

381
Li



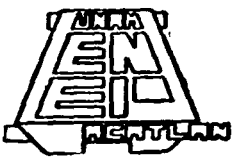
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Escuela Nacional de Estudios
Profesionales "Acatlán"



CONTRATO DE MUTUO CON GARANTIA
HIPOTECARIA

T E S I S
Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO
P r e s e n t a:
GABRIELA TREJO GALLEGOS



Director de Tesis:
Lic. José Nuñez Castañeda

Naucalpan de Juárez, Estado de México 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.

**ESTA TESIS FUE ELABORADA, BAJO LA ASESORÍA Y
DIRECCIÓN DEL LICENCIADO JOSÉ NUÑEZ
CASTAÑEDA, CON AGRADECIMIENTO Y ADMIRACIÓN.**

A MIS PADRES:

CON EL MAS PROFUNDO AMOR Y GRATITUD

A MI TÍO PEPE:

**CUYOS CONSEJOS Y AYUDA HAN
SIDO DEFINITIVOS EN MI VIDA.**

A MIS QUERIDOS HERMANOS.

**AL LICENCIADO ADOLFO GONZÁLEZ
BETANCOURT
CON SINGULAR AFECTO, DE QUIEN
SIEMPRE HE RECIBIDO APOYO Y MOTIVACIÓN
CONSTANTE.**

**A MIS MAESTROS Y AMIGOS
POR SU RECUERDO SIEMPRE GRATO.**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO: CON MI MAYOR GRATITUD, LEALTAD Y
RESPECTO.**

**UN ESPECIAL AGRADECIMIENTO POR SU
PACIENCIA Y APOYO AL CORPORATIVO RECURSOS
HUMANOS GRUPO ICA.**

CONTRATO DE MUTUO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

ÍNDICE

ABREVIATURAS	iii
---------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1

1. Del contrato en general	1
1.1. Concepto de contrato	1
1.2. Elementos de existencia.....	3
1.3. Elementos de validez	8
1.4. Clasificación de los contratos	15
1.4.1. Desde el punto de vista doctrinario	15
1.4.2. Desde el punto de vista del Código Civil para el Distrito Federal	16

CAPITULO 11

2. Del contrato de mutuo	18
2.1. Concepto	18
2.2. Tipos de contrato de mutuo.....	20
2.2.1. mutuo simple.....	20
2.2.2. mutuo con interés.....	20
2.3. Clasificación	22
2.4. Elementos del contrato.....	23
2.4.1. personales.....	23
2.4.2. reales.....	24
2.4.3. formales.....	26
2.5. Obligaciones de las partes	29
2.5.1. mutuante	29
2.5.2. mutuario	31
2.6. Forma de garantizar el contrato.....	32

CAPITULO 111	
3. De la hipoteca.....	34
3.1. Concepto	34
3.2. Tipos de hipoteca	35
3.3. Clasificación	37
3.4. Elementos.....	37
3.4.1. personales.....	37
3.4.2. reales.....	38
3.4.3. formales.....	39
3.5. Juicio hipotecario.....	42
CAPITULO IV	
4. Problemática.....	63
4.1. La fijación del interés.....	63
4.2. Las penalidades.....	71
4.2.1. concepto de pena convencional.....	71
4.2.2. función de la pena	73
4.2.3. penalidades usuales.....	73
4.2.3.1. interés moratorio	73
4.2.3.2. cantidades adicionales.....	76
4.3. Aspectos fiscales.....	79
4.4. Propuestas.....	82
CAPITULO V	
5. Conclusiones.....	86
BIBLIOGRAFÍA.....	90

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
C.C.	Código Civil
Const.	Constitución
C. Comercio	Código de Comercio
C.V.	Capital Variable
CFF	Código Fiscal de la Federación
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimientos Civiles
D.F.	Distrito Federal
etc.	Etcétera
IVA	Impuesto al Valor Agregado
LFPC	Ley Federal de Protección al Consumidor
LISR o ISR	Ley de Impuesto de Impuesto Sobre la Renta
Op. Cit.	opus cita (obra Citada)
Pag. o Pags.	Página o páginas
S.A.	Sociedad Anónima

INTRODUCCIÓN

1. DEL CONTRATO EN GENERAL

1.1. CONCEPTO DE CONTRATO

Al elaborar el presente trabajo nos encontramos con diversas dificultades. Una de ellas fue comprender que para la realización satisfactoria de esta tesis era de vital importancia esclarecer algunos puntos sobre los contratos en general, pues es necesario conocer las características relativas a todos los contratos para poder estudiar y comprender un contrato en particular, como lo es por ejemplo, el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, materia de la presente tesis.

Existen un sin número de definiciones acerca del contrato, nosotros hicimos una elección de las que nos parecieron mas exactas y con un mayor grado de comprensión. Así mismo cabe aclarar que consideramos de gran importancia identificar la diferencia entre contrato y convenio.

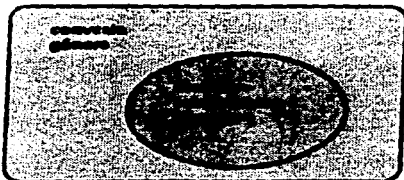
Nuestra legislación nos define al convenio como *"...acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones."* Art. 1792 CC para el D.F.

Y respecto de la definición de contrato expone: *"Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos."* Art. 1793 CC para el D.F.

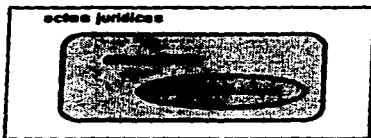
Entre los especialistas que se dedican al estudio de los contratos se perciben diversos enfoques. Estos se diferencian por el énfasis o peso otorgado a una parte de la definición legal.

Tenemos por ejemplo a Sánchez Meda, éste autor resalta la diferencia entre "contrato y convenio, pues considera a éste la espe-

cie y a aquél el género...."(1). Es decir si usamos un modelo gráfico, entenderíamos al género (convenio) como el conjunto universal y a la especie (contrato) como un subconjunto del anterior.



Miguel Ángel Zamora y Valencia, agrega un elemento al concepto establecido de contrato y convenio. Menciona que "En el derecho positivo mexicano,....ambos son a su vez, especies de actos jurídicos....." (2). Utilizando el mismo modelo para explicar la definición de Sánchez Meda! quedaría de la siguiente forma:



- 1 Sánchez Meda!, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa. México. Distrito Federal. 1989. Página 4
2 Zamora y Valencia, Miguel. CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa. México. Distrito Federal. 1992. Página 21

Para Rafael De Pina Vara, contrato significa: "Convenio en virtud del cual se produce o se transfiere una obligación o un derecho." (3).

Es de hacerse notar que todas las disposiciones jurídicas aplicables a los contratos lo son también a los convenios y demás actos jurídicos, como lo establece el artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal: "Las disposiciones legales sobre los contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

Para efectos de este trabajo de tesis se considerará al contrato como ACUERDO DE VOLUNTADES DE DOS O MAS PERSONAS, PARA CREAR O TRANSMITIR DERECHOS Y OBLIGACIONES.

1.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA

El contrato consta de dos tipos de elementos, los elementos de existencia y los elementos de validez, los primeros en estudiarse serán los de existencia, que a su vez se componen del consentimiento y del objeto.

Es importante notar lo que nos menciona el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal "Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato."

3 De Pina Vara, Rafael. DERECHO CIVIL MEXICANO. Editorial Porrúa. México. Distrito Federal. 1992. Página 35

Al analizar los elementos de existencia, concretamente al consentimiento, deberemos de estudiarlo como un acuerdo de voluntades; Existen cuatro características de la voluntad a saber:

- A) voluntad real
- B) voluntad seria
- C) voluntad exteriorizada
- D) voluntad con determinado contenido para obligarse

Real.- Se refiere al deseo verdadero de comprometerse, de obligarse. Este ánimo de contratar debe ser serio y preciso, para poder llevar a cabo el compromiso adquirido.

El consentimiento, a la hora de establecerse la obligación, deberá ser exteriorizado de una manera clara, ya sea expresa o tácita, estando obligado a contratar con un contenido lícito y real.

El consentimiento, como acuerdo de voluntades, reconocido también como concurso de voluntades, existirá siempre y cuando las partes contratantes coincidan para llegar a celebrar el compromiso adquirido. Regularmente antes de llegar a este concurso de voluntades se realizan conversaciones y tratos previos, para que se pueda alcanzar el momento en donde las partes estén totalmente de acuerdo y se realice la contratación.

Es de resaltar que las partes deberán actuar de buena fe para lograr el buen funcionamiento del acuerdo de voluntades y poder celebrar el contrato de manera idónea para ambas partes. Cuando alguna de las partes no está en armonía con lo pactado, no se establece el acuerdo de voluntades, y da como resultado la existencia del error obstáculo, que impide el consentimiento.

Error.- Conocimiento equivocado de la realidad.

El error obstáculo se divide en:

- A) error sobre el objeto cosa del contrato.**
- B) error sobre la clase de contrato que se celebra**

Quando **NO** hay acuerdo de voluntades existen deseos diferentes, no hay coincidencia en la forma de pactar, por lo tanto no se puede celebrar el contrato. Esta diversidad de voluntades deriva en dos tipos de errores, uno de ellos el error sobre el objeto cosa del contrato, se refiere a cuando las partes no se ponen de acuerdo en la identidad del objeto cosa del contrato. Y en el error sobre la clase de contrato a celebrar, la confusión es referente al contrato que desean celebrar, como muestra se puede citar cuando una de las partes desea celebrar un contrato en particular y la otra desea contratar otro tipo diferente.

El segundo elemento de existencia es el objeto

- A) dar**
- B) hacer**
- C) no hacer**

Lo anterior es en relación a que el objeto de un contrato es la creación o la transmisión de obligaciones o derechos.

El objeto de las obligaciones o derechos deberá de responder a las acciones de dar , hacer y de no hacer.

Ampliando el concepto, hay que tomar en cuenta que existen el objeto cosa del contrato y el objeto hecho del contrato, que serán analizados a continuación:

El objeto cosa del contrato deberá

- A) existir en la naturaleza**
- B) ser determinado o determinable en cuanto a su especie**
- C) estar dentro del comercio**

El objeto hecho del contrato puede ser

- A) positivo, hacer una cosa
- B) negativo, no hacer una cosa

En ambos casos debe ser

- A) posible
- B) lícito

El objeto cosa del contrato debe de existir en la naturaleza, ser determinado o determinable en cuanto a su especie, cantidad y calidad, y además deberá de existir en el comercio, son requisitos indispensables para contratar.

Las cosas futuras pueden ser objeto del contrato, por ejemplo cuando se celebra la compraventa de esperanza (de una cosecha), tomando en consideración que el acuerdo de voluntades y la contratación son efectuadas con anterioridad a la recolección del objeto cosa del contrato. Es de hacer notar que para la elaboración de este contrato se deberá de tomar en cuenta ciertas características, como lo son el clima, el precio estimativo del producto al momento del levantamiento, etc. El comprador asume el riesgo de existencia futura del bien.

Una cosa futura está en la naturaleza porque nada impide que pueda existir.

Art. 1826 CC para el D.F. "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento":

La cosa objeto del contrato será un cuerpo cierto y concreto, por ejemplo una casa ubicada en tal calle de tal colonia; En género podrían considerarse cinco toneladas de maíz o de arroz, etc. Al

celebrarse el contrato, puede el objeto no estar individualizado o concretizado, pero deben existir los elementos necesarios para que se pueda individualizar.

La cosa objeto del contrato debe de estar en el comercio, es decir, debe ser susceptible de apropiación privada, por lo que no podrán ser objeto cosa del contrato aquello que este fuera del comercio, por su naturaleza o por ley.

No todos los bienes pueden ser objeto cosa del contrato, por ejemplo el estado civil de las personas, los derechos de la personalidad. Tampoco podrán ser objeto cosa de los contratos, en forma libre, la disposición de órganos y tejidos de seres humanos, incluyendo a los cadáveres, ya que en este tipo de actividad contienen diversas restricciones reglamentadas en la Ley General de Salud.

El objeto hecho del contrato deberá de ser posible natural y jurídicamente; El hecho posible naturalmente se refiere a un hecho que es compatible con una ley de la naturaleza, y el hecho jurídicamente posible alude a la idea de un hecho legalmente imposible, por ejemplo recibir en herencia algo propio.

Referente a que el objeto hecho del contrato debe ser lícito, mencionaremos lo que nuestra legislación nos indica como hecho ilícito a manera de establecer la diferencia entre dos conceptos contrarios *"Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres."* Art. 1830 CC para el D.F.

La solemnidad es una figura íntimamente relacionada con los elementos de existencia del contrato; Ésta se refiere a las formalidades establecidas en determinados casos por las leyes para tener por existente el contrato.

La solemnidad es un rito necesario para la creación del acto jurídico. Se localiza en derecho familiar.

1.3. ELEMENTOS DE VALIDEZ

- A) capacidad
- B) ausencia de vicios del consentimiento
- C) forma (en los casos exigidos por la ley)
- D) fin o motivo determinante lícito

Ramón Sánchez Medal, cita un quinto elemento que se requiere por la ley para la eficacia absoluta o relativa de cada contrato, hace mención a: " la legitimación para celebrar cada contrato,....." (4).

El primer elemento de validez de los contratos es la capacidad de las partes para contratar, para comprender este elemento comenzaremos con definir a la capacidad y a la incapacidad.

La capacidad de contratar se refiere a la aptitud legal que una persona posee para poder contratar por si sola, sin la asistencia de otra persona o de un representante legal. Y la incapacidad se refiere a la limitante que posee una persona para poder contratar por si sola. A continuación expondremos lo que el Código Civil para el Distrito Federal nos expone relativo a la personas que serán consideradas como incapaces *"Tienen incapacidad natural y legal:*

I.- Los menores de edad

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 a la alteración en la inteligencia que ésto les provoque que no puedan gobernarse, obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio."
Art. 450 del Código Civil.

Son capaces para contratar los menores de edad cuando lo hacen sobre bienes que han adquirido con el producto de su trabajo, pero tratándose de bienes inmuebles deberán de tener autorización judicial si se desean vender o gravar dichos inmuebles.

Otro ejemplo es cuando dos menores de edad desean contraer matrimonio, estas dos personas deberán estar sujetas al consentimiento de otras personas o autorización judicial para celebrar el contrato nupcial, pero ellas expresan su voluntad de casarse.

Hay una figura muy interesante relativa a la capacidad de contratar que es la formalidad habilitante...., que es la autorización...." (5). Es decir, la formalidad habilitante es el poder judicial otorgado a una persona capaz para realizar determinado contrato. Por ejemplo, cuando un extranjero desea comprar algún bien inmueble que se encuentra en territorio mexicano deberá de obtener permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, lo anterior con el objeto de proteger la soberanía nacional. Es de aclarar que en el ejemplo anterior la persona extranjera goza de capacidad de ejercicio, pero requiere de autorización para celebrar al adquisición antes mencionada.

El segundo de los requisitos de validez es la ausencia de vicios en el consentimiento.

Vicios del consentimiento

A) vicios que afectan a la inteligencia:
error, mala fe y dolo

5 **Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pág. 46**

B) vicios que afectan a la libertad:
violencia, lesión

Ahora analizaremos el concepto vicios del consentimiento, al esquematizar el precepto consideramos pertinente copiar el artículo 1795 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra dice:

"El contrato puede ser invalidado:

I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II. Por vicios del consentimiento;

III. Porque su objeto, o su motivo fin, sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

Dentro de los vicios del consentimiento se encuentran clasificados los vicios que afectan a la inteligencia, como el error, que es una percepción falsa de la realidad. La mala fe se refiere a cualquier actitud con el propósito de obtener una ventaja injusta en perjuicio de alguien y el dolo se refiere a la maquinación que sirve para engañar a la otra parte. En la práctica se maneja la semejanza entre dolo y mala fe.

