de algunos contratos y con respecto a ciertos objetos, tal es el caso del crédito que muchas instituciones brindan únicamente con la finalidad de obtener de una vivienda, estableciendo en una de las cláusulas del contrato de referencia que la disposición o utilización del mismo es para ese fin.

Asimismo sucede con el préstamo mercantil que se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas al que lo solicita como lo menciona el artículo 358 del Código de Comercio vigente en nuestro país, de donde se desprende que el crédito se debe de utilizar o disponer para un acto de comercio y que el mismo ordenamiento enumera como tales en su artículo 75 y no así para otra finalidad que el deudor quisiera proporcionarle.

¹⁷SANCHEZ, op. cit.; pp. 5.

CAPITULO CUARTO

EXTINCION DEL CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA HIPOTECARIA

Los efectos de un contrato que se ha celebrado válidamente, pueden dejar de producirse o extinguirse a consecuencia de hechos o acontecimientos posteriores a la celebración del mismo y que constituyen propiamente las causas de su terminación. Es decir, que así como se crea una obligación, también ésta se puede acabar atendiendo a diversas causas que trataremos en el presente capítulo. Gutiérrez y González menciona al respecto que: "El derecho de crédito o derecho personal, como todo lo que hasta hoy produce el ser humano, es perecedero; de ahí que, si la obligación lato sensu es producto de la voluntad de los seres humanos, como éstos, tiene también un fin, tiene un término de vida, sea cual fuere la especie que de la misma se considere"¹

A) P A G O

El artículo 2062 del Código Civil para el Distrito Federal lo define de la siguiente manera: "Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa o cantidad debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido".

Por su parte Bejarano Sánchez dice que: "El pago es el cumplimiento de la obligación, cualquiera que sea el objeto de ésta. Se paga dando una cosa, prestando un servicio u observando la abstención objeto de una obligación, trátese de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer.

¹GUTIERREZ y González, Ernesto; Derecho de las Obligaciones; Editorial Porrúa, México, 1995, pp. 1077.

El pago es el efecto moral de toda obligación y, 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: el pago aplaca al acreedor al satisfacer al interés²

Gutiérrez y González considera como términos sinónimos los vocablos "cumplimiento" y "pago" para efectos legales a fin de evitar caer en la concepción errónea de lo que en el medio vulgar se entiende por pago y que es la entrega de una suma de dinero, pero que como ya sabemos puede cubrir una obligación que tiene por objeto entregar ese bien, más no todo, pago consiste en entregar una cantidad de dinero, de esta manera señala que: "La obligación se paga cumpliéndola, y por lo mismo si el objeto de la obligación consiste en dar una cosa, se paga dando la cosa; si es el objeto una prestación de hacer, se paga haciendo, y por último, si el objeto es de no hacer, se paga no haciendo"³.

Tomando en consideración que en el contrato en estudio se crea la obligación para el mutuuario de devolver una suma de dinero que le fue entregada, cumplirá con la misma al momento de realizarlo, esto es, dando una cosa, la cual consiste en una cantidad de dinero y por tanto estará realizando el pago, lo que agotará de manera natural los efectos del contrato celebrado.

Ahora bien, se debe pagar el objeto mismo de la obligación, es decir, lo que se había pactado en el contrato, por lo que el acreedor no está obligado a recibir cosa diversa de aquella a que tiene derecho, aunque la que se le intenta entregar sea de mayor valor, lo que se observa en el artículo 2012 del Código Sustantivo Civil: "El acreedor de cosa cierta no puede ser obligado a recibir otra, aún cuando sea de mayor valor".

Se desprende entonces que lo que debe pagarse es precisamente la cosa, hecho o abstención que es objeto de la obligación, así como también el total de ella, por lo que el mutuante o acreedor no puede ser forzado a recibir solo parte del mismo. El pago parcial tendrá lugar únicamente si así se convino o si una parte es líquida o determinada y la otra no, estableciendo el artículo 2078 del ordenamiento antes citado que: "...cuando la deuda tuviere una parte líquida y otra ilíquida, podrá exigir al acreedor y hacer el deudor el pago de la primera sin esperar a que se liquide la segunda"

²BEJARANO Sánchez, Manuel; Obligaciones Civiles; Tercera Edición; Editorial Harla, México, 1984, pp. 310.

³GUTIERREZ; op. cit.; pp. 828.

Sin embargo, existen algunas excepciones a la regla general mencionada de que el acreedor no está obligado a recibir cosa diversa de la pactada, mismas que suceden en las obligaciones facultativas, en donde el deudor goza desde que nace la obligación, de la facultad de dar cosa diversa de aquella a que está obligado a pagar, y cuando por convenio posterior al nacimiento de la obligación, se da en pago una cosa distinta a la que se fijó, esto es, una dación en pago.

Salvo las obligaciones concertadas tomando en consideración a la persona del deudor o a sus habilidades particulares, llamadas *intuitu personae*, en las que el cumplimiento debe realizarse forzosamente por el obligado, cualquier persona puede realizar el pago, así lo establece el artículo 2065 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice : " El pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes o por cualquier otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación ". Lo más usual es que quien extinga la obligación sea el propio deudor y en algunos casos su representante.

De lo anterior se desprende entonces, que puede cumplir un tercero que tenga interés jurídico en la satisfacción de la obligación, provocando una subrogación o sustitución del acreedor por el mismo, quien toma el sitio de aquél en la relación jurídica, no pudiendo negarse el mutante a recibirlo. Así mismo puede intervenir un tercero con el consentimiento expreso o presunto del deudor a fin de extinguir la obligación, teniendo efectos de un mandato, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2066 del citado ordenamiento que dice " Puede también hacerse por un tercero interesado en el cumplimiento de la obligación que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor "; el tercero que paga como mandatario podrá recobrar el valor entregado, sus intereses y, salvo pacto en contrario, honorarios por sus servicios, teniendo para ello la acción del mandato, puede también pagar ignorándolo el deudor, extinguiendo la obligación y con efectos de una gestión de negocios de acuerdo a lo establecido en el artículo 2067 del Código en comento el cual a continuación se transcribe: " Puede hacerse igualmente por un tercero ignorándolo el deudor " en relación con el artículo 2070 que dice a la letra: " ...El que hizo el pago sólo tendrá derecho de reclamar al deudor la cantidad que hubiere pagado al acreedor, si éste consintió en recibir menor suma que la debida ", es decir, no tendrá derecho de cobrar retribución por el desempeño de la gestión.

Ahora bien, el tercero puede pagar contra la voluntad del deudor, teniendo las características de una gestión anormal cuando aprovecha al dueño o de un hecho ilícito en caso contrario como lo establece el artículo 1905 del Código sustantivo de la materia transcrito en seguida: " El gestor que se encargue de un asunto contra la expresa voluntad del dueño, si éste se aprovecha del beneficio de la gestión, tiene obligación de pagar a aquél el importe de los gastos, hasta donde alcancen los beneficios, a no ser que la gestión hubiere tenido por objeto librar al dueño de un deber impuesto en interés público, en cuyo caso debe pagar todos los gastos necesarios hechos "; por su parte, el artículo 1910 prevé el caso de que la intervención del tercero sea no sólo inútil sino hasta perjudicial para el deudor en cuyo caso éste deberá reparar los daños y perjuicios ocasionados al dueño por su gestión, quien dispondrá de una acción de responsabilidad civil.

