

179
2 ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

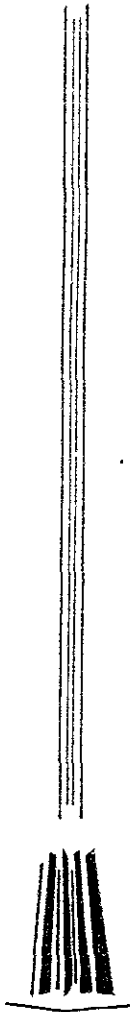
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN.

" LAS GARANTIAS EXCESIVAS DENTRO DEL CONTRATO
DE MUTUO. "

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ROBERTO LÓPEZ MARTÍNEZ.

ASESOR: LIC. MAURICIO SANCHEZ ROJAS.

MÉXICO 1999.



TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

275731



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.

A mis Padres:

Hermas Martínez y Roberto López por su apoyo, cariño, orientación y comprensión a lo largo de toda mi existencia presente y futura.

A mi Hermano:

Agustín no sólo por su ejemplo, también por su apoyo y orientación.

A mi Abuelita y Tías.

A la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón

A todos mis Profesores y Amigos

A mis Compañeros

¡Que habría sido de mi sin todos Ustedes !

Mas a quién habré de recordar estas cosas, como si el ingenio humano satisfecho con esas regiones, no osase avanzar más allá siendo así que, dirigiendo la mirada más lejos y comprendiendo plenamente que todos los monumentos humanos sucumben ante la fuerza del tiempo y de la decrepitud, inventó representaciones más incorruptibles sobre los que el voraz tiempo y la envidiosa vejez no reclaman derecho alguno.

GALILEO GALILEI
(1564- 1642)
Gaceta Sideral

INDICE.

“ LAS GARANTIAS EXCESIVAS DENTRO DEL CONTRATO DE MUTUO “

INTRODUCCION.

1 EL CONTRATO DE MUTUO, REFERENCIAS HISTORICAS.

1.1. EL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO ROMANO.	1
1.2. DIVERSAS DEFINICIONES DEL CONTRATO DE MUTUO.	7
1.2.1. EL CODIGO DE NAPOLEON.	10
1.2.2. EL CODIGO ESPAÑOL.	12
1.2.3. EL CODIGO CIVIL DE 1870.	14
1.2.4. EL CODIGO CIVIL DE 1884.	16
1.2.5. EL CODIGO CIVIL DE 1928.	17

2. EL CONTRATO DE MUTUO Y SUS ELEMENTOS.

2.1. LOS ELEMENTOS DE VALIDEZ Y LOS ELEMENTOS DE EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS EN GENERAL.	19
2.1.1. CONSENTIMIENTO.	21
2.1.2. OBJETO.	23
2.1.3. CAPACIDAD.	24
2.1.4. FORMA, OBJETO, MOTIVO O FIN LICITOS, VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.	26
2.2. OBLIGACIONES RECIPROCAS.	34
2.3. DIVISION DE LOS CONTRATOS.	43
2.4. CLAUSULAS DE LOS CONTRATOS, EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.	50
2.5. ESTUDIO JURIDICO DEL CONTRATO DE MUTUO.	54
2.5.1. CONCEPTO DEL CONTRATO DE MUTUO.	56
2.5.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y ELEMENTOS DE VALIDEZ.	58
2.5.3 DENOMINACION DE LAS PARTES.	59
2.5.4. OBLIGACIONES DEL MUTUANTE.	60

2.5.5. OBLIGACIONES DEL MUTUARIO.	61
2.5.6. CLASES DE MUTUO, SIMPLE, CON INTERES.	62

3. EL MUTUO CON INTERES.

3.1 LOS INTERESES LEGALES Y LOS INTERESES CONVENCIONALES.	64
3.2. EL INTERES DESPROPORCIONADO.	70
3.3 LA CLAUSULA DE ANATOCISMO.	73
3.4. LA LESION.	74

4. LAS GARANTIAS EXCESIVAS EN LOS CONTRATOS DE MUTUO QUE SE CELEBRAN CON INSTITUCIONES BANCARIAS.

4.1. EL MUTUO CON INTERES.	76
4.2. DENTRO DEL CONTRATO DE MUTUO LA INSTITUCION BANCARIA ES UNA DE LAS PARTES	81
4.3. OBJETO EN EL CONTRATO DE MUTUO CON INTERES.	85
4.4. LESION Y FRAUDE POR USURA.	88
4.5. ANATOCISMO.	92
4.6. REDUCCIÓN DEL INTERES AL TIPO LEGAL.....	99
4.7. LA REGULACION DE LAS GARANTIAS PACTADAS EN EL CONTRATO DE MUTUO.	101
CONCLUSIONES.	107
BIBLIOGRAFIA.	110

INTRODUCCION.

Dentro del complicado mundo del derecho, existe una gran diversidad de contratos, algunos de estos llegan a resaltar por encima de los otros, por sus características y las personas que los utilizan, otros en cambio no son muy usados a pesar de que existen y están contemplados en los códigos que nos rigen, otros más sirven de complemento entre sí para conformar otros contratos. Prácticamente son uno o dos los contratos que llegan a tener variantes en la legislación mexicana y es solamente uno el que esta contenido en dos leyes distintas, por lo que puede llegar a considerarse como un contrato sui generis en el derecho mexicano.

Este contrato que también puede considerarse como especial, es el mutuo uno de los contratos que en la actualidad tiene una importancia inusual y que junto a la compraventa es de los contratos que ha evolucionado paralelamente al hombre; en un principio era tan común que aquel que lo celebraba y pedía alguna remuneración extra era catalogado como un persona en la que no se podía confiar, principalmente por que el carácter de este contrato era gratuito, pero con el tiempo se empezó a presentar la usura dentro del mismo, costumbre que en la actualidad se a arraigado tanto que ha marcado el destino de este contrato y lo ha convertido en sinónimo de abusos y usura.

Siendo ahora estas dos características las que lo distinguen de los otros contratos, además una de estas ha dado motivo para que las personas que intervienen en el sean de otro tipo ya que las instituciones bancarias han tomado el lugar del mutuante y como estas siempre son conocidas como usureras el mutuo empieza a ser considerado como una creación de estas instituciones.

En la presente investigación se abordara tanto el tema de su surgimiento y evolución, en el panorama histórico mundial como en el nacional; de igual forma se tomara en cuenta los aspectos doctrinarios que determinan las características de los contratos como del mutuo en particular. Se analizara en especial la variante que posee, las características y el nuevo sentido que le ha dado a este contrato.

Como se mencionaba en líneas anteriores también se estudiara la participación de las instituciones de crédito dentro del contrato, las condiciones que imponen, el interés que la misma determina, la conducta de sus representantes y auxiliares, los nuevos criterios que el más alto tribunal de la nación adopta y que favorece a estas instituciones la forma en que presiona a los mutuarios, el constante engaño en que mantiene al mutuario y que llega a generar un fraude por usura.

Para terminar analizando de manera muy específica la reducción del interés convencional hasta el tipo legal, así como la modificación de los preceptos que los marcan tanto del Código civil como del Código de comercio, la adecuación de los mismos al ritmo de vida actual. Así mismo la regulación de las garantías que las instituciones bancarias imponen, el que estas sean compartidas por ambos contratantes en casos específicos, que de igual forma no se abuse de la imposición de estas y la eliminación de lagunas.

De igual forma se sugiere la reforma y modificación de el Código civil, o bien la creación de alguna ley en especial que contenga la nueva tendencia del contrato con las modificaciones que se le han hecho tanto a la denominación como a las características que lo empiezan a dominar; la ampliación de la Ley de la defensoría de oficio para que se faculte a los defensores a intervenir en asuntos mercantiles y puedan asesorar a las personas que formalizaran un contrato con instituciones de crédito.

CAPITULO PRIMERO.

EL CONTRATO DE MUTUO REFERENCIAS HISTORICAS.

1.1. EL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO ROMANO.

Al abordar la cuestión que constituye el contenido del presente capítulo me referiré a aquellas fuentes que dan origen a los contratos y principalmente a el contrato de mutuo.

La concepción histórica de los contratos, data en la mayor parte del Derecho romano y es por el hecho que se tiene mayor información escrita de este periodo de transición de la humanidad, y que perdura hasta nuestros días; es de suponerse que en periodos más antiguos del desarrollo del hombre este realizaba actos en distintas formas, con variados fines y con diferentes nombres, pero que en su esencia eran contratos; los intercambios de pieles o armas rudimentarias, de personas

de uno u otro sexo para diversos fines, de productos agrícolas y animales, son actos que han estado con el hombre y que evolucionaron con él, no siempre de la mejor forma.

Para el Derecho romano en un principio, las fuentes de las obligaciones eran el Delito para el Derecho público y el Contrato, para el Derecho privado esto para los romanistas tiene un problema, el determinar que es más antiguo si el primero o el segundo, considero que las obligaciones que se derivan del Delito son distintas a las que se generan por los contratos cada uno es particular y distinto, mientras que para el delito, (derecho público) no es necesario un formalismo para el contrato si, (derecho privado) además de un materialismo

En el derecho Romano el contrato es una figura reglamentada por el derecho, preestructurada, limitada siendo los elementos formales su esencia.

Generalmente los romanos conceptualizaban al contrato como la convención que se cifra en cambios de prestaciones correspondientes, aquel concepto que se nos enseñó y que debimos aprender por que en el siempre se basa la mayor parte de las obligaciones y que dice:

EL CONTRATO ES EL ACUERDO DE DOS O MAS VOLUNTADES DESTINADO A CREAR UNA O VARIAS OBLIGACIONES, SANCIONADAS POR UNA ACCION JURIDICA.

Para algunos autores este concepto es muy cuestionable, ya que en su última parte se hace mención a que son sancionadas por una acción jurídica, ya que en Roma los contratos eran poco tutelados por el Derecho civil.

Aun así también el préstamo civil es conocido como el *MUTUI DATIO*, que será el prototipo de los negocios crediticios, se podía realizar por medio de una tercera persona basado en una autorización de prestar (a un tercero por parte de un deudor con autorización del acreedor, a un hijo de familia sin autorización del padre o a un esclavo). En esta figura del préstamo con autorización surge una forma rara, el de dos mutuos con tres personas como contratantes " uno entre el autorizante como mutuante y el que recibió la cantidad como mutuario y

el autorizante como mutuante y el que recibió la cantidad como mutuario y otro mutuo entre el que entregó la cantidad como mutuante y el que dio el *IUSSUM* como mutuario.”¹

Para los romanos los diversos contratos que existían necesitaban una serie de elementos esenciales, naturales y accidentales, sin los cuales no podían existir recordemos que en el antiguo Derecho romano los contratos estaban dominados por el formalismo y el materialismo, en la época clásica con la técnica y en el bajo imperio con el dogmatismo.

Todos los contratos debían de contener una serie de fundamentos de los cuales dependía su existencia y su validez, así tenemos que los elementos esenciales para los romanos eran Sujetos, Objeto, Consentimiento, Forma y Causa; dentro de los naturales se encontraban La Responsabilidad de Prestar, El Saneamiento para el Caso de Evicción, el Pactum de Vendendum, entre otros; y dentro de los elementos accidentales se encuentran el Término, la Condición y el Modo o Carga.

Cada elemento podía ser fundamental para la existencia de el contrato, pero en el caso de los elementos naturales estos se encontraban dentro del contrato y sólo en algunos casos por medio de pacto expreso se podían suprimir. Con todos estos puntos de vista un contrato puede estar incluido en una o más clasificaciones según el criterio que se utilice tanto para su creación, como para su funcionamiento.

Los romanos clasificaban a los contratos en dos secciones, los contratos Nominados y los contratos Innominados; que significa que no entran dentro de los contratos clásicos, una convención que los hace quedar fuera, de los contratos Nominados que eran:

*Doy para que des;
Doy para que hagas,
Hago para que des; y
Hago para que hagas.*

¹.-D'ors Derecho Privado Romano. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1960. pág. 446.

" Los contratos nominados, a su vez, y atendiendo a la forma en que se perfeccionan, se clasifican en Verbales, (Verbis), escritos (Literis), reales (Re), consensuales (Consensu). "2 Dentro de la subclasificación de los contratos verbales entre otros tenemos la *mancipatio* y al *nexum*; dentro de los escritos están *síngrafos* y *quirográfos*; la última clasificación de los contratos nominados comprende a los contratos *consensuales* que incluyen ante otros la *compraventa*, el *mandato*, la *sociedad* y la *aparcería*.

En una subclasificación intermedia están los contratos reales o Re y que incluye *comodato*, *depósito*, *prenda* y el motivo de esta investigación *Mutuo*.

Así tenemos que el contrato de mutuo esta incluido dentro de la clasificación de los Contratos Reales en General, junto con el comodato, depósito y pignus; su existencia se remonta hasta la época clásica del Derecho romano, lo que podría explicar su carácter gratuito.

En ocasiones se ha creído que el *NEXUM* originalmente fue el mutuo y que fue evolucionando poco a poco hasta convertirse en éste y que a partir de la Ley *PAETELIA PAPIRIA*, lo sustituye definitivamente, pero no hay nada más alejado de la realidad ya que el *NEXUM*, el *MUTUUM* y la *SPONSIO*, son figuras que han coexistido por separado y con distintos fines cada uno.

Gayo es el único jurista que da una definición más o menos clara de lo que es el mutuo o mutuum, " debido a que la etimología es dudosa *MUTUA* deriva de *MUTUARE* que puede significar cambio, de donde surge dar unas monedas para recibir otras de igual valor. "3 Su origen primitivo explica que sea gratuito, en un principio no se requerían intereses ya que suponía que al entregar cierta cantidad de dinero se debía devolver la misma cantidad de dinero.

También *Plauto* lo menciona con frecuencia, definiéndolo como un servicio amistoso que realizaban a menudo los vecinos entre sí " Este préstamo no da intereses, es del tipo característico de los servicios cuya

2.-Morineau Iduarte, Marta. Derecho Romano. Harla. México, 1987. pág

3.- Cf. Schulz, Fritz. Derecho Romano Clásico. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1960 pág.485.

única retribución es que el beneficiado quede a la recíproca. ”⁴
Considero que es esta si no la definición más clara del mutuo, si la que más se acerca al significado con el que se conoce hoy en día.

Como se ha mencionado, la etimología de la palabra MUTUUM, es dudosa, considerando que su significado sólo es un juego de palabras, la definición que Gayo hace en sus instituciones únicamente es aproximada, pero se tiene una definición más o menos entendible y particular “ Es por esto que se llama `mutuo ´, por lo que yo te he dado, cesa de ser mío para ser tuyo. ”⁵

Dentro de todas las posibles definiciones que se hicieron del mutuo, la gran mayoría de los juristas romanos consideraban que el mutuo era el más típico de los contratos “ Si se dice que la obligación se contrae en `re ´ es por que no bastaría un mero `consensu ´, de celebrar el `mutuo ´. ”⁶

Según el Diccionario de derecho Romano recopilado por Faustino Gutiérrez, MUTUUM es el “ contrato de mutuo o préstamo de consumo; contrato real y unilateral, por el cual una persona denominada mutuante entrega a otra, llamada mutuario la propiedad de una suma de dinero o una cantidad de cosas fungibles, con la obligación por parte esta de restituirla pasado cierto tiempo otra cantidad del mismo genero y calidad. ”⁷

El contrato de mutuo ha sido regulado tanto por el Derecho griego y por el Derecho romano en cuanto a los intereses que se pactan pero fueron los romanos los que abundaron más en el tema creando una serie de acciones para regularlos.

Por su parte Justiniano hace en su obra, por cierto muy parecida a la de Gayo, incluyendo el título, hace la misma definición de lo que es el mutuo y el comodato a pesar de que ambos viven en distintas épocas

⁴ - Ourliae, Paul. Derecho Romano y Francés Histórico Tomo I, Derecho de Obligaciones Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1957. pág. 95.

⁵ - Gutiérrez, Faustino. Diccionario de Derecho Romano. Editorial Reus, S.A., Madrid 1995. pág 475.

⁶ -Gayo, Institutas, tr. Alfredo Di Pietro, 4a Edición. Buenos Aires, 1993 pág 454.

⁷.- Gutiérrez, Faustino. Ob.. Cit.. pág. 475

“ Esta dación sólo se aplica a las cosas que se pesan, se enumeran o se miden, como el vino, el aceite, el trigo, la plata acuñada, el metal, la plata y el oro, dando estas cosas en número, medida o peso, es para que se haga propiedad de aquellos que las reciben; de tal manera que deben devolvernos, no las mismas cosas sino cosas de la misma calidad. De donde se ha tomado el nombre de *mutuum*, por lo que yo le doy, de mío se hace tuyo. ”⁸

En otro orden de ideas, algunos juristas no distinguen entre el *MUTUA* y el *COMMODATUM*, dándole un sólo significado a ambas palabras, posiblemente por el hecho de que se encuentran en la misma clasificación de contratos reales, algunos otros por el contrario lo define como *USURERA*, que es el término correcto para designar el interés.

Es mucho después cuando se modifica esta forma de realizar este contrato puesto que ya se podían pactar intereses añadiendo una *STIPULATIO* para que fuera válido el convenir intereses a la suma de dinero prestada; es por esta razón que a partir de la inserción de esta cláusula o *STIPULATIO*, el contrato de mutuo pierde su carácter de contrato gratuito. Era tan frecuente la estipulación de intereses que en ocasiones sí no existía esta estipulación no llegaba a formalizarse.

Al pactar los intereses por medio de una *STIPULATIO*, además de perder su carácter gratuito también pierde el formalismo que lo colocaba dentro de la clasificación de contrato real; algunas limitantes fueron impuestas en la época imperial debido a los abusos excesivos que se daban en el cobro de intereses, es por lo que algunos romanistas consideran que esto en lugar de beneficiar al contrato por el contrario entorpeció su desarrollo.

Cada vez la estipulación de intereses se hizo tan común que del mutuo con usura (*USURAE*), surge una forma especial de mutuo el *FENUS* que con la práctica del comercio marítimo con algunos de sus vecinos y colonias conquistadas se convirtió en el *NAUTICUM FOENUS*, *FENUS NAUTICUM*, (*PECUNIA TRAIECTICIA*) que originalmente es un seguro de riesgo para la mercancía que se transportaba “ el riesgo del capital prestado o de la mercancía comprada con el,

⁸ - Instituciones de Justiniano, tr.. M. Ortolán, Editorial Heliastra, S.R.L., Buenos Aires, 1976. pág 237.

durante la travesía del transporte por mar, es aquí del mutuante quien puede estipular en consideración de tal riesgo unos altos intereses a cargo del mutuario.⁹

1.2. DIVERSAS DEFINICIONES DEL CONTRATO DE MUTUO.

En la mayoría de las definiciones que se tienen del mutuo en su origen, las figuras del mutuo y el comodato siempre están ligadas o bien son confundidas, por ser consideradas en apariencia afines por los romanos ya que estos las colocaban dentro de la misma clasificación de contratos reales, es decir, no podían existir sin la entrega de la cosa ninguno de los dos, siendo de igual forma ambos, gratuitos

Aquí podemos señalar la diferencia que existe entre el *MUTUA* y el *COMMODATUM*, (*MUTUO Y COMODATO*) para mayor claridad respecto de ambos contratos; El comodato es un préstamo de uso, sinalagmático imperfecto y de buena fe, que al igual que el mutuo también entra en la clasificación de los contratos reales; en este tipo de contratos se transfiere la posesión de una cosa para que sea utilizada y en un término fijado sea restituida a su propietario. Generalmente recaerá sobre los bienes muebles aunque no se excluyen los bienes inmuebles y los bienes consumibles, siempre debe de ser gratuito ya que si se llega a cobrar o estipular intereses será un contrato de arrendamiento; prácticamente desconocido como un contrato en Roma hasta la época de la República en que fue incluido en la esfera de las relaciones jurídicas y en el *IUS CIVILE* en tiempos de Adriano.

Como se hacia mención en el punto precedente Justiniano hace una definición de lo que es el comodato “ se diferencia mucho del que ha recibido una cosa en mutuum por lo que la cosa no se le da en propiedad, y por consiguiente se halla obligado a restituir idénticamente la misma.”¹⁰

⁹- D'ors. Ob.. Cit. pág 444.

¹⁰- Ídem pág. 238.

Tal vez por el hecho de que es confundido con el comodato es por el carácter gratuito que en un principio tenían ambos, ya que el mutuo era un negocio no lucrativo por que el mutuario al momento del pago no tenia que dar ninguna cantidad extra al mutuante por lo prestado.

Desde el punto de vista económico el mutuo y el comodato se diferencian en que el comodato no es un préstamo de consumo, es decir la propiedad de la cosa nunca deja de ser del comodante y el comodatario no tiene autorización de hacer con ella cualquier uso; en cambio el mutuo es un préstamo de consumo en el que se autoriza al mutuario a hacer cualquier uso de la cosa, venderla, cambiarla, destruirla o consumirla, con la obligación de devolver al mutuante una cosa igual o la misma suma de dinero dada.

Como se ha mencionado con anterioridad el mutuo y el comodato suelen confundirse como un sólo contrato, sin tomar en consideración que existen otros que tienen el mismo fin tal es el caso de la venta, el reporto, la permuta y la donación, entre otros. Pero para algunos sólo existen dos clases de préstamo y el mutuo es una de ellas, el otro es el comodato, según esto el mutuo es el tipo de préstamo por el cual se autoriza al deudor a disponer de las cosas que le fueron entregadas, obligándose únicamente a devolver cosas iguales en calidad y cantidad, siendo esta la definición que se da del *MUTUO* o *MUTUUM*.

Continuando con las diversas definiciones del contrato de mutuo, algunos romanistas de la época moderna consideran que la definición dada de mutuo era un concepto muy rebuscado para ellos no se deriva de las palabras *MEUM* y *TUUM*, lo mío se hace tuyo; para ellos el origen del mutuo es la voz *MUTUUM* combinada con el verbo *MUTUARE*, que significa cambiar.

Es hasta el período medieval donde nuevamente se tienen noticias del contrato de mutuo con algunos cambios de clasificación, ya que ahora se clasifica como un contrato de préstamo de consumo cambiándole de nombre por ciertas circunstancias especiales siendo la más conocida en esta etapa el denominado como *CONTRACTUS MOHATRAE* en el, él mutuario recibía una cosa específica la cual podía utilizar e incluso vender; esta forma podía realizarse por medio de un precontrato como un acto preliminar antes de formalizar el contrato de mutuo.

Posteriormente a esta reaparición del mutuo en la época medieval, lo que no significa que durante este periodo haya desaparecido por completo esta figura histórica; nuevamente se tienen noticias del mutuo ya que se seguía practicando pero con una variante el incluir intereses, como ya se había hecho durante la época romana, pero por el momento existía una prohibición por el derecho canónico, de prestar dinero con interés, del derecho canónico paso al derecho civil, siendo Carlo Magno quien la incluyo en su legislación (Capitular).

Debido a esta prohibición surge el monopolio del pueblo judío con respecto de los prestamos con interés, en aquel entonces hablar de prestamos con usura era sinónimo de judío; Lo que naturalmente repercutía en los cristianos que no concebían que un pueblo por siglos rechazado por ellos mismos se apropiara de sus riquezas por este motivo crearon algunas figuras especiales, afines al contrato de mutuo en el que como buenos cristianos no podían cobrar intereses, sin embargo en estas figuras especiales por no estar incluidas en la prohibición canónica, si podían pactar cualquier clase de intereses manteniendo su conciencia tranquila al no cometer pecado.

Estos contratos especiales mantenían la escénica del mutuo ya que en muchas ocasiones sólo eran ante contratos o contratos preliminares del mutuo, o bien el mismo mutuo pero con un nombre distinto en el que se podía pactar interés; es el caso de la promesa de mutuo que contenía la obligatoriedad y podía ser unilateral o bilateral, con la misma obligación por parte del mutuario o deudor de entregar una cosa o cantidad igual a la que recibió en un principio por el mutuante o acreedor, no sin antes haber firmado posteriormente el contrato de mutuo

Una más de estas figuras especiales afines al contrato de mutuo lo era el contrato pignorativo en el que se aparentaba dejar una cosa en prenda, pactando la devolución de la cosa para quedarse con ella y en ocasiones con la cosa dada en prenda, esto también se podía hacer de manera convencional simulando una venta en la que se pactaba una compra venta en favor del vendedor original, para que de esta manera recuperara la cosa vendida, siendo la realidad un préstamo con derecho de retracto.

El contrato a mohatra también conocido como contractus mohatrae, ya señalado brevemente con anterioridad en el cual se compra una cosa en un precio muy bajo con el pacto de vender en un término a un precio muy alto. Y por último tenemos la constitución de renta, en el que el acreedor celebra un contrato por medio del cual entrega al deudor una cantidad en calidad de renta la cual no podrá ser exigida pero si reembolsada al acreedor mediante cantidades pactadas como renta y entregadas al acreedor conforme a lo establecido en el contrato.

1.2.1. EL CODIGO DE NAPOLEON.

Es desde el lejano período del imperio de Carlo Magno que el mutuo no tiene cambios significativos por lo que siempre estuvo prohibido el mutuo con interés hasta después de la revolución francesa; esta prohibición la imponía la Iglesia Católica, que durante ese periodo era quien imponía las reglas para todo, comercio, cultura y todas las demás ciencias profanas, siendo el emperador Carlo Magno el más ferviente defensor de la fe, a pesar de todas las reformas que implanto no podía hacer nada al respecto; como se ha visto con anterioridad.

Durante el largo periodo que existió hasta la revolución francesa los prestamos no estuvieron prohibidos pero no sólo en el mutuo se daban abusos, y este préstamo se realizaba con las clases desprotegidas, sumiéndolas más en la miseria.

Del Código de Napoleón no podemos decir que sea una obra original, más bien podríamos decir que es una rara mezcla de Derecho romano, Derecho consuetudinario francés y de Derecho revolucionario que por la época en que fue redactado aprovecho el clima posrevolucionario e independentista que existía no únicamente en Francia sino en la mayor parte del mundo, para que fuera tomado como modelo por la gran mayoría de los países en la forma y contenido de las legislaciones civiles, durante la mayor parte del Siglo XIX; incluso en México gran parte de los Códigos civiles que han estado en vigor desde la época en que la guerra de independencia terminó fueron inspirados e

incluso retomaron algunos de los aspectos más relevantes de este Código.

Este Código se promulga en el año de 1804, siendo aun primer cónsul Napoleón Bonaparte, en el que se supone están incluidos los principios de Libertad, Igualdad y fraternidad.