A continuación explicaremos ampliamente lo relativo al error y al dolo, dos figuras íntimamente relacionadas con los vicios del consentimiento.

Error

- A) error obstáculo
- B) error nulidad
- C) error indiferente

El error obstáculo, ya visto, produce la inexistencia del contrato. El error nulidad es el que hace anulable el contrato, por último el error indiferente es aquel que no afecta la validez del contrato.

Existe otro tipo de error que la doctrina establece, el error de buena fe, que es aquel que se presenta cuando las personas que celebran el contrato creen que actúan conforme a la ley.

El dolo, es "Mala fe, maquinación o artificio de que se sirve un contratante para engañar al otro." (6). La palabra dolo significa cualquier sugestión o artificio que se emplea para inducir al error o a mantener en él a alguno de los contratantes.

Hay

- A) dolo bueno,
- B) dolo principal,
- C) dolo incidental,
- D) dolo bilateral,
- E) dolo proveniente de un tercero.

La simulación, al presentarse en forma de exageración de las cualidades o el valor de la cosa, solo da como resultado el dolo bueno. Este tipo de maquinación no afecta la validez del contrato, esta actividad es practicada entre los comerciantes. Otro tipo de dolo es el principal, configurándose cuando se induce mediante maquinaciones, a una de las partes a contratar, tomando en consideración que de no hacerse no se hubiera contratado. Cuando se contrata en condiciones mas favorables o menos favorables para una de las partes tendremos el dolo incidental. Si de las dos partes se conducen con dolo se hablará de dolo bilateral. El dolo proveniente de un tercero será cuando de éste, y no de las partes, provengan sugestiones o artificios que configuren el dolo.

Retomando el tema, otro tipo de vicios del consentimiento son los que afectan a la voluntad a saber: violencia y lesión. La violencia se presenta cuando se emplea la fuerza o se priva de la libertad al contratante. Hay violencia cuando hay intimidación y temor, también

se da este concepto al existir amenazas para la persona que contrata o para individuos cercanos a éste.

"Violencia.- Acción física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona sobre quien se ejerce." (7).

Para dar el concepto de lesión, atenderemos a la definición proporcionada por Rafael de Pina Vara "vicio del que resulta afectado un contrato....cuando existe en el una desproporción inequitativa entre las prestaciones recíprocas de las partes...." (8).

En todas las relaciones humanas regularmente aparecen figuras como la egolatría, el personalismo y beneficio propio. Al pactar las dos partes se obligan considerando el provecho que se va a obtener, pero cuando una de las partes concede a la otra provechos superiores en relación a las prestaciones que va a recibir se habla en este momento de lesión, es decir, no hay equilibrio entre lo que se recibe y lo que se da.

El elemento subjetivo de la lesión nos lo proporciona el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal a saber: *"Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, mas el pago de los correspondientes daños y perjuicios.*

El derecho concedido en este artículo dura un año."

7 De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 387

8 De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 370

La forma es otro elemento de validez.- La forma es elemento de validez en los casos exigidos por la ley, esta idea se refiere a la manera de externar la voluntad.

Para ampliar este concepto de forma se requiere citar algunos artículos del Código Civil para el Distrito Federal:

"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." 1832.

"Cuando la Ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; Pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrato la forma legal." 1833.

"Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se les imponga una obligación.

Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó." 1834.

Para terminar con este apartado estudiaremos a continuación el objeto, fin o motivo determinante lícito, como un elemento de validez dentro del contrato.

Dentro del contenido de un contrato deberán de existir los elementos antes mencionados, quiere decir que el objeto del pacto no podrá ser contrario a derecho. Las cláusulas del mismo deberán estar en relación directa con las normas de derecho y el orden social.

Los fines que deseen alcanzar los contratantes dan razón al acto jurídico proporcionando validez al contrato, es decir, es importante tener un fin o motivo determinante lícito, para que el contrato no pueda ser invalidado.

Es importante mencionar que por hecho lícito deberá considerarse como todo aquello que está de acuerdo con las leyes del orden público y con las buenas costumbres.

Ahora estableceremos lo relativo a la nulidad, concepto íntimamente relacionado con los elementos de validez.

Nulidad.- Ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de la ilicitud de su objeto o de su fin, de la carencia de los requisitos esenciales exigidos para su realización, o de la concurrencia de algún vicio de la voluntad en el momento de su celebración". (9).

Existen dos tipos de nulidad y nuestro Código Civil nos lo menciona de la siguiente manera:

Artículo 2226.- " La nulidad absoluta por regla general no impide que el acto produzca provisionalmente sus efectos, los cuales serán destruidos retroactivamente cuando se pronuncie por el juez la nulidad. De ella puede prevalerse todo interesado y no desaparecer por la confirmación o la prescripción."

Artículo 2227.- "La nulidad es relativa cuando no reúne todos los caracteres enumerados en el artículo anterior. Siempre permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos."

1.4. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

1.4.1. DESDE EL PUNTO DE VISTA DOCTRINARIO

Según Rojina Villegas, los contratos se clasifican en:

- A) bilaterales y unilaterales
- B) onerosos y gratuitos
- C) conmutativos y aleatorios
- D) reales y consensuales
- E) formales y consensuales
- F) principales y accesorios
- G) instantáneos y de tracto sucesivo

El contrato unilateral es aquel contrato mediante el cual las obligaciones son para una de las partes y los derechos son para la otra parte. El contrato bilateral es el acuerdo de voluntades mediante el cual se generan obligaciones y derechos de ambas partes.

El contrato oneroso es el que impone provechos y gravámenes recíprocos. El gratuito es aquel en que los provechos son de una parte y los gravámenes de la otra.

Los contratos conmutativos son aquellos en los cuales los provechos y gravámenes son ciertos y conocidos desde el momento de acordar el contrato. Los aleatorios son cuando esos provechos y gravámenes están sujetos a condición o término.

Los reales son los que se constituyen con la entrega de la cosa. Cuando se habla de un contrato consensual en oposición a real se está hablando de un contrato que no requiere la entrega y basta el consentimiento.

Los contratos formales son aquellos en los cuales el consentimiento debe de otorgarse por escrito como un elemento de validez. Consensual, en oposición a formal, será cuando no necesite

para su validez constar por escrito, pues basta su conformación verbal o tácita.

Los contratos principales son aquellos que para existir no requieren de nada, existen por si solos. Los accesorios existen siempre y cuando se apoyen de un principal, o de una obligación preexistente.

Los contratos instantáneos son aquellos en que las prestaciones de las partes pueden ejecutarse o pueden cumplirse en un solo acto, por ejemplo la compraventa. Los de tracto sucesivo son aquellos en los que el cumplimiento de las prestaciones se realiza en un periodo determinado, por ejemplo el contrato de arrendamiento.

Otra clasificación doctrinal acerca de los contratos es:

- A) preparatorios
- B) principales
- C) accesorios

1.4. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

1.4.2. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Nuestro Código Civil contempla la clasificación de los contratos de acuerdo a su articulado de la manera siguiente:

- A) unilateral
- B) bilateral
- C) oneroso
- D) gratuito
- E) oneroso conmutativo
- F) aleatorio

De los anteriores tipos de contratos solo nos falta definir al oneroso conmutativo y al aleatorio, que procederemos a exponer:

Es oneroso conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se acuerda el contrato, para tener el efecto de que las partes desde el primer momento ya saben que beneficios o que perjuicios les va a ocasionar el contratar. "Es aleatorio cuando la cuantía de la prestación debida depende de un acontecimiento incierto." (10).

10 Treviño García, Ricardo. CONTRATOS CIVILES Y SUS GENERALIDADES. Editorial Font. S.A. Guadalajara Jalisco. México. 1992. Tomo I. Página 79

CAPITULO II

2. DEL CONTRATO DE MUTUO

2.1 CONCEPTO

Una vez explicado el contrato en general, a continuación se explicará lo relativo al contrato de mutuo, materia de nuestro segundo capítulo. Para comprender con mayor precisión el concepto de contrato de mutuo expondremos de manera resumida y concreta la definición de diversos autores.

Antes que nada expondremos la definición de contrato de mutuo que nos proporciona el Código Civil para el Distrito Federal:

Artículo 2384.- "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 mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad".

Sánchez Meda se concreta a citar "...al mutuo dentro de los contratos traslativos de la propiedad....." (11); pues al celebrarse este tipo de contrato se transmite la propiedad en forma de préstamo, ya que el mutuante se compromete a devolver un tanto igual a lo prestado, en la misma cantidad y especie.

Posteriormente, el autor hace referencia a la importancia del concepto manejado por el Código Civil y citado por nosotros anteriormente.

El contrato de mutuo, según Miguel Ángel Zamora y Valencia; "...es aquel por virtud del cual una persona llamada mutuante se obliga a entregar a la otra llamada mutuario, una suma de dinero u

11 Sánchez Meda, Ramón. Op. Cit. Pág. 217

otros bienes fungibles, quien se obliga a restituir en cierto plazo, otro tanto de la misma especie y calidad y que produce el efecto traslativo de dominio respecto de las cosas que constituyen el objeto del contrato." (12).

Miguel Ángel Zamora y Valencia nos menciona una similitud interesante con el mutuo en el derecho argentino. Destaca el mutuo o empréstito de consumo, mediante el cual la cosa mutuada se destina al consumo y el mutuario se obliga a restituir la cosa en determinado tiempo en igual calidad y cantidad; El artículo 2240 del Código Argentino establece que hay mutuo o empréstito de consumo, "cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido, igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad". (13).

Rafael de Pina Vara, en su libro DERECHO CIVIL MEXICANO, establece una diferencia entre el contrato de mutuo y el contrato de comodato, que resulta de gran importancia, pues ambos contratos son de préstamo, con la diferencia que destaca el autor a saber: "El Mutuo ha sido concebido tradicionalmente como un préstamo de consumatione, de signo contrario al comodato, que aparece como un contrato de uso y disfrute, en el cual, la cosa entregada como objeto del mismo ha de ser necesariamente devuelta". (14).

Podemos concluir que el mutuo es el contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles a otra persona denominada mutuario, quien a su vez se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

-
- 12 Zamora y Valencia, Miguel. Op. Cit. Pág. 145
 - 13 Zamora y Valencia, Miguel. Op. Cit. Pág. 145
 - 14 De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 89

Existen dos tipos de contrato de mutuo, a saber: mutuo simple y mutuo con interés, el primero se establece cuando **NO** se pacta algún tipo de interés o premio; y el segundo será cuando se acuerde pagar ese interés.

2.2 TIPOS DE CONTRATO DE MUTUO

2.2.1. MUTUO SIMPLE

2.2.2. MUTUO CON INTERÉS

El contrato de mutuo se clasifica en mutuo simple, que es el préstamo gratuito y con interés, que es el préstamo oneroso.

Nuestro código civil para el Distrito Federal nos enuncia en su artículo 2393.- *"Es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya consista en géneros"*. Hay que considerar dos tipos de interés:

- A) legal
- B) convencional

El interés legal es el que fija el Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2395, al estipular el 9% anual; el interés convencional es el que fijan las partes y puede ser mayor o menor que el legal.

En la vida diaria se estipulan intereses muy por encima del interés legal, dando como resultado la posibilidad de abusos por parte de los acreedores.

A lo anterior y como limitante, nuestro Código Civil nos menciona *"...cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez,*

teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal." Art. 2395.

El artículo antes citado no obstante que previene una posible lesión dentro del mutuo, no establece en específico que tan desproporcionado deberá de ser el interés para concluir que se ha abusado pecuniariamente del deudor, y que especiales circunstancias deberán de tomarse en cuenta para reducir ese interés hasta el tipo legal. Ya que contiene una redacción oscura y no determina los elementos a considerar.

Otro aspecto de defensa ante el abuso provocado por el cobro desmedido del interés convencional, encuentra su limitante dentro del Art. 2396 del multicitado Código. *"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 los intereses vencidos"*.

Otra clasificación del contrato de mutuo, lo divide en:

- A) civil
- B) mercantil, cuando las cosas se destinan a actos de comercio.

Dentro del mutuo mercantil se deben considerar tres preceptos:

- 1.- El contrato celebrado debe de expresar y contener la obligación de que las cosas prestadas sean destinadas a actos de comercio.

Artículo 358 del Código de Comercio: *"Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes"*.

- 2.- Que este contrato se celebre entre comerciantes.

La Ley reputa actos de comercio: Artículo 75 Fracción XXI Código de Comercio: *"las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;...."*

3.- Algunas operaciones pasivas de los bancos

La ley reputa actos de comercio: Artículo 75 Fracción XIV, Código de Comercio.- *"las operaciones de bancos;...."*

Un ejemplo son los depósitos bancarios de dinero, el mutuante o depositante busca la custodia segura para su dinero y lo deposita en un banco, pero la verdadera naturaleza jurídica de esa actividad es la de un contrato de mutuo con o sin interés, por lo que el cliente transmite al banco cierta cantidad de dinero, que este se compromete a devolver en misma especie y cantidad al cabo de cierto tiempo, pudiéndose pactar el pago de intereses o réditos, aunque el móvil del cliente sea solo el depósito y guarda de su dinero.

El préstamo mercantil es generalmente un préstamo con interés.

"Los deudores que demoren el pago de sus deudas deberán satisfacer, desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado para este caso, o en su defecto el seis por ciento anual..."
Art. 362 Código de Comercio.

2.3 CLASIFICACIÓN

"Es un contrato bilateral; consensual por oposición a real, dado que no se requiere de la entrega de la cosa para el perfeccionamiento del contrato, y también por oposición a formal, por no requerir ninguna formalidad su celebración; Y es un contrato gratuito, cuando es un

préstamo simple o sin interés, u oneroso, en caso del mutuo con interés". (15).

Es consensual por oposición a formal, dado que no es necesaria la firma de ningún documento ni llenar ninguna otra formalidad para la celebración de este contrato, pero hay que probar en alguna forma la entrega de la cosa por el mutuante al mutuario.

Existen diversas clasificaciones de contrato de mutuo, se dice que es bilateral, oneroso o gratuito, real y consensual, formal y principal, instantáneo y de tracto sucesivo, conmutativo, típico y por último nominado; En su clasificación general es traslativo de dominio.

2.4. ELEMENTOS DEL CONTRATO

2.4.1. PERSONALES

A) personales
mutuante
mutuario

Los elementos personales son el mutuante, quien es el que otorga el préstamo y el mutuario, quien lo recibe.

Dentro de los elementos personales del contrato de mutuo es importante destacar estos preceptos esenciales para la celebración del mismo:

La capacidad de las partes debe ser la capacidad general para poder disponer de los bienes sobre los que se celebre el contrato.

La ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto motivo o fin del contrato.

En los casos de mutuo con interés son llamados también prestamista y prestatario. Las dos partes solo requieren "...la capacidad general para contratar. Sin embargo, también un menor de edad puede ser mutuario o mutuuario, cuando este ausente su representante legítimo, y necesite dinero o bienes fungibles para proporcionarse alimentos, ya que en tal contrato no es nulo el mutuo celebrado por dicho menor." (16).