El pago debe hacerse al acreedor o a su representante, como lo dispone el artículo 2073 : " El pago debe hacerse al mismo acreedor o a su representante legítimo ", sin embargo, hay ocasiones en las que el acreedor ha sido gravado o desposeído de su crédito cuando lo ha dado en garantía o le fue embargado, debiéndose pagar a quien en vez del acreedor esté facultado legalmente para poseer el crédito. Marty por voz de Bejarano Sánchez dice que debe pagarse "al acreedor o a aquél señalado por la Ley para recibir el pago en su nombre o en su lugar"⁴

De lo anterior se desprende que no sólo se puede hacer al acreedor que sería lo normal, sino que conforme a la ley también se le puede hacer al representante del acreedor, del incapacitado, al poseedor del crédito o a un tercero, en cuyos casos es perfectamente válido como lo dispone el artículo 2074 del Código citado por lo que hace al tercero que recibe el pago;

El artículo 2076 que previene el pago realizado de buena fe a quien tuviera la posesión del crédito, liberándolo de la obligación; si el acreedor estuviere incapacitado, deberá pagársele por conducto de su representante legal, pero si se hiciera personalmente a aquél, será liberatorio sólo en lo que corresponda al enriquecimiento recibido; tal pago pues, será válido únicamente si reporta alguna utilidad atendiendo a lo que expresa el artículo 2075 del mismo ordenamiento: " El pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad. También será válido el pago hecho a un tercero en cuanto se hubiere convertido en utilidad del acreedor ".

⁴BEJARANO, op. cit.; pp. 313.

Para saber cuándo será exigible el cumplimiento de la obligación o de efectuar el pago, se debe atender a la mención de si se otorgó un plazo, es decir, en el tiempo designado en el contrato, siendo entonces al vencimiento del mismo; si no se otorgó plazo alguno, entonces se estará a lo dispuesto por el artículo 2080 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice: " Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un Notario o ante dos testigos; tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación ".

Sin embargo, si el plazo fue pactado a favor del deudor, éste podrá hacer anticipadamente el pago y el acreedor no se puede rehusar válidamente al cumplimiento de la obligación. Por otro lado, si el deudor quiere hacer dichos pagos pero el plazo está estipulado a favor del acreedor, éste no podrá ser obligado a recibir el pago y si accede a recibirlo, pero si la entrega consiste en una suma de dinero, no estará obligado a hacer descuentos, tal como lo previene el artículo 2081 del código en cita.

El pago deberá efectuarse en el lugar convenido, a falta de éste por regla general será en el domicilio del deudor, así lo manda el artículo 2082 que dice: " Por regla general, el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, salvo que las partes convinieren otra cosa, o que lo contrario se desprenda de las circunstancias, de la naturaleza de la obligación o de la ley..." . Si existieran varios domicilios para hacer el pago, el acreedor tiene la facultad de elegir cualquiera de ellos. Si se tratara de un pago relativo a un bien inmueble entonces será en el domicilio donde se ubique el mismo (artículo 2084). Tratándose del contrato en estudio (una suma de dinero), deberá ser hecho en el lugar en que se entregó el objeto materia del contrato, salvo que se designe otro lugar.

El artículo 2086 preceptúa que: " Los gastos de entrega serán de cuenta del deudor, si no se hubiera estipulado otra cosa ", es decir, que puede pactarse que dichos gastos sean por cuenta del acreedor. También puede suceder que si el pago debe hacerse en el domicilio del deudor y éste lo muda, haciendo con ello que el acreedor se vea precisado a desembolsar una suma adicional para lograr el pago, ésta se debe reintegrar por el deudor y caso contrario, si el deudor debe hacer el pago en el domicilio del acreedor y éste fue quien lo cambió, generándole gastos mayores al obligado, le deberán ser-

reintegrados como lo ordena el artículo 2085 del código sustantivo de la materia.

De igual manera, el pago debe ser completo, entero y sólo puede ser parcial o por mandato de ley, lo que ya se mencionó en párrafos anteriores. Deberá pagarse con cosas propiedad del deudor, si no lo hace así no habrá cumplido con su obligación y no será válido el pago hecho con una cosa ajena, de conformidad con lo previsto por el artículo 2087 del ordenamiento mencionado.

Podrá realizarse el pago entregando una suma de dinero y más aún que hoy día un gran número de obligaciones se cubren al través de ese medio, pudiendo ser en moneda nacional o extranjera, de acuerdo a los lineamientos que se mencionan en el capítulo anterior en relación a las obligaciones del mutuante y mutuatario.

Considerando que imputar significa " señalar la aplicación o inversión de una cantidad, sea al entregarla, sea al tomar razón de ella en cuenta " ⁵ y que el deudor puede tener varias deudas frente a un mismo acreedor y todas ellas tuvieren el mismo objeto fungible, éste tiene la facultad de declarar, al momento de pagar, a cuál de las deudas desea atribuir o imputar el pago efectuado, siendo una imputación voluntaria a la que se refiere el artículo 2092 cuando dice: " El que tuviere contra sí varias deudas en favor de un sólo acreedor, podrá declarar, al tiempo de hacer el pago, a cuál de ellas quiere que éste se aplique ", pero si el deudor descuidara hacer dicha imputación, la ley aplicará a la deuda más onerosa el pago efectuado, o a la más antigua si todas fueren igualmente onerosas y si todas son onerosas y antiguas, a todas ellas se aplicará el pago en proporción a su cuantía como lo previene el artículo 2093 del código citado, siendo entonces una imputación por mandato de ley.

La ley establece supuestos específicos, en los cuales se estima o presume, que el deudor cubrió el importe de su deuda en caso de deuda de prestaciones periódicas, en el pago de capital que causa interés y en la entrega del título en que consta el crédito. La posesión del título de crédito por el deudor hace presumir el pago de la deuda constante en aquél, por lo que hace al pago de capital se presume el pago de los intereses, a menos que se hiciera reserva expresa de los mismos, y la demostración del pago del último abono, a una deuda de tracto sucesivo hace presumir el pago de las pensiones anteriores, aunque tales presunciones admiten prueba en contrario (*iuris tantum*).

⁵GUTIERREZ; Op cit, pp. 83-4

Hay ocasiones en que el deudor no puede pagar de manera directa, o cuando menos no puede hacerlo de forma segura y liberatoria ante el acreedor cuando éste, se niega a recibir la cosa o servicio debidos, se resiste a entregar un justificante del pago, es desconocido, se encuentra fuera de la localidad, tiene un derecho dudoso o incierto, es incapaz y el deudor no quiere correr los riesgos de un pago anulable; ante dichos supuestos el deudor tiene la facultad de liberarse de la deuda mediante la entrega de la prestación debida, o el depósito de ella en poder de un tercero, para dejar a salvo su responsabilidad, al respecto el artículo 224 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece " Si el acreedor rehusare recibir la prestación debida o dar el documento justificativo de pago, o si fuere persona incierta o incapaz de recibir, podrá el deudor librarse de la obligación haciendo consignación de la cosa", como se observa, se conserva un procedimiento llamado "consignación en pago" u "ofrecimiento de pago y consignación", el cual es regulado en dicho ordenamiento en sus artículos 224 al 234 y por el Código Civil en los artículos 2097 al 2103. Mediante éste el Juez o Notario Público en su caso, mandan poner en conocimiento del acreedor la oferta de pago y el propósito de poner en depósito la cosa debida, citándole para un día y hora determinados a fin de que la reciba o constante que ha quedado guardada.