Es sabido que el Emperador no tuvo nada que ver con la redacción de este Código, lo único que hizo fue promulgarlo, quien realmente tuvo en sus manos la creación del " Código fue el Magistrado *TRONCHET*, que por aquella época fungía como presidente del Tribunal de Cesación, quien era ferviente partidario del Derecho francés consuetudinario. Quien a su vez tomo gran parte de un proyecto redactado en 1800 ¹¹ (se dice que en realidad la mayor parte de el Código de 1804 proviene de este proyecto, al ser tomadas tres cuartas partes de los artículos que contenía).

A pesar de todo esto fue autorizado en el Código la realización del contrato de mutuo pactando intereses, por lo que nuevamente se empiezan a dar los abusos al fijar los montos de estos de manera extralimitada; es hasta mucho tiempo después que se hace lo posible por controlar esta situación de usura, por las arbitrariedades cometidas. Debido a los principios liberales incluidos en este Código se trata de resolver este problema social mediante la prohibición absoluta, la cual no funciona ya que los prestamistas toman como ejemplo las figuras especiales establecidas en la edad media por medio de las cuales pueden seguir cobrando intereses desmedidos.

Otra de las soluciones que se ponen en funcionamiento es la prohibición limitada mediante la cual se establece una tasa máxima para establecer un interés regulado el cual no podrá exceder de cierta cantidad pero de igual manera su eficacia es limitada, hasta el momento en que se aplica de manera conjunta la libertad consensual de aplicar intereses que no excedan de la tasa límite permitida, lo que en cierto modo beneficia al deudor y sigue aplicándose hasta nuestros días.

¹¹.- Cf. Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Editorial Porrúa, S.A. México, 1993, pág. 132

Por lo que el Código de Napoleón contiene en el artículo 1892 la definición de mutuo siendo la siguiente:

*Art. 1892. LE PRÊT DE CONSOMMATION EST UN CONTRAT PAR LE QUEL L'UNE DES PARTIES LIVREÀ L'AUTRE UNA CERTAINE QUANTITÉ DE CHOSES QUI SE CONSOMMENT PAR L'USAGE, A LA CHARGE PAR CETTE DERNERE DE LUI EN RENDRE AUTANT DE MÊME ESPECE ET QUALITE.*¹²

El cual podría ser traducido como :

Art. 1892. EL PRESTAMO DE CONSUMO ES UN CONTRATO POR EL CUAL UNA DE LAS PARTES ENTREGA A LA OTRA UNA CIERTA CANTIDAD DE COSAS QUE SE CONSUMEN POR EL USO, LAS CUALES SERAN DEVUELTAS SIENDO DE LA MISMA ESPECIE Y CALIDAD.

1.2.2. EL CODIGO ESPAÑOL.

En la península Ibérica debido posiblemente a la ocupación que hicieron varios pueblos de ella, incluyendo a los Iberos a quienes debe su nombre, Fenicios, Cartagineses, Griegos, Romanos y Arabes, entre otros es que se producen una serie de Leyes más o menos de trascendencia; El Código de Eurico, el Código de Leovigildo, el Código de Alarico o Brevario de Ariano, el Fuero Juzgo (de tendencia romanista), El Fuero de Fijosdalgo, El Ordenamiento de Alcalá, El Fuero Mayor de Castilla, entre otras muchas más, tratan de poner en orden entre las obligaciones que surgen entre los individuos.

Pero de entre todas estas leyes es el Ordenamiento de Alcalá el primero que establece el principio de que la fuerza obligatoria de los contratos, descansa en la voluntad de las partes " de modo que estas quedan obligadas en la manera y términos en que aparezca que

¹².- Batza, Rodolfo. Las fuentes del Código Civil de 1928, Editorial Porrúa, S.A. México, 1979, pág. 1013.

quisieron hacerlo, sin que la validez del contrato dependa de formalismos o solemnidades. ¹³

Debido posiblemente al carácter religioso que prevalece en la España medieval, el pactar interés en el contrato de mutuo era considerado como un pecado y no sólo fue en España esta prohibición; durante la mayor parte de la Edad Media a todos los cristianos se les prohibió el pactar intereses por lo que los no cristianos eran los que realizaban este tipo de contratos. (y no únicamente entre no cristianos.)

El antecedente más directo de este Código es una recopilación que se realiza en 1805, llamada *Novísima Recopilación de Leyes de España*, esta recopilación contiene doce libros; en el capítulo relativo a los contratos aparecen disposiciones relativas al formalismo y de índole fiscal

Como lo he mencionado el Código francés influyo en muchas legislaciones y la española no fue la excepción, y lo fue mucho más por la cercanía de los dos países. En 1851 se formula un proyecto en el cual se trata de dejar fuera los derechos forales de las provincias españolas que estaban en vigencia desde la época medieval, por lo que nunca llego a tener vigencia. Pero que fueron tomados en cuenta para la promulgación del Código de 1889.

Este proyecto conocido más por el nombre de su creador el ilustre jurista Florencio García Goyena, influencia notable al momento de crear los Códigos de 1870, 1884, antecedentes directos de nuestro actual Código vigente, debido a su relevancia es tomado en gran parte como una fuente directa de este último en ciertos capítulos y artículos.

Pero para la definición del mutuo no es una fuente directa, es más en los Códigos de 1870 y 1884, contribuye el Código de Napoleón en la definición del mutuo, así como el Código portugués ya que el proyecto García Goyena lo clasifica como una especie del préstamo, en un artículo que pertenece al capítulo de las sucesiones testamentarias. Debido a que consideraba que los contratos se formaban por el simple consentimiento, entrando dentro de la clasificación de los consensuales y no de los reales como lo afirmaban los romanos al clasificarlos como

¹³.- Galindo Garfías, Ignacio. Ob.. Cit.. pág. 614.

contratos reales; por lo que sólo tomare en cuenta la parte referente al préstamo.

ARTICULO 630 ...UN CONTRATO POR EL CUAL UNA DE LAS PARTES SE OBLIGA A ENTREGAR A LA OTRA ALGUNA COSA ...¹⁴

En donde si es tomada como fuente directa por nuestros Códigos es en el artículo referente al mutuo con interés especificando que si no esta por escrito la estipulación de intereses no será valida esta.

1.2.3. EL CODIGO CIVIL DE 1870.

En el México de la época prehispánica se tiene muy limitada información sobre la forma en que se aplicaba la ley civil y del panorama que encontraron los españoles al desembarcar en costas mexicanas.

Debido a la poca información que los sociólogos e historiadores han podido descubrir no solamente sobre el derecho civil sino también sobre los contratos, se ha podido encontrar que la gran mayoría de los contratos se celebraban sin formalismos; el más común de los contratos que se celebraba es el contrato de prenda.

Las penas por incumplimiento o por deudas derivadas de los contratos eran severas, se transmitían de padres a hijos consistiendo generalmente en prisión y esclavitud que era la más común. Un dato interesante es que se conocía y se practicaba el contrato de mutuo con o sin interés, aunque es dudoso que se llegara a realizar con interés, pues estaba prohibido.

Como vemos no sólo en lugares o civilizaciones que fueron modelos históricos, de figuras jurídicas que perduran hasta nuestros días, se llevaban a cabo vínculos jurídicos entre personas, también en lugares distantes y poco civilizados como nuestro país, pero debido a la destrucción de la información ha sido insuficiente su conocimiento y por

¹⁴.- Sánchez Medal, Ramón. De los Contratos Civiles Teoría General del Contrato Editorial Porrúa, S.A., México, 1989. pág. 217

lo mismo no muy estudiado, lo escaso que se ha logrado descubrir de ellos demuestra que no existe una marcada diferencia entre unas y otras civilizaciones.

Durante la época colonial se aplicó la legislación española aún mucho tiempo después de consumada la independencia; es más se reconoce como fuente única el proyecto de un jurista español Florencio García Goyena de el Código de 1870; fue hasta 1859 que Justo Sierra realizó un Código que únicamente quedó como proyecto ya que nunca llegó a promulgarse y que fue tomado como base para la elaboración del Código citado.

Este Código toma muy en cuenta la mayor parte de las legislaciones que se tuvieron durante siglos en la Nueva España y a pesar de que ya tenía algún tiempo de haberse consumado la independencia tomó en consideración ciertos parámetros de las leyes españolas y más del Código de Napoleón que fue una influencia determinante en la última parte de el Siglo XIX.

Gran parte de los artículos que contienen los Códigos de la segunda parte del Siglo XIX fueron tomados de Códigos europeos, no únicamente del Código francés y español (suizo, español, alemán e incluso el ruso) y en una pequeña parte de algunos americanos (chileno, brasileño, argentino, uruguayo y algo sorprendente en el Código civil guatemalteco).

Por lo que es permitido el mutuo con interés y también se incluye una variante al incluirle el comodato en la definición del mutuo, haciéndolo parecer como si fueran iguales.

La totalidad de los más de cuatro mil artículos que integran este Código fueron divididos en un título preliminar denominado *De la Ley*, y cuatro libros; los primeros veintiún artículos comprenden el título preliminar, el Libro Primero titulado *De las Personas*, abarca del artículo 22 a el artículo 777; *De los Bienes, la Propiedad y sus Modificaciones*, de los artículos 778 a 1387, comprenden el Libro Segundo; del 1388 concluye en el artículo 3363 el Libro Tercero *De los Contratos*; el último el Libro Cuarto titulado *De las Sucesiones*, incluye los artículos 3364 al 4126.

Dentro del Libro Tercero se incluye la definición de el contrato de mutuo, además de las definición de los otros contratos, la teoría de los contratos y las obligaciones.

A continuación se transcribe el artículo que contiene el Código de 1870 en el que se comprenden a los contratos tanto de préstamo, comodato y mutuo como si fueran uno sólo:

ARTICULO 2785.- BAJO EL NOMBRE DE PRESTAMO SE COMPRENDE TODA CONCESIÓN GRATUITA, POR TIEMPO Y PARA OBJETO DETERMINADOS, DEL USO DE UNA COSA NO FUNGIBLE, CON OBLIGACION DE RESTITUIR ESTA EN ESPECIE; Y TODA CONCESION, GRATUITA O A INTERES, DE COSA FUNGIBLE, CON OBLIGACION DE DEVOLVER OTRO TANTO DEL MISMO GENERO Y CALIDAD. EN EL PRIMER CASO, EL PRESTAMO SE LLAMA COMODATO Y EL SEGUNDO MUTUO.¹⁵

En este artículo podemos ver que el mutuo y el comodato son clasificados como prestamos de consumo.

1.2.4. EL CODIGO DE 1884.

En 1884, se nombra una comisión que deberá de revisar el Código de 1870 en mayo de ese mismo año y es promulgado en junio. Esta revisión es muy rápida ya que se realiza en unos cuantos meses por lo que no se hacen cambios significativos, sin embargo se le incluye en ciertos aspectos la idea del individualismo en materia económica.

Esta idea de el individualismo económico perdurara hasta el momento en que termina la revolución; reflejándose en materia de obligaciones por lo que los contratos se ven influidos por este punto de vista.

Este Código lo componen menos artículos que su antecesor, que son tres mil ochocientos veintitrés artículos, aun cuando conservan la

¹⁵.- Idem. pág. 1012

misma subdivisión de un título preliminar y cuatro libros con las mismas denominaciones.

Extrañamente a pesar de ser una revisión de el Código de 1870, el mutuo sigue estando incluido con el comodato o el comodato con el mutuo, aunque este último se sigue celebrando con intereses y el comodato no:

ARTICULO 2661.- BAJO EL NOMBRE DE PRESTAMO SE COMPRENDE TODA CONCESIÓN GRATUITA POR TIEMPO Y PARA OBJETO DETERMINADOS, DEL USO DE UNA COSA NO FUNGIBLE, CON OBLIGACION DE RESTITUIR ESTA EN ESPECIE; Y TODA CONCESIÓN GRATUITA O A INTERES DE COSA FUNGIBLE CON OBLIGACION DE DEVOLVER OTRO TANTO DEL MISMO GENERO Y CALIDAD. EN EL PRIMER CASO EL PRESTAMO SE LLAMA COMODATO Y EN EL SEGUNDO MUTUO.¹⁶

En este artículo se sigue reglamentando el préstamo de uso y el préstamo de consumo, como en el Código de mil ochocientos setenta, a pesar de que este fue reformado pero en su esencia quedo igual, hasta el surgimiento del Código de mil novecientos veintiocho (o mejor dicho de 1932).

1.2.5. EL CODIGO DE 1928.

El Código de mil novecientos veintiocho, es relativamente innovador a pesar de que toma algunas ideas de los códigos que lo precedieron; aunque en realidad este Código debería de ser considerado como el Código de mil novecientos treinta y dos que es el que nos rige en la actualidad con ciertas reformas que se ha hecho.

En mil novecientos catorce Carranza trata de reformar el Código de 1884, siendo las más relevantes las que se refieren a el divorcio que después se anexaran a la ley de relaciones familiares promulgada en

¹⁶.- Ídem.

1917. Este Código vigente se dice esta influido por la idea de socialización del derecho.

Este Código es el resultado de una serie de reformas constantes a los Códigos que han existido en México de los cuales podemos decir que tampoco han sido originales generalmente se han copiado substancialmente, literalmente o sólo se han usado como fuente " La mayor parte de los artículos del Código de 28 deriva del de 70, recibidos a través del de 84. "17

En este Código se hace una división por clases de personas que utilizan los contratos o tienen una relación jurídica, esta relación puede ser entre personas comunes a quienes se les aplicara el Código civil, y las personas no comunes como son los comerciantes, se regirán por el Código de comercio; de esto se puede deducir que existen contratos puramente civiles y esencialmente mercantiles y también que pueda haber contratos mixtos.

Se considera realmente innovador este Código al reglamentar la promesa de contratar y el concederle efectos jurídicos a la declaración unilateral de voluntad. " Además de que por fin se hace una reforma a el artículo que contiene la definición de el contrato de mutuo, quitándole su carácter de contrato real y gratuito convirtiéndolo por fin en un contrato consensual y sinalagmático. "18

17 - Ídem pág. 13.

18.- García Téllez, Ignacio. Nuevo Código Civil Mexicano, Motivos Colaboración y Concordancias, Editorial Porrúa, S.A., México, 1965, pág. 109.

CAPITULO SEGUNDO.

EL CONTRATO DE MUTUO Y SUS ELEMENTOS.

2.1. LOS ELEMENTOS DE VALIDEZ Y LOS ELEMENTOS DE EXISTENCIA DE LOS CONTRATOS EN GENERAL.

Para que uno de los contratos pueda existir en el mundo jurídico es necesario que contenga una serie de requisitos que cada una de las partes debe cumplir, si se da el caso que sólo a una de las partes se le impongan podemos decir que el contrato posee vicios, también ciertos contratos deben de poseer todos y cada uno de los elementos de validez y existencia que la ley marca, si llegara a faltar uno o más de estos fundamentos el contrato podría ser nulo o inexistente.

Un elemento se dice que es un principio, componente o parte, que son esenciales para que pueda existir un contrato cada uno de estos

elementos deben de ser necesarios para que exista un contrato y pueda surtir todos sus efectos.

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define al elemento " con referencia a las instituciones jurídicas y más especialmente a los contratos, como los elementos personales o partes que intervienen en los mismos "19; de igual manera señala cuales son los elementos reales y los elementos formales, los primeros son el objeto, las cosas o el bien sobre que versan, y los segundos son únicamente la formación o prueba del negocio jurídico. Algunos autores consideran que existen un tercer grupo de elementos, denominándolos como elementos naturales, nada más alejado de la realidad, en virtud de que estos elementos son los efectos que los contratos producen y generalmente no los poseen todos los contratos " los elementos naturales son efectos implícitos en cierto contrato, efectos que pueden nacer de la ley, o haber sido previstos por la prescripción autonómica privada en aquel contenida. "20

Cada requisito que la ley señala puede ser indispensable pero existen otros que se señalan y pueden ser necesarios estos elementos o requisitos son los que analizare primero y según las diversas clasificaciones son la capacidad, los vicios del consentimiento, el error, intimidación y violencia, la forma, la lesión y el objeto o fin lícitos. En nuestra misma legislación el artículo 1795 del Código civil, señala que si faltan o no se cumplen estos el contrato puede ser invalidado, es decir, " los elementos de validez no impiden que el contrato nazca, pero si provocan su ineficacia. "21

La capacidad es la aptitud legal que se tiene para realizar actos validos en derecho; se ha llegado a considerar que la capacidad es inherente al ser humano, pero para el derecho esta sólo se adquiere después de un proceso de maduración del individuo y la mejor forma de maduración es a través de los años, por lo que al paso de estos se

19.- Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo II, Buenos Aires 1989, pág. 400.

20 - Muñoz , Luis Teoria General del Contrato. Cárdenas Edtor y Distribuidor, México 1973, pág 155

21.- Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo. Contratos Civiles, Editorial Porrúa, S.A. México 1995, pág. 21.

adquiere la capacidad legal no sólo para contratar. La primera que se menciona es la capacidad de goce, la segunda es la capacidad de ejercicio.

Para que se pueda realizar cualquier acto jurídico en el que intervenga la voluntad esta debe de estar exenta de vicios, que pueden en cierto grado dañar el contrato; Ernesto Gutiérrez y González trata de definirlos en su obra Derecho de las Obligaciones como la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una situación, estos vicios del consentimiento son el error, que a su vez se divide en mala fe, error fortuito subdividido en error de calculo, aritmético, error de hecho, y error de derecho; y en error motivado subdividido también en dolo y mala fe. Violencia o intimidación y lesión.

La forma es la manera de exteriorizar la voluntad en un acto jurídico, esta se puede exteriorizar mediante documentos escritos ya sean privados o públicos y únicamente se requiere para probar que existe el acto jurídico, no únicamente es un elemento probatorio, también lo es constitutivo.

Considerada como un perjuicio, la lesión la sufre una persona dentro de un acto jurídico, (no siempre esto es verdad, lo que sucede es que la lesión produce efectos jurídicos independientemente del motivo por el que aparezca) por la evidente desproporción que existe entre una prestación que una de las partes dentro del contrato da (deudor), y el que la recibe (acreedor); algunas teorías la consideran como un vicio del consentimiento, otras como un vicio objetivo del contrato, algunas otras como vicio del consentimiento y del objetivo del contrato.

El objeto, motivo o fin lícitos del contrato son las razones subjetivas que cada uno de las personas tienen al expresar su voluntad de celebrar un acto jurídico (o contratar).

2.1.1. CONSENTIMIENTO.

Para poder realizar no sólo un acto jurídico es necesario permitir, tolerar o facultar ciertas actividades tanto propias como ajenas, a esto se

le llama consentimiento. " El consentimiento es el acuerdo de dos ó más voluntades que se manifiestan en forma exterior para crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones. "22

Considerado como un elemento de existencia, es fundamental para la creación del contrato, este consentimiento se debe dar sin ninguna clase de presiones, para ninguno de los contratantes si por algún motivo se presiona para que se de este consentimiento, se considera que existen vicios del consentimiento, que es otro de los puntos que se analizaran más adelante.

Para que se de el consentimiento es necesario que se exprese la voluntad de ambas partes; ahora bien la voluntad la podemos definir como la disposición que mueve a hacer o no hacer sin impulso externo que a ello obligue; puede ser considerada como el libre albedrío, es decir cada quien es capaz de hacer lo que crea que es conveniente para sí mismo (en el caso de los contratos cada quien es apto de contratar con quien le ofrezca más ventajas y mejores resultados), sin que haya una voluntad externa que obligue a hacer algo que no se desea.

Debo decir que para que se de el consentimiento (al momento de contratar), es necesario que exista una oferta, (propuesta para contratar), hecha directamente a personas que tengan un interés real en el acto jurídico que se pretende realizar; esta propuesta debe de ser unilateral, expresa y en ciertos casos de forma tácita, pero siempre debe de formularse en forma seria.

La oferta puede ser hecha a personas ausentes, así como a individuos presentes, nuestro Código civil acepta que cuando no esta una persona al momento de realizarse la oferta el consentimiento se conforma desde el momento en que la aceptación cae bajo el control de la persona que realizo la propuesta.

Como lo he mencionado, necesariamente a la oferta debe de recaerle una aceptación (de personas presentes y ausentes), es decir una declaración unilateral de voluntad de forma tácita o escrita (para nuestro Código, tácito resultará de hechos o de actos que lo

22.- Chirino Castillo, Joel. Derecho Civil III Contratos Civiles. McGraw Hill, México, 1996. pág. 8.

presupongan o que autoricen a permitirlos); y de manera lisa y llana, es decir apagándose a todos los términos impuestos por el oferente.

De todo esto se desprende que para que exista el consentimiento se debe tener la voluntad de contratar, tiene que existir una oferta la cual debe ser dirigida a personas ausentes y presentes, para que cada uno de los posibles contratantes expresen su aceptación y así puedan formalizar y celebrar cualquier tipo de contrato.

2.1.2. OBJETO.

Es el segundo de los elementos de existencia de los contratos, es la posible cosa sobre la cual se va a contratar, digo que es la posible cosa por que debe tener ciertos requisitos para que pueda ser susceptible de ser comercializada por medio de un contrato.

El objeto debe de ser el mismo para la relación jurídica, puede ser directo o indirecto; " se puede deducir la clasificación del objeto como elemento de existencia del contrato, en objeto directo y en objeto indirecto "23 será directo cuando crea y transmite derechos y obligaciones, será indirecto cuando las partes se obligan a dar hacer y no hacer.

Así tenemos que los elementos del objeto son que sea posible, que exista dentro de la naturaleza, que sea lícito y por último el que considero el más importante que este dentro del comercio. Si por alguna razón el objeto no es posible quiere decir que no existe o físicamente es imposible de encontrar en el comercio; el hecho de que exista en la naturaleza no significa que todas ó la mayor parte de las cosas que la naturaleza provee al hombre sean necesariamente para comerciar con ellas; los objetos que no gozan de la calidad de licitud son los que le pertenecen a alguien más o que han sido ya motivo de un contrato, o que por su forma de existir pertenecen a una nación, o la misma ley lo dispone así.

23.- Zamora y Valencia Miguel Angel. Contratos Civiles. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989. pág. 28.

Como mencionaba en líneas precedentes el elemento más importante del objeto es que se encuentre dentro del comercio, por que si no se encuentra dentro del comercio podría significar que no es posible, que no existe dentro de la naturaleza, o bien que no es lícito y por la tanto no es susceptible de comerciar con el.

Se puede individualizar al objeto, señalando sus características esenciales, como lo es la determinación y la especie del mismo, si esto no se hace desde un principio no se podrá celebrar un contrato; un claro ejemplo de esto es que si el objeto del contrato es la transmisión de la propiedad de un mueble o inmueble y no se ha determinado en el contrato la transmisión de la propiedad no podrá llevarse a cabo.

Considero que es importante mencionar que se pueden celebrar contratos en donde la cosa puede o no existir en la naturaleza, al momento de celebrarse el contrato a este contrato se le conoce como contrato de esperanza, también tenemos al contrato de cosa esperada, que podríamos considerarlas como las dos únicas excepciones de que la cosa exista en la naturaleza.

2.1.3. CAPACIDAD.

Considerada como la aptitud legal que una persona tiene para poder realizar negocios de tipo jurídico; “ La capacidad jurídica es la aptitud para adquirir derechos y obligaciones y ejercitarlos. ”²⁴

La capacidad se puede dividir en capacidad de goce y capacidad de ejercicio, La capacidad de goce es la aptitud que tiene un individuo para tener derechos y obligaciones; la capacidad de ejercicio es la facultad para ejercitar los derechos y obligaciones.

Si al momento de realizar un negocio de tipo jurídico falta cualquier tipo de capacidad, puede acarrear diversas consecuencias, como la nulidad relativa y la nulidad absoluta. La nulidad relativa puede producir la

²⁴.- Chirino Castillo, Joel. Ob. Cit. pág. 10.

cesación de los efectos jurídicos y puede ser invocada únicamente por los interesados, los actos que se hicieron cuando existía pueden ser confirmados ó rectificadas. En la absoluta lo que se ha actuado hasta el momento de la invocación queda como si no hubiera existido nunca.

Para nuestro Código civil la capacidad jurídica se adquiere desde el nacimiento hasta la muerte, aunque en el mismo artículo 22 del ordenamiento en cita se hace mención a que un individuo se encuentra dentro de la protección de la ley desde el momento en que es concebido, por lo que se podría interpretar que la capacidad se puede adquirir desde el momento en que un individuo es concebido hasta que la pierde por la muerte.

La misma ley establece quien es capaz y quien es incapaz para ejercitar sus derechos, esto lo establece el artículo 450 del Código civil, señalando dos tipos de incapacidad, la natural y la legal, dentro de la natural entran los menores de edad, dentro de la legal están los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia de manera total o parcial, por motivos físicos, psicológicos, sensoriales o adictivos; lo que realmente no puede hacer es negar la personalidad jurídica, " no podrá señalar incapacidades de goce, de derecho o jurídicas generales sin atentar contra la dignidad humana o sin negar la personalidad jurídica. "25

Es necesario mencionar que un incapaz no puede ser excluido de la realización de algún tipo de negocio jurídico, por que este puede ejercitar sus derechos y obligaciones, por medio de un representante, ésta figura nace de las disposiciones legales para incapaces.

La representación es el medio por el cual una persona incapaz se vale para expresar su voluntad por medio de la ley o una persona capaz con el objeto de que se tenga por válida su actuación en un negocio jurídico.

Así mismo debo señalar como ejemplos, que en nuestro derecho se establecen, casos en que ciertas personas no pueden gozar de su capacidad, como son los extranjeros (artículo 27 Constitucional); los tutores y curadores mandatarios, albaceas, interventores, representantes, administradores y empleados públicos en este caso

25.- Zamora y Valencia, Miguel Angel. Ob. Cit. pág 34

sólo limita la capacidad de goce, no desconoce la capacidad de ejercicio, (artículo 2280 Código civil); los ministros de cultos en ciertos casos (artículo 130 Constitucional y 1325 del Código civil).

2.1.4. FORMA, OBJETO, MOTIVO O FIN LICITOS, VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

Forma puede ser un modo de proceder, un molde, una aptitud, disposición, pero en sí es la manera de expresar una idea; genéricamente se designa como cualquier manera de exteriorizar la voluntad; para efectos de esta investigación la forma es el modo de exteriorizar la voluntad, mediante un documento escrito ya sean públicos o privados que en ciertos casos la ley pide y determina.

Puede consistir en una manifestación o declaración de la conducta humana a través de la cual se exterioriza " todos los contratos y negocios jurídicos son formales en el sentido de que todos deben *exteriorizarse* para ser conocidos en el mundo jurídico "26 y consideran que se hace perceptible para el derecho; para algunos autores la forma únicamente se requiere para probar que existe un acto jurídico este criterio es cuestionable ya que la forma no únicamente es un elemento probatorio, también es un elemento constitutivo.

Para Luis Muñoz el " contrato debe adoptar una forma, pues de otra suerte su contenido prescriptivo no sería reconocible en la vida de relación "27. En este sentido podríamos considerar que todos los contratos deben de contener cierto formalismo por lo que el conjunto de los contratos deben de ser considerados como formales, según este criterio.