El Artículo 2392 del Código Civil.- *"No se declararán nulas las deudas contraídas por el menor para proporcionarse los alimentos que necesite cuando su representante legítimo se encuentra ausente."*

2.4. ELEMENTOS DEL CONTRATO

2.4.2. REALES

Los elementos reales del contrato de mutuo son: Una suma de dinero o las cosas fungibles que son bienes que pueden ser sustituibles unos por otros de la misma especie, calidad y cantidad.

Artículo 763 del Código Civil.- *"Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. Pertenecen a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad..."*

Los no fungibles son los que no pueden ser sustituidos por otros de la misma especie y calidad.

Artículo 2388 del Código Civil.- *"Si no fuere posible al mutuario 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."*

Un aspecto interesante nos lo cita Sánchez Meda, en su libro **DE LOS CONTRATOS CIVILES**, al sostener que la moneda extranjera puede ser objeto de mutuo, pero conforme a la Ley Monetaria, el mutuario puede devolver la moneda extranjera o su equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio vigente en el momento de hacer el pago.

Artículo 2389 del Código Civil.- *"Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la Ley Monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta que el pago debe de hacerse en moneda extranjera, la alteración que ésta experimente en valor será, en daño o en perjuicio del mutuario."*

En cuanto al pago en moneda extranjera la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 8 nos expone: *"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..."*

"Las obligaciones de pago en moneda extranjera, contraídas dentro de la República para ser cumplidas en ésta se solventarán en los términos del artículo octavo 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, o que, tratándose de otras operaciones, la moneda en que se contrató originalmente la obligación fue en moneda nacional de cualquier clase; en estos casos las obligaciones de referencia se solventarán

en moneda nacional, en los términos de esta ley, al tipo que se hubiere tomado en cuenta al efectuarse la operación para hacer la conversión de la moneda nacional recibida, a la moneda extranjera o si no es posible fijar este tipo, al que haya regido el día en que se contrajo la obligación". Art. 9 transitorio de la Ley Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 1935, que reformó diversos artículos de la Ley Monetaria.

Por ejemplo, la celebración del contrato de mutuo en moneda extranjera, que realizan las instituciones de crédito; al transcurrir el tiempo y tomando en consideración factores como la inflación, y la devaluación, el capital prestado y los intereses, se ven incrementados, dando como resultado un crédito impagable y generando movimientos como EL BARZÓN.

2.4. ELEMENTOS DEL CONTRATO

2.4.3. FORMALES

A) consentimiento

"Debe existir un acuerdo de voluntades para entregar los bienes fungibles y para restituir otros de la misma especie y calidad con el objeto de que opere la transmisión de dominio de esos bienes; Y con el simple acuerdo de voluntades en tal sentido, se perfecciona el contrato, sin que sea necesario entregar la cosa." (17).

Expondremos brevemente el significado de objeto y forma en el mutuo, figuras íntimamente relacionadas con el consentimiento:

"El objeto, las cosas, como contenido de las obligaciones de dar de las partes, deben de ser bienes fungibles." (18).

"La forma, las partes pueden pactar libremente la manera de exteriorizarse el consentimiento, ya que la ley no establece para este contrato una forma impuesta determinada. " (19).

En lo que se refiere al consentimiento expreso o tácito, el contrato de mutuo puede celebrarse en forma verbal, por señas, por actos que supongan el consentimiento, el contrato será válido, cualquiera que sea la formalidad consignado, aunque cabe aclarar que es importante y más recomendable realizar el contrato en forma escrita, para precisar con toda certeza el alcance de las obligaciones y derechos de las partes.

En los casos de mutuo con garantía hipotecaria se hará por escrito cuando la operación exceda de 500.00 pesos y deberá constar en escritura pública, en razón de la hipoteca.

Rafael Rojina Villegas, realiza un estudio de los elementos del contrato de mutuo de la siguiente forma:

- A) el objeto
- B) elementos de existencia (el consentimiento)
- C) elementos de validez (capacidad y lesión)

"Sólo pueden ser objeto de mutuo los bienes fungibles, tanto corporales como incorporales, los consumibles por el primer uso, como los que no lo son." (20).

-
- 18 Zamora y Valencia, Miguel. Op. Cit. Pág. 147**
 - 19 Zamora y Valencia, Miguel. Op. Cit. Pág. 148**
 - 20 Rojina y Villegas, Rafael. Op. Cit. Tomo IV. Pág. 203**

"Consentimiento.- Acuerdo entre dos o más voluntades acerca de la producción o transformación de derechos y obligaciones". (21).

"...el consentimiento se sujeta a las reglas generales...." (22).

"La capacidad.- En este contrato se necesita tener capacidad especial para enajenar, a efecto de dar y recibir en mutuo, ya que el contrato es traslativo de dominio y a su vez, el mutuatario se obliga a restituir." (23).

Ampliando este precepto transcribiremos la definición que nos proporciona, Rafael de Pina Vara, "CAPACIDAD.- Aptitud para adquirir un derecho o para ejercerlo y disfrutarlo." (24).

"LESIÓN.- Vicio del que resulta afectado un contrato conmutativo cuando existe en él una desproporción inequitativa entre las prestaciones recíprocas de las partes, susceptible de causar a una de ellas un daño y perjuicio, en atención al cual y a su origen, ésta quede legalmente autorizada para reclamar la rescisión." (25).

La lesión va íntimamente relacionada con el mutuo con interés pues en este puede existir una gran desproporción entre las obligaciones y los derechos, pues generalmente este tipo de contrato es un contrato leonino, y solo los provechos son para una parte, mientras que, la otra, por necesidad, tiene que atenerse a las condiciones que imponga el mutante, en especial en cuanto al monto de los intereses. (Art. 2395 CC.).

-
- 21 De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 354**
22 Rojina y Villegas, Rafael. Op. Cit. Tomo IV. Pág. 203
23 Rojina y Villegas, Rafael. Op. Cit. Tomo IV. Pág. 204
24 De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 347
25 De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 370

2.5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

2.5.1. MUTUANTE

Las obligaciones del mutuante

A) entregar la cosa objeto del mutuo

B) responder de los perjuicios que sufra el mutuuario por mala calidad, o por vicios ocultos de la cosa objeto del mutuo

C) responder por la evicción

La primera obligación del mutuante es de entregar la cosa objeto del mutuo, en el lugar y tiempo convenidos. El elemento fundamental es la entrega de la cosa o el dinero, la entrega debe entenderse como consecuencia de la transmisión de la propiedad; La entrega deberá realizarse como lo pactaron las partes y si no hay convenio expreso, la ley indica:

Artículo 2387 del multicitado Código.- "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 de deudor, observándose lo dispuesto en el artículo 2085".

Artículo 2085.- "El deudor que después de celebrado el contrato mudare voluntariamente de domicilio, deberá indemnizar al acreedor de los mayores gastos que haga por esta causa para obtener el pago. De la misma manera, el acreedor debe indemnizar al deudor cuando, debiendo hacerse el pago en el domicilio de aquél, cambia voluntariamente de domicilio".

"Por regla general, el pago debe de 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 se han designado varios lugares para hacer el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos." Artículo 2082.

El mutuante se obliga a responder de la cosa objeto el contrato y responde por los vicios o defectos ocultos de la cosa, en los términos de un enajenante.

A lo anterior consideramos de gran importancia citar al artículo 2390 del Código Civil.- *"El mutuante es responsable de los perjuicios que sufra el mutuario por la mala calidad o vicios ocultos de la cosa prestada, si conoció los defectos y no dio aviso oportuno al mutuario."*

Cuando el contrato de mutuo es con interés, el mutuante tiene la obligación de pagar el impuesto sobre la Renta y Valor Agregado, en términos de la ley. Este último se repercute al mutuario.

El mutuante tiene la obligación de responder a la evicción con el saneamiento y se aplicarán las reglas generales señaladas para las obligaciones del vendedor.

"EVICCIÓN - Privación de todo o parte de la cosa adquirida por el comprador, por sentencia que cause ejecutoria, en razón de algún derecho anterior a la adquisición...." (26).

"SANEAMIENTO - Obligación que recae sobre el vendedor, salvo en caso de renuncia expresa de parte del comprador, de indemnizar a éste por los daños y perjuicios que le haya ocasionado la evicción de la cosa adquirida, con arreglo a las disposiciones del Código Civil dictadas al respecto, según haya existido mala o buena fe de su parte al efectuarse la venta...." (27).

26 De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 362
27 De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 381

2.5. OBLIGACIONES DE LAS PARTES

2.5.2. MUTUARIO

- A) devolver el objeto del mutuo
- B) el mutuario esta obligado a responder del saneamiento al mutuante en caso de evicción
- C) responder de las calidades de la cosa, o de los vicios o defectos de esta, al devolverlos al mutuante
- D) si se pacto, se obliga a pagar intereses y réditos al mutuante
- E) en el caso de mutuo interés, es responsable solidario ante el fisco

Todas las obligaciones del mutuario están condicionadas a que sean cumplidas las obligaciones del mutuante, pues si este no entrega la cosa al mutuario, no se puede hablar de obligaciones por parte del mismo.

La obligación de devolver el objeto al mutuante deberá de realizarse en tiempo, forma y lugar convenidos, el mutuario se obliga a devolver al mutuante el objeto del contrato en la misma especie, calidad y cantidad de los recibidos.

El mutuario está obligado a responder del saneamiento al mutuante en los casos de evicción, en los términos de todo enajenante, aunque no se haya estipulado en el contrato.

El mutuario también se obliga a responder de las calidades de la cosa, o responder por lo vicios ocultos o defectos de la cosa.

Otra obligación del mutuario es, en el caso de que haya pactado, pagar los intereses establecidos al momento de contratar.

Siempre es necesario el pacto expreso para que el mutuario deba pagar interés o premio.

Artículo 2393.- "Es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros."

La libertad de los contratantes para fijar el interés tiene su limitante en la facultad del mutuario para pedir al Juez la reducción equitativa hasta el tipo legal. Esta limitante opera cuando el interés es tan desproporcionado y que fundadamente se hace creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor. Se considera usura: al préstamo con un interés excesivo.

2.6 FORMA DE GARANTIZAR EL CONTRATO

- A) hipoteca
- B) fianza
- C) prenda

Comenzaremos por definir la palabra "GARANTÍA.- Aseguramiento del cumplimiento de una obligación mediante la afectación de cosa determinada o del compromiso de pago por un tercero para el caso de incumplimiento por el deudor originario." (28).

"HIPOTECA.- 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." (29).

El fiador garantiza todo o en parte el pago de la deuda.

FIANZA.- Contrato por el que un tercero se obliga a cumplir en caso de que el deudor no cumpla.

28 De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 364

29 De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 365 y 366

La "PRENDA.- Derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago." (30).

En caso de documentar la obligación mediante pagares, se podrá garantizar el contrato utilizando la figura del aval.

AVAL.- Se refiere a la firma que se pone en un título de crédito para garantizar su pago; es decir el que firma responde de la conducta del titular de la obligación.

Es importante establecer preceptos relativos al aval y a la fianza:

-fianza.- es un contrato accesorio

-aval.- obligación propia e independiente del avalado

CAPITULO III
3. DE LA HIPOTECA
3.1. CONCEPTO

A fin de esclarecer un concepto general de hipoteca, mencionaremos diversas definiciones que han aportado algunos tratadistas.

Hipoteca: "Contrato por el que el deudor o un tercero...concede a un acreedor el derecho a realizar el valor de un determinado bien enajenable, sin entregarle la posesión del mismo, para garantizar con su producto el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Suele llamarse "constituyente" de la hipoteca al deudor o tercero que la establece."(31).

Respecto a que un tercero puede establecer la hipoteca nuestro Código Civil nos menciona: *La Hipoteca puede ser constituida tanto por el deudor como por otro a su favor.* (2904).

"La hipoteca es un contrato por virtud del cual una persona llamada deudor hipotecario, constituye un derecho real del mismo nombre sobre un bien generalmente inmueble, determinado y enajenable, en favor de la otra parte llamada acreedor hipotecario, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al deudor del bien gravado y que le da derecho al acreedor, de persecución y en caso de incumplimiento de la obligación, de enajenación y de preferencia para ser pagado con el producto de la enajenación, en el grado de prelación que señala la Ley." (32).

Es de hacer notar que se considera como hipoteca tanto al contrato como al derecho real.

- 31** **Sánchez Medal, Ramón. OP. Cit. Pág. 481**
32 **Zamora y Valencia, Miguel. Op. Cit. Pág. 319**

Rafael Rojina Villegas considera que: "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación". (33).

En el Código Civil para el Distrito Federal, en su artículo 2893.-
"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".

Los elementos de la definición de hipoteca son:

- A) es un contrato real;
- B) se constituye sobre bienes determinados y enajenables, generalmente inmuebles;
- C) de carácter accesorio;
- D) garantiza una obligación principal;
- E) no se desposee del bien al constituyente de la misma;
- F) concede acciones persecutorias, de venta y de preferencia en el pago.

3.2. TIPOS DE HIPOTECA

Dentro de la esquematización que nos presenta el Código Civil para el Distrito Federal son:

- A) voluntarias
- B) necesarias

La hipoteca voluntaria es aquella en la que existe un acuerdo de voluntades." *Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se constituyen.*" Art. 2920 CC para el D.F.

La hipoteca necesaria se presenta cuando se realiza por disposición de la ley. (art. 2931) "Llámase necesaria a la hipoteca especial y expresa que, por disposición de la ley, están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores."(34).

La hipoteca judicial es cuando a pesar de existir la obligación de realizar la hipoteca, el deudor se niega a constituiria; En este caso se pedirá la intervención al Juez para que constituya la hipoteca, incluso firmando en sustitución del deudor.

La Doctrina define a la hipoteca ordinaria como "aquella en que la obligación que se asegura tiene, desde el primer momento, existencia cierta en cuanto se refiere al bien hipotecado y al monto del crédito". (35).

Este tipo de hipoteca es la que nos encontramos derivada de un crédito, pues en este caso se señala desde el momento de contratar, el bien a hipotecar y el monto de la obligación a respaldar. Cuando se desconoce el monto, se deberá de conocer la fuente que puede generar la responsabilidad garantizada, por ejemplo el albacea o el tutor en el ejercicio de su cargo.

34 Treviño García, Ricardo. CONTRATOS CIVILES Y SUS GENERALIDADES. Editorial Font. Guadalajara, Jalisco. México. 1992. Tomo II. Página 687
35 De Pina Vara, Rafael. Op. Cit. Pág. 294

Es de aclarar que en México se prohíbe establecer hipoteca cuando no se conoce ni el monto, ni la fuente, generadores de la obligación.

3.3. CLASIFICACIÓN

Es un "Contrato accesorio, pues su existencia depende de la existencia de una obligación principal; y es contrato de garantía, porque sirve para asegurar el pago de un crédito y su preferencia respectiva." (36).

"La hipoteca es un contrato de garantía, accesorio, unilateral, consensual en oposición a real, y formal." (37).

3.4. ELEMENTOS

3.4.1. PERSONALES

Los elementos personales de la hipoteca son:

- A) el acreedor hipotecario
- B) el deudor hipotecario
- C) el constituyente de la hipoteca, (que puede ser el deudor o un tercero)

Acreedor hipotecario.- persona titular de la obligación garantizada mediante la hipoteca.

El acreedor hipotecario "...provisto de sus derechos de persecución y de preferencia, puede obtener el pago seguro de la

36 Sánchez Medel, Ramón. Op. Cit. Pág. 481

37 Treviño García, Ricardo. Op. Cit. Tomo II. Pág. 680

deuda con cargo al valor de los bienes dados en garantía real, los que puede perseguir en manos de quien se encuentren, rematar y cobrar preferentemente del precio que por ellos se obtenga."(38).