Posteriormente podrá promover el deudor un juicio ordinario a fin de libertarse del pago, demostrando que efectuó el depósito mediante la exhibición de copia certificada de las diligencias de consignación que previamente promovió, por su parte, el acreedor también puede comparecer argumentando y comprobando alguna causa fundada de su negativa de recibir el pago propuesto; el Juez después de considerar las manifestaciones de las partes, dictará sentencia declarando procedente la oferta de pago, la consignación de la prestación debida y la extinción de la obligación por pago o bien justificando la oposición del acreedor en cuyo caso el ofrecimiento y la consignación se tendrán como no hechos.

Si el deudor cumple voluntariamente su obligación, ésta se extingue mediante el pago, pero, cuando no respeta su compromiso, el acreedor puede lograr el cumplimiento forzado contando con el auxilio de la fuerza pública, tratándose de una ejecución forzada, la cual podrá ser obtenida a solicitud del acreedor, generalmente previa sentencia judicial que considere los opuestos puntos de vista de las partes en litigio, decreta el respeto de la norma y ordene la ejecución.

En las obligaciones de dar una suma de dinero, es posible obtener la ejecución forzada en naturaleza, debido a que en derecho existe el principio de que el deudor responde de sus obligaciones con su patrimonio, si el obligado a prestar una cantidad de dinero se resistiere a hacerlo, sufrirá la ejecución sobre su patrimonio mediante un secuestro o embargo de bienes, los que al ser rematados permitirán disponer del numerario indispensable para satisfacer al acreedor.

Ahora bien, si la obligación de dar consiste en la entrega de una cosa determinada en su individualidad, el Juez ordenará secuestrar la cosa misma y hacer entrega de ella al acreedor, pero si hubiera sido destruida u ocultada, sólo será posible un cumplimiento por su equivalente, más el pago de daños y perjuicios previa estimación del valor de la cosa.

En nuestro derecho el Código de Procedimientos Civiles faculta a los jueces a aplicar medidas de apremio a las partes para hacer cumplir sus resoluciones, en los artículos 517 fracción I y 73, como son la multa, el auxilio de la fuerza pública, la fractura de cerraduras, el cateo por orden escrita y el arresto hasta por quince días.

B) NOVACION

Es otra de las formas de extinguir una obligación, el Código Civil para el Distrito Federal en su numeral 2213 establece que "Hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua", de tal definición legal se desprende que solo es posible novar una obligación derivada de un contrato, sin embargo "cualquiera obligación puede ser novada, abstracción hecha de su fuente o causa. El precepto legal es estrecho"⁶

Por su parte Gutiérrez y González nos dice que: "Novación es el convenio lato sensu, solemne, celebrado entre dos o más personas que guardan entre sí el carácter previo de acreedor y deudor, y en ciertos casos interviene un tercero, y por el cual extinguen el derecho de crédito convencional que los liga y lo sustituyen, con ánimo de novar (animus novandi) por otro que difiere del extinguido en uno de sus elementos de existencia"⁷

⁶BEJARANO; op. cit.; pp. 453.

⁷GUTIERREZ; op. cit.; pp. 1080 y 1081.

De todo lo anterior decimos entonces que mediante la novación se extingue una obligación, la cual es sustituida por otra nueva.

Los elementos constitutivos de la figura en estudio son la preexistencia de una obligación, el nacimiento de una nueva obligación que va a sustituir a la anterior, una diferencia esencial entre ambas obligaciones y la intención de novar o "exteriorización solemne de la voluntad de las partes o "animus novandi"⁸, los cuales explicaremos enseguida:

a) Preexistencia de una obligación.- Esto es, que se encuentre establecido ya un vínculo jurídico entre las partes, en donde una de ellas es deudora de la otra. La obligación inexistente por falta de objeto, consentimiento o solemnidad, no es renovable, además debe estar vigente al momento de realizar la novación; no es posible tampoco que se lleve a cabo cuando la obligación está afectada de nulidad absoluta, en tanto que si fuere relativa permite la convalidación del acto cuando ha desaparecido el vicio que la afectaba.

b) Creación de una nueva obligación.- Al igual que la anterior, debe estar exenta de vicios que pudieran anularla, lo que no extinguiría la obligación anterior de conformidad con lo establecido por el artículo 2219 del Código sustantivo de la materia que dice: " Si la novación fuere nula, subsistirá la antigua obligación ".

c) Diferencia esencial entre ambas obligaciones.- Se refiere a una alteración sustancial entre la obligación preexistente y la novatoria, puesto que una diferencia accidental no se considera suficiente para constituir la, por ejemplo, la variación en el plazo pactado no es causa suficiente para realizarla, sino que tal diferencia deberá ser en relación a los sujetos, objeto, vínculo jurídico, a su causa o fuente.

d) Animo de novar (animus novandi).- Es la exteriorización solemne de la voluntad de llevar a cabo la novación, dicha voluntad siempre deberá ser expresa, por lo que no cabe la posibilidad de externarla en forma tácita, así lo previene el artículo 2215 de la legislación citada que dice: " La novación nunca se presume, debe constar expresamente ".

⁸Ibidem; pp. 1082.

Por voluntad expresa se entiende en nuestro derecho aquella que se manifiesta de palabra, por escrito o por signos inequívocos como lo dispone el artículo 1803 del Código Civil, es decir, el propósito es que ambas partes convengan en extinguir la obligación precedente y crear una nueva en su lugar, expresando su voluntad en los términos ya señalados.

En cuanto a la naturaleza jurídica se dice que " Es un acto jurídico plurilateral, es un concierto de varias voluntades jurídicas que se exteriorizan con el propósito de producir consecuencias de derecho, las cuales consisten en extinguir un vínculo de derecho preexistente, mediante la creación de un vínculo nuevo: extingue y crea derechos ".⁹

Los efectos de la novación son extinguir una obligación y la creación de otra, lo que ocurre simultáneamente, derivándose dos consecuencias como la terminación del crédito que supone la de sus accesorios y la terminación del crédito que implica la de sus limitaciones, modalidades y vicios particulares. Por ejemplo, en el contrato de mutuo, una vez pagado el crédito primitivo desaparecerá también la garantía otorgada, en este caso, la hipoteca constituida para ello, pues se aplica el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Encontramos diversas especies de novación que estudiaremos a continuación:

a) Novación subjetiva.- " Es un convenio solemne por el cual se extingue una obligación antigua y se crea una nueva que difiere de la anterior, en que cambia uno de los sujetos, ya sea el acreedor, ya el deudor ".¹⁰ Como se observa, el cambio concierne a los sujetos, que puede ser de tres clases: por cambio de acreedor, de deudor o de ambos.