Se puede hacer una distinción preliminar de lo que es un contrato formal y lo que es un contrato solemne, un contrato solemne es el que la misma forma determina su existencia y en su caso si no existe la

26.- Arce Gargollo, Javier Contratos Mercantiles Atípicos, Editorial Porrúa. S.A., México 1985. pág. 44.

27.-Muñoz, Luis Ob. Cit. pág 157.

solemnidad puede haber una inexistencia del contrato, en cuanto a los primeros estos se perfeccionan con el mero consentimiento de las partes.

La mayor parte de las legislaciones en México regulan de una u otra forma toda la gama de contratos determinando cuales de estos deben de ser formales y en cierto grado cuales deben de ser solemnes, en el Código civil tenemos la prenda (artículo 2860), el mutuo subrogatorio (artículo 2059), el factoraje (artículo 2033) algunos otros se encuentran regulados tanto por el Código civil como por otras leyes, así tenemos la comisión (artículo 274), el préstamo mercantil (artículo 361), y el contrato de transporte (artículos 581 a 587), todos del Código de comercio, también la Ley de Vías Generales de Comunicación regula este último contrato.

La Ley General de Sociedades Mercantiles, ajusta ciertos contratos como el contrato por el cual se constituyen las sociedades mercantiles, (artículo 5) así como el contrato de asociación en participación (artículo 254), el contrato constitutivo de las sociedades mercantiles también lo contempla casi en los mismos términos la Ley Federal de Correduría en su artículo 6 fracción VI, de esta manera, maneja los créditos de habilitación o avío y créditos refaccionarios, y la compraventa e hipoteca de buques, y la emisión de obligaciones de las sociedades anónimas, (artículo 6 fracción V).

El reporto, la prenda mercantil en ciertos casos y la que queda en poder del deudor así como la emisión de obligaciones de las sociedades, deben constar por escrito en acta notarial, (artículos 213, 259, 334 y 336 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito). Y otros muchos contratos como fideicomiso, seguro, hipoteca industrial, arrendamiento financiero factoraje, intermediación bursátil, contratos de derecho marítimo como transmisión de propiedad de embarcaciones y buques, el fletamento, el transporte de mercancías por agua, la hipoteca sobre líneas, vehículos y embarcaciones; contemplados entre otras leyes por la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley sobre el Contrato de Seguro, la Ley de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, Ley del Mercado de Valores y Ley de Navegación.

Objeto, motivo o fin lícitos del contrato, el motivo de los contratos son las razones por las que se deciden a expresar su voluntad

los posibles contratantes; En el capítulo primero del Libro Cuarto del Código civil se hace la aclaración que este motivo no debe de ir en contra de las leyes de orden público ni de las buenas costumbres.

El objeto o cosa es lo que se debe dar, lo que se debe hacer o no hacer por parte del obligado, este debe de existir en la naturaleza, (posibilidad física) ser determinado o determinable, estar en el comercio, (posibilidad jurídica); ser posible y lícito, si este contradice las leyes de la naturaleza o las de orden público así como las buenas costumbres, pueden constituir un hecho insuperable para la realización del contrato o ser causa de ilicitud.

Dicho objeto puede ser dividido en directo e indirecto, para el contrato, el primero " estriba en la creación o en la transmisión de los derechos y de las obligaciones "28; el segundo puede considerarse como un reclamo de la obligación que nace al contratarse y puede ser el comportamiento del deudor ante el acreedor. A su vez dicho objeto sólo puede ser de forma indirecta para la obligación, según nuestro Código que olvido referirse al objeto de los contratos.

Dentro de esta clase de objeto tomaremos en consideración al objeto como cosa y al objeto hecho, retomare parte de lo que es la posibilidad física y la posibilidad jurídica del objeto que ambos tienen como cualidades de existencia; para la posibilidad física la cosa debe de existir en la naturaleza o al menos existir para el futuro; la posibilidad jurídica implica la existencia de la cosa dentro del comercio y que este pueda ser determinado o determinable en cuanto a su especie o a su género, una de las más importantes es la determinación en cuanto a su individualidad y esto es trascendente para la transmisión de su propiedad al momento de la celebración del contrato, en cuanto al genero de las cosas se transmitirá su dominio hasta que se puedan determinar.

En lo referente al objeto hecho, contiene las mismas cualidades como se ha mencionado antes, es decir debe ser posible física y jurídicamente; la posibilidad jurídica, " se refiere, a que no exista entre el hecho y una norma jurídica, una incompatibilidad, pues esto acarrearía

28 - Quintanilla García Miguel Angel, Derecho de las Obligaciones, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1993 pág. 53.

la inexistencia del contrato. ²⁹ En lo referente a la posibilidad física no debe de existir ley natural que pueda impedir la realización del hecho.

Vicios del consentimiento, dentro de los vicios del consentimiento la legislación mexicana únicamente considera al error, la lesión, y la intimidación ó violencia, aunque también se debe tomar en cuenta el dolo y la mala fe, como vicios del consentimiento, a pesar de que surgen del error.

Desde la época romana la doctrina ha considerado como vicios del consentimiento a la lesión, el error, el dolo, el temor, la mala fe, el miedo y a la violencia, entre otros y cada uno de estos vicios tiene una o más divisiones, según la época de estudio y el autor que lo estudió. En primer lugar analizaremos *el error* y así tenemos que el error se divide en error de hecho, subdividido a su vez en error obstáculo, nulidad e indiferente y error de derecho, de calculo; error por su origen, por sus efectos y por el concepto sobre el que recae; error vicio, dirimente u obstractivo, radical, accidental, esencial o determinante, error leve. etc.

En lo único que considero se han puesto de acuerdo los autores es en el concepto de error que es la falsa apreciación de la verdad; para el Código civil este existe si el contrato se celebró en el falso supuesto que lo motivo y no por otra causa (artículo 1813) y esto puede invalidar el contrato.

Para Miguel Angel Zamora y Valencia el " error es el conocimiento equivoco de la realidad y no debe confundirse con la ignorancia por que esta es una falta de conocimiento. ³⁰

" El error es el falso conocimiento de una cosa (error propiamente dicho) o el total desconocimiento (ignorancia) de ella y que determina el sujeto en la formación de su voluntad, en un sentido distinto a aquel que se hubiera formado, sin la existencia de esa circunstancia. ³¹ Este es el concepto que da Ignacio Galindo Garfias, y es el más completo, en comparación con el que da Miguel Angel Quintanilla

29.- Idem pag.57.

30.- Zamora y Valencia Miguel Angel. Ob. Cit. pág. 39.

31.- Galindo Garfias Ignacio. Ob. Cit. pág. 229

García que dice: " En materia jurídica contractual, el error será un falso concepto sobre algún aspecto del contenido de la relación contractual. "32

También podemos coincidir que sea cual sea el tipo de error este producirá la nulidad del contrato en ciertos casos esta nulidad será relativa o bien producirá invalidez; en el caso de la nulidad esta podrá ser declarada si recae sobre el motivo que llevo a las partes a contratar.

La mayoría de los autores sólo toman en cuenta dos de las divisiones del error siendo estas la de error de hecho y de derecho, estos pueden surgir o recaer en las situaciones materiales del asunto; el error de hecho es el más común, en cuanto al error de derecho únicamente recae sobre conceptos jurídicos; el de hecho siendo un obstáculo puede dar lugar a la inexistencia del acto; en el error de derecho se dice que es la mala apreciación de las normas jurídicas por que al momento de contratar se piensa en una cosa y se contrata sobre otra dando lugar a un nulidad relativa que se puede corregir.

No sólo el error puede recaer sobre las cosas, también éste puede recaer sobre las personas que van a contratar, esto es muy común con los prestadores de servicios, dándose casos en los que se cree se contrata con personas con un reconocimiento o importancia en una u otra materia, cuando en realidad se contrata con un homónimo de este que no sabe ni lo más elemental.

Se considera que algunas clases de error o las formas en que se da este, pueden considerarse como otras formas de vicios del consentimiento, tal es el caso del error procurado, que si se da por maquinaciones o artificios para inducirlo debe de ser considerado como dolo, o bien si se produce el error con disimulo este se puede tener por mala fe.

Otras clases de error son el error fortuito y el motivado, el primero nace de la propia persona sin ningún tipo de intención, el segundo de un agente externo a la persona con la intención de que se produzca el error; dentro del fortuito se puede encontrar una subdivisión la de error de cálculo y el error aritmético, ninguno de estos producen nulidad, pero si dan motivo a la rectificación.

32.- Miguel Angel Quintanilla García Ob Cit. pág 88

Dentro del error motivado surge la figura del *dolo*, el Código civil en su artículo 1815 lo define como cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; siendo considerado como un vicio de la voluntad, este debe de ser siempre activo, positivo o negativo, su principal elemento es el conjunto de artificios que llevan a inducir al error.

La doctrina divide el dolo en incidental y principal; incidental si por sí sólo es insuficiente para producir la nulidad, pero si llega a influir en las partes al modificar el precio o el mismo contenido del contrato al cambiar alguna de las cláusulas del mismo; el determinante (principal) si llega a producir la nulidad del acto jurídico.

Como se produce por medio de engaño o maquinaciones fraudulentas influye determinantemente en la voluntad de cualquiera de las partes, que será la víctima mientras incurra o permanezca en el error " Propiamente el motivo que vicia la voluntad es el *error* provocado por las maniobras, que hacen que la víctima incurra o permanezca en el *error*. "33 Como siempre supone la intención de dañar o engañar es inconcebible que algunos autores consideren que existe un dolo bueno y un dolo malo el bueno supone que no tiene la intención de dañar a diferencia del dolo malo que si tiene esa intención.

Una de las particularidades del dolo es que puede ser recíproco, es decir que las partes del contrato pueden incurrir en las maniobras que tienden a producirlo (generalmente esto sucede todo el tiempo y en la totalidad de los contratos siempre las partes exageran las cualidades del objeto o dan otras características de la materia del contrato, aumentando o disminuyendo el precio, cambiando la forma del mismo siempre tratando de obtener un beneficio y afectar a la otra parte), pero si se tiene conocimiento de esto ninguno de los contratantes puede invocarlo ante la autoridades competentes, ya que se tendría una contradicción debiéndose comprobar que fue inducido por una u otra parte y que se produjo por maniobras dolosas.

La mala fe al contrario del dolo es pasiva, el artículo 1815 la define como la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. No existe mucha diferencia entre esta y el dolo, ya que surgen

33.- Galindo Garfias Ignacio. Ob. Cit pág. 232.

de las partes, según el criterio mencionado líneas antes podríamos considerar a esta como una forma de dolo bueno.

Al igual que el dolo la mala fe produce el efecto de invalidación del acto, también puede ser recíproco y si las partes tienen conocimiento de esta no pueden invocar la nulidad del contrato ni reclamar indemnización.

La lesión es el perjuicio que sufre una persona dentro de un acto jurídico en la razón de que es desproporcionado el beneficio que una de las partes obtiene; según la legislación mexicana (se inspira en el Código de Napoleón y en los Códigos de 1870 y 1884) la regula en el artículo 17 del Código civil: 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, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios.

La lesión suele confundirse con las consecuencias que producen los otros vicios del consentimiento y no existe nada más alejado de la realidad ya que es totalmente independiente produciendo sus propios efectos y conteniendo sus propias características; una de estas características es el aprovechamiento de la ignorancia de una de las partes lo que no se debe confundir con la ignorancia de las leyes muy común al momento de contratar. (artículo 21 del Código civil La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento).

También puede considerarse a la violencia como un elemento más de la lesión (coacción infringida a una persona con el propósito de obligar a una persona a firmar un contrato); tiende a influir el estado de necesidad del individuo a la hora de firmar un contrato y la desproporción que existe entre las prestaciones. La violencia tiene una doble función como elemento de la lesión y como vicio del consentimiento.

La intimidación o violencia, para el derecho mexicano ambos conceptos son sinónimos esta puede consistir en amenazas, fuerza física excesiva e irresistible, pérdida del patrimonio, de la libertad y en casos extremos peligro de muerte.

En el artículo 1819 del Código civil se define a la violencia y no sólo toma en cuenta al o a las contratantes sino también a su cónyuge, a sus ascendientes y descendientes, parientes colaterales hasta el segundo grado. (artículo 1819. *Hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vida, la honra, la libertad, la salud, o una parte considerable de los bienes del contratante de su cónyuge, de sus ascendientes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado.*).

Algunos elementos son: que sea actual, grave, inminente, injusta, ilícita, debe provenir de una persona ya sea de uno de los contratantes o de un tercero. Cuando se hace mención que debe provenir de una persona se trata de aclarar que no debe de ser causa de un hecho dañoso por que si se da de esta manera será un estado de necesidad.

La violencia puede ser física en forma absoluta o bien relativa; se dice que si es absoluta no puede considerarse como un vicio del consentimiento, ya que si esta se da no debería de influir en la voluntad de una persona, por que un hecho físico no puede intervenir o hacer cambiar de opinión a una persona, considero que no existe nada más alejado de la realidad ya que cualquier hecho que provenga de un agente externo y que influya de manera directa o indirecta en la voluntad de los contratantes la vicia.

En cuanto a la violencia física relativa, únicamente se produce por el dolor " la violencia física es relativa y produce dolor, permite que se forme el consentimiento que desde luego queda viciado. "³⁴ Esta se debe de dar por medio del dolor físico irresistible o insuperable que una persona normal sufra (debería de tomarse en cuenta cierto criterio para determinar a quien se le considera una persona normal a quien se debe de considerar una persona anormal.) ya sea que provenga de uno de los mismos contratantes o bien de un tercero, con el fin de obligar a llevar a cabo un determinado acto jurídico o la firma de un contrato.

Otra forma de violencia puede consistir en el temor reverencial, que no es propiamente un vicio del consentimiento esta consiste en la sumisión, respeto, o miedo a una persona. (artículo 1820. *El temor reverencial, esto es el sólo temor de desagradar a las personas a*

³⁴.- Quintanilla García, Miguel Angel. Ob. Cit. pág. 93.

quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.) Para que se de influyen muchos factores como son la edad del individuo, su sexo, su educación, la cultura que posea, y en algunos caso la condición social de la que provenga.

La clase de nulidad que resulta del temor es relativa, y sólo se dará si es grave, fundado, injusto y notable, si es leve o ligero no será tomada en cuenta como un vicio del consentimiento.

2.2. OBLIGACIONES RECIPROCAS.

Haré una breve introducción de lo que es una obligación para después retomar con más seguridad lo que son las obligaciones que nacen de los contratos. Se dice que la misma palabra es de las más antiguas, y quiere decir atar; " En el lenguaje jurídico tiene dos acepciones: *obligare rem* = ` atar una cosa ´, ` darla en garantía, pignus o hipoteca ´, y *obligare personam* = ` imponer un deber a una persona ´³⁵.

La mayor parte de los juristas romanos durante la época clásica no trataron de definir que era una obligación, las referencias que se tienen son las del IUS CIVILE, la del Digesto y alguna más en las Instituciones de Gayo, (aunque se menciona también que Plauto la utilizó en alguna de sus obras); en la época romana y en la actualidad las obligaciones son susceptibles de hacerse efectivas por medio de una acción, para esto se hacían valer acciones civiles y acciones honorariae (acciones civiles y acciones honorarias).

Sin embargo, a pesar de que no definen claramente el concepto de la obligación, consideran que esta debe de ser pura, es decir que desde que nace se hace exigible, para que se pudiera hacer exigible se tenían que tomar en cuenta ciertos elementos personales tanto del acreedor como del deudor.

³⁵.- Schulz Fritz Ob. Cit pág. 435

Otra clasificación de las obligaciones más actual es la de obligaciones civiles y obligaciones naturales, (esta clasificación la dan los doctrinarios civilistas) las obligaciones civiles se pueden hacer cumplir por medio de una acción, en cambio en las obligaciones naturales no existe un medio forzoso para hacerlas cumplir, “ Cuando las primeras no son cumplidas, puede el acreedor exigir su observancia por medio de la acción; en cambio la inobservancia de las segundas no faculta al acreedor para exigir judicialmente el cumplimiento. ”³⁶

Las obligaciones son las consecuencias que surgen del contrato para cada una de las partes firmantes, ya sean prestaciones (de dar hacer o no hacer) u obligaciones para uno o ambos contratantes; estas consecuencias pueden derivarse de la ley o de la buena fe de los contratantes. Algunos autores consideran que en realidad no son obligaciones, para ellos únicamente son deudas que se deben de cumplir, lo que es indiscutible.

Debido a que el contrato es una fuente de obligaciones por excelencia la forma en que surgen es la más frecuente, (las obligaciones) ya que estas se manifiestan de la expresión de voluntades de los contratantes; para explicar la obligatoriedad del contrato existen diversas teorías, algunas verdaderamente disparatadas como lo es la teoría religiosa que únicamente hace mención que las obligaciones se deben de cumplir, por que así se manda, sin dar explicación alguna.

Otras teorías como la positivista se fundamenta en la legislación existente en el país en que se aplique, la utilitarista casi es equiparable a la religiosa ya que esta dice que se deben de cumplir por la satisfacción que le produce al hombre el hecho de cumplir con su palabra. Una más la de autonomía de la voluntad dice que la fuerza del cumplimiento de la obligación depende también de la voluntad del contratante para su formalismo.

Tomando en consideración la teoría positivista diremos que nuestro Código civil regula una serie de obligaciones como son obligaciones condicionales, obligaciones a plazo, obligaciones conjuntivas y

³⁶.- García Máynez, Eduardo Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, S.A. México, 1989. pág. 195.

alternativas, obligaciones mancomunadas, obligaciones de dar, y obligaciones de hacer o de no hacer.

A pesar de que el Código no toma en cuenta las obligaciones mancomunadas, obligaciones solidarias y las obligaciones divisibles e indivisibles, también las tomare en cuenta, a pesar de que el Código las maneje como modalidades de las obligaciones, estas deberían de tomarse en cuenta.

De las obligaciones reciprocas diré que son aquellas en las que ambos contratantes tienen que cumplir con derechos y obligaciones y no sólo uno de ellos como se utiliza en la mayor parte de los contratos traslativos de dominio; en los que el deudor tiene que cumplir con su obligación y el acreedor tiene derechos, en las obligaciones reciprocas no ocurre esto, ya que el acreedor, así como tiene obligaciones también tiene derechos y a su vez el acreedor tiene obligaciones no sólo derechos que debe cumplirle al deudor; " esto es, obligaciones principales, interdependientes que se expliquen mutuamente. "³⁷

Respecto de este tipo de obligaciones los contratos que contienen las obligaciones reciprocas se caracterizan por que las partes quedan obligadas a una prestación, no quiere decir esto que sólo se basen en prestaciones, si no que existe una prestación y una contraprestación, generando una obligación contrapuesta estableciéndose una reciprocidad entre las partes.

Dándoles una doble calidad a las partes la de deudor-acreedor y el de acreedor-deudor por lo que al firmar el contrato diría que no existe una ventaja para ninguna de las partes como se acostumbra, pero si una imposición en ocasiones de sacrificios; en este sentido es claro que la ley regula por separado los deberes y derechos de cada una de las partes, no significando que al regularlas por separado estas nazcan en distintos momentos, estas obligaciones nacen desde el momento en que se firma el contrato, debiéndose realizar de manera simultanea. Y las mismas tiene plenos efectos jurídicos por virtud de la voluntad de las partes.

³⁷.- López de Zavalía, Fernando J. Teoría de los Contratos, Víctor P. de Zavalía-Editor, Buenos Aires, 1975, pág. 55

Dentro de Código civil que nos rige es el artículo 1949, relativo a las obligaciones condicionales el que hace referencia al cumplimiento de estas. Así tenemos que en cada uno de los apartados que tiene el Código respecto de las obligaciones se tiene una disposición que hace referencia a las recíprocas ó las que se establecen para cada una de las partes (derecho - obligación).

El tipo de prestaciones y contraprestaciones que surgen de las obligaciones recíprocas son calificadas como heterogéneas y homogéneas; heterogéneas si para su cumplimiento existen una serie de factores, el precio, la cosa, el goce de un derecho, el hacer una cosa o el no hacerla; serán homogéneas cuando el factor determinante sea una cosa contra una cosa, como en el caso de la permuta.

Para empezar a definir cada tipo de obligaciones que el Código contiene es conveniente señalar que la condición es un acontecimiento futuro de realización siempre incierta del cual dependerá la exigibilidad de la obligación.

La obligación es condicional cuando depende de un acontecimiento futuro y por consiguiente incierto, sus elementos son la condición suspensiva y la condición resolutoria, para su cumplimiento en el caso de la condición suspensiva depende forzosamente de la existencia de la obligación; para que se cumpla la condición resolutoria se tiene que dar la ejecución de la obligación.

La ejecución de las obligaciones condicionales dependen de cierto tipo de condiciones que para algunos autores son del tipo casuales, cuando del carácter de esta depende de un tercero o un hecho ajeno a los contratantes. Potestativas, cuando dependen del deudor. Mixtas cuando se dan por parte de un hecho ajeno a las partes como de la voluntad de un tercero ajeno al negocio.

Para que se de este tipo de obligaciones se debe de tomar en cuenta que debe contratarse sobre hechos posibles y no sobre hechos imposibles ni prohibidos por la ley o que atenten contra las buenas costumbres; el término para que se de su ejecución es el que se especifique para que se cumpla el hecho futuro materia del contrato.

En cuanto a las obligaciones a plazo el Código maneja que este plazo debe de ser cierto y este se debe de señalar forzosamente al momento de la firma del contrato; este plazo debe de ser un día cierto debiéndose tomar en cuenta lo que el mismo Código señala para estos casos como que el tiempo se contara por años, los meses por los días que le corresponden y los días por las horas naturales (veinticuatro horas); los días feriados que le correspondan al mes señalado para el cumplimiento no se contarán sino hasta el día siguiente hábil correspondiente.

En relación con esto, se dice que existe un plazo suspensivo y un plazo resolutorio de la misma forma que en las obligaciones condicionales, será resolutorio cuando el plazo se señala como una fecha cierta; será suspensivo si el plazo puede ser o es incierto o depende de un hecho futuro.

También puede ser un plazo legal que se da cuando la misma ley establece la oportunidad en que tiene que hacerse el pago y que deberá de realizarse hasta después de los treinta días en que se haya hecho el primer requerimiento, que puede ser de forma judicial o extrajudicial, con testigos o con un fedatario público. Una variante de este plazo lo es el plazo legalmente prorrogado este amplía el plazo establecido para la ejecución de la obligación (se da mucho en los contratos de arrendamiento), dándose cuando los contratantes no manifiestan su voluntad respecto del acto jurídico ampliando la vigencia de este para darlo por terminado.

Por último, está el plazo voluntario que es cuando las partes fijan de común acuerdo el tiempo del cumplimiento de la obligación, un dato interesante el que impone el tiempo del cumplimiento generalmente es el acreedor, en muy pocas ocasiones se ponen de común acuerdo acreedor y deudor para dar por terminada la obligación.

Para la doctrina existen tres momentos con respecto al término o la condición, el primero es que el plazo se establece en favor del deudor, el segundo que se establece en favor del acreedor y el tercero que se establezca a favor de los contratantes; en el primer caso el acreedor no puede exigir el cumplimiento de la obligación de manera anticipada; el segundo momento le otorga al acreedor la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación de forma anticipada; en la tercera

condición ni el deudor puede hacer pago anticipado ni el acreedor puede exigirlo antes del plazo fijado.

Las obligaciones conjuntivas imponen al deudor el cumplimiento de una o más obligaciones y estas se extinguen cuando se cumple con una de ellas o con más según quede a elección del acreedor o bien del deudor, según lo hayan pactado en el contrato que se firma.

Surgen cuando el obligado debe cumplir con un hecho o con una cosa y para ello debe escoger entre dar una cosa o un hecho; prestando cualquiera de estos hechos o cosas y no puede estar en contra de la voluntad del acreedor cumpliendo en partes con las prestaciones o ejecutando parte de los hechos.

En las obligaciones alternativas la elección de las cosas con las que se debe cumplir la obligación quedan a elección del deudor y el acreedor en algunos casos. Este derecho que se le otorga al deudor puede sufrir ciertas modificaciones, tal es el caso que si una de las dos cosas se pierde ya sea por caso fortuito o bien por culpa del deudor éste puede elegir cualquiera de las dos cosas sobre las que se haya pactado.

Cuando las cosas se pierden por caso fortuito el deudor quedaba liberado de la obligación; pero si se comprueba que una de las cosas se perdió por caso fortuito y la otra por culpa del deudor este deberá pagar la que se perdió por su culpa; en el caso de que las dos cosas se hayan perdido por culpa del deudor o con el fin de causarle un mal al acreedor el deudor deberá de pagar los daños y perjuicios ocasionados al acreedor, el acreedor también podrá exigir el pago del valor de la cosa adeudada o bien la rescisión del contrato.

No sólo el acreedor podrá pedir la rescisión del contrato, el deudor también lo hace en el caso de que antes de entregar la cosa el deudor esta se pierda por culpa del mismo, el deudor pedirá la liberación de la obligación o bien una indemnización.

Las obligaciones mancomunadas tienen una pluralidad de sujetos tanto pasivos como activos, para el Código civil existe una obligación mancomunada cuando hay pluralidad de deudores y acreedores respecto de una misma obligación. Este tipo de obligaciones se dividen en simples y solidarias, será simple cuando la deuda se pueda dividir en

la misma proporción de deudores y acreedores considerándose cada crédito distinto respecto de los mismos.

Como forma de la mancomunidad la solidaridad se puede dividir en activa y pasiva. será activa cuando existan dos o más acreedores respecto de una misma obligación y pasiva cuando son más de uno los deudores.

Las obligaciones de dar, hacer y no hacer, como su nombre lo indica consisten en dar algo, hacer algo o bien abstenerse de hacer algo.

De las obligaciones de dar puedo decir que consisten en la traslación de dominio, en la enajenación temporal del uso o goce de ciertas cosas, o bien en la restitución de cosa ajena, el pago de la cosa debida, en cuanto a la traslación de dominio de cosa cierta también comprenderá la entrega de los accesorios.

Estas obligaciones de dar pueden ser divisibles e indivisibles, serán divisibles cuando la materia del contrato así lo permite, es decir si se ha pactado desde el principio que la cosa se puede dar en partes en un tiempo determinado o cuando se tenga toda completa según lo permita la naturaleza de la cosa a dar.

Para que las obligaciones de hacer se hagan posibles, al momento de que ambos contratantes expresen su voluntad el deudor se obliga a realizar un trabajo, un bien o una obra, a costa propia o del acreedor según lo que se haya pactado.