El deudor, es la persona a cuyo cargo están la obligación o las obligaciones garantizadas.

El constituyente de la hipoteca, puede ser un tercero, ajeno a la relación deudor-acreedor, o el mismo deudor, concretamente, el constituyente es quien otorga la garantía; El artículo 2904 del multicitado Código.- *"La hipoteca puede ser constituida tanto por el deudor como por otro a su favor"*.

Es importante recordar que para poder celebrar la hipoteca se deberá tener la capacidad general para contratar y la facultad de disponer del bien.

3.4. ELEMENTOS

3.4.2. REALES

- A) los bienes hipotecables
- B) las obligaciones susceptibles de ser garantizadas por la hipoteca

Es importante establecer lo que se puede hipotecar y lo que no se puede hipotecar, por tal motivo transcribiremos el art. 2898 del CC para el D.F.

38 Bejarano Sánchez, Manuel. OBLIGACIONES CIVILES. Editorial Colección Textos Jurídicos Universitarios. México. 1992. Página 343

"No se podrán hipotecar:

I. Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca;

II. Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios;

III. Las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante;

IV. El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por este Código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes;

V. El uso y la habitación;

VI. Los bienes litigiosos, a no ser que la demanda del pleito se haya registrado preventivamente, o si se hace constar en el título constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito".

La expresión, bienes hipotecables como elemento real, se refiere a los bienes susceptibles del gravamen real para poder garantizar obligaciones; Estos deberán ser enajenables.

Las obligaciones susceptibles de ser garantizadas mediante hipoteca son:

A) obligaciones donde sólo se precisa la fuente o hecho concreto, sin señalar el monto o cuantía, ejemplo el tutor o el albacea y,

B) cuando se precisa la fuente y la cuantía máxima a garantizar, ejemplo el crédito.

3.4. ELEMENTOS

3.4.3. FORMALES

El contrato debe consistir en escritura pública.

Este elemento formal es indispensable para que la hipoteca pueda ser inscrita y así surtir efectos jurídicos, contra terceros.

Artículo 468 Código de Procedimientos Civiles "...*Para que el juicio tenga por objeto el pago o la prelación de un crédito hipotecario....., es requisito indispensable que el crédito conste en escritura debidamente registrada y que sea de plazo cumplido, o que deba anticiparse....*"

Al respecto de los elementos formales de la hipoteca, Sánchez Medal menciona lo siguiente: "...*Siempre es un contrato formal, porque, o se otorga en escritura privada firmada por ambas partes y ante dos testigos....., cuando el bien que se hipoteca tiene un valor, según avalúo, que no excede al equivalente a trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general vigente en el D.F. en el momento de la operación....; o bien se otorga en escritura pública si el valor de referencia excede de tal cantidad....., independiente en uno y en otro caso del importe de crédito en cuestión.*" (39).

A lo anterior nuestro Código Civil expone: *Para la constitución de créditos con garantía hipotecaria se observarán las formalidades establecidas en los artículos 2317 y 2320.*" Art. 2917.

Artículo 2317.- *Las enajenaciones de bienes inmuebles cuyo valor de avalúo no exceda al equivalente a trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación y la constitución o transmisión de derechos reales estimados hasta la misma cantidad o que garanticen un crédito no mayor de dicha suma, podrán otorgarse en documento privado firmado por los contratantes ante dos testigos cuyas firmas se ratifiquen ante Notario, Juez competente o Registro Público de la Propiedad...."*

*Artículo 2320.- Si el valor de avalúo del inmueble excede de **treientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la operación, su venta se hará en escritura pública, salvo lo dispuesto por el artículo 2317.***"

En cuanto al interés, nuestro Código Civil nos menciona: *La hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue intereses, no garantiza en perjuicio de tercero, además del capital, si no los intereses de tres años, a menos que se haya pactado expresamente que garantizará los intereses por más tiempo, con tal que no exceda del término para la prescripción de los intereses y de que se haya tomado razón de esta estipulación en el Registro Público.*" Art. 2915.

CONSENTIMIENTO Y OBJETO

Otro tipo de elementos relacionados con la figura de la hipoteca son:

- A) el consentimiento
- B) el objeto

"El consentimiento se integra por la conjunción de voluntades del deudor hipotecario que puede o no ser el deudor de la obligación garantizada y el acreedor hipotecario, y debe referirse en forma expresa tanto a determinar en forma precisa la obligación garantizada y su monto, como a determinar en forma indubitable el bien o derecho sobre el que se constituye el derecho real de hipoteca" (40).

El contrato de hipoteca se perfecciona mediante el consentimiento de las partes; Y como derecho real surte efectos contra terceros hasta su inscripción en el Registro Público de la Propiedad.

El objeto recae siempre sobre bienes determinados, físicamente identificados y que estén dentro del comercio.

3.4. EL JUICIO HIPOTECARIO

Con fecha 28 de marzo de 1998; La Presidencia de la República envía iniciativa de Ley a la Cámara de Senadores. Esta iniciativa reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de la Ley Orgánica de Nacional Financiera, del Código de Comercio, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común y para toda la República en materia Federal.

La iniciativa fue propuesta por el Ejecutivo considerando la complejidad de los sistemas legales, la existencia de procedimientos inútiles y el exceso de trámites y requisitos procesales. El 22 de abril, la Cámara de Senadores, discutió, modificó y elaboró la minuta Proyecto de Decreto, relacionada con la iniciativa que nos ocupa y la remitió a la Cámara de Diputados para los efectos Constitucionales. El 25 de abril las comisiones Unidas de Comercio y de Justicia de la Cámara de Diputados, dictaminó la siguiente:

En relación a las reformas, adiciones y derogaciones contenidas en la Minuta con Proyecto de Decreto que se dictamina, por lo que hace al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, estas Comisiones Unidas de Comercio y Justicia, coinciden plenamente en todos sus términos con la Colegisladora, al estimar que con ellas se alcanzan los objetivos de simplificación procedimental que hará los juicios mas ágiles y expeditos."

En esta tesis tendremos que hacer mención al Proyecto de Ley antes descrito, por lo que toca al Juicio Especial Hipotecario, el remate y la apelación, temas íntimamente relacionados con el

contrato de mutuo con garantía hipotecaria. Dentro del análisis que se elabora a este Proyecto de Ley es muy importante enfatizar lo que establece el: ARTÍCULO PRIMERO TRANSITORIO:

Las reformas previstas, en los artículos 1 y 3, del presente decreto, entrará en vigor sesenta días después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación y no serán aplicables a persona alguna que tenga contratados créditos con anterioridad a la entrada en vigor del presente decreto. Tampoco serán aplicables tratándose de la novación o reestructuración de créditos contraídos con anterioridad a la entrada en vigor de este decreto."

Es decir ni los deudores actuales, ni aquellos que estén reestructurando adeudos vigentes serán afectados por esta ley, y éstos seguirán regidos por la anterior legislación. Por lo anterior procederemos a explicar lo relativo al Juicio Hipotecario, Esquematisando e incluyendo las modificaciones más importantes relacionadas con el contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

Para iniciar un juicio especial hipotecario se requiere que la obligación origen de la hipoteca conste en escritura debidamente registrada y que sea de plazo cumplido o, en su defecto, que sea de vencimiento anticipado, para así poder demandar por toda la cantidad del préstamo.

En la práctica, los contratos hipotecarios prevén esta situación anteponiendo una cláusula en el mismo, que dice: cuando el deudor dejare de pagar dos o mas mensualidades, el acreedor estará en posibilidad de dar vencimiento anticipado a las posteriores mensualidades, requiriendo de esta forma la totalidad de la obligación que será por el monto del capital vencido, intereses ordinarios, intereses moratorios y capital por vencer.

FIJACIÓN DE LA LITIS

Para interponer el juicio especial hipotecario, el acreedor deberá de presentar ante juzgado competente:

A) demanda

B) escritura pública del contrato de hipoteca debidamente inscrita en el Registro Público de la Propiedad; Respecto a lo anterior *"...es requisito indispensable que el crédito conste en escritura debidamente registrada y que sea de plazo cumplido, o que deba de anticiparse"* Art. 468 CPC para el D.F.

El artículo 468 fue reformado quedando como a continuación se detalla:

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

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

Posteriormente, *"el juez,....ordenará la expedición y registro de la cédula hipotecaria y mandará se corra traslado de la demanda al deudor para que dentro del término de nueve días ocurra a contestarla y a oponer las excepciones que tuviere,...."* Art. 470 del CPC. para el D.F.

La reforma modificó al artículo 470 de la siguiente manera: presentado el escrito de demanda, acompañado del instrumento respectivo, el juez,...., admitirá la misma y mandará anotar la demanda en el Registro Público de la Propiedad y que se corra traslado de ésta

al deudor y, en su caso, al titular registral del embargo..... para que dentro del término de nueve días ocurra a contestarla y a oponer las excepciones..."

Es de hacer notar que la modificación antes descrita no incluye a la cédula hipotecaria; sustituyéndola por el escrito de demanda que deberá de ser anotado en el Registro Público de la Propiedad.

La contestación de demanda se realizará de acuerdo al art. 260 del Código de Procedimientos Civiles y se harán valer las defensas y excepciones.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción el juez señalará de inmediato fecha y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación dentro de los diez días siguientes, dando vista a la parte que corresponda con las excepciones que se hubieren opuesto en su contra, por el término de tres días...." Art. 272-A del Código de Procedimientos Civiles.

PERIODO PROBATORIO

Tiene por objeto "...la obtención del cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos y discutibles, cuyo esclarecimiento resulte necesario para la resolución del conflicto sometido a proceso."(41).

El Código de Procedimientos Civiles; artículo 227 establece que *El juez mandará recibir el pleito a prueba en el caso de que los litigantes la hayan solicitado, o de que él la estime necesaria; Del auto*

41 Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.
DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. Editorial Porrúa. S.A.
Séptima Edición. México. 1994. Página 2632

que manda abrir prueba un juicio no hay más recurso que el de responsabilidad: aquél en que se niegue, será apelable en el efecto devolutivo."

Artículo 290.- *El periodo de ofrecimiento de pruebas es de diez días...."*

Artículo 299.- *El juez, al admitir las pruebas ofrecidas procederá a la recepción y desahogo de ellas en forma oral. La recepción de las pruebas se hará en una audiencia a la que se citará a las partes en el auto de admisión, señalándose al efecto día y hora teniendo en consideración el tiempo para su preparación. Deberá citarse para esa audiencia dentro de los treinta días siguientes a la admisión...."*

SENTENCIA DEFINITIVA

Es la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso."(42).

El artículo 486 Código de Procedimientos Civiles, establece: *"Agotado el procedimiento, si resulta probada la acción, al decidir los derechos controvertidos, la sentencia decretará el remate de los bienes hipotecados".*

EJECUCIÓN

Constituye la ejecución de la sentencia una etapa....del proceso, dirigida a hacer efectivo el fallo judicial." (43).

42 Instituto de Investigaciones Jurídicas. Op. Cit. Pág. 2891

43 De Pina Vara, Rafael. Castillo Larrañaga, José. DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Porrúa. Décimo quinta edición. México. 1982 Página 354

Dentro de la ejecución de sentencia encuadramos los siguientes incisos:

1.- Exhibición de certificado de gravámenes *Cuando los bienes embargados fueren raíces, antes de procederse a su avalúo, se acordará que se expida mandamiento al registrador de la propiedad para que remita certificado de gravámenes de los últimos diez años; Pero si en autos obrare ya otro certificado, sólo se pedirá al registro el relativo al periodo transcurrido desde la fecha de aquél hasta la en que se solicite.*" (Art. 566 PC para el D.F.)

2.- Nombramiento de peritos *El avalúo se practicará de acuerdo con las reglas establecidas para la prueba pericial. Si fueren más de dos los peritos valuadores no habrá necesidad de nombrar tercero en discordia.*" Art. 569 del CPC para el D.F.

Se nombrará tercero en discordia cuando tanto el perito de la parte actora como el perito de la parte demandada no se pongan de acuerdo en el monto del avalúo.

Avaluó de los bienes.- es la determinación del valor del bien inmueble.

La base para el remate serán las 2/3 partes del valor del bien o el monto que hayan convenido.

Es postura legal la que cubra las dos terceras partes del avalúo o del precio fijado a la finca hipotecada por los contratantes, con tal de que la parte de contado sea suficiente para pagar el crédito o créditos que han sido objeto del juicio y las costas.

Cuando por el importe del avalúo no sea suficiente la parte de contado para cubrir el crédito o créditos y las costas, será postura legal las dos tercias partes del avalúo dadas al contado." (Art. 573 CPC para el D.F.)

Es de hacer notar que el tomar como postura legal las 2/3 partes del avalúo o del precio fijado a la finca hipotecada es un abuso, pues desde el momento de establecer la postura legal, el precio del inmueble se ve devaluado, significando una pérdida para el mutuario. De igual forma habrá que resaltar que dentro de la hipoteca se establece una excepción consistente en la posibilidad de fijar precio de avalúo por consentimiento de las partes, o establecer éste dentro de un instrumento público, o que el precio se determine por otros medios, según las propias estipulaciones del contrato, siempre y cuando el precio no varíe por el transcurso del tiempo. (Art. 511 CPC).

EL REMATE

Es una diligencia mediante la cual se lleva a cabo la subasta o almoneda; Para realizar la venta publica de los bienes embargados al mejor postor, en subasta o almoneda.

Artículo 486 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.- "Agotado el procedimiento, si resulta probada la acción, al decidir los derechos controvertidos, la sentencia decretará el remate de los bienes hipotecadas."

Otra característica importante de las reformas es el relativo al REMATE:

Artículo 486.- Para el remate, se procederá de la siguiente forma:

I. Cada parte tendrá derecho de exhibir dentro de los diez días siguientes a que sea ejecutable la sentencia, avalúo de la finca hipotecada, practicada por un corredor público o una institución de crédito, o por perito valuador autorizado por el Consejo de la Judicatura, los cuales en ningún caso, podrán tener el carácter de parte o de interesada en el juicio;

II. En el caso de que alguna de las partes deje de exhibir avalúo referido en la fracción anterior, se entenderá su conformidad con el avalúo que haya exhibido su contraria;

III. En el supuesto de que ninguna de las partes exhiba el avalúo dentro del plazo señalado en la fracción I de este artículo, cualquiera de ellas lo podrá presentar posteriormente, considerándose como base para el remate el primero en tiempo;

IV. Si las dos partes exhibieren los avalúos en el plazo a que se refiere la fracción I de este artículo y los valores determinados de cada uno de ellos no coincidieren, se tomará como base para el remate el promedio de ambos avalúos, siempre y cuando no exista un treinta por ciento de diferencia entre el más bajo y el más alto, en cuyo caso el juez ordenará se practique nuevo avalúo por el corredor público o la institución bancaria que al efecto se señale;

V. La vigencia del valor del avalúo que se obtenga por los avalúos será de meses para que se lleve a cabo la primera almoneda de remate. Si entre ésta y las subsecuentes mediara un término mayor de seis meses se deberán actualizar los valores, y;

VI. Obteniendo el valor del avalúo, según el caso que corresponda de acuerdo a las fracciones anteriores, se procederá a rematar la finca en los términos de la Sección Tercera, del capítulo V del Título Séptimo de este ordenamiento."