Existirá cambio de acreedor cuando se extingue la obligación precedente, creándose una nueva con diverso acreedor; lo cual, se asemeja a otra figura jurídica llamada cesión de derechos, la cual no extingue el vínculo jurídico, en tanto que en la novación se extingue y se crea una nueva relación jurídica diversa de la anterior, el deudor no puede oponer al nuevo acreedor las mismas excepciones que habría podido alegar al titular del crédito anterior y la nueva relación no conserva las garantías que aseguraban a la obligación inicial.

⁹BEJARANO, Op cit, pp. 454

¹⁰GUTIERREZ, Op cit, pp. 1094

Sin embargo, no basta la simple indicación al deudor de quien será el nuevo autorizado por el acreedor para recibir el pago, ni tampoco que el acreedor le manifieste al obligado sin pedirle su conformidad para pagarle a otra persona, ya que en este caso hablaríamos de una cesión de derechos que no extinguiría la obligación ni crearía una nueva, por lo que es necesario que el deudor otorgue su consentimiento. Ahora bien, la voluntad no se puede externar de cualquier manera, sino en forma expresa, mencionando que se está celebrando un convenio novatorio u otras palabras equivalentes porque de no hacerlo así, no existirá la figura de la novación.

Puede darse el caso de que haya un cambio en la persona del deudor, asemejándose a la cesión o asunción de deudas, pues en ambas figuras se produce el cambio del deudor, sin embargo, cada una de ellas tiene su propia naturaleza.

Puede ser efectuado dicho cambio sin la intervención del deudor original, sólo por acuerdo del acreedor y de un tercero que asume una deuda nueva extinguiendo la primera, es decir, que un tercero paga por el deudor, llamada entonces esta novación subjetiva como expromisión.

Existe también dentro de la novación subjetiva una delegación o novación delegatoria que se verifica cuando el deudor pide extinguir su deuda y ofrece a su acreedor la creación de una nueva obligación con deudor diferente que está conforme en asumir iguales responsabilidades que las extinguidas. El deudor original llamado delegante ordena al nuevo deudor llamado delegado que haga el pago al acreedor en la primera y segunda obligación llamado delegatorio.

Existen dos formas de delegación, la primera con obligaciones previas que puede ser novatoria si se extinguen dichas obligaciones y la segunda no novatoria cuando el acreedor no admite la liberación de su deudor original, lo que sólo produce el efecto de adquirir un nuevo deudor denominándose adpromisión.

Para que el cambio se realice en la delegación, se precisa el consentimiento de los dos deudores y del acreedor.

En cuanto a la novación subjetiva por cambio de acreedor o deudor a la vez, ésta se configura cuando una persona es acreedor en una relación jurídica determinada y a su vez es deudor en otra relación, por otro lado existe un tercero que es el deudor de la persona en la primera relación y es quien realizará el pago al acreedor de la segunda relación, extinguiendo las obligaciones que la primera persona mantenía en calidad de acreedor y deudor y creando una nueva obligación entre su deudor y su acreedor.

b) Novación objetiva.- Ésta atiende a un cambio de objeto, "es el convenio solemne por medio del cual se extingue una obligación antigua, sustituyéndola por otra nueva que difiere de aquella en que tiene distinto objeto, o bien es diferente en su relación jurídica"¹¹. De tal definición se desprende que puede haber un cambio de objeto entre la primera y segunda obligaciones, o bien un cambio en la relación jurídica de las mismas.

El primer tipo de ésta novación admite varias situaciones, por ejemplo que en la primera obligación, tiene un objeto de dar y la nueva uno de hacer, también que la primera tenga un objeto de hacer y la segunda el de dar, así mismo, que sea de dar o hacer en la primera y en la segunda de no hacer o al contrario.

El segundo, es decir, por cambio en la relación jurídica se presenta cuando la relación jurídica de la primera obligación que se extingue, es diferente a la relación jurídica de la que se crea en su lugar, también es diferente si se cambia su naturaleza, transformando el tipo de contrato o bien cambiando el campo en que se reglamenta la obligación, tal es el caso de un crédito que se regula en el derecho civil, se extingue, creándose una nueva obligación regulada por el derecho mercantil.

C) CONFUSION

Gutiérrez y González al referirse a la presente figura, nos dice que es "el acto en virtud del cual las calidades del acreedor y deudor en un solo derecho se reúnen en una sola persona"¹²

¹¹ *Ibidem*; op. cit; pp. 1089 y 1090.

¹² *Ibidem*; pp. 1103.

Asimismo se dice que confusión de derechos es un "modo de extinción de las obligaciones civiles que se produce cuando las calidades de un acreedor y deudor se reúnen en una misma persona"¹³

Por su parte la definición legal que nos da el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2206 es la siguiente: "La obligación se extingue por confusión cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona...".

De lo anterior concluimos que a través de la confusión es posible terminar con una obligación contraída si posteriormente el deudor adopta una posición de acreedor en la relación jurídica ya existente, ya que de conservar tal obligación se tendría que pagar el mismo, más aún si atendemos al significado gramatical de la palabra confusión que "... es la falta de orden, de concierto y de claridad; perplejidad, desasosiego, turbación de ánimo"¹⁴, es decir, no se sabría con exactitud quien es el acreedor y quien el deudor. La reunión del crédito y de la deuda en una misma persona elimina la relación jurídica obligacional al quedar subsumidas ambas partes en una sola, por lo que propiamente el vínculo desaparece.

Puede suceder que un acreedor asuma al mismo tiempo la calidad de deudor o éste la del aquél; también que un tercero suceda tanto al acreedor como al deudor en la relación obligacional, o que por azar resulte el deudor beneficiado con aquello que está obligado a dar.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la confusión, hay que atender primero a lo que establece el artículo 2206 del ordenamiento en comento, en su parte final que señala: "La obligación renace si la confusión cesa", de ahí que nos preguntemos entonces que pasa con la obligación, si ésta extingue, entonces porque cabe la posibilidad de volver a surgir. "Ya en Roma lo puso el juristaconsulto Paulo, cuyas palabras cita un texto del Digesto: "Confusio potius eximit personam ab obligatione quam extinguir obligationem" ("La confusión exime a la persona de la obligación más que extinguir la obligación")¹⁵ Es así que se considera que antes que ser una causa de extinción, es un obstáculo al cumplimiento de la obligación y que cuando existe algún interés jurídico derecho y crédito subsisten a pesar de la confusión.

¹³DE PINA, Rafael; Diccionario de Derecho; Editorial Porrúa, México, 1984, pp. 173.

¹⁴GUTIERREZ; op. cit.: pp. 1104.

¹⁵BEJARANO, op. cit.: pp. 491 y 492.

El artículo 1987 del ordenamiento en cita, dispone que: "...habrá solidaridad activa cuando dos o más acreedores tienen derecho para exigir, cada uno de por sí, el cumplimiento total de la obligación; y solidaridad pasiva cuando dos o más deudores reporten la obligación de prestar, cada uno de por sí, en su totalidad, la prestación debida", comentamos esto porque en el artículo 2207 se nos habla de confusión de obligaciones solidarias: "La confusión que se verifica en la persona del acreedor o deudor solidario sólo produce sus efectos en la parte proporcional de su crédito o deuda", como se puede observar el último artículo conserva la relación jurídica interna subyacente entre los codeudores y atendiendo al 1987 en relación con el artículo 1991, el cual señala que: "La novación, compensación, confusión o remisión hecha por cualquiera de los acreedores solidarios, con cualquiera de los deudores de la misma clase, extingue la obligación" podríamos encontrar una contradicción, puesto que por un lado se extingue la obligación total y por otro se menciona que produce efectos sólo en la parte proporcional de su crédito o deuda de quien lo hace, sin embargo si se extingue la obligación y la que se conservará es la existente entre los deudores solidarios en relación al que cumplió con el pago, ya que éste se subroga los derechos del acreedor.