Pero si el acreedor considera que no se ha satisfecho lo pactado por parte del deudor, este podrá pedir que sea ejecutado por otra persona a costa del deudor, se substituya la obra, el trabajo o el bien si esto fuera posible, también si el trabajo que realice el deudor no es de la calidad de lo convenido o no tiene las características especificadas el acreedor podrá solicitar que sea realizada tal como fue tratado o que se deshaga lo mal hecho a costa del obligado.

Cuando se trata de obligaciones de no hacer el obligado tiene el deber de abstenerse de realizar una conducta que tienda a afectar al acreedor en su persona o en su patrimonio ya sea por un hecho propio o por una obra de carácter material.

Si se tratara de un hecho el acreedor podrá pedir el pago de daños y perjuicios en caso de contravenir lo que fue pactado en el contrato, si se tratara de una obra el acreedor podrá solicitar que la misma se destruya parcial o totalmente si le afecta en una parte o en todo su patrimonio siempre a costa del obligado por contravenir lo estipulado.

Como lo he precisado casi al principio del presente punto, nuestro Código no toma en cuenta algunos tipos de obligaciones que en si son una subdivisión de otras que si se contemplan, tal es el caso de las obligaciones facultativas que son una forma o división de las obligaciones conjuntivas y alternativas.

Dentro de la doctrina las obligaciones facultativas recaen únicamente en prestaciones no en objetos o cosas dándole al deudor la facultad de substituir una prestación por otra sin tomar en cuenta al acreedor en caso de que la prestación a que estaba obligado originalmente se haya perdido, nunca se precisa si la prestación original a que estaba obligado se pierde por culpa del acreedor con el fin de entregar una que le favorezca.

Posiblemente por esta característica es que nuestro Código no la ha querido contemplar, pero se tienen antecedentes que en algunas legislaciones de América si es regulada. Otras de estas obligaciones no examinadas pero si contempladas en el Código son las obligaciones divisibles e indivisibles.(artículos 2003 y 2004)

Para que se den este tipo de obligaciones se debe de tomar en cuenta la naturaleza de la misma, las características especiales que las partes le den o la misma ley le aplique; la divisibilidad quiere decir que la obligación puede cumplirse en partes, en caso contrario, es decir que esta no se deba de cumplir en partes será indivisible.

Estas deberán de recaer en prestaciones, su característica principal es el carácter que se les da para su cumplimiento si las partes así lo estipulan se podrán cumplir de manera parcial hasta su total cumplimiento, (no implica el cumplimiento parcial el cumplimiento total); en cuanto a las indivisibles sólo diré que se deberán cumplir en el momento y plazo estipulado, si el acreedor lo permite serán cumplidas en partes, dándose la divisibilidad.

Una forma especial de divisibilidad es cuando existen más de un deudor o bien más de un acreedor dividiéndose la obligación, por lo que se considerara como una obligación solidaria; lo que nunca podrá suceder en las obligaciones indivisibles, en las que si se puede dar la pluralidad de deudores y acreedores respecto de una misma obligación pero cada uno deberá cumplir su obligación respecto del acreedor por lo que la deuda no se divide.

Las obligaciones genéricas y las obligaciones específicas para que las primeras se den se tomaran en cuenta las calidades del deudor, si la obligación es indeterminada pero determinable (si se refiere al tipo de cosa con la que se debe de cumplir), la puede realizar el mismo deudor u otra persona que lo supla en su calidad de deudor.

Se diferencian una de otra por el carácter que tienen, las específicas no se pueden substituir con otra cosa, únicamente con la cosa que fue pactada en el contrato, en cuanto a las genéricas si se pueden substituir con cosas distintas siempre y cuando sean de la misma especie y género.

Uno más de los tipos de obligaciones que debo analizar son las obligaciones principales y accesorias; la mayoría de los tratadistas suelen clasificarlas por su origen, por su finalidad y por la forma, pero es necesario decir que las obligaciones principales no tienen que depender de actos o hechos, en cambio las accesorias sí; es por esto que las accesorias si entrarían en la clasificación que se hace de ellas.

Para terminar con este tipo de obligaciones diré que la obligación accesoria no podrá existir si no existe una obligación principal y que este tipo de obligaciones tanto las principales como las accesorias siempre deben de estar unidas. Por último están las obligaciones instantáneas y las obligaciones de tracto sucesivo las instantáneas se cumplen al momento de contratar y las de tracto sucesivo cuando dependen para su cumplimiento de una serie de actos no importando el tiempo o plazo.

Como se desprende de todo lo anterior, diré para finalizar que cada una de las modalidades que el Código regula o toma en cuenta como una forma de obligación, contiene apartados en los que se hace referencia a las obligaciones recíprocas, en virtud de que en todas se

estipulan derechos y obligaciones para ambas partes y no sólo derechos para una y deberes para la otra.

2.3. DIVISION DE LOS CONTRATOS.

Dentro de la división de los contratos tenemos un número ilimitado de clasificaciones es más podría decir que la gran mayoría de autores y de legislaciones que existen o existieron dan una clasificación, o bien retoman algunas y las adecuan según el lugar y el momento; lo que hace pensar que tantas clasificaciones así como criterios deberían de considerarse como innecesarias y obsoletas, ya que dificultan y confunden en muchos casos su estudio y análisis; para nosotros el Código civil es el que impone la clasificación de estos, sin embargo analizare la que dan algunos autores para posteriormente compararlas.

Este vacío de una clasificación única también afecta la reglamentación de los contratos ya que sólo agrupa a un pequeño número de estos provocando discrepancias al reglamentar ciertos aspectos de las partes y del contenido del contrato, dejando fuera a otros, " Se ha comprobado que el abuso de la clasificación contractual normalmente tiende a fomentar discrepancias teóricas por lo que más que una clasificación de los contratos se requiere de normas generales que precisen la esencia del contrato y los límites de la libertad contractual. "38

Uno de los más respetados teóricos del derecho Rafael Rojina Villegas hace un recuento de estas categorías " Estas clasificaciones se presentan en la doctrina y en el derecho positivo, desde diversos puntos de vista. "39 Para él existen siete categorías y son : 1º Contratos bilaterales y contratos unilaterales; 2º Contratos onerosos y gratuitos; 3º Contratos conmutativos y aleatorios; 4º Contratos reales y consensuales; 5º Contratos formales y consensuales; 6º Contratos principales y accesorios; y finalmente 7º Contratos instantáneos y de tracto sucesivo.

38.- Chirino Castillo, Joel. Ob. Cit. pág. 4.

39.- Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano. Tomo Sexto Contratos Volumen I Editorial Porrúa, S.A. México, 1977 pág.11

Bernardo Pérez Fernández del Castillo da otro tipo de clasificación que toma del Código civil y es muy particular ya que aumenta otras categorías : 1º Contratos preparatorios; 2º Traslativos de dominio; 3º Traslativos de uso temporal; 4º los contratos que tienen como objeto una obligación de prestación de servicios, haciendo una división de esta categoría, a) de gestión, b) de custodia; 5º Contratos con un fin de comisión; 6º Contratos aleatorios; 7º Contratos de garantía; 8º Los que provén o resuelven controversias; y 9º La sociedad conyugal. Además hace mención de una segunda clasificación histórica que se desprende del Código la de los contratos solemnes, reales, formales y consensuales.

Para otros esta clasificación se debe hacer conforme a las partes que intervienen en ellos quedando como contratos civiles, mercantiles, laborables y administrativos; Manuel Bejarano Sánchez, es de los autores que manejan esta clasificación y para él es necesario no únicamente tomar como base el Código civil, también se tiene que apoyar en el Código de comercio, en ordenamientos de derecho público como la Ley Federal del Trabajo y en algunos casos la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Haciendo una búsqueda de estas clasificaciones diré que algunos teóricos consideran que existe una clasificación complementaria a la que el Código civil señala y esta es la de los contratos mercantiles " por el distinto carácter que tiene los negocios jurídicos mercantiles, se han ideado, como clasificación complementaria a las de los contratos civiles, algunas particularmente aplicables a los mercantiles, que atienden a su función económica. "40 Pero debido a la naturaleza de el contrato de mutuo, motivo de esta investigación no será tomada muy en cuenta esta clasificación ya que se hará una clasificación completa.

Otra más según el criterio de Manuel Borja Soriano atiende a la función específica del contrato por lo que estos se clasifican: por la interdependencia de las obligaciones; por la valoración económica de las prestaciones; por la precisión de los efectos económicos entre las partes; por la entrega física del objeto; en cuanto a su función jurídica relacionada con otros actos jurídicos; en cuanto a su ámbito de temporalidad; y en cuanto a su nacimiento y validez.

40.- Arce Gargollo, Javier. Ob. Cit. pág. 51.

En cuanto a la división de los contratos que el Código civil hace es la de contratos unilaterales y bilaterales; (artículos 1835 y 1836) onerosos y gratuitos, (artículo 1837) y los onerosos a su vez son subdivididos en conmutativos y aleatorios. (artículo 1838). En la segunda parte del Libro Cuarto de las obligaciones se hace una división por especies de contratos la que contiene: 1º la promesa; 2º la compraventa; 3º la permuta; 4º la donación; 5º el mutuo; 6º el arrendamiento; 7º el comodato; 8º el deposito y secuestro; 9º el mandato; 10º contrato de prestación de servicios; 11º el contrato por el cual se constituyen las asociaciones y las sociedades; 12º los contratos aleatorios; 13º del contrato de fianza; 14º el contrato de prenda y 15º el contrato de hipoteca.

Para continuar diré que cada una de las clasificaciones que los estudiosos del derecho manejan, contiene una o más especies de contratos señalados por el Código; para continuar daré las definiciones de la clasificación más común que los autores toman.

Contratos unilaterales y bilaterales, es la primera de las clasificaciones, como es sabido el contrato es unilateral cuando sólo existen obligaciones para una parte y derechos para la otra, en este punto es conveniente decir que se debe de distinguir entre lo que es un contrato unilateral y lo que es un acto jurídico unilateral, el contrato se forma por dos o más voluntades creando derechos y obligaciones para ambos, en cambio el acto jurídico es unilateral cuando sólo se integra por una sola voluntad

La otra forma que contiene esta clasificación es la de contratos bilaterales, es decir que genera obligaciones y crean derechos para ambos contratantes (ambas clasificaciones se encuentran contenidas en los artículos 1835 y 1836 del Código civil) para que sean considerados bilaterales ambas partes se obligan y que el tipo de estas obligaciones sean recíprocas.

Para que se de la clasificación de unilaterales y bilaterales debe de atenderse el número de voluntades que interviene directamente en la constitución del contrato, es decir cuando basta con la voluntad de una de las partes interesadas para formarlo, será unilateral; cuando se requieren de dos o más voluntades para su formalización será bilateral como sucede en la mayoría de los contratos. Un ejemplo de los contratos

unilaterales lo tenemos en la donación ya que crea únicamente obligaciones para uno de los contratantes (el donante). Como ejemplos de los contratos bilaterales tenemos casi todos los contratos, como son la compraventa, la permuta, el arrendamiento entre otros.

Los contratos *onerosos y gratuitos*, este tipo de contratos son clasificados así por los provechos y gravámenes que generan a las partes; esta clasificación se da desde el punto de vista económico, no como la anterior que se da desde el punto de vista jurídico. Cuando un contrato impone provechos y gravámenes para los firmantes estamos ante un contrato oneroso. “ Es oneroso el contrato que impone provechos y gravámenes recíprocos. ”⁴¹

Este tipo de contratos suelen ser bilaterales para que se haga presente los provechos y los gravámenes entre las partes; por lo que también no generan una interdependencia entre las prestaciones, el ejemplo más común del contrato oneroso es la compraventa, el arrendamiento, el préstamo con interés y el mutuo cuando se cobra interés.

Si el contrato sólo genera provechos para una de las partes será gratuito, se dice que un contrato tiene carácter a título gratuito, o de beneficencia, cuando la intención de favorecer a una de las partes es altruista, es decir se tiene el propósito de beneficiar a alguien sin que este espere un pago por la acción realizada

El ejemplos por excelencia del contrato gratuito es la donación, pero es necesario aclarar que no es el único también tenemos el préstamo sin interés, el mandato gratuito, el depósito y el comodato; la mayoría de estos contratos se llevan a cabo en atención al interés de la persona que va a salir beneficiada, siendo esta en ocasiones indeterminado o anónimo.

Por último diré que la clasificación de los onerosos y gratuitos también sirve de distinción para poder catalogar a las contratos civiles de los mercantiles, debido a que los primeros serán siempre a título gratuito y los segundos siempre serán a título oneroso, por ello la distinción.

⁴¹ - Rojina Villegas Rafael. Ob. Cit. pág. 15.

Los contratos *conmutativos* y *aleatorios* como lo mencione en páginas precedentes esta es un subclasificación de los contratos onerosos, atendiendo el punto de vista de los provechos y gravámenes generados entre las partes firmantes de un contrato oneroso. Por lo que tenemos que si los gravámenes y provechos son ciertos y conocidos por ambas partes serán conmutativos y si en cambio no son conocido dependiendo de las circunstancias que prevalecen al momento de la firma del contrato y posteriormente a esta, serán aleatorios.

De este modo tenemos que un contrato conmutativo será cierto y un contrato aleatorio será incierto. Los ejemplos de este contrato son los mismos que pasa los contratos onerosos, como la compraventa por que en esta se pueden cuantificar las ganancias y los daños que pueden llegar a producir; en cambio los ejemplos de los contratos aleatorios pueden ser la renta vitalicia, que dependerá de la cuantía de las obligaciones o prestaciones que deberán cumplir las partes; otro ejemplo es el de la compra de esperanza en este se adquieren los productos antes de que estos se hallan cosechado.

Esta es la última de las clasificaciones que nuestro Código da de la clasificación de los contratos, pero doctrinariamente existen otras que según algunos autores se deberían de anexar a esta, así tenemos los contratos reales, consensuales, formales, solemnes, principales, accesorios, instantáneos y de tracto sucesivo, los cuales explicare brevemente.

De los *reales* diré que su elemento constitutivo es la obligación de entregar físicamente la cosa para que sea considerado como real, no bastando la declaración de voluntad, si se llegara a pactar que la entrega de la cosa dependerá de un acto de realización incierta de algún otro motivo no se estará ante un contrato real sino ante una promesa de contrato. Dentro de nuestra legislación el único de los contratos considerado como real es el de prenda.

De manera antagónica a los reales y a los formales tenemos a los contratos *consensuales* estos fueron tomados en cuenta por los legisladores y por lo tanto la ley regula la forma en que se exteriorizará la voluntad “ la voluntad debe ser exteriorizada precisamente de la manera

exigida por la Ley,⁴² así tenemos que este tipo de contratos se formalizan cuando los contratantes expresan su voluntad, no siendo indispensable la entrega física de la cosa al momento del acuerdo de voluntades.

En cuanto a los *formales*, son considerados como una de las clasificaciones más importantes dentro de las consecuencias que pueden generar, ya que la ley les asigna una forma específica mediante la cual se debe exteriorizar la voluntad de las partes, de la que depende su validez y en ciertos casos su nulidad; esta forma puede alterar la eficacia del contrato, siendo requisito indispensable que el contrato conste por escrito, de tal manera que si no está otorgado mediante escritura pública lo puede afectar la nulidad relativa.

Según nuestro derecho no existen contratos *solemnes* pero si en ciertos grados formales como se estudio en puntos precedentes de este trabajo; para algunos sólo merecen la clasificación de actos, no de contratos, tratándolos de manera despectiva haciendo mención que para su cumplimiento se deben de realizar ciertos ritos " Son los actos que para existir necesitan de ciertos ritos establecidos por la Ley. "⁴³

Algunos autores dan como ejemplo de los contratos solemnes el matrimonio, considerándolo como un contrato único, que genera derechos y obligaciones patrimoniales y no patrimoniales, en mi opinión no es un contrato solemne, es un contrato formal ya que consta por escrito y si no es una escritura pública si consta en una acta debidamente protocolizada por un juez del registro civil que se les entrega a los interesados de la cual se desprenden derechos y obligaciones recíprocos, teóricamente.

Cuando un contrato existe por si mismo, sin que sea necesario otro acto del cual dependa su nacimiento estamos ante un contrato *principal*, este tipo de contratos es independiente, no así los contratos *accesorios*, estos si son dependientes del principal, son también conocidos como contratos de garantía, ya que la mayor parte de las veces sirven para garantizar una obligación principal.

⁴².- Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles. Editorial Harla, México, 1984. pág. 41

⁴³.- Idem. pág. 42

Otro tipo de contratos en los que se toma el ámbito de temporalidad de los mismos son los contratos *instantáneos*, siendo los que se realizan al momento de la firma sin que para su cumplimiento sea necesario que transcurra un tiempo determinado tal es el caso de la compraventa al contado (pura y simple) en la que al poner una cosa en venta el comprador paga en el momento y le es entregada la cosa al instante.

En cambio en los contratos de *tracto sucesivo*, no ocurre lo mismo ya que en el se estipula que dependerá de ciertas circunstancias de tiempo en el que se deberán de cumplir las prestaciones señaladas en el mismo, como sucede en el contrato de arrendamiento en el que se señala que en un tiempo determinado ya por mes, por año, por temporada o por un periodo indeterminado pero cierto, se transmite el uso de una cosa a cambio de una renta.

Como fue mencionado en paginas anteriores también existe la clasificación mercantil de los contratos esta es menos compleja que la que el derecho civil trata de imponer, ya que en esta sólo se atiende a la finalidad económica del contrato; por lo que tenemos que la clasificación de los contratos mercantiles contiene 1º *contratos de cambio*; 2º *contratos de colaboración*; 3º *contratos de prevención de riesgos*; 4º *contratos de conservación y custodia*; 5º *contratos de crédito*; y 6º *contratos de garantía*.

En la actualidad debido a las relaciones que surgen entre empresas comerciales, locales e internacionales cuyo fin primordial es establecer relaciones contractuales permanentes es que surgen los contratos atípicos, que en muchos casos no son regulados ni por el Código civil ni por el Código de Comercio surgiendo un vacío legal con respecto a estos contratos. " Es por ello que una de las causas de aparición de contratos atípicos mercantiles es que el C. de c. no regule contratos propios para la economía moderna. "44 (sic)

Este vacío legal en que ciertos contratos de este tipo caen, (no todos los contratos que son considerados como atípicos no se regulan en el Código civil ni en el Código de comercio), no significan que no puedan nacer o que sean considerados como inválidos o ineficaces; por el

44.- Arce Gargollo, Javier. Ob. Cit pág. 52

contrario siempre habrá una Ley, reglamento o Código supletorio por el que se deberá regir independientemente del contenido del contrato.

2.4. CLAUSULAS DE LOS CONTRATOS, EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

Para estructurar un contrato este debe de contener una forma, que le permite ser reconocido entre los demás contratos y para el derecho es más importante esta forma puesto que si no la contiene la expresión de voluntad de las partes será irrelevante.

Dentro del consentimiento que se da al formalizar el contrato se especifica cuales son los alcances del mismo, los efectos que producirá, es decir que derechos y obligaciones generará para cada una de las partes; es por esto que se trata de darle un formalismo a esta expresión, de voluntad al plasmarlo por escrito ante un fedatario público, o de una manera simple, común, como se hace en ocasiones, en una hoja de papel, escrita a máquina o a mano; sin ninguna clase de formalismos, pero conteniendo las firmas autógrafas tanto de contratantes como de testigos si estos fueron necesarios para llevar a cabo la firma del contrato.

A este contenido del contrato se le conoce como *cláusulas, pactos, proposiciones o disposiciones*, que son las disposiciones del contrato, estas se deben de formular en términos claros, es decir no deben de dejar dudas de la intención de los contratantes ya que si existieran palabras con un significado distinto a la voluntad de los mismos esta es la que prevalecerá. Si las cláusulas se redactan en diversos sentidos o en forma dudosa, se atenderán al efecto que producen sobre las partes, este efecto siempre deberá de favorecerlas.

Dentro del contenido del contrato, se pueden incluir palabras, usos y costumbres del lugar donde se firma o de los mismos contratantes, siempre y cuando estas formas de expresión no sean contrarias a la moral, la ley o a la voluntad primaria de alguna de las partes.

Como lo he señalado en todo el contrato debe de existir un orden, en primer lugar se redactará un preámbulo, el cual no debe de ser extenso formulándolo las partes de manera breve y clara, en el se podrá describir nombres, hechos y motivos por los que se realiza el contrato; a continuación se formularan las cláusulas que tendrán un orden numérico consecutivo (Primera, Segunda, Tercera, etc.), para concluir el contenido se utilizan frases con las que se cierra, que pueden mencionar el número de copias que se hacen y se entregan a las partes, el lugar, la fecha el nombre completo de contratantes y testigos si estos fueran necesarios y las firmas autógrafas de los mismos.

Si cada una de las partes cumple correctamente con los pactos que fueron redactados de común acuerdo no debe de existir ningún tipo de problema al momento de cumplir con lo establecido, ni al momento de interpretar su contenido, pero si existen diversas contradicciones o la expresión de la voluntad de las partes es ambigua la interpretación del contrato acarreará problemas a una de las partes o bien a las dos.

El modelo de proposiciones que puede contener un contrato puede ser de tres tipos contractuales, generales y prohibitivas; en ocasiones se utilizan contratos ya escritos, es decir los llamados contratos de machote o de formulario, estos contratos comprenden ciertos pactos, las denominadas cláusulas de estilo, las cuales están comprendidas dentro de las contractuales, de igual forma las cláusulas penales, cuando se estipula una pena para cualquiera de los contratantes en caso de que no se cumpla con lo pactado.

Algunos clasifican de distinta manera estas cláusulas, así tenemos esenciales, naturales y accidentales. *Esenciales*, las que son indispensables para que nazca el contrato, *naturales*, no son indispensables para el nacimiento del contrato pero se derivan del régimen jurídico que regula el acto; *accidentales*, producidas por la voluntad de las partes.

Cláusulas contractuales, según Luis Muñoz en su libro Teoría General del Contrato las define como " proposiciones coordinadas y complementarias entre sí, que se integran recíprocamente "⁴⁵ puedo decir sobre esta definición que se tendría que aplicar a todas las

⁴⁵.- Muñoz Luis. Ob. Cit. pág. 151.

cláusulas no únicamente a las contractuales; en algunos casos las partes convienen que desde el preámbulo del contrato, los generales de las partes y testigos si los hubiere, así como las firmas de los mismos son parte integrante del contrato, es por esto que todo el contenido del contrato debe considerarse como parte de las cláusulas del mismo, no así los anexos al contrato, ya que este sólo será parte del contrato.

Suele ocurrir que en ciertos contratos se estipule suprimir algunos preceptos legales utilizando este tipo de cláusulas (cláusulas contractuales), lo cual es permitido y más aun si las partes lo aceptan y conocen el contenido de las disposiciones que se eliminaron la relación estará regulada y protegida por las cláusulas que los substituyeron.

De las llamadas *cláusulas generales*, diré que son las que permiten a las partes ejercer su facultad normativa, es decir la facultad de regular la actividad y los usos que se le pueden dar, se le dieron o tiene el contrato, sirviendo supletoriamente como norma jurídica que deben de acatar las partes.

Las *cláusulas prohibidas*, este tipo de pactos están expresamente vedados por la ley, para mantener a salvo el orden público, las buenas costumbres, por lo que si se llegan a estipular quedaran como nulas, esto suele ocurrir cuando se propone a alguna de las partes renunciar a un derecho, o si una de las partes actúa con dolo se debe de firmar un contrato como si todo estuviera en orden.

Como lo he mencionado en líneas anteriores de la claridad y precisión de las cláusulas depende el desentrañar la voluntad de los contratantes, para esto algunos autores citan dos teorías fundamentales para la interpretación de los contratos, como son la Teoría de la voluntad real o interna y la Teoría de la voluntad declarada.

La *teoría de la voluntad real o interna*, surge en Europa durante el siglo XVII después de terminada la revolución francesa, influida de ideas de individualismo liberal y con el punto de vista del derecho natural, en la cuál se menciona que es necesario buscar cual es la voluntad real de las partes y no atenerse únicamente a lo que esta escrito en el contrato; " sostiene que, para aplicar un contrato, el intérprete debe

penetrar la intención de las partes, descubrir cuál ha sido ésta y hacerla predominar. "46

En el caso contrario se encuentra la *teoría de la voluntad declarada*, también surgida en Europa, con el punto de vista antitético (oposición o contrariedad de dos juicios o afirmaciones) de la escuela histórica alemana en la que se menciona que exclusivamente se debe atender a lo que las partes expresaron en el documento que contiene el contrato.

Para terminar diré que ninguna de las dos teorías se ha aplicado de manera eficiente en ningún Código, por el contrario se han combinado en algunos casos, tomando de una y de otra para la mejor interpretación de los contratos, tomemos como ejemplo nuestro actual Código civil que en el principio del apartado referente a la interpretación se aplica la segunda de las teorías (artículo 1854) y al final se utiliza la primera de ellas (artículos 1856 y 1857).

Para finalizar con este apartado me ocupare del incumplimiento de las obligaciones contractuales, como se ha mencionado el contenido del contrato puede y debe contener un indeterminado número de cláusulas las cuales tienen que ser cumplidas por ambas partes, en caso de que surja el incumplimiento de alguna obligación derivada del contrato tendrá una consecuencia jurídica y por consiguiente una posible sanción.

Todo esto se deriva de las obligaciones que se pactaron en el contrato (prestaciones y obligaciones) de las cuales se derivan consecuencias para ambos contratantes, o en caso de incumplimiento para una de ellas. En la mayoría de los casos el acreedor exigirá el cumplimiento de la obligación, que se pacto y en otros el deudor puede exigir la entrega de la cosa a la que esta obligado el acreedor.

Como todos sabemos los efectos de las obligaciones contraídas pueden ser la entrega de la cosa debida, de la cantidad estipulada o bien de la prestación, y para que esto pueda ocurrir la forma por excelencia de la satisfacción de esta obligación es el pago. Por lo que si no se cumple ni con la entrega de la cosa, ni con el pago esto producirá consecuencias jurídicas previstas en el propio contrato o por la ley.

46.- Bejarano Sánchez, Manuel. Ob. Cit. pág. 147.

Esta consecuencia jurídica y posible sanción están previstas en el contrato según se haya pactado como lo he señalado (Cláusulas contractuales, penales o pactos comisorios) suele ocurrir que una de las partes o bien ambas excluyan de manera dolosa este tipo de pactos argumentando que el contrato estará protegido por la moral y las costumbres que existen entre los contratantes (buena fe).

Pero en caso de que esto no suceda la ley que protege el contrato será la encargada de señalar cuales son las consecuencias y por consiguiente las penas, estas deben de ser individuales, con destinatarios directos, señalando la clase de pena, el valor y la cuantía de la obligación no cumplida.

Algunas de las sanciones establecidas son la devolución de la cosa, en caso de que el que incumpla sea el acreedor se efectuará la devolución de la cantidad establecida como precio; también pueden incurrir en responsabilidad civil, el pago de daños y perjuicios y por último el pago de los gastos judiciales por parte de quien incurrió en el incumplimiento de la obligación.

2.5. ESTUDIO JURIDICO DEL CONTRATO DE MUTUO.

Considerado por mucho tiempo como una especie del préstamo, encuadrado como préstamo de consumo, dividido entre la materia civil y la mercantil, (el Código civil distingue entre dos clases de mutuo, simple y mutuo con interés) el mutuo es el más antiguo y típico de los contratos de crédito, siendo una de las figuras que más ha evolucionado en el mundo del derecho a lo largo de su historia.

Su naturaleza jurídica dentro del derecho mexicano lo coloca como un contrato principal, bilateral, conmutativo y consensual, siendo su finalidad el traslado de la propiedad, el cual no debemos confundir con el comodato, ya que son instituciones afines, pero sus conceptos y significados son distintos; tan es así que el Código actual los regula como contratos distintos.

Siendo un contrato de uso las cosas que entregan deben de ser estas siempre fungibles o consumibles, lo que le da otra de sus características al denominarlo préstamo de consumo; el que recaiga sobre cosas fungibles, produce necesariamente su perecimiento lo que pudiera ser un problema ya que no se devolverá la misma cosa, pero si una cosa de igual valor, características especie y calidad.

Como lo mencione en un principio el mutuo es de los pocos contratos que se sitúan en dos diversas leyes la civil y la mercantil, debido al carácter que se le atribuye, en el Código de comercio suele atribuírsele al préstamo el carácter de mercantil si el objeto materia del contrato son destinados al comercio.

Contrariamente a lo que algunos autores expresan la naturaleza de los contratantes no es importante ya que estos pueden ser o no comerciantes y esto no significará que el mutuo sea mercantil; lo mismo ocurre cuando las cosas se destinan a operaciones exclusivamente civiles no importando la naturaleza de los contratantes.

En algunas ocasiones las partes celebran un contrato, denominándolo como de mutuo, pero estipulando la devolución de cosas distintas a las que fueron entregadas, lo que da lugar a confusiones por el carácter que se le dio, siendo realmente contratos de compraventa o bien de permuta, pero no un contrato de mutuo.

Esta situación no debe alterar en ningún sentido la naturaleza del mutuo ya que si se pacta la devolución de una cosa determinada o bien de una cantidad, la parte obligada tiene el deber de entregar lo mismo que se estipuló, siendo la cantidad mayor y en algunos casos menor, lo que no lo hará perder su esencia en ningún momento.

De todo esto se deduce que su principal elemento es la entrega de la cosa, lo que también lo distingue de otros tipos de contrato, ya que en un principio este era requisito indispensable al situarlo dentro de la clasificación de los *contratos reales*; actualmente se encuentra situado en la clasificación de los contratos consensuales por que la entrega de la cosa se convierte en una obligación del mutante y no en un formalismo; sus otros elementos son la transmisión de la propiedad o de la cantidad materia del contrato, la entrega y restitución que se hace, dándole su carácter de negocio bilateral.

Para algunos teóricos esto es lo más alejado de la realidad, ya que consideran que el contrato nunca puede ser bilateral debido a que los deberes y obligaciones únicamente corren a cargo de una sola de las partes, inclusive si se ha pactado algún interés, por lo que tiene que ser considerado como un contrato unilateral; criterio muy discutible, ya que el acreedor al entregar la cantidad o cosa al deudor esta cumpliendo con una obligación pactada y las prestaciones no las puede cumplir únicamente una de las partes ni los derechos tampoco, pues como se ha dicho de esa manera fue pactado.

Otra más de sus características la constituye el hecho que puede ser oneroso o bien gratuito; si las partes estipulan mediante un convenio o en las mismas cláusulas que al momento de restituir la cantidad o cosa entregada se pagara una cantidad extra o interés no siendo excesivo, claro que también puede ser en especie si lo que se prestó fue una cosa distinta al dinero, estamos ante un contrato de mutuo con interés, (oneroso) si por el contrario no se estipulo ningún interés o cantidad extra no deberá entregarse más que lo pactado, (gratuito) quedando a discreción de alguna de las mismas la entrega y recepción de alguna cantidad simbólica en señal de agradecimiento.

Como la misma ley lo señala las clases de intereses pueden ser legales o convencionales; serán convencionales cuando las partes lo estipulen pudiendo ser mayor o menor al legal; el interés legal puede ser del 9% anual, cuando se trate de prestamos civiles, si este préstamo es mercantil se estipula un interés del 6% anual en caso de que el deudor incurra en mora.

2.5.1. CONCEPTO DEL CONTRATO DE MUTUO.

Como lo mencione en el punto precedente el contrato de mutuo es de los que más cambios ha sufrido durante su historia, por lo que existen una diversidad de conceptos, tanto legales como doctrinarios, la mayoría de los cuales no difieren mucho entre si ya que toman sus elementos esenciales como base para definirlo.

Para confirmar esto tomare como ejemplo la concepción que un autor sudamericano da del contrato de mutuo siendo la siguiente " *Habr  mutuo o empréstito de consumo cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta ultima este autorizada a consumir, devolviendo en el tiempo convenido igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad.* "47 La cual no dista mucho de la que da uno de los más renombrados teóricos del derecho Rafael Rojina Villegas: " *es el contrato por el cual una persona, llamada mutuante, transfiere a otra, llamada mutuario, una cantidad de dinero o de bienes fungibles que el último se obliga a restituir en bienes de la misma especie y calidad.* "48 Como se desprende de la lectura de ambas definiciones no existe mucha diferencia entre si, en cuanto a los términos, ya que en las dos se encuentran incluidos los elementos esenciales del contrato de mutuo.

Continuando con este punto tenemos la definición del mutuo que da el mismo Código por lo que se puede considerar como definición legal **artículo 2384. El mutuo es un contrato por el cual el mutante 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.** para muchos esta definición es incompleta ya que aseguran no especifica si el mismo se puede realizar con o sin interés, por lo que para ellos la definición que da el Código debería ser " *el mutuo es un contrato por el cual el mutante se obliga a transferir, mediando o no interés, 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.* "49 Por lo que podemos considerar que salvo algunos detalles la definición del Código civil vigente es casi completa.

Por lo que tomando elementos de una y de otra, la definición de lo que es el contrato de mutuo debe incluir el permiso y aceptación de la transmisión de la propiedad, si es necesario el interés o no es decir quedar como: *el mutuo es un contrato por el cual el mutante se obliga a transferir, mediando o no interés la propiedad de una cantidad de dinero o de bienes fungibles a otra llamada mutuario con la autorización de*

47.- Gamore, José Alberto. Diccionario Jurídico. Tomo II, Abeledo-Perrot. Buenos Aires,1986 pág. 554.

48.- Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. pág. 476.

49.- De Pina, Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano Volumen 4. Editorial Porrúa, S.A., México, 1992. pág. 89.

consumirlos, usarlos o enajenarlos quien se obliga a devolverlos en un tiempo convenido igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad.

2.5.2. ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y ELEMENTOS DE VALIDEZ.

Los elementos de validez del mutuo son la capacidad, la forma y la lesión, en cambio el elemento de existencia es el objeto y el consentimiento, por lo que empezare con este apartado analizando los elementos de existencia del mutuo.

Como un elemento de este contrato muy pocos autores toman en consideración al **consentimiento** lo que no hacen la gran mayoría tomando en consideración que esto no entraña ningún problema puesto que si las partes no expresan su voluntad el contrato no podrá llevarse a cabo, si no existe ese consentimiento no se entregaran los bienes materia del contrato ni por consiguiente la devolución de los mismos.

El **objeto**, la cosa sobre la que recaerá el contrato debe de ser siempre bienes fungibles, corporales e incorporales, consumibles y no consumibles; suele confundirse la fungibilidad con la consumibilidad, debido posiblemente a su significado, ya que suele decirse que consumible es el significado de fungible, " consumible se entiende aquel que se agota con el primer uso y por fungible, aquel que tiene poder liberatorio equivalente en los pagos, es decir, que en el cumplimiento de las obligaciones tiene igual valor al de otro bien y, por lo tanto puede intercambiarse, "50 por lo que si un bien resulta consumible y no fungible no podrá ser materia del contrato.

También el contrato puede recaer en bienes fungibles corporales o incorporales, siendo estos los más comunes, como son los títulos de crédito, acciones y valores; si el mutante entrega esta clase de títulos el mutuario se obliga a entregar la misma clase de títulos de crédito con el mismo poder liberatorio.

50.- Rojina Villegas, Rafael. Ob. Cit. pág. 484.

Con respecto a los elementos de validez se toma también en cuenta la **forma**, nada más erróneo ya que dentro de los requisitos del contrato de mutuo no se estipulan ni se requiere ningún tipo de formalismo para que pueda existir, ni para que sea válido.

La **capacidad**, para este contrato es indispensable debido a que el contrato se basa en la transmisión de dominio y la restitución de una cosa debe existir en las partes la capacidad de ejercicio, lo que significa que los contratantes tienen que ser necesariamente propietarios y poseedores de los bienes que serán transmitidos.

También se requiere de la capacidad para que las partes puedan celebrar y llevar a cabo el contrato y de ser necesario responder en caso de evicción o bien de los vicios ocultos que se pudieran dar.

En cuanto a la **lesión**, es más común que se de tratándose de mutuo con interés en los que ya se podría encuadrar como usura, fraude, (en materia penal) en nuestro Código los motivos que puedan inducir a que exista la lesión serán motivo de nulidad relativa.

2.5.3. DENOMINACION DE LAS PARTES.

Como es natural en la mayoría de las figuras jurídicas existentes a cada una de las partes se les denomina de alguna manera, en el contrato las partes tienen que llevar un nombre que este relacionado con la materia motivo del contrato, así tenemos que la denominación de las partes del contrato de compraventa serán vendedor y comprador, del contrato de arrendamiento, son arrendador y arrendatario, en el mandato mandatario y mandante, en la fianza fiador y acreedor y así sucesivamente.

El mutuo no podría ser la excepción ya que siendo un contrato de los más antiguos las partes, tenían necesidad de una denominación por lo que al primero de ellos que podría denominar como acreedor, que es el obligado a entregar la cosa se le conoce como mutante.

Su contraparte llamémosle deudor que queda obligado a devolver la cosa o la cantidad que fue pactada se le conoce como mutuario; en nuestra legislación no se especifica que tanto, el mutuario como el mutante deban de tener una actividad específica o una característica que los diferencie de otros contratantes o que estos no puedan participar en otro tipo de contratos.

2.5.4. OBLIGACIONES DEL MUTUANTE.

Como lo he mencionado el una de las obligaciones del mutante es la de entregar la cosa o cantidad materia del contrato las otras obligaciones del mutuario son la transmisión de dominio, el saneamiento para el caso de evicción, responder de los vicios o defectos ocultos de la cosa.

Transmisión de dominio, ya que es considerado como un contrato traslativo de dominio el mutante queda obligado a transmitir la propiedad de la cosa o cantidad que se pactó. Para algunos esta no es una obligación propiamente dicho, más bien es una consecuencia del contrato, pero si no se transmite el dominio de la cosa entonces el mutuario no podrá disponer de manera real de la cosa, quedando bajo dominio del mutuario.

Entrega de la cosa, considerada por muchos como la obligación principal del mutante, ya que si no lo llega a hacer el contrato no podrá llevarse a cabo; esta entrega debe de recaer sobre bienes ciertos y conocidos, si no cumplen con estos requisitos es su deber individualizarlos para posteriormente entregarlos.

Saneamiento para el caso de evicción, como bien sabemos la evicción se presenta cuando al adquirir un bien la parte que lo adquiere es privada del mismo por un tercero que demuestra tener mejor derecho sobre el bien; por lo que el saneamiento será el derecho que tiene el adquirente que sufre de la privación del bien, para reclamar al enajenante la devolución de la cantidad entregada como pago.

En el mutuo sea simple o con interés el mutante queda obligado a responder en caso de evicción que sufra el mutuario, aun cuando se hubiere pactado lo contrario. Del mismo modo responderá de los *vicios o defectos ocultos* que la cosa entregada pueda tener si este conoció de los mismos y no dio aviso al mutuario, pero se aplicará únicamente si se trata de mutuo simple, ya que en el mutuo con interés esto podría ser motivo de una disminución en los interés que el mutante pudiera recibir.

2.5.5 OBLIGACIONES DEL MUTUARIO.

Algunas de las obligaciones del mutuario son muy similares a las obligaciones del mutante, pero debo distinguirlos, así tenemos, que la obligación principal del mutuario es la restitución o devolución de bienes fungibles de la misma especie, calidad o cantidad; el pago de interés si se estipularon, el saneamiento para el caso de evicción, obligación de responder por los vicios o defectos ocultos de la cosa.

Devolución de bienes de la misma especie, calidad y cantidad, es como lo he mencionado la obligación principal del mutuario este debe de restituir al mutante la misma cantidad, en caso de que haya sido dinero, y calidad tratándose de cosas, esta devolución se hará del modo, en el plazo y lugar pactado; la devolución debe de ser totalmente igual a la entrega que se realizó por parte del mutante.

Pago de intereses, cuando se lleguen a pactar es obligación del mutuario el pago; esta obligación se cumplirá únicamente cuando se trate de mutuo con interés.

Saneamiento para el caso de evicción, al igual que el mutante el mutuario tiene la obligación de responder por la evicción en caso de que la cosa que devuelva pertenezca a un tercero con mejor derecho sobre ella.

Vicios o defectos ocultos, el mutuario queda obligado a responder por los vicios o defectos ocultos que la cosa que sea restituida contenga, y más si tenía conocimiento de los mismos y no dio aviso oportuno al mutuario.

2.5.6. CLASES DE MUTUO, SIMPLE, CON INTERES.

Como se ha visto en puntos precedentes el mutuo es considerado como un contrato bilateral, principal, gratuito, siendo su característica principal ser traslativo de dominio, es de los pocos contratos contemplados en dos codificaciones distintas (Código civil, Código de comercio) de las cuales se desprende que existen otras especies poco conocidas del mutuo aparte de las ya citadas, (simple y con interés) las cuales analizare brevemente a continuación.

Dentro de las especies del mutuo se encuentran el mutuo civil, mercantil, bancario, administrativo, simple y con interés; los dos primeros ya los he comentado, por lo que sólo diré que según las características que se les dan el mutuo mercantil se da cuando los fines que se pactaron corresponden a actividades de comercio sin tomar en cuenta la calidad de las partes, por exclusión será civil independientemente de la actividad de las partes y cuando se destine a fines civiles.

Existe un criterio simplista que dice que el mutuo será civil, o bien mercantil si el Código civil regula al primero y el Código de comercio regula al segundo " Tiene carácter civil por exclusión es decir cuando no sea mercantil o este regulado por leyes especiales se regirá por las disposiciones del Código Civil. " ⁵¹ Algunos tipos de mutuo mercantil son la apertura de crédito, simple o en cuenta corriente, cartas de crédito y emisión de obligaciones.

Una más de las especies de mutuo es el *mutuo bancario* regulado por la Ley de instituciones de Crédito y supletoriamente por leyes mercantiles, este se produce debido a que las instituciones de crédito tienen el poder de realizar prestamos a particulares no importando el hecho de que una operación bancaria este regulada como un acto de comercio.

El *mutuo administrativo*, se lleva a cabo con organizaciones de la administración pública federal, regulado por sus propias leyes y supletoriamente por el Código civil, en las que se señala que la clase de

⁵¹.- Pérez Fernández del Castillo, Fernando. Ob. Cit. pág. 163.

garantías, el plazo y el interés, haciéndolo distinto al mutuo civil y mercantil.

Para terminar diré que conforme a los distintos criterios que regulan al mutuo en civil y mercantil, el mutuo civil, debe considerarse como *mutuo simple* o gratuito ya que el mutante no recibirá ningún provecho por el préstamo realizado beneficiando en cierto modo al mutuario " en ese caso el provecho es para una sólo de las partes, que viene a ser el mutuario, pues no paga intereses. ⁵²"

Con reserva de estudiarlo más ampliamente en el capítulo siguiente el *mutuo con interés* como el mismo Código civil lo define, u oneroso, por su característica principal, es en algunas ocasiones encuadrado como mercantil, por el provecho que le resulta al mutuario al estipular en el contrato un interés que le será pagado al momento de la devolución de la cosa o cantidad reclamada por parte del mutuario.

Como lo he señalado con anterioridad los intereses pactados pueden ser legales o convencionales el primero no excederá del 9%, mientras que el segundo puede exceder de el legal sin llegar a ser excesivo según el Código civil. En materia mercantil este interés (legal) será del 6% que podrá ser reclamado en caso de que el mutuario incurra en mora.

⁵².- Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones Editorial Porrúa, S.A., México, 1996. pág. 1217.

CAPITULO TERCERO.

EL MUTUO CON INTERES.

3.1. LOS INTERESES LEGALES Y LOS INTERESES CONVENCIONALES.

Históricamente los intereses han estado prohibidos como se ha visto en el primer capítulo de esta investigación; en un principio estaba permitido, pero debido a los abusos que se daban empezó por prohibirse tanto por la ley canónica, como por el derecho civil y penal en algunos casos, dicha prohibición siempre estuvo destinada a ser burlada.

En Roma es donde se empieza a permitir la estipulación de los intereses, para posteriormente prohibirse con diversas formas a lo largo de la evolución del derecho romano, dicho impedimento no se

concretaba únicamente al contrato de mutuo, también se aplicaba a las demás figuras en las que se prestaba dinero u otras cosas similares.

En México las civilizaciones precolombinas permitían este préstamo (mutuo) aunque es muy dudoso que lo permitieran con interés, ya las penas por incumplimiento de deudas consistían bien en la muerte o bien en la esclavitud; al momento de consumarse la conquista las leyes que se aplicaron fueron las españolas en las que se establecían tasas máximas de interés que no debían de sobrepasar al hacer un préstamo.

Posiblemente el apego que los ibéricos tenían a la religión adoptaron también la prohibición que imponía el derecho canónico como lo estipulaba la Ley de las siete partidas, las leyes que permitían la estipulación de intereses y que se aplicaron en el México colonial fueron el Fuero Juzgo y el Fuero Real, posteriormente se hace una recopilación de este tipo de leyes en las que se llega a establecer una tasa máxima de interés.

Es hasta mediados del siglo pasado cuando se eliminan tanto la prohibición, así como la tasa máxima de interés dando paso a la libertad de pactar el interés de manera convencional siempre y cuando no sea excesivo ni llegue a capitalizarse produciendo más interés; ha estos tres puntos de vista se les conoce como los tres regimenes; el de la prohibición absoluta; de la prohibición relativa; y de la libertad. Lo que siempre se ha evitado desde principios de siglo es la usura y la mayoría de las leyes la han reprimido incluyendo nuestro actual Código.

Como lo he definido en la última parte del capítulo precedente el contrato de mutuo según su definición legal puede ser simple o con interés; lo que para algunos autores es el sistema opcional " opción entre el interés legal y el interés convencional, que es el establecido por el Código Civil para el Distrito Federal y por el Código de Comercio "53 del mismo modo que se ha tratado de unificar la definición legal de lo que es el contrato de mutuo ya que dentro de la definición de lo que es el mutuo sólo se especifica la transferencia de una cierta cantidad de dinero o de cosas fungibles pero no se especifica si se puede cobrar o no interés, sin

53.- De Pina Rafael. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen IV. Editorial Porrúa, S.A., México, 1992 pág. 94

embargo el Código hace la división de mutuo simple y con interés pero no lo define a este último.

Antes de empezar con la explicación de lo que son los tipos de interés legal y convencional, debo tomar también en consideración lo que es la mora, ya que ésta origina intereses cuando se produce el incumplimiento de las obligaciones contraídas: únicamente se producirá la mora cuando aun se pueda cumplir con la obligación previa, además de seguir obligado a la misma.

Esta mora es considerada por muchos como un elemento eventual en las obligaciones que nacen de los actos ilícitos como lo he mencionado anteriormente en el incumplimiento del pago de una obligación en la fecha establecida, aun en el caso de que esta se cubra un día después del plazo establecido.

Como vemos la mora es el retraso en el cumplimiento de las obligaciones, un hecho ilícito que comete el deudor, el cual se produce al vencimiento de un término establecido por las partes o bien cuando las partes no establecen un plazo cierto, en este caso la mora empezara cuando el acreedor exija el cumplimiento si se trata de obligaciones de dar, treinta días después de requerir formalmente el pago de manera judicial o extrajudicial. Si son obligaciones de hacer la mora principiara desde el momento en el que el acreedor exija el cumplimiento de la obligación contraída con el deudor mediando un tiempo prudente para la realización del acto respectivo.

Para el préstamo el incumplimiento de la obligación producirá mora y según el Código de comercio vigente si el préstamo consiste en títulos o valores si el deudor incurre en mora esta producirá interés, siendo éste el que los mismos títulos o valores produzcan, pero si no fue estipulado el interés este deberá de ser del seis por ciento anual, que es el que el mismo Código de comercio establece como interés legal.

De igual manera el Código de comercio señala cuales son los efectos que produce el incumplimiento independientemente de la fuente que los originó ya sea que pertenezcan al régimen civil o al régimen mercantil, del mismo modo que el Código civil también señala cual es el momento en que se puede incurrir en mora, que básicamente son las mismas que señala el Código civil. Esto es que ambos códigos se

complementan, el primero señala cuales son los efectos y el segundo los determina además de aclarar cuales son los daños y perjuicios que se producen por el incumplimiento.

Dentro de la determinación de los efectos cabría hacer un breve paréntesis para mencionar que el Código civil en los artículos 2104 a 2116 y 2118 aclara como será el pago, la definición de daño y de perjuicio, del mismo modo se señala el régimen legal de caso fortuito o de fuerza mayor. La exclusión del artículo 2117 es necesaria de este capítulo del Código, por lo menos en su última parte ya que este bien podría encuadrarse en el título quinto del Código de comercio en el que se menciona el pago de los daños y perjuicios que se causen generara interés y este no excederá del legal.

Es el artículo 362 del Código de comercio fundamental para determinar la tasa de interés moratorio que como ya se ha mencionado debe de ser del seis por ciento anual (6%) cuando las partes no lo han pactado independientemente de la obligación que lo genere; la misma que se aplica en las figuras afines al préstamo.

En el capítulo dos del título quinto denominado del mutuo se hace la especificación de que en el mutuo se podrá cobrar interés y este interés podrá ser legal o convencional, cuando sea legal no podrá exceder del 9%, y el convencional será el que las partes pacten y este no podrá ser excesivo ni generar interés que se capitalicen y produzcan más interés; de igual manera reglamenta la posibilidad de que el juzgador pueda disminuir el interés convencional de manera equitativa al tipo legal si considera que se ha abusado de la ignorancia o del apuro pecuniario del mutuario o deudor.

Pero esto último sólo se regula en el Código civil, ya que el Código de comercio establece un interés legal anual como se ha visto anteriormente también permitiendo el pactar un tipo de interés convencional, pero algunos artículos del capítulo I del Título Quinto denominado del préstamo mercantil son confusos, a este respecto tenemos el artículo 363 en el que no se sabe si permite la capitalización de intereses o la prohíbe, en su primera parte menciona: *los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses*, y en la parte final del citado precepto si se permite siempre y cuando las partes lo estipulen: *los contratantes podrán sin embargo, capitalizarlos*.

Como se ha visto los intereses moratorios son la consecuencia de no haberse cumplido con la deuda en el término establecido y particularmente en el mutuo el mutuario tiene la obligación de pagarlos, para que estos no generen más intereses, para algunos teóricos del derecho esto es importante ya que no importa la clasificación del mutuo, es decir si es civil o mercantil puesto que el mutuario debe de pagarlos.

El mutuo con interés es considerado dentro de la especie de mutuo como un préstamo mercantil por el hecho de que se puede encuadrar en el Código de comercio, ya que el Código civil lo contempla en un capítulo por separado, y ambos permiten la estipulación de intereses.

Pero es el Código de comercio el que trata de definir el interés, ya que el Código civil supone que esta idea es sabida por todos; así tenemos que el artículo 361 del citado Código de comercio señala *Toda prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputara interés*. De esta última parte se desprende que los intereses además de ser pactados de común acuerdo entre las partes deben de constar por escrito lo que es muy importante al momento de exigir su pago.

Como ya se ha dicho el interés puede ser legal y convencional, pero hablar de un interés convencional ha llegado a ser sinónimo de usura, pues en la mayoría de los casos siempre superará por mucho al interés legal y rara vez se pacta este último. Como en la mayoría de los contratos de mutuo que se celebran siempre se pacta el tipo de interés convencional se ha tratado de dar una solución al excesivo cobro de este por lo que si el deudor considera que la tasa de interés convencional que se le cobra es superior a sus posibilidades puede dar por terminado el contrato de manera anticipada, no sin antes haber notificado al acreedor por lo menos con dos meses de anticipación su decisión de dar por terminado el contrato, siempre y cuando se pague el interés que se estipuló y que se hubiera generado.

Esta es una de las formas que se establecen en la legislación con el fin de proteger al deudor, la otra es que si no se pactaron ninguna clase de intereses, ni legales ni convencionales se debe de suponer que se trata de un mutuo simple o gratuito, y en el remoto caso que el mutuario decida cobrar interés tomando el pago total como pago parcial

o a cuenta de intereses el mutuante puede recurrir a las instancias legales para que el contrato sea declarado como nulo haciendo la consignación de pago correspondiente.

De todo esto se desprende que el Interés legal que se maneja en el Código de comercio únicamente es aplicable al contrato de préstamo y está fundamentado en que el precepto relativo al interés legal se encuentra incluido en el capítulo referente al préstamo mercantil, pero también debemos tomar en cuenta que la definición de las cosas sobre las que se da el préstamo, tiene ciertas similitudes con la definición del mutuo que el Código civil señala, por lo que si se aplica en uno debiera de aplicarse en otro a pesar de que se encuentran regulados por distintos ordenamientos.

Así tenemos una vez más la definición del mutuo que dice: *El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Y las definiciones del Código de comercio son: Consistiendo el préstamo en dinero, pagara el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pago,...*

En los préstamos de títulos de valores pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o sus equivalentes, si aquellos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario.

Si los préstamos fueren en especie deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad de la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido la especie debida.

Como vemos en estos contratos, se estipula la devolución de una cierta cantidad ya sea en dinero o en especie, ésta última si se pacta puede ser del mismo género o de distinto dadas las circunstancias, la gran diferencia es que uno no podrá dejar de ser mercantil y el otro puede estar regulado en uno u otro precepto legal, dependiendo del carácter de los contratantes y de su fin.

El problema radicaría en cual de los dos intereses legales que se señalan se aplicaría para ambos contratos si el de nueve por ciento del Código civil, o el de seis por ciento del Código de comercio ya que ambos intereses están fuera de la realidad actual, pues los dos son demasiado bajos para aplicarse realmente. Independientemente de que el interés señalado como legal por el Código de comercio únicamente se aplica al préstamo.

3.2. EL INTERES DESPROPORCIONADO.

En el punto precedente se ha analizado lo relativo a la mora y a los intereses legales y convencionales, de estos últimos se ha mencionado muy poco, debido a que será analizado más profundamente en este punto, ya que el interés legal es el menos común que se aplica en cualquier contrato mercantil o civil.

Pero es debido principalmente a que el interés legal señalado tanto en el Código civil, como en el Código de comercio es ridículamente bajo, y que existe la libertad de pactar intereses convencionales, los cuales superan en mucho al interés legal, produciendo ganancias al acreedor (me referiré específicamente al mutuante) es que este tipo de interés (legal) no se aplica.

Lo que acarrea un problema el pacto de un interés excesivo y desproporcionado que si bien es cierto puede ser disminuido al tipo legal, tomando en consideración la necesidad del mutuario, su ignorancia o la inexperiencia del mismo, por medio de una petición, que se haga al juzgador lo que nunca se realiza, ventaja no aprovechada por el mutuario debido a que esto o bien es desconocido, o bien no se puede comprobar por su parte.

Pero así como existen ventajas para el mutuario también las hay para el mutuante mismas que si son bien aprovechadas ya que en el precepto que se refiere a la estipulación de intereses se hace mención, que se puede estipular interés convencional y que este podrá ser fijado por las partes, siendo mayor o menor que el legal, lo que siempre ocurre al fijar un interés convencional, sin que exista un medio eficaz para

reducirlo, ya que la institución de crédito que es la que con mayor frecuencia lleva a cabo este tipo de contratos nunca pacta el interés legal siempre tratando de proteger la cantidad prestada como el interés pactado.

Debido a esta estipulación los intereses generados que son excesivos han sido motivo de protesta como se ha visto a lo largo de la historia, en México no siempre ha funcionado esto en los Códigos civiles de 1870 y 1884 se admitía la lesión pero únicamente para el contrato de compraventa, no para las demás figuras afines, dejando en libertad de estipular intereses excesivos a los contratantes del mutuo y otros tipos de contratos.

De esto tenemos un claro ejemplo ya que el Código civil de 1884, permitía que en el contrato de mutuo se estipulara un interés excesivo, podríamos decir usurario, para posteriormente tratar de rectificar esto tomando en consideración una serie de artículos de corte europeo que prohibían la estipulación de intereses excesivos, así como la eliminación de las cláusulas leoninas.

Es en el Código Civil de 1928 donde se rectifican estas actitudes tomadas en códigos anteriores, tomando en cuenta que el Código civil español de 1908 y el Código alemán son de los principales ordenamientos que prohíben el cobro excesivo de los intereses y el realizar contratos leoninos.

En nuestro derecho este tipo de contratos y más específicamente las cláusulas leoninas siempre han sido prohibidas, debido a que en muchos casos son motivo de un enriquecimiento ilícito para una de las partes de cualquier tipo de contrato. Por lo que en nuestro actual Código civil se prohíben tanto el uno como las otras. Es tal la prohibición que existe de la usura que el Código penal para el Distrito Federal es complementario de las disposiciones civiles con respecto a la usura.

Respecto de esto último debo decir que no sólo el actual Código penal ha prohibido el fraude generado por la estipulación de un interés desproporcionado (usura), pero a lo largo de su existencia ha trasformando en delito la usura y ha tratado como lo he dicho con anterioridad, de complementar a la legislación civil, siempre manteniendo su autonomía.

El término usura como lo conocemos actualmente, ha tenido una serie de variantes a lo largo de la evolución del derecho, en México el concepto que se da en el Código penal proviene de la legislación francesa, esta definición la contiene el artículo 386, que lo toma como un delito específico (*Comete el 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*), pero la descripción del fraude por usura más adecuada a la presente investigación es la de la fracción VIII del artículo 387 del mismo ordenamiento.

El tipo delictivo que se contiene en la citada fracción se concreta a describir muy acertadamente la ventaja usuraria que se da en el mutuo con interés, cuando este es excesivo, *Artículo 387. Las mismas penas señaladas en el artículo anterior, se impondrán : ...VII Al que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulen réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado; ...* es decir se circunscribe únicamente al mutuo con interés por que en los demás contratos no se da el fraude por usura.

A este respecto el Código civil trata de establecer sus propias sanciones como son la rescisión del contrato o bien la reducción equitativa de la deuda y el pago de los daños y perjuicios (artículo 17) de igual manera en el capítulo referente al mutuo con interés reglamenta el interés convencional y también establece que bajo petición del afectado tomando en consideración ciertos aspectos del deudor el juez podrá reducir el interés desproporcionado hasta el tipo legal.

Para algunos autores este es una falla del Código civil ya que únicamente establece un interés supletorio al convencional sin que por ello sea una obligación el estipularlo, y no estipulando el monto máximo de los intereses convencionales “ se limita a señalar el tipo de interés legal supletorio del convencional, pero no establece un monto especial para los intereses o lucros usurarios, reservando su estimación a las circunstancias de cada operación concreta. ”⁵⁴

⁵⁴.- González de la Vega, Francisco. Derecho Penal Mexicano, De los Delitos. Editorial Porrúa, S.A. México, 1993 pág. 267.

En México la práctica comercial ha introducido la escala móvil de interés que se relaciona con la movilidad que sufren las instituciones bancarias respecto de los intereses, lo que también ha influido en el criterio del juzgador ya que éste toma en cuenta el ritmo económico de las instituciones bancarias al momento de emitir su juicio, lo que rompe con la esencia y fines de seguridad contractual que se establecen en las reglas de orden público.

Para terminar con este punto es necesario decir que el mutuario debería tener dos tipos de acciones una meramente civil y la otra penal, la civil es la que contiene el artículo 2395 del Código civil la cual es un poco difícil de comprobar por parte del mutuario para que este pueda obtener la reducción equitativa del interés convencional hasta el tipo legal; el otro tipo de acción que tendría el mutuario es la acción penal que tiene que estar íntimamente ligada a la primera para ser usada con posterioridad y obtener la restitución y reparación del daño y si se llega a conformar el tipo legal del fraude, aplicar las penas establecidas por el artículo 386 del Código penal para el Distrito Federal.

3.3. LA CLAUSULA DE ANATOCISMO.

Como es bien sabido el anatocismo es la capitalización de los intereses, es decir que los intereses una vez generados producirán nuevamente intereses como si los primeros que se generaron fueran capital y los segundos el interés producido por estos.

Como se ha visto históricamente el anatocismo fue prohibido desde la antigüedad, gran parte de los usureros ya abusaban de esta cláusula (los riesgos de esta figura son conocidas desde el derecho griego) fue en la lejana época del emperador Justiniano quien lo prohibió de manera absoluta; desde aquella distante era se ha perseguido y penalizado la cláusula de anatocismo no únicamente en Roma también en nuestro país pero es hasta el siglo pasado cuando se le empieza a dar nuevamente vida.

En nuestro país el Código civil de 1884, la toleraba, olvidando la restricción que existía de manera general en el mundo por lo que desde

el último periodo del siglo pasado se ha permitido pero con ciertas restricciones ya que se fue reduciendo su empleo, pero no de manera definitiva.

En el Código civil el artículo 2397 contenido en el capítulo relativo al mutuo con interés se trata de proteger al mutuario al estipular que bajo pena de nulidad los contratantes no podrán pactar la capitalización de intereses para que produzcan intereses; sin embargo como todo, esto también se ha podido burlar ya que mediante un contrato aparte el deudor puede firmar la capitalización de intereses en favor del acreedor.

También como se ha visto en puntos precedentes el Código de comercio, permite la capitalización de intereses, lo cual puede llegar a ser muy peligroso ya que estos se aumentan con excesiva rapidez lo que ocasiona que la mayoría de los deudores no pueden pagar de manera regular, pues estos se duplican y se suman al capital.

Algunas de las soluciones que se han tratado de poner en practica para evitar el peligro del pacto de anatocismo son la estipulación desde el principio de que al momento del vencimiento de la obligación principal los intereses generados sólo se producirán en la medida que se han pactado y no generaran más interés al vencimiento de los mismos.

3.4. LA LESION.

Contenida dentro de los elementos de validez ya que esta se relaciona con la capacidad de los contratantes es especialmente reglamentada en el Código civil vigente, se ha dejado en la parte final de este capítulo por estar considerada como un medio de defensa (de igual forma que los demás puntos) ya que si no se examinaban primero las clases de interés el anatocismo y la usura, no sería bien comprendida.

Considerada como el perjuicio que sufre una persona si se abusa de su ignorancia de su inexperiencia o de su miseria al momento de contratar obteniendo un lucro excesivo por parte del mutuante en relación al detrimento en el patrimonio que sufre el mutuario, la acción

que tiene el perjudicado esta contenida en el artículo 17 del Código civil, el cual también ya fue analizado en este capítulo.

En un principio los Códigos de 1870 y 1884 admitían la lesión exclusivamente para los contratos de compraventa; pero los casos típicos de lesión se presentan dentro de la usura y esta no únicamente se da en el contrato de compraventa, por lo que la disposición relativa se encuentra dentro de las reglas generales de aplicación del Código civil.

Como lo he mencionado en el principio del presente punto la lesión esta contenida dentro de los elementos del mutuo, pero tampoco debe confundirse con los vicios de los contratos en general ya que para que se de esta se requiere de una marcada desproporción entre las prestaciones que se dan entre las partes. En caso concreto del mutuo la lesión se produce cuando se contrata con la modalidad de mutuo con interés.

De todo esto se desprende que la lesión es producida por una persona o varias que se aprovechan de la ligereza, de la impericia o del mismo apuro pecuniario, (lo que es más común en nuestra época) a cambio de una prestación en la que se prometan ventajas patrimoniales para ambas partes, pero estas sólo se producen para el acreedor dejando al deudor en un notorio estado de empobrecimiento.

Como lo he mencionado en líneas anteriores la lesión se relaciona con cada una de las figuras vistas con anterioridad ya que de el interés excesivo es una forma de lesión, de la usura, también se desprende que existe la lesión y no digamos que el anatocismo es una forma de lesión, algunas de estas figuras en ocasiones son tomadas como delitos y se les imponen penas privativas de libertad; las cuales se ponen en abierta oposición a la última parte del artículo 17 Constitucional en el caso de que se llegaran a aplicar puesto que se prevé que nadie puede padecer una pena privativa de libertad por deudas de carácter civil. De igual forma la legislación civil también impone penas pero menos severas al daño ocasionado por el lucro indebido como lo es la nulidad del contrato y el pago de los daños y perjuicios.

CAPITULO CUARTO.

LAS GARANTIAS EXCESIVAS EN LOS CONTRATOS DE MUTUO QUE SE CELEBRAN CON INSTITUCIONES BANCARIAS.

4.1. EL MUTUO CON INTERES.

Como se ha analizado en los capítulos anteriores el mutuo es uno de los pocos contratos que puede realizarse con variantes es decir de manera simple o bien con interés, de igual forma esta regulado por dos leyes distintas y en distintos contextos, como son el préstamo en el Código de comercio y el mutuo en el Código civil, que lo contempla en un capítulo especial. De igual forma se contemplan dos tipo de intereses legales el nueve por ciento (9 %) anual en materia civil y seis por ciento (6 %) en materia comercial.

Así mismo puedo decir que el mutuo simple será lo mismo mercantil que civil tomando en consideración las reglas que el propio Código de comercio establece como que si las partes son comerciantes,

ó bien que aun no siéndolo el destino que se le de a lo que se presta sea para una actividad comercial el mutuo será mercantil; lo que no ocurre en materia civil ya que si las partes no se dedican al comercio o bien una de ellas si, el contrato de mutuo será de naturaleza civil, la diferencia radica en el destino que se le de a la cantidad prestada.

Dentro de esto también se debe de distinguir lo que es el interés, definido comúnmente como rédito o bien la parte alícuota que debe de producir cierta cantidad ya sea estipulada de manera libre o bien marcado por la ley en dinero o en especie; en lo que se refiere a la parte alícuota esta se produce cuando existe una situación o relación de sociedad de accionistas en compañías mercantiles.

Como en esta variante el contrato de mutuo se celebra con el único propósito de lucro el interés esta considerado como un elemento más del compromiso aceptado por las partes, por lo que persistiendo la calidad de contrato mercantil, el contrato viene siendo accesorio de los interés.

En virtud de que también se ha mencionado en capítulos anteriores el mutuo con interés ha evolucionado a lo largo de su existencia en un principio se aceptaba con la condición que las tasas de interés fueran de manera especifica, en la edad media existió una prohibición absoluta para celebrar este contrato con interés debido al espíritu religioso que privaba de cualquier autonomía a todos los individuos en aquel entonces, lo que sin lugar a dudas da paso a una libertad absoluta para pactar intereses, dándose abusos por causa de esta liberalidad, lo que da lugar a adaptar reglas de carácter especifico y medidas preventivas para que no se den tropelías en el cobro de intereses.

Algunas de estas medidas preventivas se analizaron dentro del capítulo anterior en calidad de características del mutuo (tal como son las obligaciones del mutuario) una de estas fue omitida, a pesar de que no es única del contrato de mutuo con interés esta característica es el pago de los impuestos con los que se grava la cantidad que es prestada y el interés que esta produce, así tenemos que el mutuo con interés esta sujeto al Impuesto Sobre la Renta (ISR) lo que para muchos es una característica de los contratos mercantiles, pero es necesario hacer la aclaración que el contrato de mutuo simple es gravado por el Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Estas cargas de orden fiscal no forman parte de las obligaciones que debe de cubrir el mutuario, es más bien una obligación impuesta por la autoridad; anteriormente la mayoría de los contratos al momento de ser matriculados en el registro público de la propiedad, estaban sujetos al pago del impuesto del timbre a excepción del mutuo que no pagaba esta clase de impuesto. Para algunos el pago del impuesto causa confusión ya que se impone en el caso de que no se estipule interés y si se cobra interés también se debe pagar impuestos.

Por lo que consideran que si no se estipula un interés de cualquier especie, aun esté se debe de pagar no al mutuante sino a una autoridad que lo impone, por lo que debería de considerarse como una especie más de mutuo es decir el mutuo simple con impuesto, en cuanto al mutuo con interés consideran es injusto el cobrar un impuesto ya que si el mutuante lo paga este le cobrara una cantidad extra al mutuario para poder cubrirlo, y si es el mutuario quien lo cubre se anexa una obligación más que debe de cumplir a pesar de un interés que suele ser usurario.

Otra más de las características del mutuo con interés que fue ligeramente analizada en capítulos precedentes, es que tanto el mutuario como el mutuante responden por igual que de los vicios y defectos ocultos de la cosa y llegado el caso por la evicción, lo que no ocurre en el mutuo simple ya que en este es el mutuante el que responde ante estos casos si se llega a presentar.

Las razones de esto son evidentes ya que en el mutuo simple se entrega al cosa sin cobrar nada y el mutuante responderá por los vicios o defectos ocultos en caso de dolo o culpa, en cambio si el mutuario al realizar la restitución de lo prestado entrega una cosa que sufren de vicios o defectos ocultos, o bien dado el caso esta afectado por la evicción, el mutuario deberá responder tanto del saneamiento por evicción, como de restituir la cosa dada en mutuo, por lo que el mutuante no aceptara el reintegro de lo adeudado, obligando al mutuario al pago de los daños y perjuicios así como a la satisfacción de una cosa o cantidad equivalente a lo prestado.

En lo correspondiente al caso de la evicción el mutuario es también responsable cuando el mutuante sea privado por un tercero con mejor derecho lo que podría considerarse como no haber realizado el pago, ni haber restituido la cosa en tiempo quedando su obligación subsistente y

por consiguiente el mutuante tendrá la opción de exigir el pago o bien iniciar una acción judicial para obtener el buen cobro de la deuda.

Igualmente se ha hablado de la escala móvil de interés que la misma practica comercial de los contratos ha venido estableciendo en nuestro país, no específicamente para el mutuo con interés pero que si lo influye directamente y en especial al mutuario quien es el más interesado al momento de celebrar este contrato al quedar sujeto a los cambios económicos que se viven y que las instituciones bancarias imponen en muchos casos.

Esta escala móvil de intereses afectan el carácter del contrato de mutuo con interés al hacerlo dependiente de una circunstancia no muy sana, es decir dependiente del azar ya que si la economía goza de aspectos benéficos esto se refleja en las tasas de interés y si sucede lo contrario también; pero no únicamente depende del rumbo que tome la economía nacional también interviene la economía de otros lugares del mundo.

Todo esto destruye las reglas establecidas en favor de los contratantes ya que una vez firmado el contrato las partes se someten a lo ya estipulado por ellos mismos; lo que para muchos deudores es una clara violación a lo que se expreso al momento de redactar las cláusulas del contrato, por lo que esta escala móvil de intereses no se debería de aplicar y si se llega a aplicar por parte de las instituciones bancarias que son las que celebran la mayoría de los contratos de mutuo tendría que ser declarada como nula o no puesta.

Dentro de la lesión como un medio de defensa ante los abusos de las instituciones bancarias el propio Código civil señala, que si el interés es tan desproporcionado que haga fundamentalmente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, el juez a petición de este podrá disminuir el interés pactado hasta el tipo legal, esta regla se establece en favor del mutuario ya que de seguir las normas generales de la lesión el deudor se vería afectado al momento de hacer el pago de lo prestado.

De esto último se desprende que es un medio de defensa o derecho establecido para el mutuario, que en principio le permite recobrar la cantidad dada como pago de intereses excesivos, pero con la

desventaja de que tiene que devolver la cantidad prestada por el mutuario en un plazo menor al establecido, este tipo de acción es muy prematuro ya que prescribe en un año.

Esto también es considerado como un medio de defensa, es decir el pago anticipado pero es condicionado también a que se de el interés desproporcionado en favor del mutuante además de que se tiene que hacer valer únicamente después de haberse cumplido los primeros seis meses posteriores a la firma del contrato y haber hecho previamente la notificación al acreedor de su voluntad de dar por terminado el contrato, lo que no lo libera de pagar los intereses vencidos

Una más de las defensas que se establecen en favor del mutuario es la de no pactar que los intereses se capitalicen y produzcan a su vez intereses, lo que es llamado y conocido como anatocismo; figura conocida a lo largo de la historia ya que uno de sus antecedentes más remotos se encuentran en el derecho griego y siempre se ha considerado como el más peligroso de los pactos que se establecen entre contratantes.

Esta figura se desprende de la usura, por lo que si en el contrato se estipula un interés superior al legal o bien excesivo a pesar de ser convencional se estará ante un préstamo usurario dándose por consiguiente el anatocismo, que también es conocido en algunos casos como interés compuesto (en el derecho romano se denominaba de esta manera).

Ya que es considerado como uno de los más graves riesgos a los que se puede enfrentar el mutuario (o bien cualquier deudor) puesto que rápidamente lo puede dejar en estado de insolvencia al duplicarse con celeridad la cantidad establecida como interés. Lo que por naturaleza se prohibía a lo largo de la historia, en México se había declarado como nulo de pleno derecho y por no puesta en caso de pactarse.

De esta cláusula de anatocismo se puede desprender que si se pacta dará lugar a la usura que también ha tenido una serie de variaciones en su definición y que lo han colocado estrechamente ligado al contrato de mutuo con interés; en la actualidad la usura se constituye

por el hecho de pactar intereses superiores a los establecidos como legales.

4.2. DENTRO DEL CONTRATO DE MUTUO LA INSTITUCION BANCARIA ES UNA DE LAS PARTES.

Como se desprende de capítulos anteriores y en especial del punto relativo a la clasificación de los contratos, una de las variantes de este contrato es la del mutuo bancario que se rige conforme a lo que la Ley de Instituciones de Crédito establece, en esta ley se habla que una de las facultades de los bancos es la de otorgar préstamos con las modalidades que sean más convenientes tanto para la institución de crédito como para el contratante.

De lo que se aprovecha la institución de crédito quien se toma la facultad de crear sus propios contratos con las cláusulas previamente establecidas es decir pose sus propios contratos ya impresos, los ya conocidos contratos de machote a los cuales únicamente se les tiene que agregar los nombres de los contratantes, los domicilios y un espacio para las firmas tanto de contratantes como de obligados solidarios; en los que la institución de crédito ya ha establecido sus condiciones y el contratante únicamente tiene que aceptarlas al poner de propio puño su firma.

Aparte de las reglas establecidas por la Ley de Instituciones de Crédito, estas se rigen supletoriamente por los códigos o leyes mercantiles tal es el caso del Código de comercio que en su artículo 75 fracción XIV, clasifica como actos de comercio a las operaciones bancarias; tomando en consideración que una de las partes puede ser un particular y que en un determinado caso este pudiera sujetarse a lo que la Procuraduría Federal del Consumidor estableciera, La Ley Federal de Protección al Consumidor se excluye de regular las operaciones bancarias, en virtud de que son instituciones que están bajo la supervisión de la Comisión Nacional Bancaria, de Valores, de Seguros y Fianzas.

Respecto de la Ley Federal de Protección al Consumidor algunos la consideran como una ley únicamente de carácter administrativo, para otros es una rama independiente del derecho privado, pero en realidad se trata de una parte del derecho mercantil es decir la fracción que no contiene el Código de Comercio y que debe regular el carácter social de este Código. Su carácter es federal y su ámbito de aplicación la clasifican como una ley especial es decir los supuestos en los que se aplica se dan cuando al acto o negocio jurídico están expresamente regulados por el Código civil o bien por el Código de comercio.

Para esta ley la operación de crédito no es posible definirla debido a las diferentes acepciones que se tienen, pero si establece diversas limitaciones para llevar a cabo estas operaciones de crédito; de igual forma tampoco define el interés pero si lo distingue de la renta, de la amortización y de los dividendos; en su artículo 69 establece que los intereses se causan y se calculan sobre los saldos insolutos del crédito y su pago no puede exigirse por adelantado; pero en su artículo 68 ordena que si se podrán capitalizar intereses cuando las partes así lo convengan siempre y cuando el proveedor lo informe mediante estado de cuenta mensual al consumidor. Y sin embargo a pesar de esto último decretado se limita en sus primeros artículos a exceptuarse de las disposiciones de esta Ley.

De esto último se desprende que la encargada de la vigilancia de las instituciones de crédito es la Comisión Nacional Bancaria, que debería de ser la encargada de la vigilancia de la firma de los contratos que se celebren entre instituciones bancarias y personas físicas y particularmente en el contrato de mutuo, ya que en su artículo 65 se hace mención que estas deben de estimar la viabilidad económica, el destino que se de a la totalidad del préstamo, el plazo establecido y por último lo más importante la situación económica, la calificación administrativa y moral del acreditado.

Lo que no ocurre en realidad, ya que es la propia institución de crédito la que da los montos del préstamo, los plazos de pago, los periodos de gracia que únicamente se dan si el deudor ha cumplido con su obligación de manera satisfactoria, clasificando de manera discrecional la naturaleza del proyecto para el que será destinada la inversión, no tomando en cuenta en la mayoría de los casos la situación económica que vive el acreditado, ni su capacidad futura que siempre

será imprevisible para el mutuario lo que en cierta medida afectara la relación mutuante, (institución de crédito) mutuario (acreditado). Gran parte de estos prestamos se realizan entre las instituciones de crédito y personas físicas y en un menor grado con personas morales cuya insolvencia es previsible o bien, puede llegar a ser conocida.

Motivos por los cuales las personas físicas que manejan el destino de las instituciones de crédito, pueden situarse dentro de una conducta ilícita según la propia Ley de Instituciones de Crédito que sanciona como un delito el realizar la serie de omisiones previstas por la citada ley en el artículo 122 fracción V, que señala que los empleados o funcionarios de las instituciones de crédito que autoricen operaciones, a sabiendas de que estas resultaran en quebrantos al patrimonio de la institución en la que preste sus servicios, podrán ser sancionados con prisión o con multa.

De esto se desprende que los dirigentes de la institución de crédito que permiten este tipo de operaciones y dan su autorización para que los empleados de las sucursales lleven a cabo con el público este tipo de contratos, que en principio parecen ser equitativos para ambas partes, pero que en realidad únicamente lo son para la institución de crédito, deben de ser los directamente sancionados por la citada Ley de Instituciones de Crédito dando parte a la autoridad competente para que califique su conducta como lícita o bien como delito.

Para continuar con este apartado diré que la institución de crédito da una interpretación errónea de muchos de los artículos referentes a los intereses, a los contratos y al pago, tanto del Código civil, como del Código de comercio, aprovechándose de esta mal sana interpretación en su propio beneficio, tal es el caso del artículo 361 del Código de comercio, en el que se menciona que si las partes pactaron por escrito una prestación aparte en favor del acreedor esta se considerara como interés, violando lo establecido por el artículo 48 de la Ley de Instituciones de crédito que señala, **las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones ... que realicen las instituciones de crédito..., se sujetaran a lo dispuesto por la Ley orgánica del Banco de México ...**; siendo que es la propia institución de crédito la que establece sus propias tasas de interés, sin tomar en

cuanta a la Ley Orgánica del Banco de México o bien encuentra un motivo para interpretar a esta ley a su favor.

Dada la poca información que las instituciones de crédito (bancos) dan a conocer o quieren manejar, tomare en cuenta lo que una de las múltiples instituciones bancarias maneja esta institución bancaria es Banamex que frecuentemente en sus contratos con personas físicas utiliza la llamada *Formula Matemática Financiera diseñada por el Banco*, que puede ser explicada más o menos de esta forma “ los intereses se dividen en dos partidas, la primera por el monto mensual establecido en el contrato y que el deudor esta de acuerdo en pagar, la segunda en la que el deudor no sabe o no esta de acuerdo en pagar y la que el banco presupone debe ser considerada como mora convencional, manejándola como otro préstamo aparte, contratado con el consentimiento del deudor, lo que da por resultado que el deudor tenga dos cuentas por pagar una con su consentimiento y otra con el consentimiento del banco.”⁵⁵

Lo que según el propio banco declara, que es un sistema equiparable al crédito adicional, lo cual no puede dejar dudas de que se trata de un pacto anticipado de anatocismo pero muy bien estructurado y disimulado para de esta manera convencer al deudor de que lo acepte aun antes de que su plazo de pago termine e incluso previo al vencimiento de los intereses; esto último es una clara violación a lo establecido por el artículo 2397 del Código civil que señala que las partes no podrán pactar por anticipado la capitalización de los intereses bajo pena de nulidad.

Esta *Formula Matemática Financiera diseñada por el Banco* contraviene claramente diversos preceptos para poder disfrazarla y arrancar el consentimiento del deudor sin que este sospeche, y más aun puedo atreverme a decir que se confabula con el notario que protocoliza el contrato para que este asiente que la citada formula fue explicada en múltiples ocasiones (por personal de la institución bancaria) hasta que el deudor la comprendió por completo y por el mismo notario que asienta que el contenido y alcance del contrato le fueron explicados y comprendidos antes de la firma de este.

⁵⁵.- Cfr.. Fenntanes, César Reflexiones sobre el anatocismo
www.pendolo.com.mx/volumen36/articulos/fenntanes.html

Para terminar con este apartado diré con respecto a esto último que la institución bancaria firmante engaña al deudor para que este otorgue su consentimiento por lo que considero que se abusa de la mala fe, se trata de mantener al deudor en el error para que este cumpla con las condiciones que el propio banco impone, extralimitándose en el cobro de intereses.

4.3 OBJETO EN EL CONTRATO DE MUTUO CON INTERES.

Para dar inicio a este punto del presente capítulo tomare una de las primeras acepciones de la palabra objeto que en capítulos precedentes se estudiaron, para continuar con la finalidad del mutuo; el Objeto en el contrato es considerado como uno de los elementos esenciales, no únicamente del contrato de mutuo, también en los demás contratos; para el mutuo el objeto son los bienes fungibles corporales e incorporeales y consumibles en su primer uso como los que no lo son.

En el contrato de mutuo con interés el objeto no difiere mucho del señalado para el mutuo, dada la práctica actual de comercio e intercambio el contrato de mutuo (préstamo) se realiza en dinero o bien en títulos de crédito, que pueden ser vendidos si el mutuante lo autoriza y también el mutuario puede efectuar el pago ya sea en dinero o en títulos de crédito, tales como acciones emitidas por sociedades, entidades públicas municipales y estatales.

Dentro de esto último tenemos que considerar, que los títulos de crédito con los que se puede llevar a cabo el mutuo son los que toma en consideración la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito es decir los más comunes como son el cheque, el pagaré y el menos usual en la actualidad, ya que prácticamente a quedado en desuso dadas sus características y su viabilidad, la letra de cambio.

Como lo mencionaba anteriormente la práctica comercial que prevalece en la actualidad, vinculó muy estrechamente al mutuo con interés a la emisión de títulos de crédito especiales que bien pueden ser entregados por el mutuante o bien entregados por el mutuario en forma de pago de la deuda principal o de los intereses; esto es permitido por el

Código de comercio y por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que reglamentan al mutuo que se efectúa con esta clase de valores y la clase de títulos que podrán utilizarse.

Como fue señalado en el principio del presente apartado tomare en cuenta las diferentes acepciones de la palabra objeto, algunas de estas son el fin o intento a que se dirige y/o encamina una acción u operación, por lo que el otro objeto del mutuo después del que he considerado como su elemento esencial, es la operación o el fin para el que se lleva a cabo el contrato.

Con esto me refiero al destino que se le va a dar a la totalidad del préstamo, o bien a una parte de él por el mutuario, la creación de un negocio, la expansión del mismo, la adquisición de una casa habitación, el mejoramiento de una vivienda e incluso un viaje urgente por negocios o bien de placer. Esto según la propia carta magna forma parte de las garantías constitucionales que se nos fueron otorgadas.

Sin embargo la institución bancaria le da otro significado al objeto de la firma del contrato, desde el momento de realizar la operación no es considerada de esta forma, para ellos una operación bancaria se puede definir como la que se realiza con fines económicos financieros, siendo variados ya que pueden ser pasivos y activos, según la definición que se toma de un diccionario común la operación es una negociación o contrato de mercaderías o valores " por lo que la operación de crédito es un negocio de carácter jurídico con el cual se transfieren valores económicos determinados a un acreditante quien se obliga a devolverlo en un plazo también determinado. "56

Esta última definición que se menciona parece no ser muy diferente a una que se ha estudiado y analizado en capítulos anteriores, lo que si es en cierto punto desconocido es el carácter que se le da a la definición de operación bancaria (financiera) ya que para la institución no es un contrato dejando fuera la definición que el Código civil maneja y creando a su vez un concepto distinto y que en verdad le es favorable.

56.- Cfr.. Urbina Nandayapa, Arturo El Día del Anatocismo Prontuario de Actualización Fiscal número 218. pág 65

Retomando el punto principal de este apartado, el objeto del contrato de mutuo con interés, como lo he mencionado este puede ser analizado desde dos puntos de vista diferentes el del mutuante y el del mutuario; el del mutuario generalmente es de necesidad, nadie en su sano juicio aceptaría firmar un contrato en el que se le impusieran una serie de garantías que aparte de favorecer a una institución de crédito lo suman en la pobreza; el del mutuante por el contrario es de ganancia, da para obtener más de lo que presta, aprovechándose de condiciones que el mismo impone, y de las circunstancias en las que sitúa al mutuario.

Sin embargo también es necesario advertir que debido al poder económico del que gozan las instituciones bancarias, estas tienen que obtener una ganancia y tratar de cubrir la erogación de dinero que efectúen a personas que en ocasiones tratan de abusar de esta clase de préstamos, al aprovecharse de disimuladas facilidades para realizar un contrato.

Dentro del objeto que se persigue por el contrato de mutuo esta el de entregar una cantidad cierta de dinero, o en títulos de crédito como también se ha explicado, por parte del mutuante en este caso por una institución de crédito a el mutuario, un persona física que la aplicara a la compra de una casa que a su vez quedara hipotecada para que la institución bancaria pueda tener una garantía que servirá para obtener el pago de lo prestado por parte del mutuario.

En particular esto considero que es el objeto principal del contrato de mutuo con interés ya que puede ser dividido en dos, pero con un mismo fin primero el objeto comercial de el préstamo por parte de la institución bancaria garantizando de manera excesiva el pago de la cantidad dada al mutuario; el segundo el objeto real de la aplicación de una parte o de la totalidad de la cantidad recibida por el mutuario, con la intención en la mayoría de los casos de obtener una vivienda o mejorar la que ya tiene; para obtener un fin ya establecido el pago de la cantidad con un interés estipulado por el banco, más las garantías que a la institución bancaria le permitan obtener más de lo prestado.

4.4. LESION Y FRAUDE POR USURA.

También la lesión es considerada como uno más de los elementos de validez la cual esta relacionada estrechamente con la capacidad de los contratantes como también se ha analizado en capítulos precedentes, de igual forma sabemos que la lesión puede considerarse como sinónimo de usura ya que al hablar de usura es evidente que esta se produjo debido a un contrato o a unas cláusulas del mismo que son lesivas para una de las partes.

Anteriormente estas dos figuras eran combatidas por el derecho y una de las formas de combatirlas era por medio del contrato de mutuo pero en la actualidad en este contrato es donde con más frecuencia se da la lesión y el fraude por usura, es más la definición del contrato de mutuo se ha convertido también en definición de fraude por usura, no siendo el único contrato en el que se estipulan cláusulas leoninas.

Además de las cláusulas establecidas en el cuerpo del contrato, que considero la mayoría de estas son lesivas para el mutuario, el propio banco maneja su propia terminología que toma en parte del Código civil y en parte del Código de comercio pero siempre tratando de que estas definiciones le sean favorables; así tenemos entre otras, la erogación neta mensual, el índice porcentual promedio, y las dos que considero fundamentan la lesión, siendo su resultado el fraude por usura, el sistema de crédito adicional y la tasa anual de interés ó tasa de interés.

El sistema de crédito adicional es un pacto de carácter jurídico por medio del cual el acreditado dispone de sumas adicionales al importe del crédito primario y que en parte será destinado al pago de los intereses que el mutuario considere no poder cubrir, la tasa de interés es un tipo de operación matemática en la que influye el costo porcentual promedio y la tasa que resulte de la colocación de certificados de tesorería a un plazo determinado.

Debido a que los contratos están fundamentados en el Código civil, como en el Código de comercio las instituciones bancarias se apoyan en los preceptos establecidos en estos dos ordenamientos para realizar el cobro excesivo de intereses, además de que en los contratos se

establece de una manera muy elaborada una cláusula en la que las partes dan su consentimiento para la capitalización de los intereses.

Para algunos estas cláusulas establecidas dentro de los contratos, (capitalización de los intereses) conducen a la usura, para otros por el contrario el fraude por usura se genera debido al monto de los intereses establecidos pero en realidad se podría determinar si existe o no la lesión y el fraude por usura si es notable el excesivo monto de los intereses, dependiendo en gran parte de la capacidad económica de una de las partes (el mutuario).

La capacidad económica del mutuario no es tomada muy en cuenta por la institución bancaria que debido a la escala móvil de intereses suele ser regular y mala en gran parte del plazo establecido en el contrato para el cumplimiento, sin olvidar que existe un pacto contractual que permite el cobro de los intereses, que lo mismo fue firmado en el primer contrato o bien posterior a este por medio de un convenio modificatorio al contrato.

En este tipo de pactos celebrados con posterioridad al primer contrato en el que se suele pactar un interés inicial de carácter anual que se calculan con forme a la tasa anual de interés (generalmente del 28.49 %) que siempre quedara sujeto a los ajustes a la alza o bien a la baja (tasa móvil de interés) que los cambios económico nacionales y en ocasiones mundiales marquen.

Con lo que la institución bancaria justifica el cobro de la suerte principal más los intereses pactados en un principio y los convenidos en segundo plano, es en la opinión de la mayoría de los teóricos del derecho que afirman que es la ley la que no exige que a el vencimiento de los intereses ya vencidos estos se puedan capitalizar, por lo que la institución bancaria se permite capitalizarlos al principio y durante la vigencia del contrato, a pesar de que el convenio por el cual se capitalizan los intereses es prohibido por la ley.

Sin embargo esto último puede ser contradictorio ya que o esta prohíbo por la ley o bien es aplicado únicamente por criterio propio de la institución bancaria y como ejemplo de la prohibición que la ley trata de imponer puedo citar la tesis jurisprudencial dictada por el Segundo Tribuna Colegiado del Décimo Sexto Circuito con el rubro.

ANATOCISMO, LO CONSTITUYE EL CONVENIO RESPECTO DE INTERESES AUN NO VENCIDOS.

*"TEXTO: El artículo 363 del Código de Comercio
"dispone que: ` Los intereses vencidos y no pagados"
"no devengaran intereses. Los contratantes podrán,"
"sin embargo capitalizarlos ` . De este precepto se"
"desprende, por una parte la prohibición de que los"
"intereses vencidos generen a su vez intereses y por"
"otra, la posibilidad, como caso de excepción y acto"
"posterior, la capitalización de los intereses; sin"
"embargo, este dispositivo no permite la celebración"
"de convenios en que se capitalicen los intereses que"
"aún no se han generado, por que dicho numeral se"
"refiere a intereses vencidos y no pagados, pero no"
"autoriza a capitalizarlos en forma anticipada, sin que"
"obste para ello lo estipulado por el diverso 78 del"
"propio ordenamiento ya que este se refiere a las"
"convenciones que no se encuentran prohibidas por la"
"ley; pues interpretarlo de otro modo implicaría afirmar"
"que los contratantes pueden pactar convenios"
"prohibidos por la ley."*

PRECEDENTES:

Amparo Directo Civil 646/97.- Banca Promex, S.A. Institución de Banca Múltiple - Magistrado Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías - Secretario: Salvador Álvarez Villanueva - Sesión: 07 de noviembre de 1997.- Votación: Unanimidad de votos.

Amparo Directo Civil 873/98.- Quejoso: Alfonso Borja Quintanar.- Magistrado Ponente: Javier Pons Liceaga.- Secretario: José Guillermo Zarate Granados - Sesión 13 de febrero de 1998.- Votación Unanimidad de votos.

Amparo Directo Civil 925/97 - Quejoso Banca Promex, S.A. Institución de Banca Múltiple - Magistrado Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías - Secretario: Francisco Javier Solos López.- Sesión 20 de febrero de 1998 - Votación: Unanimidad de votos

Amparo Directo Civil 656/97.- Quejoso Bancomer, S.A. - Magistrado Ponente: Froylan Guzmán Guzmán.- Secretario : Francisco González Chafes.- Sesión 13 de febrero de 1998.- Votación: Unanimidad de votos.

Amparo Directo Civil 1074/97.- Quejoso Bancomer, S.A. Institución de Banca Múltiple Grupo Financiero.- Magistrado ponente: Juan Manuel Arredondo Elías.- Secretario Francisco Javier Solos López.- Sesión 20 de marzo de 1998 - Votación: Unanimidad de votos.

LICENCIADA LUZ MARIA ESPARZA RODRIGUEZ, SECRETARIA DE COMPILACION Y SISTEMATIZACION DE TESIS DEL SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO

CERTIFICA.

Que el rubro y texto de la anterior tesis de jurisprudencia fue aprobada por este Segundo Tribunal Colegiado del Decimosexto Circuito en sesión de tres de abril de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de votos de los señores Magistrados Javier Pons Liceaga, Juan Manuel Arredondo Elías y Froylan Guzmán Guzmán. Guanajuato, Guanajuato, trece de abril de mil novecientos noventa y ocho.

CLAVE: (TC162022.9C15) J/1

Pero a pesar de todo esto es fácil evadir el cumplimiento tanto de los Códigos invocados como de las tesis jurisprudenciales que se encuentran publicadas, ya que los bancos como lo he dicho utilizan su propia terminología y su propia interpretación de la ley, lo que dificulta más aún la aplicación de la ley respecto de evitar se siga dando la lesión y el fraude por usura.

Sin embargo, se empezó a creer que con las últimas reformas que se hicieron al Código civil en años recientes estas también se podrían hacer al capítulo del mutuo con interés y en algún momento evitar que se siguiera dando la lesión sin embargo la última parte del artículo 2395 nunca fue reformada permaneciendo su texto casi como se ha conocido desde su promulgación, y es muy poco probable que sea reformado en años posteriores dados los intereses de las instituciones bancarias.

Y no solamente los intereses de las instituciones bancarias influyen con respecto a esto, también debemos considerar las ganancias exorbitantes que obtienen al otorgar prestamos por medio de contratos en los que se estipula en primer término una tasa de interés móvil, para posteriormente convenirse otra que es más productiva para el banco lo que naturalmente se puede considerar no sólo como lesión sino como generador del fraude por usura.

Produciéndose este ya sea por el error inducido por parte de la institución bancaria, que no sólo induce al error sino que presiona al contratante para que firme en su beneficio un convenio con cláusulas leoninas en las que se aprovecha de la ignorancia y del apuro económico del mutuario, que considera que si no firma esta clase de convenios no podrá efectuar ni el pago de la deuda principal ni de los intereses.

El hecho de exigir el pago de los intereses, con el único fin de aumentar el capital prestado es lo que constituye la formación de un interés compuesto, es decir el interés más el capital o viceversa, dando por resultado que los intereses que no se han cubierto constituyan un nuevo capital que origina su vez más intereses, siendo esta la forma de usura más original y más común en la actualidad que empieza a tener cierto reconocimiento por parte de la legislación.

4.5. ANATOCISMO.

A últimas fechas este término a cobrado notoriedad y a empezado a ser una palabra de uso corriente, perdiendo la solemnidad que se le había dado por parte de las instituciones bancarias que eran las que lo manejan, pero con un uso y significado distinto; podría yo asegurar que hablar de anatocismo era un tema vedado para la mayoría de la gente los únicos que sabían de su significado real, bien eran personas ligadas al ámbito financiero, o a instituciones de crédito, así como estudios de derecho, abogados litigantes y estudiantes (no solamente de la carrera de derecho).

El origen de la palabra es histórico ya que proviene de dos vocablos griegos, que significan algo así como reiteración de dar interés; uno de los más conocidos diccionarios utilizados en asuntos de derecho, como lo es *el Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot*, define el Anatocismo como: " capitalización de los intereses, de modo que sumándose tales interese al capital originario pasan a reeditar nuevos intereses. Es denominado también interés compuesto. "57 No por esto significa que sea la única definición, ni la más acertada. pero se puede considerar como un ejemplo de que en cualquier parte del mundo existen puntos de vista que pueden emplearse como referencia. (tomando en consideración que el diccionario mencionado es digámoslo así de origen argentino)

Una más de las definiciones que se llegan a utilizar es la que suele usarse en el lenguaje jurídico el cual designa a la palabra anatocismo como pacto dándole con esto otro significado que tiene ya una figura en particular pacto de anatocismo, que suele confundirse con el concepto que se tiene del anatocismo; este pacto es mejor determinarlo como el resultado del anatocismo, por medio del cual se estipula el pago y capitalización de intereses no vencidos o bien no satisfechos.

Continuando con una breve reseña del anatocismo, es importante señalar que por siglos ha estado prohibido uno de los antecedentes remotos de esta prohibición se encuentra en de la época republicana en Roma; a partir de este precedente y posiblemente a que el derecho romano no sólo se estableció en su área de influencia si no en la mayor

57.- Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1976 Tomo I pág. 149

parte del mundo a la caída del imperio; no es desconocido que en la mayoría de los países que utilizan el derecho escrito son comunes las referencias del derecho romano; por lo que predomina la prohibición del anatocismo. A parte de la prohibición natural que se le impone por los daños que causa el patrimonio de los contratantes.

Sin embargo en gran parte de las legislaciones modernas que prevalecen existen dos clases de tendencias la de la prohibición absoluta y la prohibición relativa, más recientemente podría decirse en días pasados surge una nueva tendencia en México, el absoluto relativismo que no queda muy claro por una resolución del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Continuando con las proposiciones que se mencionan en líneas precedentes, diré que la primera tendencia se aplica principalmente en países Europeos el ejemplo más común es la legislación alemana donde se aplica con eficiencia; la segunda de las tendencias es aplicada en países del continente americano y en algunos de asia predominantemente, dadas las características financieras que se dan en estos países, en los americanos preponderan los colapsos financieros que tienen como consecuencia los aumentos y disminuciones de intereses, lo que no ocurre en algunos países del mismo continente americano y de asia donde la actividad financiera se mantiene estable y generalmente con tendencia al aumento.

Como lo he mencionado, en México el anatocismo ha estado prohibido históricamente salvo en algunos periodos, es más en los distintos códigos que han regido en el territorio mexicano a lo largo de su historia se encuentra el término anatocismo, lo que ha dado motivo a que en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se diera una contradicción de tesis.

Algunos otros de los antecedentes del anatocismo en México los podemos encontrar en la época de gobierno de Benito Juárez, cuando se emite un comunicado dirigido al Ministerio de Justicia e Instrucción Pública en el cual entre otras cosas se menciona la aplicación del Código civil a partir de marzo de 1871 (Código civil de 1870), en el cual el artículo 2827 señala que no se podrán cobrar intereses de los intereses si estos no están vencidos y no fueron pactados por escrito por las mismas partes.

Posteriormente en otro periodo de la legislación mexicana no se regula el anatocismo y mucho menos el pacto de anatocismo lo cual es aprovechado por los hacendados que crean una sistema de cobros aplicados a campesinos, jornaleros, empleados y cautivos que tenían en su territorio y que se deberán cobrar de generación en generación, esta es la figura de la tienda de raya que al momento de estallar la guerra de revolución es exterminada; este aspecto del anatocismo funcionaba al comprar productos perecederos a crédito de manera forzosa, en el cual mediaba un convenio en el cual se engendraban intereses de intereses quedando obligados a trabajar para abonar y tratar de cubrir su deuda.

La importancia de la tienda de raya es fundamental para el actual pacto de anatocismo, ya que aun en su forma primitiva era muy dañino para las clases desprotegidas que quedaban sometidas al pago de una deuda que siempre aumentaba a pesar de abonar todo o parte de su jornal para pagarla. Como esta forma de pacto no pudo ser totalmente extinguida durante el periodo dictatorial de Porfirio Díaz, se reforman los códigos de comercio y civil para tratar de regularla pero debido a la influencia económica de los hacendados no se pudo suprimir.

Algunos ejemplos de estas reformas son las que se hicieron en 1883 a ambos códigos, al Código civil en su artículo 2699 se menciona que no podrán cobrarse intereses de intereses si no están expresamente pactados al igual que el plazo que se da para pagarlos; en el Código de comercio se reforma todo el título relativo a los préstamos (Título V), los artículos contenidos en este título hablan de la naturaleza del préstamo, las clases de préstamo, los plazos del préstamo y de los réditos que se podrán cobrar en el préstamo.

Al triunfo del ejército constitucionalista de Venustiano Carranza y casi al término del periodo revolucionario se empiezan a promulgar leyes con un carácter social un claro ejemplo de este carácter se encuentra en el artículo 13 transitorio de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el que se expresa que las deudas quedaran extinguidas de pleno derecho siempre y cuando estas se hubieran contraído por trabajadores y en razón de su trabajo hasta el momento de la promulgación de la Constitución.

Este carácter social que se trato de imponer desde la Constitución política que protege los derechos humanos de los asalariados, al Código

civil, y Código de comercio, dan como consecuencia ventajas a unas cuantas personas y con perjuicios para la mayoría del pueblo, al quedar estancadas en una época en la que la actividad económica preponderante era la pequeña industria y la actividad agropecuaria era en la que se promulgan gran parte de las leyes que se encuentran vigentes en la actualidad, con algunos parches que las adecuan al momento.

Posiblemente este es uno de los motivos por el cual se omite mencionar el término anatocismo en los códigos antes citados, otro posible motivo es que se elimina uno de sus antecedentes mas dañinos que existieran en el derecho mexicano, (la tienda de raya) por lo se trata de sustituir el vocablo por los efectos que este produce, y la prohibición del mismo aun que no exista

Pero esto es contradictorio por que si bien el vocablo no existe, dentro del sistema jurídico nacional, la definición y las consecuencias sí, y se encuentran contenidas en los códigos de comercio y civil en materia común y del fuero federal, por lo que considero que si bien se considera que el anatocismo no es parte de la legislación de este país si existe a pesar de que una serie de criterios que no lo consideran así para reafirmar este punto de vista, una de las tesis que se establecieron por la SCJN y que no integran jurisprudencia menciona esto.

ANATOCISMO. DICHO VOCABLO NO SE ENCUENTRA EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO.

*"Del análisis de las disposiciones que integran el
"sistema jurídico mexicano, en especial del Código"
"Civil y del de Comercio, así como de las leyes de
"Instituciones de Crédito y de Títulos y operaciones de
"Crédito, relativas a los contratos civiles, mercantiles y
"bancarios, se advierte que en ninguna parte hacen
"referencia expresa al anatocismo, vocablo que queda
"comprendido en el campo de la doctrina. El artículo
"2397 del Código Civil para el Distrito Federal en
"Materia Común y para toda la República en Materia
"Federal, ubicado en el Título Quinto `Del Mutuo,
"Capítulo II, " Del Mutuo con interés ", establece que"
"Las partes no pueden bajo pena de nulidad,"
"convenir de antemano que los intereses se"*

*“capitalicen y produzcan intereses”. El artículo 363”
“del Código de Comercio, en el Título Quinto, Capítulo”
“Primero, denominado “Del préstamo mercantil en”
“general”. previene que “Los intereses vencidos y no”
“pagados no devengaran intereses” y, añade, que “
“Los contratante podrán, sin embargo capitalizarlos”.”
“Finalmente, las leyes citadas en último término, que”
“regulan los contratos bancarios, no tienen ninguna”
“disposición en ese sentido. Por tanto, de acuerdo”
“con el Derecho Positivo Mexicano, no cabe hablar de”
“anatocismo sino de “interese sobre intereses”,”
“prohibido por ambos preceptos y de “capitalización”
“de intereses”, expresamente autorizada a condición”
“de que sea pactado entre las partes, en el primer”
“precepto, con posterioridad a que los intereses se”
“causen; y, en el segundo, sin hacer mención”
“manifestación en cuanto a la temporalidad de este”
“convenio.”*

Tesis Núm. LXVI/98.

De todas estas tesis y jurisprudencias que se utilizaron para formar un criterio respecto del anatocismo o bien de sus consecuencias y definiciones se puede realizar una serie de análisis y críticas de las tesis que sirvieron de base la contradicción y resolución de una tesis en materia de anatocismo, empezando por los preceptos que se encuentran contenidos en el Código Civil y en el Código de Comercio.

Gran parte del problema del anatocismo que da origen a la resolución de la SCJN, principia por lo que se señala en el artículo 2397 del Código civil relativo al mutuo con intereses ya que en este se hace mención a la protección del deudor por lo que se estipula en el contrato de mutuo, en relación a los intereses, al abuso de la ignorancia y del aprovechamiento de la necesidad económica del deudor; de igual forma da origen a que las instituciones de crédito reafirmen su interpretación y cambien el sentido del contrato por operación financiera denominándola como apertura de crédito (contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria).

Según esto la capitalización de los intereses no se puede aplicar al contrato de apertura de crédito como se señala en el citado artículo 2397

del Código civil, debido a que el contrato de apertura de crédito no existe en ninguna de las leyes que regulan los contratos ni en materia mercantil, ni en materia civil; pero debido a que el Código de comercio establece que los intereses se podrán capitalizar si las partes lo estipulan por escrito el banco considera que tiene el derecho de cobrarlos lo que constituye en si anatocismo.

De lo que se deduce que el anatocismo si existe, aunque no para los contratos que se encuentran establecidos en el Código civil, o en el Código de comercio, en donde si se encuentra prohibida la capitalización de los intereses; pero no para los contratos que celebran las instituciones de crédito en los cuales se les cambia la denominación, para de este modo evadir lo estipulado en la Ley, aunque si se rijan por la misma y la hagan aplicar en su beneficio contra los deudores.

Otro de los preceptos que se toman en cuenta para confirmar el criterio de la SCJN, es el contenido en el artículo 363 del Código de comercio que se refiere a que los intereses vencidos y no pagados no constituirán más intereses a menos de que las partes lo pacten, sin embargo el criterio que utilizan los ministros del pleno de la SCJN es que *la el artículo 363 del Código de comercio no es aplicable supletoriamente al contrato de apertura de crédito, pero puede serlo como norma contractual por voluntad de las partes*; pero como lo he mencionado con anterioridad el contrato de apertura de crédito no existe, en ningún precepto legal de los códigos citados, además de que en los contratos celebrados con instituciones de crédito la capitalización de intereses se aceptaba de común acuerdo entre las partes, pero lo que únicamente hace esta tesis es confirmar la existencia de un pacto de anatocismo fundamentando el cobro de los intereses en relación a lo que ordena el multicitado Código de comercio.

Otro más de los criterios que se utilizan es el de que *cuando se pacta un contrato de apertura de crédito en términos del artículo 363 del Código de comercio. Para determinar sus alcances no debe acudirse a la supletoriedad del artículo 2397 del Código civil ...sino a las reglas de interpretación de los contratos*; aquí se cierran las posibilidades a los deudores para que puedan declarar como nulos los pactos contraídos de antemano por los que se capitalizan los intereses, dejando la posibilidad a los acreedores de interpretar a su beneficio las reglas que el Código

civil establece, puesto que el Código de comercio únicamente se aplica a un tipo especial de contratos.

Para terminar con este breve análisis de las resoluciones del pleno de la SCJN, tengo que tomar en cuenta que los pactos que se celebren de forma previa o posterior al vencimiento de los intereses, son permitidos con fundamento en el artículo 363 del Código de comercio de acuerdo con lo que se establece en la tesis jurisprudencial número 60/1998, con el rubro *CAPITALIZACION DE INTERESES. EL ARTICULO 363 DEL CODIGO DE COMERCIO LA PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACION DE LOS REDITOS A CONDICION DE QUE EXISTA UN ACUERDO PREVIO*. Con esto último se faculta a los bancos a realizar pactos de capitalización de intereses, en el momento que mejor crea conveniente, dejando a un lado o bien eliminando lo que se encuentra establecido en el Código civil, tanto en los artículos 17 y 2397 respecto de la nulidad del contrato, de la reducción equitativa de los intereses y la nulidad de los convenios de capitalización de intereses.

Por último con esta y otras tesis jurisprudenciales emitidas por los ministros de la SCJN, se debe de entender y olvidar que cualquier tipo de contrato de mutuo ya sea simple o con interés que se encuentran regulados por el Código civil ya no existen, puesto que ahora el contrato de préstamo es el que prevalece y según estas reglas una de sus variantes que no existe es la que se debe de aplicar, como lo es el contrato de apertura de crédito siendo regulado por el Código de comercio, debiéndose olvidar también el criterio que los distinguía y diferenciaba como civil y mercantil.

Además de todo esto también se debe considerar que una vez que deje de ser del ámbito del derecho civil, la declaración de nulidad de los pactos que capitalicen los intereses, es muy poco probable que se llegue a encuadrar en las penas que el Código penal señala en su artículo 387 fracción VIII, puesto que se podrán obtener ventajas usurarias por medio de contratos o convenios, más aun después de que este precepto se circunscribe en especial al mutuo con interés.

Lo que no es de sorprenderse es que se favorezca a las instituciones bancarias anteriormente la misma SCJN, había provocado una situación similar que igualmente favorecía a los bancos, cuando se

emiten los decretos de transformación de sociedades nacionales de crédito en sociedades anónimas

4.6. REDUCCION DEL INTERES EQUIVALENTE AL TIPO LEGAL.

Tomando en consideración lo expuesto tanto en capítulos anteriores, como en puntos precedentes la reducción equitativa de los intereses hasta el tipo legal se realizaba en razón de que estos se habían pactado en el contrato de mutuo, por las partes y no se habían aclarado las consecuencias que estos producían, además de que si era comprobable que el mutuante abusaba del apuro pecuniario del mutuario el juzgador podría hacer la reducción.

La reducción del interés excesivo al equivalente al tipo legal corresponde como lo he mencionado al juez quien en un momento dado tomando en consideración las circunstancias del préstamo y a petición del mutuario lo podrá reducir hasta el legal que es el marcado por la ley ya sea del nueve por ciento cuando el préstamo sea de carácter civil o bien del seis por ciento cuando el préstamo sea de carácter mercantil.

Dentro de la doctrina a esta reducción equitativa del interés se le conoce como teoría de la imprevisión que le permite al juzgador tener un criterio para que pueda modificar la tasa de interés establecida en favor del mutuante; es necesario señalar que esta teoría fue ideada exclusivamente para el contrato de mutuo con interés además de que tiene un reconocimiento expreso por la ley.

La mencionada teoría fue creada en un principio como un medio de defensa extra contra lesión que se producía al pactar un interés desmedidos, posteriormente se le sitúa específicamente como medio de defensa en el capítulo relativo al contrato de mutuo y la misma no se puede aplicar a ningún otro tipo de contrato por no existir una regla en general para su aplicación.

Esta regla de aplicación es fundamentada en los artículos 2395 y 362 del Código civil y del Código de comercio que señalan cual es el interés legal para ambos prestamos, además de que el artículo 2395 es

el que señala que el interés podrá ser reducido al tipo legal; el problema surge en el hecho poder determinar cuales son los intereses que pueden ser considerados como excesivos.

Ya que si bien el interés legal es del nueve o del seis por ciento, según la clase de mutuo, nunca se señala cual será la tasa máxima de intereses que se puedan cobrar por lo que no se podrá estar de acuerdo en que se reduzca un interés pactado y que supere hasta en un margen mínimo al de tipo legal, más aun con los cambios económicos que se viven en la actualidad el interés legal puede ser considerado como excesivo por algunos mutuarios.

Sin embargo con los cambios que se empiezan a dar el interés excesivo ya no se puede encuadrar en estos supuestos, lo más común es pactar una tasa de interés variable, que según los bancos siempre será el mismo con o sin cambios económicos, lo que ocurre en realidad es que se pacta un interés por encima del legal y si el cambio es favorable su variación es mínima, pero si llega a ser desfavorable la variación que se da, llega a ser superior al que se estableció en un principio.

Según el artículo 17 del Código civil el deudor podrá elegir entre dos medios de defensa, ya sea la nulidad del contrato o bien la reducción de equitativa de su obligación, pero de igual forma en el artículo 2395 del mismo Código se deben de tomar en cuenta si hubo o no abuso tanto de la inexperiencia, de la ignorancia, la miseria o del apuro pecuniario del deudor, circunstancias que en muchos casos no pueden ser comprobadas.

La comprobación de estos aspectos no se puede llevar a cabo por que en el contrato claramente se señala que *leídas, explicadas y comprendidas que fueron las cláusulas que conforman el contrato las partes aceptaron y firmaron el mismo*, y debido a que fueron firmadas y aceptadas ante un Notario Público, esto no puede llegar a ser cuestionado dada la fe pública de que esta investido.

A pesar de esto las circunstancias especiales a que se refiere el artículo 2395 que deben de tomarse en cuenta se ven aumentadas al tomar en consideración la situación económica en la que se coloca el mutuario quien se ve obligado a pedir la reducción de los intereses o

bien a dar por terminada de manera anticipada la obligación contraída con el mutuario debido a una situación extraordinaria no prevista.

Como se ha analizado con anterioridad la reducción de los intereses ya no sólo depende del criterio del juez quien era el facultado por la petición del mutuario que lo facultaba para este fin y como se ha mencionado al momento es imposible determinar cuando se consideran intereses excesivos y en que momento se podrán reducir al tipo legal; además de que el nuevo criterio que se empieza a adoptar impide la determinación de los intereses excesivos.

4.7 LA REGULACION DE LAS GARANTIAS PACTADAS EN EL CONTRATO DE MUTUO.

Dentro de las garantías que se llegan a pactar dentro del contrato de mutuo, (préstamo mercantil y apertura de crédito) la primera garantía que se impone es la de hipoteca, considero que esta garantía es la más lesiva de todas las que se imponen ya que no conformes los mutuanes con estipular una tasa de interés variable, y un pacto de capitalización de intereses, se hipoteca en ocasiones la finca que será el motivo de la realización del contrato.

Siendo que la hipoteca por si sola es un contrato en el mutuo se combina para formar parte de las garantías que se imponen al mutuario, en si el término hipoteca tiene dos acepciones el que designa al contrato y el de derecho real que se establece sobre un bien generalmente inmueble que puede ser enajenable; sin dejar de ser una garantía para el cumplimiento de una obligación previamente contraída.

Como lo he mencionado la hipoteca constituye un contrato, situado en la clasificación de contrato accesorio, unilateral, gratuito, consensual formal y nominado de esta clasificación se pueden deducir sus características, será accesorio por que su existencia depende de otro contrato al que sirve de garantía, unilateral por que sólo genera obligaciones al deudor, gratuito ya que crea únicamente provechos al acreedor, consensual por que no se requiere de la entrega de la cosa

para formalizar el contrato, formal por que se requiere de un documento escrito en el que conste la hipoteca y por último nominado por que se encuentra reglamentado en el Código.

Debido posiblemente a estas características es que el contrato de mutuo lo tomo como un medio eficaz para garantizar la totalidad de lo prestado y más, ya que la institución bancaria pide al mutuario que le garantice el préstamo con uno o más bienes inmuebles que lleguen a cubrir el monto de la deuda, y en el momento indicado al no cubrir la deuda el mutuante tiene el derecho de rematarlos en pública subasta para obtener el buen cobro de lo prestado, intereses ordinarios, moratorios y los que se pactaron en un convenio modificatorio.

Como lo mencione la institución de crédito exige al mutuante que al momento de firmar un contrato de mutuo (apertura de crédito) se le garantice por medio de otro contrato de hipoteca, aun con el bien que va a ser adquirido con la cantidad solicitada, por lo que se hace una combinación de ambos y que son registrados y aceptados de esa forma, así tenemos comúnmente se le denomina contrato de mutuo con interés y garantía hipotecaria, o bien contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria.

Otra más de las garantías que se acostumbran usar por parte de los bancos es la de asegurar los bienes y la vida de los mutuarios; se dice que en la actualidad la industria y el comercio basan su éxito en la clase de seguro que utilizan para sus actividades (además del crédito que es fundamental para su existencia) combinado eficazmente con el crédito el seguro es requisito valido del contrato de mutuo.

En México el seguro es tan importante para los legisladores que no solamente tiene una propia reglamentación que es muy amplia y detallada, estas leyes se desprenden del Código de comercio de donde fue extraída para dividirse en dos distintas, La ley General de Instituciones de Seguro y la Ley Sobre el Contrato de Seguro. Estas leyes regulan entre otros el seguro marítimo, el seguro agrícola, el seguro de vida, de grupo de viajero, de riesgo, algunos otros más complejos como de gastos médicos y de siniestros.

La definición que se da del seguro menciona que una empresa que se dedica ha asegurar se obliga mediante una cantidad (prima) a

compensar un daño, mediante el pago de una suma de dinero al darse una eventualidad determinada por un contrato celebrado con anticipación entre aseguradora y asegurado, surtiendo sus efectos por medio de una póliza.

El contrato de seguro también puede ser considerado al igual que el de hipoteca como contratos accesorio dentro del contrato de mutuo, aparte de estar considerado como un contrato de adhesión; en este caso será accesorio por que se utiliza por parte de las instituciones bancarias para asegurar el pago de lo adeudado en caso de ocurrirle alguna eventualidad al mutante; el carácter de contrato de adhesión se le reconoce al contrato de seguro en virtud de que en ellos los supuestos de libertad contractual y jurídica se encuentran totalmente alejados de los principios de los contratos.

En el mutuo el contrato de seguro se utiliza con la finalidad de cubrir el crédito bancario, asegurando tanto los bienes como la seguridad de las personas físicas involucradas en el contrato, nombrándose como beneficiario de las pólizas; tales contratos de seguro se deben de contratar con compañías afiliadas o bien ligadas a las instituciones bancarias, en caso de no contratar con este tipo de instituciones el mutuario tiene el derecho de aumentar en un punto los intereses, además de determinar el monto de las primas de seguro.

Otra más de las garantías que se suelen imponer dentro del contrato de mutuo es la de tener una cuenta de cheques, con la institución bancaria, según La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el capítulo IV, denominado del cheque, este tipo de títulos sólo puede ser expedido a cargo de una institución de crédito para ser librado a cargo de otras personas además de que quien lo expida debe de tener la cantidad de dinero disponible en la institución de crédito que elija, a fin de poder cubrir la cantidad librada.

Según estos datos que aporta la ley citada la cuenta de cheques se toma con la institución de crédito que se contrata el mutuo, que aparte de ser institución a cargo también se convierte en institución librada ya que utiliza los recursos del mutuante para cubrir una parte de la deuda, generalmente se aplica al pago de los intereses normales.

Algunas otras de estas garantías el banco suele denominarlas obligaciones a cargo del mutuario, estas van desde las comisiones hasta el pago de impuestos al fisco, derechos catastrales y por servicios de agua; las comisiones se suelen imponer sobre el importe del crédito, así como por las cantidades de los intereses, que están a cargo del mutuario y que el banco no carga al pago de ninguna de las cantidades que impone; en cuanto al pago de los denominados impuestos y derechos el banco permite que el mutuario los realice a pesar de que con la garantía hipotecaria que se le impuso al o a los bienes inmuebles, se haya hecho el cambio de titular de estos ante las autoridades respectivas (Registro Público de la Propiedad y de Comercio del Distrito Federal, Secretaría de Finanzas del Gobierno del Distrito Federal - Tesorería, Secretaría de Obras y Servicios.).

En caso de que el mutuario no realice ninguno de los pagos o cumpla con las comisiones el banco las carga como puntos a los intereses, estos puntos van desde un punto (mínimo) hasta veinticinco puntos (máximo), lo mismo ocurre con las pólizas de seguro, ya que si el mutuario no contrata con la aseguradora que designe el banco se le aumentan puntos, si la póliza no es por la cantidad de cien mil pesos o más se aumentan puntos si no se actualiza cada año hasta cubrir la totalidad del adeudo, se aumentan puntos.

Otra más de las imposiciones que se pactan es la de que la institución bancaria realice al avalúo de la finca hipotecada el cual queda a discreción de un funcionario ligado a la institución de crédito, el cual le da un valor comercial establecido en ocasiones por el mismo banco, el cual no toma en cuenta el valor catastral que las autoridades dan al inmueble, que sirve de base para el cobro del impuesto predial.

Como es objetivo del presente apartado la eliminación de las garantías que se imponen dentro del contrato de mutuo al mutuario por parte de una institución de bancaria, debo aclarar que no se pretende la eliminación total de todas estas lo que realmente se quiere es regular estas garantías ya que la institución bancaria no sólo abusa de la estipulación de intereses sino también de la imposición de protecciones a la cantidad prestada, las cuales claro esta corren a cargo del mutuario.

No se pretende la eliminación del total de las garantías debido a que es natural que estas existan, el carácter de la institución bancaria se

vería seriamente afectado por que un mutuario se declarara insolvente y manifestar que no tiene ni ha tenido bienes con los cuales pudiera solventar la cantidad prestada por el banco; esto pudiera afectar a otros mutuarios ya que bien la institución de crédito pudiera cobrar lo prestado a otros mutuarios, lo cual podría considerarse como un caso de venganza extrema, lo que sucedería en realidad es que la institución bancaria pondría a funcionar su impresionante aparato jurídico en contra del deudor, aplicando las acciones convenientes.

Como lo he manifestado desde un principio en este contrato no sólo los intereses son excesivos, también lo son las garantías para cubrir la deuda que se le imponen al mutuario, lo que ha ocasionado que el mutuo pierda el carácter de gratuito con el que se le conoció al momento de su creación, ahora al contrato de mutuo se le llega a conocer como un contrato de abusos sin límite en el que se pactan una serie de garantías que favorecen únicamente al mutuario.

La justificación que los bancos toman como base para la imposición de las garantías es que no se encuentran reguladas en ninguno de los códigos que contemplan al mutuo en su carácter civil y mercantil; lo que si es cierto es que algunas de estas garantías si tienen un carácter de contratos accesorios para la ley, encontrándose reguladas por separado en los mismos códigos o en leyes propias, lo que permite combinarlos con el contrato de mutuo.

Lo que es necesario hacer en este caso concreto es agregar una parte más al capítulo relativo al contrato de mutuo para que en el se contengan las garantías que se pueden pactar, que estas no sean excesivas para el mutuario y se regule su aplicabilidad dentro de este contrato, además de que no deberán aumentar en ningún monto los intereses ordinarios y moratorios.

En el caso de la hipoteca que esta no se establezca sobre el bien inmueble que sea motivo del mutuo, de igual manera que no se pida hipotecar dos o más bienes inmuebles al mutuario, que el avalúo que se realiza de la finca sea hecho por persona o institución totalmente desligada al banco.

Que dentro de los seguros que se contratan y que es considerado como accesorio para este tipo de contrato no se imponga una cantidad

específica y que el mismo únicamente sea sobre la vida de las personas físicas consideradas como mutuarios, no se permita la contratación de un seguro de invalidez total y permanente, y si se llega a estipular el banco no sea el beneficiario de la póliza, se pacte y contraiga un seguro en caso de destrucción total o parcial del bien inmueble hipotecado; además de que no deba penalizarse aumentando los intereses al contratar estos seguros con institución ajena al banco.

Se elimine por completo el pactar la contratación de una cuenta de cheques con la institución bancaria puesto que lo único que provoca es el aumento de la deuda sin que exista la posibilidad de utilizar el dinero para la liquidación de la deuda, o bien de los intereses; quitándole el carácter de acreditante y librada a la institución bancaria.

Con respecto a las comisiones estas se eliminen por completo ya que con el cobro de los intereses estas deben de considerarse como cubiertas, los gastos de protocolización y registro del contrato deberán de ser equitativos y no estar incluidos dentro de la cantidad dada al mutuario; el pago de los impuestos y derechos a pesar de todo los deberá hacer el mutuario, siempre y cuando no sea más de una la finca hipotecada, si por alguna razón son dos o más, estos gastos se compartan entre la institución mutuante y el mutuario.

Para terminar con esto debo decir que en un aspecto aparte de esta investigación también sería necesario que se diera un punto de defensa a los deudores que quedan en un estado de insolvencia ante las instituciones de crédito ya sea por que perdieron todo tratando de pagar tanto la deuda principal como los intereses ordinarios, moratorios y los que se pactaron con posterioridad a la firma del contrato, además de todas las garantías que se impusieron para tratar de cubrir el monto de lo adeudado y en algún momento fueron ejecutados y rematados sus bienes. Por lo que considero que la Ley de la defensoría de Oficio también se reformara en virtud de que únicamente contempla ayuda en materia penal, familiar, de arrendamiento inmobiliario y civil, jamas en materia mercantil; además de que se debería contemplar en un apartado especial el asesoramiento antes durante y después de la firma de contrato para que no se abuse de la inexperiencia o de la ignorancia de alguno de los contratantes.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- En todas las legislaciones pasadas se prohíbe el pacto de la capitalización de los intereses a pesar de que nunca se considero que se pudiera dar, motivo por lo que tampoco se incluyo su prohibición, pero si se reconocieron sus efectos, los cuales si se encuentran contenidos en la legislación actual, por lo que debe seguir prohibiéndose.

SEGUNDA.- La mayoría de los autores manejan los mismos conceptos básicos tanto de las características de los contratos como del mutuo por lo que dentro de este contrato no varia mucho la definición que se da doctrinariamente de la que se contiene en le Código civil, por lo que esta tendría que tomarse como única.

TERCERA.- El mutuo ha evolucionado y no debería de permitirse la estipulación de intereses excesivos, ni el pacto de la capitalización de los intereses puesto que este lesiona la economía del mutuario y explota la necesidad del contratante en beneficio del mutuante.

CUARTA.- El mutuo simple prácticamente ha quedado en desuso, ante una notoria desventaja con el mutuo con interés de igual forma el interés convencional nunca podrá igualarse con el legal, por lo que suele ser desproporcionado abusándose de las tasas del llamado interés variable muy de moda en la actualidad, por lo este interés debe de ser regulado.

QUINTA.- El interés convencional suele ser tan desproporcionado que se llega a presentar el fraude por usura y que bien puede dar como resultado del pacto de anatocismo que en este caso se da con frecuencia dentro del contrato de mutuo, lo que ha provocado que al llevar a cabo un contrato se llegue a incluir una cláusula o pacto de anatocismo, el cual según el Código civil debe de ser declarado como nulo.

SEXTA.- El mutuo con interés ha tenido variaciones a lo largo de su existencia, estamos ante una de sus ultimas evoluciones, la más drástica que ha sufrido en la historia nacional esta figura; es tal la

evolución que su misma denominación se esta modificando y algunos de sus elementos también.

SEPTIMA.- La usura, es una consecuencia de la lesión por lo que ambas, la lesión y la usura están estrechamente ligadas no pudiéndose hablar de fraude por usura sin dejar de pensar que este fue producto de la lesión.

OCTAVA.- Las jurisprudencias emitidas en materia de anatocismo desconocen los principios generales del derecho, dejan de lado las disposiciones establecidas en leyes reconocidas y aplicables a casos concretos como el que origina el problema, aplicándose un criterio parcial que beneficia a unos cuantos.

NOVENA.- Las jurisprudencias emitidas no tienen un carácter eterno, por lo que considero que se deben de cambiar y aplicar de manera razonada ya que no pueden considerarse como ley si no como un apoyo de esta, el criterio que debe de aplicarse es el del juzgador que debe de estudiar las circunstancias especiales de cada caso para así poder determinar quien tiene la razón el mutuante institución bancaria o bien el mutuario con respecto a la capitalización de los intereses.

DECIMA.- La reducción equitativa de los intereses debe de ser facultad del juzgador que tenga a su cargo la determinación de si estos son solo excesivos o bien extremadamente excesivos.

DECIMA PRIMERA.- Los preceptos que determinan el monto de los intereses legales deben de ser revisados y puestos al día ya que estos intereses legales han quedado fuera de tiempo motivo del que se aprovechan las instituciones de crédito ya que estos únicamente le sirven de base; además de que los intereses convencionales no deberán de exceder un limite, sin que este se considere como lega y así se pueda obtener entre los dos un porcentaje al que tengan acceso ambos contratantes sin que estos se vean afectados.

DECIMA SEGUNDA.- Para que exista la regulación de las garantías se debe reformar también el capítulo del mutuo con interés para que estas garantías queden incluidas dentro de una ley o bien dados los cambios que se dan en este contrato crear una ley específica para el nuevo contrato de mutuo en el que se incluyan la clase y tipos de

garantías que se pueden y no aplicar al mutuo; además de las reformas que deben de hacerse a la Ley de la Defensoría de Oficio para que el mutuario este debidamente asesorado en todo momento.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- ARCE GARGOLLO, Javier.
CONTRATOS MERCANTILES ATIPICOS.
Editorial Porrúa, S.A., México, 1996, 3ª Edición, 374 pág.
- 2.- BATIZA, Rodolfo.
LAS FUENTES DEL CODIGO CIVIL DE 1928.
Editorial Porrúa, S.A., México, 1979 1229 pág.
- 3.- BEJARANO SANCHEZ, Manuel.
OBLIGACIONES CIVILES.
Editorial Harla, México, 1984, 3ª Edición, 621 pág.
- 4.- CABANELLAS, Guillermo.
DICCIONARIO ENCICLOPEDICO DE DERECHO USUAL.
Tomo II, Editorial Hiliasta, S.R.L. Buenos Aires 1989, 21ª Edición,
660 pág.
- 5.- CHIRINO, Joel.
DERECHO CIVIL III. CONTRATOS CIVILES.
Mc.Graw Hill, México 1996, 2ª Edición, 254 pág.
- 6.- D'ORS, Xavier.
DERECHO PRIVADO ROMANO.
Bosch Casa Editorial, 7ª Edición, Barcelona, 1960
- 7.- DE PINA, Rafael.
ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL MEXICANO.
Contratos en Particular, Volumen IV, Editorial Porrúa, S.A., México,
1992, 7ª Edición, 387 pág.
- 8.- GALINDO GARFIAS, Ignacio.
DERECHO CIVIL.
Editorial Porrúa, S.A., México 1990, 10ª Edición. 758 pág.

9.- GARRONE, José Alberto.

DICCIONARIO JURIDICO ABELEDO-PERROT.

Tomos I y II, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1986, 819 y 649 pág.

10.- GARCIA MAYNES, Eduardo.

INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO.

Editorial Porrúa, S.A., México, 1989, 41ª Edición, 444 pág.

11.- GARCIA TELLEZ, Ignacio.

NUEVO CODIGO CIVIL MEXICANO. MOTIVOS COLABORACION Y CONCORDANCIAS

Editorial Porrúa, S.A., México 1965, 2ª Edición, 186 pág.

12.- GAYO.

INSTITUTAS.

Tr. Alfredo Di Pietro .Editorial Hiliastra S.R.L. Buenos Aires 1993, 4ª Edición, 823 pág.

13.- GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco.

DERECHO PENAL MEXICANO. DE LOS DELITOS.

Editorial Porrúa, S.A., México 1993, 26ª Edición 471 pág.

14.- GUTIERREZ, Faustino.

DICCIONARIO DE DERECHO ROMANO.

Editorial Reus, S.A., 4ª Edición, Madrid 1995.

15.- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto.

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES.

Editorial Porrúa, S.A., México 1996, 11ª Edición, 1225 pág.

16.- JUSTINIANO.

INSTITUCIONES.

Tr. M. Ortolan, Edición Bilingüe, Editorial Hiliastra S.R.L., Buenos Aires 1976, 369 pág.

17.- LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J.

TEORIA DE LOS CONTRATOS.

Víctor P. de Zavalia Editor, Buenos Aires 1975, 2ª Edición 506 pág.

18.- MUÑOZ, Luis.

TEORIA GENERAL DEL CONTRATO

Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1973, 1ª Edición, 363 pág.

19.- MORINEAU IDUARTE, Marta.

DERECHO ROMANO

Editorial Haría, México 1960, 6ª Edición, 292 pág.

20.- OURILIAC, Paul.

DERECHO ROMANO Y FRANCES HISTORICO

Traductor Manuel Fairén, Tomo I Derecho de Obligaciones, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1957, 619 pág.

21.- PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo.

CONTRATOS CIVILES

Editorial Porrúa, S.A., México 1995, 3ª Edición, 389 pág.

22.- QUINTANILLA GARCIA, Miguel Angel.

DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1993, 3ª Edición, 531 pág.

23.- ROJINA VILLEGAS, Rafael.

DERECHO CIVIL MEXICANO

Tomo VI, Contratos, Editorial Porrúa, S.A., México, 1985, 3ª Edición, 708 pág.

24.- SANCHEZ MEDAL, Ramón.

DE LOS CONTRATOS CIVILES

Teoría General del Contrato, Editorial Porrúa, S.A., México 1989, 10ª Edición, 618 pág.

25.- SCHUZ, Fritz.

DERECHO ROMANO CLASICO

Traducción directa de la Edición Inglesa por José Santa Cruz Teiciero, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1960 619 pág.

26.- ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel.

CONTRATOS CIVILES

Editorial Porrúa, S.A., México, 1989 3ª Edición, 375 pág.

LEGISLACION.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Civil, Para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia federal.

Código de Comercio y Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Código Penal, Para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ley de la Defensoría de Oficio.

Ley de Instituciones de Crédito.

URBINA NANDAYAPA, Arturo.

EL DIA DEL ANATOCISMO.

Prontuario de Actualización Fiscal, número 218, Sistemas de Información Contable y Administrativa Computarizados, S.A. de C.V., Año X, Primera Quincena, Noviembre 1998, 173 pág.

FENTANES César.

REFLEXIONES SOBRE EL ANATOCISMO.

<http://www.pendolo.com.mx/articulos/fentanes.html>

McAllen Texas, EU. año 1 1998.