En comparación con el anterior artículo 486, éste regula de alguna forma el avalúo para el remate, hay que tomar en cuenta lo que indica la fracción V sobre la vigencia del avalúo, que será de seis meses, para llevar a cabo la primera almoneda de remate. Lo anterior es significativo, pues en las nuevas relaciones acreedor-deudor, el primero no podrá imponer precio de remate desde el momento de celebrar contrato ya que si el tiempo entre la celebración y el remate excede de seis meses se tendrá que mandar valuar el bien. Sin embargo, para la hipoteca subsiste la fijación previa del valor de remate, por consentimiento de la partes.

Otro aspecto importante es cuando en la legislación anterior se pacta el precio de una posible adjudicación, ahora con este Proyecto de Ley en su artículo 488 nos expresa:

En el caso de adjudicación prevista en el segundo párrafo del artículo 2916 del Código Civil, se deberá solicitar avalúo del bien para fijar el precio que corresponda la cosa en el momento de exigirse el pago, debiéndose aplicar en lo conducente lo señalado en el artículo 486 de este ordenamiento. La venta se hará de la manera que se hubiere convenido, y a falta de convenio, por medio de corredores. El deudor puede oponerse a la adjudicación alegando las excepciones que tuviere, y esta oposición se substanciara incidentalmente.

También pueden oponerse a la venta los acreedores hipotecarios posteriores, alegando prescripción de la acción hipotecaria."

En el artículo anterior nos menciona el Proyecto de Ley, que se deberá solicitar avalúo de acuerdo con lo señalado en el artículo 486 del mismo proyecto, dejando sin vigencia aquello de fijar condiciones para la adjudicación desde el momento de la celebración del contrato.

Continuando con el tema y dentro de la legislación anterior:

El día del remate, a la hora señalada, pasará el juez personalmente lista de los postores presentados y concederá media hora para admitir a los que de nuevo se presenten. Concluida la media hora, el juez declarará que va a procederse al remate y ya no admitirá nuevos postores. En seguida revisará las propuestas presentadas, desechando, desde luego, las que no tengan postura legal y las que no estuvieren acompañadas del billete de depósito...."
Art. 579 del CPC para el D.F.

Para tomar parte en la subasta deberán los licitadores consignar previamente, en el establecimiento de crédito destinado al efecto por la ley, una cantidad igual por lo menos al diez por ciento efectivo del valor de los bienes, que sirva de base para el remate, sin

cuyo requisito no serán admitidos." (Artículo 574 del CPC para el D.F.)

En la primera almoneda se considera postura legal las dos terceras partes de la cantidad fijada en el avalúo, pagada esa suma de contado..... Segunda almoneda.- Puede suceder que no hay postores en la primera almoneda y que el ejecutante no haya hecho tampoco postura legal; En este caso, el propio ejecutante puede pedir que se cite a segunda almoneda con rebaja del veinte por ciento en la tasación.....Tercera almoneda sin sujeción a tipo.- Si en la segunda almoneda no hay postores y si el ejecutante no pide la adjudicación de los bienes ni su administración, éste puede pedir que se cite a una tercera almoneda, pero ya sin sujeción a tipo." (44).

Es de aclarar que dentro del juicio especial hipotecario en ocasiones el monto para el remate se pacta desde el momento de contratar la hipoteca, y este precio generalmente es inferior al valor del inmueble. Esto es un abuso del mutuante al mutuario, quien dado su apuro pecuniario se ve obligado a aceptar todas las condiciones impuestas. Lo anterior es válido formalmente en consideración de que ambas partes otorgan su consentimiento. Pero es una norma que va contra la equidad.

En cuanto al avalúo realizado al momento de celebrar el contrato nuestra legislación menciona lo siguiente:

"Si en el contrato se ha fijado el precio en que una finca hipotecada haya de ser adjudicada al acreedor, sin haberse renunciado la subasta, el remate se hará teniéndose como postura legal la que exceda del precio señalado para la adjudicación y cubra con el contado lo sentenciado. Si no hubiere postura legal, se llevará a efecto desde luego la adjudicación en el precio convenido.

44 Becerra Bautista, José. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL. Editorial Cárdenas. S.A. 1985. Pág. 264 y 265

Si en el contrato se ha fijado precio a la finca hipotecada sin convenio expreso sobre la adjudicación al acreedor, no se hará nuevo avalúo y el precio señalado será el que sirva de base para el remate".
Art. 597 CPC para el D.F.

De acuerdo a lo anterior debemos considerar como válido el pacto sobre el precio de avalúo desde el momento de celebrar el contrato, pero habrá que considerar lo que nos menciona el artículo 511 del Código de Procedimientos Civiles:

"Si los bienes embargados no estuvieren valuados anteriormente, se pasarán al avalúo y venta en almoneda pública en los términos prevenidos por este código.

No se requiere avalúo cuando el precio conste en instrumento público o se haya fijado por consentimiento de los interesados o se determine por otros medios, según las estipulaciones del contrato, a menos que en el curso del tiempo o por mejoras, hubiere variado el precio." Deberá quedar claro, acorde en lo ya dicho, que no deberá tener el avalúo una antigüedad superior a seis meses.

Tomando en consideración que el tiempo transcurrido de la celebración del contrato a la fecha del remate generalmente es muy largo el precio comercial del inmueble varía (es mayor) y se tendrá que volver a valuar, de acuerdo con lo que nos indica el artículo antes citado.

El artículo 488 del Código de Procedimientos Civiles nos menciona una forma de proteger al mutuario "...no habrá lugar a la venta judicial, pero sí habrá avalúo del precio que corresponda a la cosa en el momento de exigirse el pago. La venta se hará de la manera en que se hubiere convenido; y a falta de convenio, por medio de corredores. El deudor puede oponerse a la venta alegando las excepciones que tuviere, y esta oposición se substanciará incidentalmente...."

La Suprema Corte de Justicia sobre lo anterior opina:
Instancia: Tercera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Época: 5a.
Tomo: LIX
Página: 1440

RUBRO: REMATES, REQUISITOS DEL AVALÚO EN LOS.-

TEXTO: De las disposiciones contenidas en los artículos 488 y 511 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, se desprende que el requisito del avalúo previo en los remates, no puede considerarse como de interés público, ya que, por el contrario, el legislador admite como regla general, que los interesados fijen por mutuo consentimiento el precio que habrán que servir de base para el remate, mediante estipulaciones consignadas en el contrato respectivo. De las propias disposiciones se desprende que en el artículo 2916 del Código Civil, se prevén dos procedimientos distintos, para que el acreedor llegue a adjudicarse la cosa hipotecada por falta de pago; el primero comprende la tramitación del juicio respectivo y luego el remate y la adjudicación, en los términos establecidos por el Código de Procedimientos Civiles, remate en que el acreedor pide la adjudicación por no haberse presentado otro postor; en tanto que el segundo procedimiento no requiere la sustentación del juicio correspondiente, ni almonedas, ni venta judicial, toda vez que la venta deberá efectuarse de la manera que se hubiera convenido, y a falta de convenio, por medio de corredores, y a propósito de este segundo procedimiento, el precepto citado en el Código Civil previene que el precio para efectuar la venta del inmueble, no debe fijarse al constituirse la hipoteca, sino al exigirse la deuda, y como esta prohibición constituye una excepción a la regla general, que faculta a los interesados para fijar el precio que debe servir de base en los remates, mediante estipulaciones contenidas en los contratos respectivos, dicha prohibición no puede hacerse extensiva al caso previsto por el artículo 2916, en su primer párrafo, atento lo dispuesto por el artículo 11 del propio Código, de acuerdo con el cual, las leyes establecen excepciones a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes; circunstancia por la que no hay razón para dejar de aplicar al artículo 511 del Código Procesal Civil, cuando se trata del

procedimiento previsto en el párrafo primero del artículo 29 del Código Civil, pues si respecto del procedimiento a que se refiere el párrafo segundo de este mismo precepto, el legislador exige que en caso de adjudicación extrajudicial, el precio del inmueble se fije al exigirse la deuda, esto obedece seguramente a la circunstancia prevista en el artículo 511 del citado Código de Enjuiciamiento Civil, o sea, que el recurso del tiempo transcurrido desde la celebración del contrato, hasta la venta del inmueble, el precio del mismo puede haber variado por mejoras o por cualquier otro motivo; ya que si esto tiene lugar en el caso de la adjudicación en remate previo juicio, el deudor puede oponerse a que el inmueble se remate, de acuerdo con el precio estipulado, probando que ha variado de valor, en virtud de mejoras y por cualquiera otra razón; cosa que no podría ser en el caso previsto por el párrafo segundo del artículo 2916, dado que la venta se efectúa extrajudicialmente, de la manera que se hubiere convenido, y a falta de convenio, por medio de corredores. Además, el artículo 485 del Enjuiciamiento Civil, al establecer que para el avalúo de la finca se observará lo prevenido en el Capítulo Quinto, Sección Cuarta, del Título Sexto, no hace inaplicable al juicio hipotecario, el artículo 511, contenido en el capítulo que trata de la ejecución de las sentencias, toda vez que no exige el previo avalúo en los remates practicados en ejecución de sentencia hipotecaria, como tampoco hace inaplicable el citado precepto, la disposición contenida en el artículo 488, que se ocupa de reglamentar el caso previsto en el párrafo segundo del artículo 2916 del Código Civil.

PRECEDENTES:

TOMO LIX, pág. 1440.- Amparo en Revisión 3370/1938, Sec. 2ª.- Doblado José Dámaso.- 8 de febrero de 1939.- Unanimidad de 5 votos.

En la jurisprudencia antes citada se aprecian situaciones distintas que procederemos a explicar:

A) El legislador considera como regla general el estipular precio que habrá de servir como base para el remate, mencionando además los artículos 511 y 488 del Código de Procedimientos Civiles que contienen dos preceptos de defensa:

Al estipular que se pasará a avalúo cualquier inmueble bajo la condicionante de variación en el precio por el transcurso del tiempo o por mejoras y :

Menciona que el avalúo del precio deberá de corresponder al momento de exigirse la deuda.

B) La jurisprudencia enfatiza dos procedimientos para que el acreedor llegue a adjudicarse la cosa hipotecada:

En los términos establecidos por el Código de Procedimientos Civiles al no presentarse otro postor el acreedor puede pedir la adjudicación del bien.

El segundo procedimiento no requiere la sustentación del juicio, pues la adjudicación deberá de efectuarse conforme se haya convenido.

A lo anterior nuestro Código Civil nos Expone: *El acreedor hipotecario puede adquirir la cosa hipotecada, en remate judicial o por adjudicación, en los casos en que no se presente otro postor, de acuerdo con lo que establezca el Código de Procedimientos Civiles.*

Puede también convenir con el deudor en que se le adjudique en el precio que se fije al exigirse la deuda, pero no al constituirse la hipoteca. Este convenio no puede perjudicar los derechos de tercero." (Art. 2916).

ENTREGA DEL BIEN

Posesión de bienes adjudicados.- Artículo 590 Código de Procedimientos Civiles: *Otorgada la escritura, se darán al comprador los títulos de propiedad, apremiando en su caso al deudor para que los entregue, y se pondrán los bienes a disposición del mismo comprador, dándose para ello las órdenes necesarias, aun las de desocupación de fincas habitadas por el deudor o terceros que no tuvieren contrato para acreditar el uso en los términos que fija el*

Código Civil. Se le dará a conocer como dueño a las personas que él mismo designe."

En la práctica, cuando el bien inmueble rematado se encuentra sujeto a un arrendamiento, en ocasiones el lograr la posesión de ese bien por el nuevo dueño es considerado como otro juicio. Relacionado con el especial hipotecario, pero aparte.

Respecto a lo anterior es de hacer notar que en nuestra opinión el lograr la posesión del bien rematado será la parte final del juicio especial hipotecario, no importando las circunstancias en que se encuentre dicho bien.

APELACIÓN

"...recurso en virtud del cual un tribunal de segundo grado, a petición de parte legítima, revoca, confirma o modifica una resolución de primera instancia....."(45).

La apelación puede ser admitida de dos formas distintas:

- A) en efecto devolutivo (o en un solo sentido)
- B) o en ambos efectos (devolutivo y suspensivo)

"Interpuesta una apelación, el juez la admitirá sin substanciación ninguna si fuere procedente, expresando si la admite en ambos efectos o en uno solo." Art. 693 CPC para el D.F.

En efecto devolutivo, se refiere a que la apelación no suspende la ejecución de la resolución impugnada.

En ambos efectos, será cuando la apelación suspende la ejecución de la resolución impugnada, hasta que el tribunal de segunda instancia emite sentencia.

El recurso de apelación procede en un solo efecto o en ambos efectos. En el primer caso no se suspende la ejecución del auto de sentencia, y si ésta es definitiva se dejará en el juzgado, para ejecutarla, copia certificada de ella y de las demás constancias que el juez estime necesarias, remitiéndose desde luego los autos originales al Tribunal Superior.

La apelación admitida en ambos efectos suspende desde luego la ejecución de la sentencia, hasta que ésta cause ejecutoria o la tramitación del juicio, cuando se interponga contra auto." Art. 694 CPC para el D.F.

Es de resaltar que LA APELACIÓN DENTRO DEL JUICIO ESPECIAL HIPOTECARIO SOLO SERÁ CON EFECTO DEVOLUTIVO como lo menciona el artículo 714 del Código de Procedimientos Civiles La apelación interpuesta en los juicios especiales procederá en el efecto devolutivo y se substanciará con un solo escrito de cada parte, citándose a éstos para sentencia que se pronunciará en el término que señala el artículo 87."

Artículo 87 del Código de Procedimientos Civiles Las sentencias deben dictarse dentro del plazo de quince días contados a partir de la citación para sentencia. Sólo cuando hubiere necesidad de que el tribunal examine documentos voluminosos, podrá disfrutar del término de ocho días más para dicho efecto."

Para evitar que se llegue a rematar sin tener el fallo de la apelación, debido a que en el juicio especial hipotecario no se detiene la ejecución de sentencia, y con esto se ve trastornado el interés del apelante, la legislación prevé Admitida la apelación en sólo el efecto devolutivo, no se ejecutará la sentencia si no se otorga previamente fianza conforme a las reglas siguientes:

I. La calificación de la idoneidad de la fianza será hecha por el juez, quien se sujetará bajo su responsabilidad a las disposiciones del Código Civil;

II. La fianza otorgada por el actor comprenderá la devolución de la cosa o cosas que deba percibir, sus frutos e intereses y la indemnización de daños y perjuicios si el superior revoca el fallo;

III. La otorgada por el demandado comprenderá el pago de lo juzgado y sentenciado y su cumplimiento, en el caso de que la sentencia condene a hacer o a no hacer;

IV. La liquidación de los daños y perjuicios se hará en la ejecución de la sentencia." Art. 699 CPC para el D.F.

La apelación interpuesta en el juicio especial hipotecario, tanto en la legislación anterior, como en el Proyecto de Ley solo procederá en el efecto devolutivo. Las reformas lo establecen de la siguiente manera: Artículo 714.- La apelación interpuesta en los juicios sumarios y especiales contra sentencia definitiva o cualquier otra determinación, sólo procederá en el efecto devolutivo."

Es de aclarar como ya se indicó con anterioridad, la legislación anterior regirá a todas aquellas relaciones deudor-acreedor existentes hasta antes de la vigencia del Proyecto Ley, y las relaciones deudor-acreedor , que se susciten después de la vigencia del Proyecto Ley, serán reguladas por la nueva legislación.