D) COMPENSACION

"La palabra compensar deriva del vocablo latino "compensatio", que se formó con los términos "pensare cum", que significa "pensar con" que denota la acción de balancear una deuda con otra"¹⁶

El Código Sustantivo de la materia la regula en sus artículos del 2185 al 2205, en el primero de ellos preceptúa que: "Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho".

En tanto que Gutiérrez y González la entiende como: "la forma admitida o que establece la ley, en virtud de la cual se extinguen por ministerio de la ley dos deudas, hasta el importe de la menor, y en las cuales los sujetos titulares reúnen la calidad de acreedores y deudores recíprocamente"¹⁷

¹⁶GUTIERREZ; op. cit.; pp. 1115.

¹⁷Ibidem; pp. 1115.

Decimos entonces, que mediante esta figura se extinguen obligaciones por la existencia de dos deudas entre las mismas personas, y en sentido inverso una de otra, impone la reducción de ambas hasta el importe de la menor.

Se justifica como una garantía, ya que permite a ambos deudores-acreedores precaverse contra la posible insolvencia del otro al no pagar su propia deuda sin hacer a la vez efectivo su crédito. Atiende a la buena fe, pues nadie pretende el cobro de su crédito sin pagar al mismo tiempo el importe de su deuda frente a su contraparte.

La doctrina ha establecido cuatro especies de compensación por su origen o causa, mismas que son:

1.- Compensación legal.- Tiene su fuente como su nombre lo dice, en la ley, cuando se dan ciertos requisitos como la existencia de un objeto fungible de la misma especie que permita ser reemplazado al poseer el mismo poder liberatorio, es decir, que sirva para liberar de una obligación al ser sustituido por otro al momento de hacer el pago; un crédito exigible, esto es, que pueda hacerse efectivo en el acto por que no puede rehusarse su pago conforme a derecho, que no esté sometido a plazo o condición suspensiva; también que dicho crédito sea líquido, lo que significa que su cuantía está determinada o puede determinarse en el plazo de nueve días de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2189 del Código sustantivo de la materia; así mismo, que tal crédito sea expedito, definiendo al mismo como aquél del cual puede disponer su titular sin afectar derechos de terceros como sucedería con aquél que ha sido embargado;

Por último que sea embargable, es decir, que pueda ser gravado por los acreedores para garantizar el pago, ya que hay ciertos bienes o créditos a los cuales el legislador ha cubierto de inmunidad y de seguridad especial para protegerlos declarándolos inembargables.

2.- Compensación voluntaria o convencional.- Tiene lugar cuando a falta de alguno de los requisitos arriba mencionados (compensación legal), se conviene en ella, teniendo las partes la facultad de acordar su mutua neutralización. Es decir, se realiza al través de un convenio celebrado entre los acreedores recíprocos, pactándola en los términos y con las bases que deseen.

3.- Compensación facultativa.- Se genera por la voluntad de una de las partes, siendo ésta la titular de una deuda inexigible o de un crédito inembargable, quien prescindiendo de su ventaja impone una compensación que legalmente no se efectuaba en su protección.

Gutiérrez y González al respecto señala que: "Procede en estos casos:

I- Cuando la compensación por mandato de ley es imposible, por que faltan alguno de los requisitos que para ella se exigen y

II- Cuando exista una disposición legal que la impida en vista a la protección del interés de uno de los acreedores."¹⁸

4.- Compensación judicial.- Surge de un acto jurisdiccional, ya que la impone una sentencia de un Juez competente o un laudo arbitral. Tiene lugar cuando ambos litigantes han invocado derechos mutuos en el procedimiento y la autoridad reconoce la procedencia de ambas acciones, pero en vez de condenar a un pago reciproco, efectúa una sustracción de la deuda menor respecto de la mayor y sólo condena al deudor al pago de la diferencia.

Atendiendo a lo dispuesto por la fracción I del artículo 2192 del Código Civil en relación con el 2197 del mismo ordenamiento, la compensación puede renunciarse, lo cual fue establecido en interés de los particulares y no es de orden fundamentalmente público, por lo que deberá hacerse en forma expresa.

Tampoco tendrá lugar la compensación si una de la deudas consiste en la restitución de cosa ajena despojada, es decir, que la cosa despojada deberá ser devuelta aún cuando el despojador fuere acreedor del despojado, no podrá retener esa cosa so pretexto de que no se le ha pagado, igualmente no procederá si la deuda consiste en restituir un bien depositado.

Los efectos que produce la figura en estudio es extinguir un crédito y sus accesorios en la misma proporción. Así lo dispone el artículo 2186 del Código en cita al decir que: "El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de la ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor".

¹⁸Idem, pp. 1131

Si la cuantía de ambas deudas es idéntica, entonces la supresión de las mismas será total, mientras que si fueran de monto diferente la extinción será hasta el importe de la menor, quedando subsistente el crédito por la diferencia que resulte.

La compensación tiene una amplia función jurídico-económica, tanto en las relaciones internas como en las externas de un país, ya que simplifica los pagos, pues en lugar de hacerse dos sólo se realiza uno al balancearse las deudas, en el derecho bancario tiene lugar mediante las cámaras de compensación en las que se presentan cheques, títulos de crédito de diversos bancos de una Ciudad, que tienen contra los depósitos bancarios de clientes de otros bancos, se verifica la compensación y los saldos se cubren en ese mismo acto, sin necesidad de transportar el numerario. Idéntica operación se lleva a cabo en el ámbito internacional en las relaciones comerciales recíprocas con motivo de sus créditos. La llamada balanza internacional de pagos es igualmente un mecanismo que calcula el movimiento de créditos y deudas de cada país y la resultante de la compensación de ambos.

E) DACION EN PAGO

La dación en pago es considerada como un " Acto jurídico por el cual el deudor entrega al acreedor una prestación diferente a la debida, con el consentimiento de éste"¹⁹

Por su parte Gutiérrez y González la define como: " Un convenio en virtud del cual un acreedor acepta recibir de su deudor, por pago de su crédito, un objeto diverso del que se le debe."²⁰

Se dice también que la dación en pago es utilizada para "el cumplimiento actual de una obligación, con una conducta distinta de la que era su objeto original, con el consentimiento del acreedor"²¹

Así mismo, el artículo 2095 del Código Civil para el Distrito Federal al referirse a la misma establece que " la obligación queda extinguida cuando el acreedor recibe en pago una cosa distinta en lugar de la debida ".

¹⁹DE PINA, Op cit, pp. 202

²⁰GUTIERREZ, Op cit, pp. 1139

²¹BEJARANO, Op cit, pp. 471

De lo anterior concluimos, que la dación en pago es una más de las formas de extinción de obligaciones ya que permite la liberación del deudor que por algún motivo se ve en la necesidad de cumplir su obligación con objeto diverso del convenido, previa la aceptación por parte del acreedor para liberarlo en las nuevas condiciones.