Cuando se interpone el recurso de apelación dentro del juicio especial hipotecario, el tribunal de segundo grado procede a la admisión del mismo, solo en el efecto devolutivo.

Posteriormente el apelante deberá expresar sus agravios, ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia que conozca del recurso, en contra de la resolución de primera instancia.

Agravio.- Se refiere al concepto de ofensa o perjuicio que se obtenga de la sentencia de primera instancia que se harán valer mediante la apelación.

Los agravios deberán de contener la oposición a la resolución definitiva obtenida en el juzgado de primera instancia, esta oposición se tendrá que referir a los preceptos que se consideren ilegales, o contrarios a derecho.

Contestación de agravios.- Ésta es la respuesta de la contraparte respecto de los agravios formulados; Es decir es la defensa de la primera instancia.

La sala procederá dictar sentencia tomando en cuenta la expresión de agravios y la contestación de ellos.

El sentido de la sentencia de segunda instancia en relación a la sentencia de primera instancia será:

- 1.- Modifica el fallo anterior
- 2.- Confirma el fallo anterior
- 3.- Revoca el fallo anterior

En cuanto a las multitudes reformas hay un aspecto importante que a continuación expondremos: **ARTÍCULO QUINTO SE REFORMA...Y SE ADICIONA** un tercer y cuarto párrafos al artículo 2926, del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia Federal, para quedar como sigue:”

Artículo 2926.-....Las instituciones del sistema bancario mexicano, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras, y los institutos de seguridad social, podrán ceder sus créditos con garantía hipotecaria, sin necesidad de notificación al deudor, de escritura pública, ni de inscripción en el

Registro Público, siempre que el cedente lleve la administración de los créditos. En caso de que el cedente deje de llevar la administración de los créditos, el cesionario deberá únicamente notificar por escrito la cesión al deudor.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, la inscripción de la hipoteca a favor del acreedor original se considerara hecha favor de el o los cesionarios referidos en tales párrafos, quienes tendrán todos los derechos y acciones derivadas de ésta."

Es de aclarar que dentro de sus artículos transitorios el proyecto ley contiene la vigencia relativa a la adición contenida en el artículo 2926 del Código Civil a saber: CUARTO.- Las reformas previstas en el artículo quinto entraran en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación."

Es decir, la adición anterior tendrá vigencia al día siguiente de su publicación, y permanecerá dentro de las dos legislaciones vigentes, o sea la legislación anterior y las reformas.

Concluyendo

A) es de resaltar que dentro del contrato de mutuo con garantía hipotecaria se establece valor previo del inmueble al momento de un posible remate; Éste precio o valor, es considerablemente inferior y no toma en cuenta ningún tipo de reglamentación y tampoco esta de acuerdo con las normas del avalúo, es decir, es un valor que el mutuante impone, a su libre albedrío y el mutuario debido a su inexperiencia y a su apuro pecuniario se ve obligado a aceptar tal condición.

B) existen dos formas para llegar a la adjudicación del bien:

1.- Conforme el Código de Procedimientos Civiles

Juicio, remate, adjudicación.

2.- Como lo hayan convenido las partes, constituyendo otra forma de abuso por parte del mutuante al mutuario, ya que éste aprovechándose de la necesidad y apuro económico del mutuario,

impone al momento de celebrar contrato un precio de remate inferior al real.

C) Es de hacer notar que dentro del juicio especial hipotecario la apelación solo tendrá el efecto devolutivo, a lo anterior nuestra legislación establece dentro del Art. 714 del CPC para el D.F. *La apelación interpuesta en los juicios especiales procederá en el efecto devolutivo....*"

Quando la apelación procede en el efecto devolutivo el juicio de primera instancia no se detiene, dando como resultado la posibilidad de que se llegue a rematar o a adjudicar, sin haberse obtenido la sentencia de apelación.

Es de aclarar que la legislación prevé el riesgo del incumplimiento de las obligaciones al momento de ejecutar sentencia de apelación, estipulando el requisito plasmado en el art. 699 CPC, consistente en que las partes otorguen fianzas.

El actor deberá garantizar la devolución de la cosa o cosas que deba percibir, sus frutos e intereses y la indemnización de daños y perjuicios si el superior revoca el fallo.

Y la fianza que deberá de otorgar el demandado comprenderá el pago de lo juzgado y sentenciado y su cumplimiento, en el caso de que la sentencia condene a hacer o a no hacer.

Si el mutuario no puede subsanar su obligación de pago, mucho menos adquirir una fianza.

D) De acuerdo a las reformas podemos concluir que en circunstancias especiales de guerra o crisis económica, las leyes se vuelven injustas

o justas para una u otra parte de la sociedad. Dando por resultado legislaciones de emergencia tales como la que acabamos de analizar. No obstante a lo anterior esta ley protege y da cobertura legal al mutuante o acreedor, dejando sin oportunidad de defensa al mutuario o deudor.

Es de hacer notar que en el derecho mexicano deberán de existir normas relativas al bienestar y a la convivencia equitativa, tomando en cuenta a la generalidad de la sociedad y no sólo a un sector de ésta. Por lo anterior podemos concluir que las reformas y adiciones al Código de Procedimientos Civiles y al Código Civil , son otra modificación más sin éxito.

CAPITULO IV

4. PROBLEMÁTICA

DELIMITACIÓN DEL TEMA

Generalmente el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, lo practican los bancos, instituciones financieras y los particulares llamados también prestamistas.

Es de hacer notar que con la celebración de este contrato, las instituciones bancarias buscan el cobro de intereses, (pues su negocio es el dinero); Los prestamistas, además de cobrar intereses muy altos y cantidades adicionales, su principal fin es poder obtener la propiedad hipotecada a un bajo costo.

Al realizar este trabajo de tesis se tuvo que delimitar exactamente que tipo de operación se va a estudiar, considerando que el préstamo hipotecario entre particulares necesita un mayor estudio y análisis, debido a la desproporción que existe entre el interés desmedido del mutuante y el apuro pecuniario de mutuario.

Hemos decidido abocar esta investigación a la celebración del contrato entre particulares; y proponer que tal desproporción deje de existir, logrando que los abusos en contra del mutuario tengan un límite; además de evitar que el mutuante se enriquezca con la adquisición de bienes baratos, como consecuencia de la ignorancia y de la necesidad del mutuario; para así lograr que este contrato se celebre de manera equitativa. Es de aclarar que se acude a los prestamistas cuando no se es sujeto de crédito de la banca.

4.1. LA FIJACIÓN DEL INTERÉS

El interés "es el precio que se paga por la utilización de dinero ajeno,

que generalmente se determina, en tasas y por periodos de tiempo." (46).

Existen dos formas de fijar el interés en el contrato de mutuo (ese interés puede ser en dinero o en géneros).

- A) legal
- B) convencional

El artículo 2394 del Código Civil para el Distrito Federal nos establece el concepto de los dos tipos de interés, existentes en el ordenamiento jurídico mexicano a saber: *"El interés es legal o convencional"*.

"El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; Pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal." Art. 2395 CC para el D.F.

En la práctica, generalmente se estipula el interés convencional, pues este permite cobrar una tasación mas alta de la que autoriza el legal.

En la celebración del mutuo con interés, el rédito que deriva del mismo siempre debe de ser contratado por escrito, y solo en el caso

46 Vela Peón, alberto. CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN CONTRATOS DE PRESTAMOS EN DINERO. Revista de Información Dinámica de Consulta. Sección Jurídico Corporativo. 2 de Junio de 1996 Año IX N-228. Pág. 2858

de que ese interés no se pacte por escrito se establecerá el interés legal.

Existe un sin fin de tasas de interés, los prestamistas comparan y eligen a la de mayor puntuación para así obtener el mayor beneficio posible. Es de aclarar que a esta tasa regularmente le aumentan diversos puntos para efectos de determinar una cantidad mayor. Dadas las características del mercado, en la actualidad se buscan criterios de interés variable, que se vaya ajustando a las fluctuaciones del mercado, ajustes al capital.

Las tasas de interés mas comunes son:

A) cpp.- Costo porcentual promedio de captación. Esta tasa se fija en función de cuanto cuesta obtener el dinero en un mes, toman en cuenta la inflación, y se publica en el Diario Oficial de la Federación.

B) prime rate.- "es la tasa prima o tasa preferencial a la cual los bancos americanos otorgan préstamos...sin garantía específica..."(47).

C) libor.- Este tipo de tasa la fijan los principales bancos de Londres dependiendo de su flujo de efectivo.

D) tiip.- Tasa de interés interbancaria; Este tipo de interés es realmente nuevo y es un análisis entre los bancos mexicanos para poder establecer un interés regulado relativo al valor del dinero.

Actualmente se han ideado medios operativos o nuevas tasas de interés que serán aplicadas a préstamos como por ejemplo las udís.

47 Sánchez Medal, Ramón. Op. Cit. Pag. 225

E) Las udis son unidades de inversión, unidades de cuenta, esto es, cuantificadores del valor de una inversión, un préstamo, o una operación comercial; Como tasa de interés, será una tasa pasiva es decir los créditos en udis tendrán una sobre tasa udi. Con este instrumento se actualiza el monto del capital adeudado.

Es de aclarar que no son todas las tasas de interés que existen en el mercado pero se tuvo que hacer un extracto para poder esquematizar con mayor facilidad.

Dentro del contrato de mutuo con garantía hipotecaria, el interés se fijará de acuerdo con las tasas existentes en el mercado o por simple puntuación a libre albedrío del mutuante. También es de considerar que normalmente al momento de celebrar contrato, se fijan dos formas de interés:

INTERÉS ORDINARIO (RÉDITO)

El interés ordinario o rédito se refiere a la ganancia derivada del mismo préstamo, es decir: es el cobro del costo del dinero durante el transcurso del tiempo, debido que al mutuar cierta cantidad de dinero, el mutuante establece un premio o interés, para que al momento de recuperar lo mutuado el importe inicial no se vea depreciado, ya que se cobraría además el premio. En la práctica de los prestamistas éste premio es excesivo.

Este tipo de interés se cobra desde el momento de celebrar el préstamo hasta que este vence. Y se fijara de acuerdo a alguna tasa de interés existente en el mercado mas algunos puntos, o simplemente se tomará algún porcentaje mensual para efecto del cobro de rédito.

Los prestamistas acostumbran dividir este interés ordinario en dos partes:

A) establecen dentro del contrato un rédito (interés ordinario) relativamente bajo (por ejemplo el 2% mensual) que subsistirá durante la vigencia del crédito, es decir mientras no se llegue al incumplimiento de la obligación de pago del principal.

B) y también establecen un interés complementario documentado mediante pagares mensuales y por todo el tiempo de vigencia del crédito. (por ejemplo el 8% mensual).

Es de hacer notar que realmente cobran, las dos tasaciones juntas de interés ordinario. En el ejemplo se estaría cobrando un interés real ordinario del 10% mensual, en lo que se evade al fisco.

Actualmente los prestamistas otorgan sus créditos a un plazo de 6 meses.

INTERÉS MORATORIO (PENA CONVENCIONAL)

Es la penalización a la que debe hacer frente el mutuuario al momento de incumplir con la obligación prestada; En la práctica esa penalización o interés moratorio es la tasa ordinaria (rédito) por el factor 1.5. o el doble de la tasa ordinaria o alguna tasación exageradamente alta en relación ala obligación principal.

Este interés se cobra desde el momento del incumplimiento de la obligación y hasta cumplir con la devolución de lo mutuado.

Es de aclarar que en la práctica el interés moratorio también es dividido en dos partes:

A) el automático que opera al momento del vencimiento de plazo para el cumplimiento de la obligación principal, estipulado dentro del contrato y su tasación puede ser, por ejemplo del 10% mensual. Con esto se ajusta el interés simulado al real.

B) al convertirlo en pena, en caso de llegar a celebrar juicio especial hipotecario, esta pena consistirá en un porcentaje mensual (por ejemplo el 15% mensual) y una cantidad fija para los honorarios del abogado del mutuante. Este interés moratorio también es estipulado mediante contrato, y estará vigente por el tiempo que dure el juicio hasta el pago.

Cuando el préstamo se celebra en moneda extranjera, los intereses también se pactan en esta moneda. Al momento de pago se toma el tipo de cambio de esa moneda en relación al peso, dejando al deudor el riesgo de una posible devaluación.

LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

"..... la Secretaría de Comercio está facultada, conforme a la Ley Federal de Protección al Consumidor" para fijar las tasas máximas de interés en aquellos contratos en que se concede crédito a un consumidor, tasa que dicha Secretaría fija después de oír la opinión de una comisión consultiva...." (48).

Respecto a la fijación del interés la LFPC realiza una regulación muy interesante, que de alguna forma impone limitantes al cobro de intereses excesivos.

En su artículo 66 nos menciona *"En toda operación a crédito al consumidor, se deberá:*

1. Informar al consumidor previamente sobre.....el derecho que tiene a liquidar anticipadamente el crédito con la siguiente reducción de intereses, en cuyo caso no se le podrán hacer mas cargos que los de renegociación del crédito, si la hubiere. Los intereses, incluidos los moratorios, se calcularán conforme a una tasa de interés fija o variable;

II....De utilizarse una tasa fija, también se informará al consumidor el monto de los intereses a pagar en cada periodo. De utilizarse una tasa variable, se informará al consumidor sobre la regla de ajuste de la tasa, la cual no podrá depender de decisiones unilaterales del proveedor, sino de las variaciones que registre una tasa de interés representativa del costo del crédito al consumidor, la cual deberá ser fácilmente verificable por el consumidor;

III. Expresar el precio al público del bien o servicio el cual será independiente de los intereses y cargos correspondientes;

IV. Expresar el precio al público del bien o servicio el cual será independiente de los intereses y cargos correspondientes;...."

El artículo anterior regula la información que debe proporcionarse al consumidor, sobre los intereses relativos a las operaciones de crédito.

El artículo 67 *"En los contratos de compra venta a plazo o de prestación de servicios con pago diferido, se calcularán los intereses sobre el precio de contado menos el enganche que se hubiera pagado".*

Este artículo contiene una limitante al cómputo de intereses, pues los excluye del enganche o anticipo; dejando en claro que los intereses serán cobrados únicamente en relación al saldo insoluto del crédito.

PACTO DE ANATOCISMO

"....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." (49).

49 Zamora y Valencia, Miguel. Op. Cit. Pág. 153

LFPC nos lo permite de la siguiente forma: *"Únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar al consumidor estado de cuenta mensual. Es improcedente el cobro que contravenga lo dispuesto en este artículo"*. Artículo 68.

La Ley Federal de Protección al Consumidor si acepta el cobro de interés sobre interés o la capitalización de los mismos, siempre y cuando se cumplan con los requisitos que emarca el artículo anterior.

Dentro del Código Civil el pacto de anatocismo contiene una limitante al establecer: bajo pena de nulidad queda prohibido el convenir de antemano que los intereses se capitalicen y produzcan nuevos intereses. (Art. 2397). Pero no contempla el supuesto de poder convenir la capitalización de intereses posterior a la firma del contrato; por ejemplo al momento de reestructurar el préstamo se documentaría como capital inicial u obligación principal, el consolidado de la deuda, es decir, capital e intereses.

El Código de Comercio al igual que la Ley Federal de Protección al Consumidor, admite la posibilidad de celebrar el pacto de anatocismo al estipular *"Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo capitalizarlos."* Art. 363.

Retomando el tema la LFPC en su art. 69 indica *"Los intereses se causarán exclusivamente sobre saldos insolutos del crédito concedido y su pago no podrá ser exigido por adelantado, sino únicamente por periodos vencidos."*

Nuestro Código Civil en su artículo 1843 consigna una restricción al cobro excesivo de intereses, a saber: *"La cláusula penal no puede exceder ni en valor ni en cuantía a la obligación principal"*.

Lo anterior con la finalidad de que en algún momento se realice una reglamentación de los intereses similar a la realizada por la LFPC. Considerando las medidas legales relativas a detener el abuso que se comete en la celebración del contrato, de igual forma se tendrá que tomar en cuenta el límite moratorio constituido en el art. 1843 del CC.

Respecto a la capitalización del interés (pacto de anatocismo), como ya se expuso la LFPC bajo circunstancias especiales lo admite, y el CC. bajo pena de nulidad lo prohíbe. Consideramos deberá de existir una norma específica que definitivamente lo prohíba, pues el cobrar intereses y sumarlos junto con la obligación principal da como resultado el aumento de la deuda y el cobro de interés sobre interés.

4.2. LAS PENALIDADES

4.2.1. CONCEPTO DE PENA CONVENCIONAL

"la pena es la forma mas característica del castigo". (50).

La palabra convencional es "relativo al acuerdo,.....establecido en virtud de precedentes o de costumbres". (51).

Es una cláusula de responsabilidad, pues determina el monto de la indemnización que deberá pagar el obligado, en caso de incumplimiento.

50 García Maynez, Eduardo. INTRODUCCION AL ESUDI DEL DERECHO. Cit. Pág. 305 Editorial Porrúa, S.A. Trigésima Octava edición. México, D.F. 1986. Pág. 305

51 García Pelayo, Ramón y Gross. LAROUSSE DICCIONARIO BÁSICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Ediciones Larousse. Tercera Reimpresión. México, D.F. Página 132

La pena convencional sirve para evitar de antemano futuras discusiones sobre los daños y perjuicios causados por el incumplimiento, debido a que la pena los sustituye, es decir es una manera de fijar el monto de los mismos desde el momento de celebrar el contrato.

"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. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios." Art. 1840 CC.

Quando el mutuario no paga, se incurre en mora, dando como consecuencia a la pena convencional. Esta se divide en:

A) Compensatoria.- Se produce cuando el daño consiste en la pérdida definitiva de los bienes o derechos del acreedor.

Esta pena es en cantidad fija y se da cuando no se cumple la obligación. La indemnización compensatoria, es el pago de los daños y perjuicios que se causen al acreedor por el incumplimiento absoluto de la obligación.

B) La moratoria.- se da por el retraso en el cumplimiento de la obligación, es decir es el interés automático derivado del incumplimiento, generalmente se fija mediante porcentajes mensuales, y permanece vigente desde el momento del incumplimiento hasta el momento del cumplimiento de la obligación principal.

Es de aclarar que esta pena convencional o interés moratorio, los prestamistas lo estipulan en dos formas:

A) al momento del incumplimiento.

B) como pena al llegar a juicio.

Un aspecto importante es el referente a: *"Si la obligación fue cumplida en parte, la pena se modificará en la misma proporción."* art. 1844 CC para el D.F.

4.2. LAS PENALIDADES

4.2.2. FUNCIÓN DE LA PENA

La pena convencional tiene la finalidad, de prevenir la posibilidad del incumplimiento de la deuda o en su defecto del incumplimiento moroso de la misma.

Esta pena responde a lo que prestamistas consideran pérdida del valor del dinero, y es utilizada para tratar de evitar el incumplimiento de la obligación.

Ellos se protegen en su poder adquisitivo logrando así oprimir al mutuuario, que debido a su necesidad pecuniaria se ve obligado a aceptar la tasa de interés tan alta impuesta por el mutuante.

4.2. LAS PENALIDADES

4.2.3. PENALIDADES USUALES

4.2.3.1. INTERÉS MORATORIO

"La mora es, pues, un retardo injustificado en el cumplimiento de una obligación y presupone siempre la existencia de una prestación, ya sea personal o real, eficaz, exigible y vencida." (52).

El interés moratorio.- es la pena convencional establecida por el mutuante al mutuario, para no solo prever el cumplimiento de la obligación, si no sobre todo, castigar pecuniariamente dicho incumplimiento.

Al momento de fijar intereses, los prestamistas abusando del apuro pecuniario, de la suma ignorancia y de la notoria inexperiencia del deudor o mutuario exageran las tasaciones impuestas dentro del contrato, dando como resultado la usura.

Sánchez Medai, nos relata lo correspondiente al "....delito de fraude genérico para aquél que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona obtenga de estas ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado." (53).

La usura doctrinariamente se puede definir, "como el interés desmedido, excesivo y ruinoso en contra del deudor, en beneficio del acreedor, que incluso puede llevar a la ruina al primero y a un enriquecimiento desmedido del segundo." (54).

En la actualidad nuestro Código Penal estipula:

***"Comete delito de fraude el que engañando a uno o aprovechándose del error en que éste se halla se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido...."* Art. 386.**

53 Sánchez Medai, Ramón. Op. Cit. Pág. 226

54 Peón Vela, Alberto. OP. Cit. Pág. 2857

"De nuestra ley penal se infiere...que a virtud del engaño o aprovechamiento del error, el agente " se hace ilícitamente de alguna cosa o alcanza un lucro indebido ". Ambos términos: "ilícitamente" e "indebido", usados por el texto legal, son completamente innecesarios; los dos califican de antijurídico el resultado". (55).

Art. 387 "...VIII 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....."

"...el fraude se integra mediante....., los medios engañosos empleados por el agente, o de la actividad negativa observada por éste al omitir hacer saber a la víctima el estado de error en que se encuentra y del cual se aprovecha para obtener la entrega de la cosa o cualquier lucro indebido....."(56).

La consecuencia, es el engaño y la lesión contenida en el contrato. Ya que el sujeto activo (acreedor) conoce el error en que se encuentra el sujeto pasivo (deudor).

En lo relativo a la Usura, la Suprema Corte de Justicia establece:

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Época: 5a

Tomo: LI

Página: 58

55 Pavón Vasconcelos, F. COMENTARIOS DE DERECHO PENAL. Parte Especial. Robo, Abuso de Confianza y Fraude. Editorial Porrúa. S.A. Quinta Edición Actualizada. México. 1982. página 171

56 Pavón Vasconcelos, F. Op. Cit. Pág. 163

RUBRO: INTERESES USURARIOS, ESTIMACIÓN DE LOS.
TEXTO: *Para poder apreciar si un contrato es o no comprendido entre aquellos que prohíbe la ley, respecto al tipo de interés, solo puede tomarse en cuenta el momento de las operaciones, para decidir si el mismo tiene, o no, miras de usura, pero no atender a la variación que sufre la equivalencia de monedas a través del tiempo.*

PRECEDENTES:

Tomo LI. Amparo Civil Directo 6207/34. Hernandez Ramirez Manuel. Pág. 58. 6 de Enero de 1937. Cinco Votos.

4.2. LAS PENALIDADES

4.2.3. PENALIDADES USUALES

4.2.3.2. CANTIDADES ADICIONALES

Para explicar las cantidades adicionales mas comunes que cobra el mutuante al mutuario dentro del préstamo con garantía hipotecaria, a continuación analizaremos brevemente como funciona la mecánica del préstamo:

A) el mutuante entrega una cantidad menor a la que documenta mediante contrato (ejemplo prestan 100 y entregan 70). Se hacen cargos por comisión de apertura, investigación de crédito, indemnización, intereses adelantados y otros conceptos. Esto da como resultado que los intereses se apliquen a un capital superior al realmente entregado.

B) el interés ordinario se divide en dos partes, la primera se documenta dentro del contrato, generalmente es un interés bajo y la segunda se documenta mediante pagares, éste es un interés mas alto que el anterior. El interés ordinario o rédito "...se identifica con el provecho, rendimiento o utilidad que se obtiene del capital (dinero)".(57).

Un aspecto importante es que el cobro del rédito tiene prescripción tal y como nos lo indica la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente jurisprudencia:

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Época: 5A.

Tomo: XXVII

Página: 247

RUBRO: RÉDITOS CAÍDOS, PRESCRIPCIÓN DE LOS.

TEXTO: *Cuando en la escritura constitutiva de hipoteca, no consta expresamente que ésta abarque los réditos caídos en mas de quinquenio, y no se renuncia expresamente a las prevenciones relativas a la Ley Civil y a sus beneficios, estos réditos caídos de mas de cinco años deben considerarse prescritos.*

PRECEDENTES:

TOMO XXVII, Pág. 147.- Hernandez Paredes Sebastián, Suc. de.- 10 de septiembre de 1929.- 5 votos.

C) el interés moratorio.- como ya se explico, es dividido en dos partes, primero se establece una tasa mensual dentro del contrato, y segundo se establece en forma de pena en caso de llegar a juicio, (fijada por una cantidad de dinero).

Por ejemplo citaremos una cláusula relativa al precepto anterior:
SI LA PARTE DEUDORA, no paga el capital dentro del plazo estipulado o faltare al cumplimiento de cualesquiera de las obligaciones contraídas se causarán intereses a razón del **PORCIENTO MENSUAL** en vez de la tasa convenida por su incumplimiento y a partir del momento en que se le demande judicialmente el pago del capital y de las demás prestaciones

estipuladas, incrementándose la tasa de INTERÉS MORATORIO PACTADO en esta cláusula en UN MEDIO POR CIENTO TRIMESTRAL, durante todo el tiempo que dure el juicio y hasta su total solución del adeudo y de sus accesorios. Asimismo en caso de juicio pagará una pena convencional de _____ NUEVOS PESOS MONEDA NACIONAL, sobre la cantidad dada en mutuo, cantidad que se demandará conjuntamente con la suerte principal y demás accesorios.

D) cláusula mediante la cual el mutuario se obliga al pago de las contribuciones hacendarias.

Por ejemplo:

LA PARTE DEUDORA, se obliga a pagarle a LA PARTE ACREEDORA, en unión del importe del mutuo y de los intereses y demás prestaciones, cualquier adeudo fiscal por impuestos, derechos y cooperaciones que resulten a cargo del inmueble hipotecado.

LA PARTE DEUDORA, hace constar que es de su pleno conocimiento que el Impuesto al Valor Agregado sobre los intereses, se le transfieren mensualmente en los recibos de intereses.

VALOR DE REMATE

Dentro del contrato, el mutuante impone al mutuario, una cláusula mediante la cual se estipula, el precio de remate al bien hipotecado. Naturalmente ese precio es menor al precio comercial del inmueble.

Ejemplo:

Para el caso de juicio "LA PARTE DEUDORA" conviene:

En que servirá de base para la venta o remate del predio hipotecado la cantidad de _____ NUEVOS PESOS MONEDA NACIONAL.

Respecto a esta cláusula fueron consultados algunos Magistrados, para tratar de conocer el criterio de las Salas.

Las respuestas fueron las siguientes:

1.- no, es valido el pactar precio de remate desde el momento de celebrar contrato, esto por el transcurso del tiempo y el valor del dinero, por lo tanto se tiene que mandar valuar el bien, pero si el tiempo entre la celebraci3n del contrato y el del remate es corto, y no ha cambiado mucho el valor, si se toma como valido, el precio de remate pactado.

2.- V3lida en tanto el tiempo de garant3a sea breve.

4.3. ASPECTOS FISCALES

La Constituci3n nos menciona: "*Son obligaciones de los mexicanos:IV Contribuir para los gastos p3blicos, as3 de la federaci3n, como del Distrito federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.*" Art. 31 de la Constituci3n Pol3tica de los Estados Unidos Mexicanos.

"Los impuestos son considerados por el C3digo Fiscal vigente.... como las prestaciones en dinero o en especie que fija la ley con car3cter general y obligatorio, a cargo de personas f3sicas y morales para cubrir los gastos p3blicos." (58).

Al respecto las personas f3sicas y morales est3n obligadas a contribuir para los gastos p3blicos conforme a las leyes fiscales.

IMPUESTO SOBRE LA RENTA

Dentro del contrato de mutuo, el cobro de inter3s es considerado

58 Gabino Fraga. DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial porrua. S.A. M3xico. 33a. Edici3n. 1994. P3gina 316

como un ingreso, y como tal se encuentra gravado con el Impuesto Sobre la Renta, como nos lo indica la Ley del ISR, en su artículo 1

"las personas físicas y las morales están obligadas al pago del Impuesto Sobre la Renta en los siguientes casos:

I. Los residentes en México respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan...."

El contrato de mutuo esta gravado con el Impuesto Sobre la Renta, por el ingreso representado por los intereses que recibe el mutuante del mutuario (la obligación de pagar ese impuesto es del mutante).

Dentro de una operación de mutuo con interés, el pago del Impuesto Sobre la Renta lo realiza el acreedor o mutuante ya que a la hora de recibir el pago correspondiente al cumplimiento derivado del préstamo con interés este lo incluye dentro de sus ingresos generales y de esta forma entera al fisco del impuesto correspondiente.

Salvo en los casos en que las partes lo pacten el deudor o mutuario deberá pagar al mutuante lo correspondiente al Impuesto Sobre la Renta, pero siempre habrá que tener en cuenta que la obligación es del mutante o acreedor.

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

El contrato de mutuo con interés también genera el IVA:

"Están obligadas al pago del impuesto al valor agregado establecido en esta ley, las personas físicas y morales que, en territorio nacional, realicen los actos o actividades siguientes:

I. Enajenen bienes

II. Presten servicios independientes

III. Otorguen el uso o goce temporal de bienes

IV. Importen bienes o servicios. Art. 1 de la Ley del IVA.

como un ingreso, y como tal se encuentra gravado con el Impuesto Sobre la Renta, como nos lo indica la Ley del ISR. en su artículo 1

"las personas físicas y las morales están obligadas al pago del Impuesto Sobre la Renta en los siguientes casos:

I. Los residentes en México respecto de todos sus ingresos cualquiera que sea la ubicación de la fuente de riqueza de donde procedan...."

El contrato de mutuo esta gravado con el Impuesto Sobre la Renta, por el ingreso representado por los intereses que recibe el mutuante del mutuario (la obligación de pagar ese impuesto es del mutuante).

Dentro de una operación de mutuo con interés, el pago del Impuesto Sobre la Renta lo realiza el acreedor o mutuante ya que a la hora de recibir el pago correspondiente al cumplimiento derivado del préstamo con interés este lo incluye dentro de sus ingresos generales y de esta forma entera al fisco del impuesto correspondiente.

Salvo en los casos en que las partes lo pacten el deudor o mutuario deberá pagar al mutuante lo correspondiente al Impuesto Sobre la Renta, pero siempre habrá que tener en cuenta que la obligación es del mutuante o acreedor.

IMPUESTO AL VALOR AGREGADO

El contrato de mutuo con interés también genera el IVA:

"Están obligadas al pago del impuesto al valor agregado establecido en esta ley, las personas físicas y morales que, en territorio nacional, realicen los actos o actividades siguientes:

I. Enajenen bienes

II. Presten servicios independientes

III. Otorguen el uso o goce temporal de bienes

IV. Importen bienes o servicios. Art. 1 de la Ley del IVA.

En relación al concepto de uso o goce temporal de bienes "....se entiende por uso o goce temporal de bienes, el arrendamiento, el usufructo y cualquier otro acto, independiente de la forma jurídica que al efecto se utilice, por el que una persona permita a otra usar o gozar temporalmente bienes tangibles, a cambio de una contra prestación." Art. 19 de la LIVA.

Por tal motivo se tendrá que enterar este Impuesto "Cuando se otorgue el uso o goce temporal de un bien tangible, se tendrá obligación de pagar el impuesto en el momento en que sean exigibles las contraprestaciones a favor de quien efectúa dicho otorgamiento y sobre el monto de cada una de ellas...." Art. 22 de la LIVA.

La obligación de pago del IVA es del mutuario, éste deberá de pagarlo al mutuante y éste a su vez lo enterará a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Por último "Para calcular el impuesto en el caso de uso o goce temporal de bienes, se considerará el valor de la contraprestación pactada a favor de quien los otorga, así como las cantidades que además se carguen o cobren a quien se otorgue el uso o goce por otros impuestos, derechos, gastos de mantenimiento, construcciones, reembolsos, intereses normales o moratorios, penas convencionales o cualquier otro concepto." Art. 23 de la LIVA.

En la práctica y en relación a la obligación de pago del Impuesto Sobre la Renta y del Impuesto al Valor Agregado, se sucitan varias circunstancias que a continuación expondremos:

A) los prestamistas repercuten la obligación de pago del ISR, al deudor o mutuario, no obstante de ser ellos quienes lo causan.

B) generalmente el mutuante no entera, o no entera la totalidad del ISR, que cobra al mutuario constituyendo una evasión fiscal.

C) en cuanto al IVA, el mutuario es quien tiene la obligación de pago, pues es quien lo causa; pero habrá que considerar que existe una simulación de intereses, es decir, el prestamista cobra el interés ordinario en dos partes:

1.- una tasa relativamente baja, estipulada en el contrato, que de alguna manera si entran al fisco y de la cual deberán entregar el recibo correspondiente, para que el mutuario lo pueda deducir.

2.- una tasa alta documentada mediante pagares, simulando de esta forma la mayor parte de los intereses ordinarios haciendolos pasar como prestamos aleatorios al principal, dejando sin oportunidad al deudor para poder deducirlo, pues no lo documentan como tal.

4.4. PROPUESTAS

Los intereses han sido tímidamente regulados por el legislador, a pesar de la situación económica y los factores inflacionarios que hoy en día se viven en nuestro país, por lo que se deberá realizar un cambio en nuestras normas legales, a efecto de regular equidad el pago de interés y suprimir las cantidades adicionales que hasta ahora se cobran por la celebración del contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

Se tendrá que estipular un tope o freno en el cobro de interés, éstos deberán de ir de acuerdo con la realidad. Este tope freno consistirá en un precepto prohibitivo, que marque un límite a la desigualdad que existe entre el provecho del mutuante y la desesperación pecuniaria del mutuario. Por lo anterior proponemos que nuestra legislación sufra cambios tendientes a obstaculizar la actividad de los prestamistas.

A) En cuanto al cobro excesivo de intereses, proponemos que el interés convencional no pueda ser más alto del doble del interés legal.

B) Dentro del contrato de mutuo con garantía hipotecaria el mutuante establece el cobro de intereses de la siguiente forma:

El interés ordinario

-estipulado dentro del contrato y

-documentado mediante pagares originando evasión fiscal

El interés moratorio

-consignado en el contrato y

-como pena convencional en caso de llegar a juicio

Ante el problema antes citado proponemos establecer un límite moratorio específico, similar al propuesto por nosotros en el inciso a); Por lo que toca al cobro de interés ordinario documentado en pagares deberá de existir un artículo expreso mediante el cual se prohíba realizar esta actividad evitando de esta forma la omisión fiscal y dando como consecuencia que el mutuario se niegue a firmar dichos documentos, de igual forma deberá de existir una prohibición expresa y tajante respecto de la pena. También es posible limitar los intereses moratorios al 25% o 30% de la tasa ordinaria con o sin juicio, lo que haría incosteable el interés oculto y documentado en títulos de crédito.

C) En la práctica los prestamistas desde el momento de celebrar contrato de mutuo con garantía hipotecaria, establecen precio del inmueble ante un posible remate, creemos sumamente conveniente estipular una norma que prohíba realizar este tipo de cláusulas, pues consideramos que es un abuso en contra del mutuario, ya que generalmente este precio de remate es muy por abajo del valor real.

D) En cuanto al juicio especial hipotecario consideramos de suma importancia cambiar algunos aspectos, como por ejemplo:

1.- Cambiar lo referente a que *"Es postura legal la que cubra las dos terceras partes del avalúo o del precio fijado a la finca hipotecada por los contratantes..." (Art. 573 del CPC)*, consideramos importante aclarar que al considerar el valor del bien hipotecado en las dos terceras partes causa agravio al mutuario, pues, desde el momento de fijar el precio de avalúo al inmueble, éste se ve depreciado al no

tomarse como referencia el 100% del precio base de avalúo, que en este caso sería nuestro postulado a proponer, y determinado por peritos, al momento del remate y no por los contratantes.

2.- Se propone que la apelación dentro del juicio especial hipotecario proceda en ambos efectos, para así este recurso pueda suspender la ejecución de sentencia ya que en la actualidad *"La apelación interpuesta en los juicios especiales procederá en el efecto devolutivo...."* (Art. 714 del CPC). Esto trae como consecuencia que la ejecución de sentencia no se detenga y el mutuario vea amenazado su derecho al existir la posibilidad de que su inmueble se pierda antes de tener el fallo de la apelación.

3.- Generalmente los prestamistas estipulan una cláusula o pena en relación al momento de llegar a juicio. Imponen al mutuario la obligación de pagar cierta cantidad por el solo hecho de entablar juicio, esta pena es cobrada durante el tiempo en que transcurre el juicio y hasta su total resolución, circunstancia que consideramos es total y absolutamente desproporcionada que requiere de una prohibición clara y tajante.

E) Es indispensable esclarecer el tipo penal del fraude, ya que nuestra legislación lo hace de la siguiente forma: *"...que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de esta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado."* (Art. 387 del Código Penal). Lo anterior de alguna forma no deja claro la definición de usura o a que se refiere esas ventajas usurarias, o que tan superiores serán esos lucros o réditos para que se pueda encuadrar dentro del delito.

Lo anterior nos hace concluir que requerimos de un tipo penal especial que realmente defina y castigue la usura delimitando exactamente las circunstancias especiales que deberán de existir considerando los siguientes preceptos:

1.- El lucro indebido implica la disminución en el activo patrimonial de la víctima impidiendo el enriquecimiento de ésta.

2.- Ventaja usuraria implica el enriquecimiento desmedido del acreedor y la ruina del deudor.

Por ultimo es de recordar que la Ley Federal de Protección al Consumidor estipula una reglamentación relativa al cobro de intereses, delimitando de alguna forma, la actividad del acreedor y proporcionando seguridad al deudor o consumidor. Esta breve reglamentación de intereses deberá de tomarse como ejemplo para establecer algún conjunto de normas similares que sean aplicables al contrato de mutuo con garantía hipotecaria para que, finalmente, se delimite la actividad de los prestamistas, proporcionando un tope a los intereses excesivos que cobran y a todas las actividades que realizan, y de esta forma deudores o mutuarios no sufran más abusos en su patrimonio.

CAPITULO V.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La celebración del mutuo con interés es la actividad que practican los prestamistas cuando prestan cierta cantidad de dinero. Los deudores aceptan condiciones desventajosas y desproporcionadas, pues debido al apuro pecuniario que padecen, aceptan toda clase de abusos en su contra, con el único propósito de lograr el préstamo. La forma mas común de garantizar el contrato de mutuo con interés, es por medio de hipoteca.

SEGUNDA .- En la práctica esas condiciones desventajosas y desproporcionadas, derivan en el cobro excesivo de intereses; el interés ordinario lo dividen en dos partes: a) establecen dentro del contrato un rédito, relativamente bajo, que subsiste durante la vigencia del crédito, y b) establecen un complemento del interés ordinario documentado mediante pagares, de igual forma subsiste durante la vigencia del crédito. Esto constituye una simulación de intereses y como consecuencia una evasión fiscal.

El interés moratorio también es dividido en dos partes: a) el automatico que opera al momento del vencimiento del plazo para cumplimiento de la obligación principal y b) uno superior en caso de llegar a promover el juicio especial hipotecario, y será vigente por el tiempo que dure el juicio hasta su total resolución.

TERCERA .- Los prestamistas incurrn en diversas anomalías y cobran cantidades adicionales, tales como: a) el mutuante entrega una cantidad menor a la que documenta mediante contrato, b) cobran cargos por comisión de apertura de crédito e investigación del mismo, indemnización, intereses adelantados, honorarios del intermediario y c) imponen la obligación de pago de las contribuciones hacendarias.

CUARTA.- Al realizar el contrato de mutuo con garantía hipotecaria, es común que el mutuante imponga un valor previo al inmueble que garantiza, ante un posible remate. Este valor previo usualmente es inferior y alejado de la realidad, ya que el mutuante impone ese precio a su libre albedrío, no tomando en cuenta ningún tipo de reglamentación, siendo una manera de presionar y tratar de tomar ventaja en caso de entablar juicio. El mutuario por su inexperiencia y su apuro pecuniario se ve obligado a aceptar tal condición.

Es de resaltar que nuestra legislación estipula un concepto prohibitivo, una limitante, al indicar que el precio del remate se fije al momento de exigirse la deuda, sin embargo, el caso de la hipoteca es una excepción fuera de lógica y equidad.

QUINTA.- En el juicio especial hipotecario la apelación, sólo tiene el efecto devolutivo. Esto trae como consecuencia que la ejecución de sentencia no se detenga, y el mutuario vea amenazado su derecho cuando en los demás juicios se tiene esta garantía y no está en riesgo el hogar de una familia.

El 24 de mayo de 1996 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones relativas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, éstas reformas en concreto atañen al juicio especial hipotecario, al remate y a la apelación.

Las reformas aludidas con anterioridad entraran en vigor 60 días después de su aplicación y no serán aplicables a persona alguna que tenga contratados créditos con anterioridad a la entrada en vigor del decreto.

Es decir, ni los deudores actuales, ni aquellos que estén reestructurando adeudos vigentes sean afectados por esta reforma y

seguirán regidos por la anterior legislación. Sin embargo en la reforma no hay normas para evitar los abusos de los prestamistas y se mantienen sus privilegios.

SEXTA .- Dentro del decreto mencionado en la conclusión anterior, también se prevé una adición al Código Civil, ésta consiste en la posibilidad de ceder créditos con garantía hipotecaria, sin necesidad de notificar al deudor, de escritura pública, ni de inscripción en el Registro Público de la Propiedad, siempre que el cedente lleve la administración de los créditos, el cesionario deberá únicamente notificar por escrito la cesión al deudor.

Esta adición entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEPTIMA.- El Código Penal estipula, de alguna forma un tope o freno a la actividad usuraria de los prestamistas al mencionar que deberá de considerarse como defraudador a aquel que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de esta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado.

Lo anterior no deja claro la tipificación de la usura. Por lo antes expuesto concluimos: Es pertinente establecer un tipo penal especial que defina y castigue la usura.

OCTAVA.- Usura doctrinariamente se puede definir como: el interés desmedido, excesivo y ruinoso en contra del deudor, en beneficio del acreedor, que incluso puede llevar a la ruina al primero y a un enriquecimiento desmedido del segundo.

Por lo tanto deberá de realizarse un análisis concreto acerca de esta situación, para así lograr regular con equidad las obligaciones y los derechos que se generan entre las partes, al momento de celebrar el contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

Esta protección solo se logrará cuando se revise integralmente el contrato de mutuo con interés y el régimen de la hipoteca, para frenar el abuso constante de quienes han hecho de la usura su forma de vida, en perjuicio de quienes se ven en situación económica desesperada y del mismo fisco.

BIBLIOGRAFÍA

F. Pavón Vasconcelos. **COMENTARIOS DE DERECHO PENAL.** Parte Especial Robo Abuso de Confianza y Fraude. Editorial Porrúa. S.A. Quinta Edición Actualizada. México. 1982.

Becerra Bautista, José. **INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.** Editorial Cardanes, S.A. 1985.

Bejarano Sánchez, Manuel. **OBLIGACIONES CIVILES.** Editorial Colección Textos Jurídicos Universitarios. México. 1992.

De Pina Vara, Rafael. **DERECHO CIVIL MEXICANO.** Editorial Porrúa. México Distrito Federal. 1992.

De Pina Vara, Rafael. Castillo Larrañaga, José. **DERECHO PROCESAL CIVIL.** Editorial Porrúa. Décimo Quinta Edición. México. 1982.

Instituto De Investigaciones Jurídicas de la UNAM. **DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO.** Editorial Porrúa. S.A. Séptima Edición. México, D.F. 1984.

Gabino Fraga. **DERECHO ADMINISTRATIVO.** Editorial Porrúa. S.A. México. Trigésima Tercera Edición. 1994.

García Pelayo y Gross. **LAROUSSE DICCIONARIO BÁSICO DE LA LENGUA ESPAÑOLA.** Ediciones Larousse. Tercera Reimpresión. México. Distrito Federal. 1986.

García Maynez, Eduardo. INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO. Editorial Porrúa, S.A. Trigésima Octava Edición. México, D.F. 1986.

Rojina y Villegas, Rafael. COMPENDIO DE DERECHO CIVIL. Editorial Libros de México. S.A. México Distrito Federal. Tomo IV. 1987.

Sánchez Medal, Ramón. DE LOS CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa. México Distrito Federal. 1989.

Trevino García, Ricardo. CONTRATOS CIVILES Y SUS GENERALIDADES. Editorial Font. S.A. Guadalajara, Jalisco. México. Tomo I y II. 1992.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel. CONTRATOS CIVILES. Editorial Porrúa. México Distrito Federal. 1992.

Legislación consultada

Código Civil para el Distrito Federal

Código de Comercio para el Distrito Federal

Código Fiscal de la Federación

Código Penal para el Distrito Federal

Código de Procedimientos Civiles

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley del Impuesto al Valor Agregado

Ley del Impuesto Sobre la Renta

Ley de Amparo

Ley Federal de Protección al Consumidor

Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos

Jurisprudencia

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Epoca: 5a

Tomo: LI

Página: 58

RUBRO: INTERESES USURARIOS, ESTIMACIÓN DE LOS PRECEDENTES:

Tomo LI Amparo Civil Directo 6207/34. Hernandez Ramírez Manuel. Pag. 58. 6 de Enero de 1937. Cinco Votos.

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Epoca: 5a

Tomo: XXVII

Página: 247

RUBRO: RÉDITOS CAÍDOS, PRESCRIPCIÓN DE LOS PRECEDENTES:

TOMO XXVII. Pag. 247.- Hernandez Paredes Sebastián. Suc. de.- 10 de septiembre de 1929.- 5 votos.

Instancia: Tercera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Epoca: 5a

Tomo: LIX

Página: 1440

**RUBRO: REMATES, REQUISITOS DE AVALUÓ EN LOS
PRECEDENTES:**

**TOMO LIX. PAG. 1440.- Amparo en Revisión 3370/1938. Sec. 2a.-
Doblado José Dámaso.- 8 de febrero de 1939.- Unanimidad de 5
votos.**

Revistas

**Vela Peón, Alberto. CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EN
CONTRATOS DE PRESTAMOS EN DINERO, en la Revista de
Información Dinámica de Consulta. Sección Jurídico Corporativa. 21
de Junio de 1995. Año IX N:228.**