En cuanto a los elementos indispensables para que se configure la dación, es necesario:

- a).- Existencia de un derecho de crédito;
- b).- Ofrecimiento del deudor de cumplir su obligación con un objeto diferente del debido;
- c).- El consentimiento del acreedor del cambio de objeto; y
- d).- Que el objeto que se entrega a cambio sea dado en pago, además que sea propiedad del deudor, puesto que de realizarse con un bien ajeno sería nula atendiendo al contenido del artículo 2087, el cual a la letra dice: " No es válido el pago hecho con cosa ajena; pero si el pago se hubiere hecho con una cantidad de dinero u otra cosa fungible ajena, no habrá repetición contra el acreedor que la haya consumido de buena fe."

En cuanto a la naturaleza jurídica de la figura en cuestión, se considera como un convenio que extingue derechos y cuando su objeto es una cosa, transfiere además la propiedad de ella, es decir, constituye un acto jurídico traslativo de propiedad. Es una forma especial de extinción por pago, en el acto del cumplimiento el acreedor consiente en recibir una cosa diferente de la pactada, extinguiendo su crédito.

Aplicando la dación al contrato objeto del presente trabajo, permitiría que en lugar de pagar con una suma determinada de dinero, pueda el deudor cumplir con su obligación con cosa diversa a ésta que cubra el importe de aquélla y accesorios legales como por ejemplo los intereses ordinarios y en su caso, moratorios; lo anterior siempre y cuando el acreedor esté de acuerdo en extinguir la obligación y el crédito en esos términos.

E) RENUNCIA DE DERECHOS

Renuncia se define como: "Dimisión o dejación voluntaria de una cosa que se posee, o del derecho a ella"²²

De Pina, por su parte, define a la renuncia como una: "Manifestación de la voluntad de un sujeto mediante la cual se desprende de un bien, derecho o cargo".²³

En tanto que Gutiérrez y González señala al referirse a la renuncia de derechos que es: " El acto jurídico unilateral de dimisión o dejación voluntaria de un derecho de indole patrimonial."²⁴

El artículo 2209 del Código sustantivo de la materia, dispone que : " Cualquiera puede renunciar a su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son debidas excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe "; como sucede en los casos de alimentos para los menores sujetos a patria potestad y en fraude de acreedores.

De lo anterior se desprende que la renuncia puede hacerse respecto de:

- a).- Un derecho de crédito;
- b).- Cualquier otro tipo de derecho patrimonial, considerándolo en este caso como abandono; y
- c).- Un derecho procesal.

²²GUTIERREZ, Op. cit, pp. 1106

²³DE PINA, Op cit, pp.429

²⁴GUTIERREZ, Op cit, pp. 1106

Para que opere la renuncia es necesaria la capacidad del que la realiza, ya que se trata de una conducta que implica la pérdida voluntaria de un derecho sea patrimonial, real, personal o cualquier otro, por lo que sólo la puede realizar la persona con plena capacidad de goce y de ejercicio; así también es indispensable que el derecho que se pretende renunciar, sea permitido conforme a la ley, es decir, que ésta no los considere irrenunciables.

La renuncia puede otorgarse con relación a una persona determinada, o sin consideración de persona alguna.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la misma, se considera como un acto unilateral, en el que no es necesaria la aceptación de ninguna persona para su realización o funcionamiento, pues interviniendo el consentimiento de otra y considerándose un acto bilateral estaríamos en presencia de una transacción, más no de una renuncia de derechos. "La esencia filosófica de la renuncia, se encuentra en el principio de la libertad y de la dignidad de la persona... si se es libre, se plasma esa idea en la posibilidad de tener o no tener, según el arbitrio o la decisión de cada persona"²⁵

Se presentan dos especies dentro de la renuncia, las cuales atienden a que se renuncien derechos de crédito convencionales, o bien, que se abandone cualquiera otro de índole patrimonial, y la que se da en materia procesal.

La renuncia convencional de derechos de crédito puede ser total o perdón de deuda y parcial o quita; puede existir el abandono respecto de un derecho real, como por ejemplo un derecho de usufructo o de servidumbre, así mismo de la personalidad, a los derechos de autor, de invención o marcas; por último, en materia procesal tiene lugar a través del desistimiento de la acción, el que opera sin necesidad de autorización o aprobación del demandado de conformidad con lo que dispone el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: "

El desistimiento de la acción extingue ésta aún sin consentirlo el demandado...El desistimiento de la instancia, posterior al emplazamiento, o el de la acción, obligan al que lo hizo a pagar costas y los daños y perjuicios a la contratante, salvo convenio en contrario."

²⁵Ibidem, pp.1108

G) REMISION DE DEUDA

" Es el acto jurídico por el cual el acreedor dimitte voluntaria y unilateralmente al derecho de exigir, total o parcialmente a su obligado-deudor, el pago de la prestación debida."²⁶

Para el Licenciado De Pina, por remisión se entiende el : "Acto jurídico en virtud del cual el acreedor libera al deudor del cumplimiento de una obligación. / Perdón de una deuda."²⁷

Es decir, se trata de un medio de extinción de obligaciones que otorga el acreedor en favor de su obligado, previo el consentimiento de éste- lo que hace la principal diferencia con la figura de la renuncia-

Por lo que hace a su naturaleza jurídica, se considera que es un convenio, ya que debe haber un acuerdo de voluntades para extinguir la obligación contraída; es gratuito, puesto que se entiende que no se establece ninguna condición, ni que recibirá algo a cambio, sin embargo, Ruggiero señala que dicha figura puede ser onerosa, al decir, que " puede verificarse para realizar una solutio o para constituir una relación obligatoria distinta."²⁸

Se puede considerar como una especie del género renuncia contraída a los derechos personales, toda remisión es renuncia, más no toda renuncia es remisión de deuda. La remisión favorece siempre al deudor en tanto que la renuncia puede beneficiar a cualquier persona.

La remisión total de la obligación extingue el derecho personal así como la de sus derechos accesorios o de garantía que lo aseguraban, en función a que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, a diferencia de que en la renuncia se puede otorgar sólo a las garantías y no al crédito principal, siendo sólo de manera parcial.

²⁶Idem, pp.1112

²⁷DE PINA, Op cit, pp.429

²⁸BEJARANO, Op cit, pp. 498

Cabe agregar que el Licenciado Sánchez Medal nos menciona otros modos de terminación del contrato de mutuo, como son:

a) La rescisión del mismo, por tratarse de un acto bilateral, pidiendo el resarcimiento de daños y perjuicios, como lo ordena el artículo 1949 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual a la letra dice: " La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos..."

b) El desistimiento unilateral, cuando se convenga un interés superior al tipo legal, en cuyo supuesto el mutuuario después de seis meses de la celebración del contrato puede devolver el capital dando un aviso con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos de conformidad con lo establecido en el artículo 2396 del ordenamiento arriba mencionado.

H) PROPUESTA PERSONAL

Atendiendo al principio general de derecho de que " lo que no está prohibido, está permitido ", se pueden pactar como formas de terminación del contrato de mutuo con garantía hipotecaria, además de las ya mencionadas, una combinación de las mismas, siempre y cuando no sea en contravención de la ley.

Por ejemplo, al celebrar el contrato con las formalidades requeridas para ello, como el hacerlo ante un Notario Público y en atención al contenido del artículo 1796 del código sustantivo de la materia, que dice: " ...desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley ", podrán darlo por vencido anticipadamente al plazo fijado y exigir el pago del capital, intereses y accesorios en alguno de los supuestos siguientes:

1.- Si se arrendare el inmueble hipotecado sin la autorización por escrito del acreedor;

2.- Si lo hipotecare en segundo o ulterior lugar;

3.- Si enajenare total o parcialmente el inmueble sin el consentimiento de la parte acreedora; y

4.- La falta de pago de una mensualidad, dando motivo a exigir el pago total del adeudo contraído.

Además, en caso de incurrir en alguno de los supuestos anteriores, también es factible convenir una pena convencional para el caso de incumplimiento, lo que está permitido en términos del artículo 1840 del ordenamiento citado, el cual a continuación se transcribe: " Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida..."

CONCLUSIONES

El objetivo fundamental de la presente tesis es tratar de fomentar la inversión de los particulares para dirigir ésta al abatimiento del déficit de vivienda en México, por la vía de Contratos de Mutuo con Garantía Hipotecaria, como una medida más para tratar de dar vivienda digna a las familias mexicanas.

Los organismos existentes, ya sean gubernamentales, sociales o privados, (INFONAVIT, FIVIDESU, FONHAPO, FIDERE, FOVISSSTE, FOVI, LA BANCA, etc.) no han podido abatir tal situación. Las cifras dadas a conocer por el Jefe del Ejecutivo para el periodo 1995-2000 son verdaderamente preocupantes, por no decir alarmantes, en materia de vivienda.

A partir de 1995 y hasta la terminación del presente régimen se estima un incremento anual de 670,000 viviendas, (4'000,000 de viviendas en el sexenio), de las cuales el Gobierno Federal aportará, mediante construcción directa a través de sus organismos entre el 20 y el 28 % de esas viviendas, (dependiendo de las facilidades que ésta otorgue a las familias beneficiadas, es decir, de la recuperación de créditos), en tanto que el restante deberá ser aportado por organizaciones sociales y la inversión particular.

El Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), realizó en 1995, del 23 de octubre al 18 de noviembre, el siguiente conteo, (Cifras preliminares) :

HABITANTES: 91'120,433.- (10'000,000 más que al inicio de 1990). Nuestro País ocupa el **DECIMO PRIMER LUGAR MUNDIAL.**

ENTIDADES FEDERATIVAS MÁS POBLADAS: ESTADO DE MEXICO= 11.7 MILLONES; DISTRITO FEDERAL= 8.5 MILLONES; VERACRUZ= 6.7 MILLONES; JALISCO= 6.0 MILLONES; PUEBLA= 4.6 MILLONES; GUANAJUATO= 4.4 MILLONES. Es decir, en esas 6 poblaciones se concentra el 46 % de la población total del Territorio Nacional.

ENTIDADES FEDERATIVAS MENOS POBLADAS: NAYARIT (896,000); TLAXCALA (884,000); AGUASCALIENTES (862,000); QUINTANA ROO (703,000); CAMPECHE (642,000); COLIMA (487,000); y BAJA CALIFORNIA SUR (375,000). - Es decir, en esas 7 Entidades se concentra el 5 % de la población total del Territorio Nacional.

PRINCIPALES PUNTOS DE RESIDENCIA DE LA POBLACION: CIUDAD DE MEXICO Y AREA CONURBADA DEL ESTADO DE MEXICO= 16.4 MILLONES DE HABITANTES; GUADALAJARA, JALISCO= 3.3 MILLONES DE HABITANTES; MONTERREY, NUEVO LEON= 2.9 MILLONES DE HABITANTES. Lo que traducido a porcentajes significa que en una extensión de 2 % del Territorio Nacional reside el 25 % del total de los Habitantes del País, (1 de cada 4 mexicanos viven en estas 3 Ciudades).

VIVIENDA.- A NOVIEMBRE DE 1995.- Existen 19'399,312 viviendas. (3'000,000 más que en 1990). Lo que significa que en 6 años se construyeron un promedio de 500,000 viviendas, cifra récord en el sexenio Salinista, pero insuficiente para abatir el déficit de administraciones anteriores y el crecimiento demográfico nacional.

EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 1995-2000 indica que existen 17.8 millones de viviendas (1.6 menos que lo establecido por la cifras oficiales del INEGI), de ellas 4.6 presentan condiciones de hacinamiento y de precariedad. Atender el rezago implica la construcción de nuevas viviendas y el mejoramiento del parque habitacional.

“ La generación de oferta de vivienda se enfrenta a diversos problemas, entre los que destacan: Una regulación excesiva que se refleja en un complejo sistema de trámites; multiplicidad en la gravación fiscal; escasez de suelo con vocación habitacional, sobre todo en ciudades medias y en las grandes urbes; acceso limitado a **FUENTES DE FINANCIAMIENTO**; reducida innovación tecnológica que permite el uso de materiales regionales, ecotécnicos y prefabricados; deficiencia en los sistemas de comercialización de materiales e insumos.

Por otro lado, entre los problemas que afronta la demanda destacan los **ALTOS PRECIOS** de las viviendas; **LA ATENCION CREDITICIA INSUFICIENTE**; falta de información de la oferta disponible que sustente un mercado integrado y los elevados costos que implica el proceso de titulación de la vivienda.

La política de desarrollo social que impulsará el Gobierno de la República en materia de vivienda tendrá como objetivos: Orientar el papel del Estado hacia la promoción y coordinación de los esfuerzos de los sectores Público, Social y Privado, para apoyar las actividades de producción, financiamiento, comercialización y titulación de la vivienda; y promover las condiciones para que las familias, en especial las que tienen mayores carencias, tanto en las zonas rurales como en las urbanas, disfruten de una vivienda digna con espacios y servicios adecuados, calidad en su construcción y seguridad jurídica en su tenencia.

Para el logro de estos propósitos se llevarán a cabo acciones conjuntas entre Gobierno y Sociedad, donde los sectores privado y social tendrán un papel determinante en la aplicación de la oferta de vivienda en todo el país. En ese sentido, la estrategia que se seguirá considera las siguientes líneas de acción:

Fortalecimiento Institucional de los organismos promotores de la vivienda.

Financiar a los adquirentes de vivienda en un estímulo adecuado para fomentar una oferta de vivienda acorde con las necesidades y preferencias de la población".¹

El INFONAVIT, máximo constructor de viviendas a nivel nacional, presenta una proyección de producción de viviendas populares para los próximos 5 años (1996-2000) de 482,064, que representará el 12 % de las necesidades de vivienda para ese periodo.

Ahora bien, estas cifras deben interpretarse únicamente como aproximaciones de la problemática habitacional. En nuestro estudio nos percatamos que ningún sector, ya sea Público, Social o Privado, conoce exactamente el número aproximado de déficit de vivienda, es decir, cada quien tiene sus aproximaciones, que difieren todas de las dadas a conocer por el Jefe del Ejecutivo, en su Plan Nacional de Desarrollo.

¹ PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 1995-2000.

Como ejemplo, el Censo General de Población y Vivienda de 1990 indica que una evolución de la " densidad domiciliaria " en el Estado de México y el Distrito Federal, promedio, la cual disminuyó sensiblemente pasando en 10 años (de 1980 a 1990) de 5.41 a 4.76 habitantes por vivienda. Este fenómeno se debe, por un lado a la producción de vivienda y por el otro a la disminución de la población. Otro indicador nos dice que existen más cuartos por vivienda, de entre el Censo de 1980 y el realizado en 1990, lo que a la vista indica una mejoría de las condiciones habitacionales de la población. Lo que en realidad existe es que el acceso a la gran mayoría de la población a la vivienda se realiza a través de un Sistema Habitacional, es decir, un conjunto diversificado de formas de producción, de circulación (mercantil o no) y de Tenencia (propiedad, alquiler, vivienda compartida, etc.), cada una de las cuales está en fuerte interdependencia con las demás.

Otra cifra engañosa; del 100 % de la inversión pública para la vivienda, el 85 % no es tal, proviene en realidad, no de los recursos fideales del Estado, sino de los particulares a través de los depósitos bancarios, (FOVI-BANCA), de las aportaciones patronales del 5% sobre la masa salarial (INFONAVIT) y de la recuperación de créditos hipotecarios otorgados a las familias beneficiarias.²

FOVI-BANCA incrementó entre 1984 y 1986 su oferta de vivienda del 3 al 6 %, manteniendo su oferta habitacional entre 3,000 y 4,000 viviendas, pero seleccionó a sus clientes, a quienes les incrementó los enganches requeridos y los otorgó a adquirentes con mayores ingresos, es decir, no aportó vivienda para la clase popular.

Ultimo dato ejemplificador, FONHAPO destinó la mayor parte de sus recursos en programas de " pie de casa " y " lotes y servicios ", dentro de la política de " hacer más con menos ". Estas acciones de vivienda, en vez de financiar más viviendas, su accionar se limita al mejoramiento de la vivienda existente pero deteriorada, a créditos para remisión de pasivos y adquisición de vivienda a terceros.

Podemos concluir entonces que los Organismos Públicos, Sociales y Privados no satisfarán las necesidades de vivienda actuales, por lo menos a corto plazo, por lo que nos hemos permitido hacer un somero análisis de una forma más para tratar de abatir el déficit de vivienda en México, principalmente en las grandes ciudades y dirigidas las acciones a las clases populares.

² COULOMB, René, El acceso a la vivienda en la Ciudad de México, CENVI, A.C., 1995, pp. 157 a 168.

Es viable la inversión privada para la construcción de vivienda popular, es viable pensar que una parte del ahorro interno nacional sea dirigido hacia la construcción, mejoramiento y adquisición de viviendas populares utilizando los Contratos de Mutuo con Garantía Hipotecaria, así el inversionista privado, a la vez que apoya a las clases más necesitadas se garantiza de su inversión, dado que una muy infima captación del ahorro interno nacional se destina a este rubro, mientras que el Gobierno Federal se esfuerza cada día más en pagar a sus acreedores extranjeros.

El capital privado también tiene el derecho y la obligación de aportar su esfuerzo para abatir el déficit de vivienda, el Contrato de Mutuo, con interés o sin él, con Garantía Hipotecaria, es una vía adicional a los esfuerzos existentes, por parte de los sectores que actualmente actúan, la legislación civil no lo impide, las necesidades de vivienda lo exigen.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- AGUILAR CARBAJAL, Leopoldo, — Contratos Civiles, Editorial Hagtam, México, 1964.
- 2.- ARCE GARGOLLO, Javier,— Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Trillas, México, 1991.
- 2.a.- BAÑUELOS SANCHEZ, Froilan,— De la Interpretación de los Contratos y de los Testamentos, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1975.
- 3.- BARRERA GRAFF, Jorge, — Concepto y Requisitos de la Sociedad en el Derecho Mexicano, Revista de la Facultad de Derecho de México, Tomo XX, Julio-Dic. 1970.
- 4.- BARRERA GRAFF, Jorge,— La Representación Voluntaria en el Derecho Privado, Instituto de Derecho Comparado, U.N.A.M., México, 1967.
- 5.- BORJA MARTINEZ, Manuel, — Análisis del Efecto de la Condición Suspensiva Sobre la Obligación y el Negocio Jurídico que le da origen. Artículo publicado en el libro Estudios Jurídicos, que en homenaje a Manuel Borja Soriano presenta la Universidad Iberoamericana; Edit. Porrúa, México, 1969.
- 6.- BORJA MARTINEZ, Manuel, El Contrato Atípico, Artículo publicado en " El Foro", Órgano de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, Quinta Época, México, Num. 19, Jul-Sept. 1970.
- 7.- BORJA SORIANO, Manuel. — Teoría General de las Obligaciones, Sexta Edición, Editorial Porrúa, México, 1970.
- 8.- CAPITANT, Henri, — De la Causa de las Obligaciones, Editorial Góngora, Madrid, España, 1928.
- 9.- CASTAN TOBEÑAS, José, — Derecho Civil Español Común y Floral, Tomo III, Editorial Reuss, Madrid, 1968.
- 10.- DE PINA, Rafael,— Elementos de Derecho Civil Mexicano, Tomo IV. Primera Edición, (Contratos en Particular), Editorial Porrúa, México, 1961.
- 11.- DIEZ -PICAZO, Luis y GUILLON, Antonio,— Sistema de Derecho Civil, Vol. II, Las Relaciones Obligatorias en Particular, Editorial Tecnos, 1a. Edición, Madrid, 1977.
- 12.- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, 26 Tomos, Buenos Aires, Argentina, 1976.
- 13.- ENNECCERUS, Lurwig,— Tratado de Derecho Civil, Derecho de las Obligaciones, Tomo II, Vols. I, II, y III y Parte General, Tomo V, Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1966.
- 14.- FLORIS MARGADANT, Guillermo,— El Derecho Privado Romano, 2a. Edición, Editorial Esfinge, México, 1965.

15.- FUEYO LANERO, Fernando.— Derecho Civil, Tomo Quinto, Volumen II. (contratos Preparatorios), 2a. Edición, Santiago de Chile, 1964.

16.- GALINDO GARFIAS, Ignacio.— El Contrato Preliminar. Conferencia publicada en la revista " El Foro ", Organo de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Quinta Epoca, Núm. 19, Julio-Sept. 1970, México.

17.- GARCIA LOPEZ, Agustín.— Apuntes de Contratos, dos partes, Publicación Mimeográfica, Facultad de Derecho, U.N.A.M., México, (sin fecha).

18.- GARCIA MAYNEZ, Eduardo.— Introducción al Estudio del Derecho, 15a. Edición, Editorial Porrúa, México, 1968.

19.- GORLA, Gino.— El Contrato, Traducción de José Ferrandis Vilella, Tomos I Y II, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, España, 1959.

20.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, —Derecho de las Obligaciones, Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1995.

21.- ROJINA VILLEGAS, Rafael.— Compendio de Derecho Civil, Editorial Porrúa, México, 1991.

22.- VASQUEZ DEL MERCADO, Oscar, — Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, México, 1994.

L E Y E S

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA