

LAS GARANTÍAS EN LOS CONTRATOS DE CRÉDITO

JOSETTE SERRATO COMBE

El origen etimológico de la palabra crédito es de la palabra latina "creditum", que significa tener confianza, creer en algo. El sentido usual de la palabra es el que atribuye confianza y respeto que inspira una persona por algún hecho o circunstancia: sus virtudes, sus conocimientos o incluso por su posición económica.

Desde un punto de vista jurídico, el crédito, o mejor dicho el derecho de crédito, representa el aspecto activo de la relación obligatoria; o sea, la facultad jurídica de un sujeto de exigir de otro una determinada prestación. Como tal, el derecho de crédito no hace referencia alguna al motivo determinante del mismo, puede surgir de multitud de circunstancias: del cumplimiento o incumplimiento del contrato, de un acto ilícito civil, o como consecuencia de un acto ilícito penal.

Un último significado, dentro del contexto económico es el que, en los términos del tratadista Rodríguez y Rodríguez¹ "implica una operación *do ut des*, en la que el *do* es actual y el *des* ha de efectuarse en un segundo tiempo, separado del primero por un término más o menos largo".

Concretamente, dentro del derecho mercantil la operación de crédito significa una entrega en un primer momento por parte del acreedor al deudor de ciertos bienes, y una retransmisión en un segundo tiempo, del deudor al acreedor. Esta separación de las entregas en el tiempo, el plazo o término constituye un dato esencial de esta operación.

Toda operación de crédito constituye una obligación a término; pero no puede afirmarse que lo inverso sea verdadero. Se requiere, por tanto, un elemento más, que es la confianza, la fiducia; para que una operación de crédito pueda llevarse a cabo, se requiere que el acreedor tenga confianza en la capacidad de prestación de otro, en la posibilidad o voluntad y solvencia de un individuo.

Sin embargo, este factor de confianza existe en otros actos jurídicos, como ocurre con el mandato, la prenda, el mutuo, inclusive en determinadas operaciones de crédito; éste puede celebrarse sin que las partes se conozcan, en atención a las seguridades que se presten; la nota característica, distintiva, que hace que una operación de crédito sea eso, y no otra cosa, es la transmisión actual de propiedad por el acreedor en favor

¹ Rodríguez y Rodríguez, *Derecho Bancario*, pág. 13.

del deudor del bien material del contrato; y la contraprestación significa la entrega posterior, en propiedad del mismo bien.

De lo anterior se deduce que, para que la operación de crédito pueda llevarse a cabo, se requiere que tenga por objeto bienes intercambiables de la misma especie, fungibles en el sentido jurídico de este término; por otra parte, que es una operación onerosa y no gratuita, pues de otra suerte se estaría frente a una donación.

Con estos elementos puede definirse la operación de crédito como una transmisión de propiedad de bienes fungibles por el acreedor en favor del deudor, en virtud de la confianza que el primero deposita en el segundo; transcurrido el término fijado, el deudor reintegrará bienes de la misma especie al acreedor, entregando asimismo la contrapartida estipulada.

Definida la confianza como uno de los elementos distintivos de la operación de crédito, es necesario aclarar sin lugar a dudas que, es éste un elemento con características subjetivas: se deposita confianza en alguien en razón de circunstancias y con base en consideraciones concretas; pero la apreciación de éstas se desarrolla enteramente dentro de la esfera particular de cada individuo. Precisamente por esta circunstancia subjetiva, y por la imposibilidad de confiar, absolutamente y sin reservas en otro, se recurre a mecanismos o sistemas que aseguren al acreedor el cumplimiento de la obligación del deudor, o sea, el acreedor toma las providencias necesarias para poder tener la seguridad de que su contraparte le entregará lo pactado, y recibirá lo estipulado: se trata de la garantía.

Consecuentemente puede afirmarse que la operación de crédito se lleva a cabo en función de un elemento subjetivo que es la confianza propiamente dicha, y un elemento objetivo: la garantía.

La importancia que ha adquirido la garantía en el desarrollo económico actual es tal que puede afirmarse que es uno de los factores que determinan la voluntad del acreedor en la operación de crédito.

El presente estudio tiene por objeto pues, destacar su importancia y distinguir las variantes que puede asumir en nuestra legislación que, en razón de la trascendencia ya apuntada, es el elemento que distingue unas operaciones de crédito de otras.

Si se parte del concepto de garantía enunciado en párrafos anteriores, encontramos que las operaciones de crédito pueden celebrarse principalmente de dos formas distintas:²

² Con y sin garantía, señala Miguel Acosta Romero. *Derecho Bancario*, págs. 302 y 303. Distinción que discrepa con la sostenida en este estudio, que señala que en los créditos "sin garantía", la operación se celebra precisamente en atención a alguna característica especial del acreditado y que determina que la operación se lleve a cabo: puede afirmarse que esto es lo que constituye la garantía.

- A. Con garantía de bienes (real)
- B. Con garantía sin bienes (personal).³

La distinción se establece en razón del sistema elegido para garantizar la operación. En el primer caso, se da en garantía algún bien, objeto material; se suspende o limita en tanto dure la vigencia de la operación y se liquide el crédito concertado, su circulación y la posibilidad de enajenarse, gravarse, o cualquier acto mediante el cual pueda disponerse dicho bien. En el segundo caso, la garantía consiste en alguna cualidad inherente a la persona que tiene la calidad de acreditado. En el primer caso, la posibilidad de ejecución en caso de incumplimiento del acreditado es más directa, más rápida, puesto que participa de la naturaleza real del bien dado en garantía; en el segundo grupo, el crédito se asegura con la calidad personal del garante, sin que se señale específicamente un bien u objeto determinado.

Las diferentes clases de garantía del primer grupo (garantías reales) son:

- Refaccionaria.
- De Habilitación o Avío.
- Hipoteca.
- Hipoteca industrial.
- Prenda.
- Fiduciaria.
- Garantía de ingresos públicos.

Pertencen a las garantías personales:

- Deudor solidario.
- Aval.
- Fianza.
- Garantía del Gobierno Federal.

La naturaleza, objeto y características de estas distintas formas de garantía de operaciones de crédito se detallan a continuación.

GARANTÍAS REALES

Refaccionaria

El Artículo 323 de la LGTOC⁴ define al contrato de crédito refaccionario como aquel por virtud del cual:

³ La distinción apuntada se apoya en el Art. 298 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que establece que la apertura de crédito (que es la operación de crédito "general"), puede ser pactada con garantía personal o real.

⁴ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

"el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción, organización de obras materias necesarias para el fomento de la empresa del acreditado". Añade que "podrá pactarse también en este contrato, que parte del importe del crédito se destine a cubrir las responsabilidades fiscales que pesen sobre la empresa o bienes del acreditado y asegurar que parte de ese importe se obligue a pagar los adeudos en que hubiere incurrido el acreditado por gastos de explotación o por la compra de los bienes muebles o inmuebles que antes se mencionan, siempre que los actos en operaciones de que proceden tales adeudos hayan tenido lugar dentro del año anterior a la fecha del contrato".

A continuación el artículo 324 indica que la garantía se constituirá simultánea o separadamente con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos futuros pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo.

Por su parte, el artículo 326 detalla en cuatro fracciones los requisitos que debe contener el contrato de crédito refaccionario o por habilitación o avío, en los siguientes términos:

"Artículo 326.—Los contratos de crédito refaccionario o de habilitación o avío:

- I. Expresarán el objeto de la operación, la duración y la forma en que el beneficiario podrá disponer del crédito materia del contrato.
- II. Fijarán, con toda precisión, los bienes que se afecten en garantía, y señalarán los demás términos y condiciones del contrato.
- III. Se consignarán en contrato privado, que se firmará por triplicado, ante dos testigos conocidos y se ratificarán ante el encargado del Registro Público de que habla la fracción IV.
- IV. Serán inscritos en el Registro de Hipotecas que corresponda, según la ubicación de los bienes afectos en garantía, o en el Registro de Comercio respectivo, cuando en la garantía no se incluya la de bienes inmuebles".

Los contratos de habilitación o refacción no surtirán efectos contra tercero, sino desde la fecha y hora de su inscripción en el Registro.

A estos requisitos, en el caso de los contratos de refacción o avío celebrados por las Instituciones y Organizaciones auxiliares de crédito, la LGICOA⁵ especifica que dichos contratos:

⁵ Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Artículo 125.—Los contratos de refacción o avío que celebran las instituciones y organizaciones auxiliares de crédito, se ajustarán a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y a las siguientes reglas especiales:

- I. ...
- II. Sin satisfacer más formalidades que las señaladas en la fracción anterior, se podrán establecer garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, además de los que constituyen la garantía propia de estos créditos, o sobre la unidad industrial agrícola o ganadera con las características que se mencionan en el artículo 124.
- III. ...
- IV. ...
- V. ...

Establece el Artículo 332 de la LGTOC que la garantía que se constituye por préstamos refaccionarios sobre fincas, construcciones, edificios y muebles inmovilizados, comprenderá:

- I. El terreno constitutivo del predio.
- II. Los edificios y cualesquiera otras construcciones existentes al tiempo de hacerse el préstamo, o edificadas con posterioridad a él.
- III. Las accesiones y mejoras permanentes.
- IV. Los muebles inmovilizados y los animales fijados en el documento en que se consigne el préstamo, como pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganaderías; y
- V. La indemnización eventual que se obtenga por seguro en caso de destrucción de los bienes dichos.

Es importante destacar que la naturaleza específica del destino del crédito y la garantía que se establece, determina la preferencia para el pago del crédito del acreedor; al respecto, señala el Artículo 333 de la LGTOC que: "en virtud de la garantía a que se refiere al Artículo anterior, el acreedor tendrá derecho de preferencia para el pago de su crédito con el producto de los bienes gravados sobre todos los demás acreedores del deudor, con excepción de los llamados de dominio y de los acreedores por créditos hipotecarios inscritos con anterioridad.

La preferencia que en este artículo se establece, no se extinguirá por el hecho de pasar los bienes gravados a poder de tercero, cualquiera que sea la causa de la traslación de dominio".

El Artículo 328 de la LGTOC indica al respecto que los créditos refac-

cionarios debidamente registrados se pagarán con preferencia a los hipotecarios inscritos con posterioridad.

De lo anterior, se desprende que el contrato de refacción tiene como características:

- a) El destino del crédito, delimitado a la adquisición de determinados bienes, a cubrir pagos específicos, o a la ejecución de obras.
- b) La garantía se constituye por disposición de la Ley, en los términos del Artículo 324 citado.
- c) Su formalización (contrato privado cuando lo celebren personas que no sean instituciones nacionales de crédito, según el Artículo 326, Frac. III de la LGTOC; y privado o público, según convenga a las partes, cuando una de las partes es institución de crédito, según lo establece el artículo 125, frac. I de la LGICOA), y Registro.
- d) La preferencia del acreedor en el pago, en razón de la garantía.⁶

Destaca en este contrato el papel predominante de la garantía. En efecto, la especial naturaleza de ésta determina la preferencia para el pago de su crédito sobre todos los demás acreedores del deudor, inclusive en el caso de que los bienes gravados pasen a poder de un tercero.

Por esta razón, reviste importancia especial la necesidad de detallar con toda precisión, en los contratos respectivos, los bienes afectos en garantía, obligación establecida en el Artículo 326 de la LGTOC.

Avío

El Artículo 321 de la LGTOC establece que en virtud del crédito de avío o habilitación, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de materias primas y materiales y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa. En cuanto a la garantía, específica del Art. 322 del propio ordenamiento que estos créditos estarán garantizados con las materias primas y materiales adquiridos, y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque sean éstos futuros o pendientes.

Son aplicables al crédito de habilitación los Artículos 325, 326 (relativo al contenido del contrato), 327 (obligaciones de vigilar el destino del crédito

⁶ Al respecto indica el Art. 334, frac. VII de la LGTOC, que en materia de comercio, la prenda se constituye por la inscripción del contrato de crédito refaccionario o de habilitación o avío; en estas condiciones, se aplicarán todas las disposiciones relativas en cuanto a la garantía, a los contratos inscritos; con la característica especial indicada en el Art. 329, que señala que en los casos de créditos refaccionarios o avío, la prenda podrá quedar en poder del deudor, quien será considerado como depositario judicial de los bienes dados en prenda.

dito por parte del acreedor), 328 (preferencia en el pago y la prenda puede quedar en poder del acreedor), 330 (reivindicación contra quienes hayan adquirido los bienes).⁷ De los preceptos enunciados, se desprende que el crédito de avío:

- a) Se destina a adquirir o pagar bienes de explotación indispensables para los fines de la empresa.
- b) La garantía se constituye sobre dichos bienes por disposición de la Ley.
- c) Su formalización es igual a la del crédito refaccionario.
- d) La preferencia en el pago, en un grado superior al refaccionario: en efecto, el artículo 328 establece que se pagarán con preferencia a los refaccionarios y ambos con preferencia a los hipotecarios inscritos con posterioridad.

Son aplicables asimismo, las mismas disposiciones relativas a la prenda, en caso de inscripción del contrato, señalados para el crédito refaccionario.

Hipoteca

La hipoteca se define por el Código Civil (Art. 2893) como una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley; disposición que puede aplicarse al Derecho Mercantil, en virtud de la supletoriedad del derecho común establecida en el Artículo 2o., fracción IV de la LGTOC.

En un sentido amplio, cualquier crédito u operación que tenga como garantía la constituida en los términos mencionados anteriormente puede considerarse como hipotecario; es aquél que se invierte en un bien inmueble directamente quedando afectado dicho bien, en garantía del cumplimiento de la obligación, la naturaleza inmobiliaria de la operación y el destino que le es propio califica como hipotecaria la garantía.

Ahora bien, dentro de la legislación bancaria existen una amplia gama de operaciones realizadas habitualmente con este tipo de garantía.

Pueden realizar operaciones de crédito hipotecario bancario las instituciones de crédito hipotecario, de ahorro, o los departamentos respectivos de las instituciones de banca múltiple, así como el que otorga instituciones de capitalización.

Las actividades de las instituciones especializadas en este tipo de operaciones están reguladas por los artículos 34 a 36 de la LGICOA. Son principalmente:

⁷ Los artículos citados son de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

- a. Otorgar préstamos o créditos con garantía hipotecaria.
- b. Emitir bonos hipotecarios.
- c. Garantizar la emisión de cédulas representativas de hipotecas, así como negociar, adquirir o ceder estas cédulas.

La fracción IV del Artículo 36 precisa que los créditos hipotecarios podrán operarse como crédito hipotecario típico (adquisición, construcción o mejoras de los mismos), o como crédito para otra clase de inversiones rentables o productoras.

El importe del crédito está en relación al valor de la garantía: varía desde el 30% al 50% del valor total de los inmuebles cuando éstos son especializados; 70% cuando se destinen a la construcción, adquisición o mejora de habitaciones de tipo medio; hasta el 80% cuando se otorguen para viviendas de interés social.

La garantía hipotecaria que se otorgue en estos casos debe ser en primer lugar sobre los bienes para los que se otorgue el préstamo, o sobre otros bienes inmuebles.

Los límites de la cuantía del crédito es aprobada previamente por la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros; el valor de los bienes dados en garantía se hace por el perito designado por la acreedora, y dichos bienes deberán asegurarse.

Asimismo, existe la variante de la emisión de cédulas hipotecarias, título que se expide como parte alícuota de un crédito colectivo a cargo del deudor; se trata de un crédito hipotecario por el bien dado justamente en garantía.

Garantía sobre la unidad industrial

Establece el Artículo 26, fracción X y 124 de la LGICOA, una variante de la hipoteca que es interesante estudiar. Las características de esta operación son:

- a) Es operación de crédito realizada exclusivamente por sociedad financiera;
- b) Su objeto es otorgar un crédito a la industria agrícola o ganadera;
- c) Se otorga con garantía constituida con hipoteca sobre la unidad completa de una industria, que deberá comprender: la concesión o concesiones respectivas; todos los elementos materiales, muebles e inmuebles afectados a la explotación considerados en su unidad; puede comprender asimismo, el dinero en caja de explotación corriente y los créditos a favor de la empresa nacidos directamente de sus operaciones; puede constituirse en segundo lugar; y deberá ser inscrita (la hipoteca) claramente en el Registro de la Propiedad.

Se deduce de lo anterior que el concepto de la garantía, elemento fundamental de la hipoteca, es diferente del concepto clásico de hipoteca. En efecto, el Código Civil señala que la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes especialmente determinados y que ésta se extiende aunque no se exprese:

- I. A las accesiones naturales del bien hipotecado;
- II. A las mejoras hechas por el propietario de los bienes gravados;
- III. A los objetos muebles incorporados permanentemente por el propietario a la finca y que no puedan separarse sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos;
- IV. A los nuevos edificios que el propietario construya sobre el terreno hipotecado y a los nuevos pisos que levante sobre los edificios hipotecados. (Arts. 2895 y 2896) Código Civil. Añade el Art. 2897 que salvo pacto en contrario, la hipoteca no comprenderá:

- I. Los frutos industriales de los bienes hipotecados, siempre que esos frutos se hayan producido antes de que el acreedor exija el pago de su crédito;
- II. Las rentas vencidas y no satisfechas al tiempo de exigirse el cumplimiento de la obligación garantizada.

Por su parte, el Art. 2898 (Código Civil) establece que no se podrán hipotecar:

- I. Los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca;
- II. Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios bien para su adorno o comodidad, o bien para el servicio de alguna industria, a no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios;
- III. Las servidumbres, a no ser que se hipotequen juntamente con el predio dominante;
- IV. El derecho de percibir los frutos en el usufructo concedido por este código a los ascendientes sobre los bienes de sus descendientes;
- V. El uso y la habitación;
- VI. Los bienes litigiosos, a no ser que la demanda origen del pleito se haya registrado previamente, o si se hace constar en el título constitutivo de la hipoteca que el acreedor tiene conocimiento del litigio; pero en cualquiera de los casos, la hipoteca quedará pendiente de la resolución del pleito.

Como se observa, al establecerse la hipoteca en este caso sobre "la unidad completa" de una unidad industrial, agrícola o ganadera, y que comprenderá "todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación considerados en su unidad", resulta que algunas cosas podrían

encontrarse en el caso de la prohibición señalada en el Art. 2898 y además, de hecho la hipoteca ("elástica", ya que el valor de los bienes hipotecados varía continuamente), recae sobre bienes no determinados, obligación que señala el artículo 2895. Sin embargo, esta variante la establece una ley específica (la LGICOA) con límites muy precisos en cuanto a la persona que tendrá la calidad de acreedor, por lo que no puede decirse que exista contradicción legal. Esta figura indica en último término la flexibilidad, agilidad y evolución que requiere el ejercicio profesional del comercio.

Prenda

Define el Artículo 2856 del Código Civil a la prenda como un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago. Este concepto genérico es aplicable a la prenda mercantil; sin embargo, la especial naturaleza de las operaciones de crédito determina reglas especiales para esta figura. Señala el artículo 334 que, en materia de comercio, la prenda se constituye por la entrega, registro o inscripción en su caso, de los bienes, o títulos de crédito, si son al portador; el endoso y registro de títulos; por el depósito a disposición del acreedor; la emisión del bono respectivo, la inscripción del contrato de crédito refaccionario, o por el cumplimiento de los requisitos señalados por la LGTOC, si se trata de créditos en libros.

Considerando que en la mayor parte de estos casos la prenda se constituye sobre títulos de crédito, la Sección Sexta del Título Segundo de la LGTOC dispone reglas específicas para estos casos, tales como que el acreedor ejercitará todos los derechos inherentes a los títulos; puede pactarse que en caso de bienes fungibles, la propiedad se transfiera al acreedor; si el valor de dichos títulos baja, el acreedor podrá proceder a su venta; lo mismo sucederá, con autorización judicial, en caso de vencimiento del título o cuando el deudor no proporcione los fondos necesarios para cubrir las exhibiciones que deban enterarse sobre los títulos; el acreedor podrá conservar las cantidades recibidas si el título se amortizó antes del vencimiento del crédito garantizado.

Además de estas disposiciones, existen diversas disposiciones en casos concretos; a saber:

I. *Emisión de obligaciones con garantía prendaria.* Cualquier sociedad anónima puede emitir obligaciones con esta garantía, o sea, mediante la entrega de cosas muebles. El artículo 210, fracción VII, de la LGTOC, menciona las garantías especiales de la emisión, disposición que complementa el Art. 214 que especifica el caso de la emisión con garantía de títulos o bienes. A este acto se aplicarán las reglas indicadas al principio de este apartado (Arts. 334 a 345 LGTOC). Además, son aplicables los artículos

111 y 112 de la LGICOA, en el caso de que el acreedor sea una Institución de Crédito, que señala los requisitos para proceder, en su caso, a la venta de los títulos, y el caso de la prenda sobre préstamos para la adquisición de bienes de consumo duradero.

II. *Emisión de bonos generales con garantía prendaria.* El bono general es la "expresión fraccionaria de un crédito colectivo concedido a la financiera emisora, que reúne todas las características de las obligaciones".⁸ La prenda que se constituya puede ser directa, o suplementaria. Como prenda directa, se pueden afectar diversos activos: moneda circulante, créditos procedentes de depósitos a la vista, bonos de caja, saldos bancarios, letras de cambio, pagarés y en general, documentos mercantiles.

Como garantía suplementaria se señala la prevista en la fracción II del Artículo 28 de la LGICOA; esta garantía, consistente en que, en operaciones sobre documentos provenientes de compraventa de mercancías en abonos, ésta deberá estar constituida por la serie completa de los títulos emitidos. Dichos títulos deberán ser otorgados con la garantía prendaria de la cosa vendida o con la reserva de dominio sobre la misma cosa. Esta garantía, o cualquier otra similar, será adicional o complementaria cuando la general sea insuficiente para cubrir los derechos de los tenedores de bonos.

La LGTOC, Artículo 229, señala otro caso de bono con garantía prendaria: el bono de prenda, que acredita la constitución de un crédito prendario sobre las mercancías o bienes indicados en el certificado de depósito correspondiente. Este documento sólo podrá ser expedido por los almacenes generales de depósito. Existe el bono de prenda individual, para el caso de que el bien dado en la garantía esté individualmente designado, o bien bonos de prenda múltiples cuando se trate de mercancías o bienes designados genéricamente. El tenedor de estos documentos tiene dominio pleno sobre los bienes que constituyan la prenda, y en todo tiempo los puedan recoger, previo el depósito de la cantidad amparada por el o los bonos respectivos. El depositario, en este caso, es el almacén respectivo.

Garantía fiduciaria

El fideicomiso es un negocio jurídico mediante el cual una persona el fideicomitente, entrega a otra, el fiduciario, ciertos bienes que destina a un fin lícito determinado, señalando un objeto cuya realización encomienda al propio fiduciario. De esta definición, resulta que uno de los posibles fines a que pueden afectarse los bienes es precisamente garantizar el cumplimiento de una operación de crédito. Este fideicomiso tendrá pues, el carácter de accesorio, ya que sólo tiene razón de ser en tanto los bienes queden afectos a ser garantía de la obligación principal.

⁸ Rodríguez y Rodríguez, *Op. cit.*, pág. 441.

En este caso, la afectación tendrá efectos traslativos de dominio, en el caso de bienes inmuebles; si la constitución de la garantía consiste en títulos valor, ésta se realizará por la entrega material de los correspondientes títulos acompañados de las anotaciones textuales y registrales que sean necesarias para que la misma quede legitimada suficientemente; o sea, endoso, anotación en los registros, etc.

En ambos casos, es necesario hacer mención expresa de los efectos traslativos de dominio y de que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, se procederá a hacer efectiva la garantía mediante venta, adjudicación o cualquier otro acto similar de los bienes fideicomitidos.

La LGICOA (Art. 36, frac. V, inciso a) 5), señala específicamente que en caso de crédito hipotecario, los créditos sólo podrán concederse con la garantía propia de estos créditos, o mediante la entrega de estos bienes, libres de gravamen o en *fideicomiso de garantía*. Asimismo, el fideicomiso será la garantía cuando se trate de créditos para la construcción de obras o servicios públicos, cuando no pueda constituirse hipoteca: en este caso, deberá constituirse fideicomiso de garantía sobre las rentas, derechos, productos por aprovechamientos o participaciones derivadas de dichas obras. En este caso, deberá obtenerse aprobación de la legislatura local del Estado de que se trate, o por la autoridad federal competente, en su caso (Art. 36, V, b del mismo ordenamiento).

Garantía de Ingresos Públicos

Variante de la garantía señalada en el párrafo anterior, en el cual se afectan en fideicomiso de garantía en los términos del Art. 36, V, b), la LGICOA señala el caso en que la garantía será precisamente las rentas, derechos, productos, participaciones o aprovechamientos de cualquier clase que deban ser pagados por el uso de la obra construida o mejorada, el disfrute de los servicios administrativos o afectos permanentemente a su sostenimiento; este es el caso de la garantía de ingresos públicos. Esta hipótesis, supone la constitución de la garantía sobre el ingreso público, que puede ser un impuesto local, o bien, la participación de los Estados en impuestos federales.

En este último caso, las leyes señalan diversos requisitos para su constitución: para que un Gobierno Estatal contrate o garantice un crédito, debe tener la autorización de la Legislatura de su Estado, la cual deberá ser publicada en la Gaceta o Diario Oficial del propio Estado. Si se afectan participaciones en impuestos federales, también deberá obtenerse un oficio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Además si el plazo del crédito excede del término que falte al Gobierno para la terminación de su periodo constitucional, también deberá obtenerse el acuerdo expreso del Presidente de la República (Decreto publicado en el Diario Oficial de

la Federación de 4 de julio de 1935, adicionado y reformado por Decreto de 7 de diciembre de 1940 y de 24 de junio de 1944).

La ley de Coordinación Fiscal, en su artículo 9o. establece: "las participaciones que corresponden a las entidades son inembargables, no pueden afectarse a fines específicos ni están sujetas a retención, salvo para el pago de deudas contraídas por las entidades, previamente registradas a petición de las entidades por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a favor de las instituciones de crédito con concesión para operar en territorio nacional o de las instituciones nacionales de crédito, así como para pagar préstamos u otros financiamientos otorgados por la Federación.

La compensación entre el derecho de las entidades a recibir participaciones y las obligaciones que tengan con la Federación, sólo podrá llevarse a cabo si existe acuerdo entre las partes interesadas o cuando la Ley así lo autorice".

GARANTÍAS PERSONALES

La operación de crédito puede concertarse sin que sea un respaldo material el que represente al acreedor la seguridad en la recuperación del crédito concedido. En este caso, no deja de existir la garantía; sino tan sólo la seguridad del acreditante se establece en razón de la calidad de una persona, por distintas razones, como pueden ser su reconocida solvencia o creditabilidad.

A continuación se procede a hacer el análisis de las garantías personales.

Deudor solidario

Existe la posibilidad de que una persona se obligue solidariamente con el acreditado, al cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones estipuladas en la operación de crédito. Se aplican en esta hipótesis las normas relativas a la solidaridad prevista en los Artículos 1987 y siguientes del Código Civil; y entre éstas, es interesante destacar las que tienen más importancia para la operación de crédito:

- a) El acreedor podrá exigir de los deudos solidarios o de cualquiera de ellos, el pago total o parcial de la deuda;
- b) El garante deudor solidario en este caso, sólo podrá utilizar contra las reclamaciones del acreedor, las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales, y es responsable para con sus coobligados, si no hace valer las excepciones que sean comunes a todos;

- c) El pago hecho por cualquier deudor extingue la deuda;
- d) El deudor solidario que paga, tiene derecho de exigir de los otros codeudores la parte que en ella le corresponde;
- e) En las operaciones de crédito que la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito precisa, se presume que los codeudores se obligan solidariamente. (Artículo 4o.);
- f) En la medida que un deudor solidario satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor. Es usual que, a su vez, el garante-deudor solidario asegure el cumplimiento con una garantía real;
- g) La nulidad de la obligación principal extingue la deuda para el deudor solidario.

Aval

La operación de crédito se documenta en ocasiones con títulos de crédito, letras o pagarés. Para estos documentos, la LGTOC establece una garantía específica solidaria, de naturaleza esencialmente cambiaria,⁹ es decir, el aval sólo podrá darse como garantía en títulos de crédito, y específicamente, en la letra de cambio, el pagaré y el cheque (Arts. 109 en cuanto a la letra, 174 y 195 de la LGTOC que señala que son aplicables las disposiciones relativas al aval, en lo conducente, al pagaré y cheque).

La principal característica del aval la señala el artículo III, de la LGTOC que señala que la garantía debe constar en el documento o en hoja que se le adhiera, o sea, que forme parte del mismo documento. Señala el tratadista Felipe de J. Tena que "al establecer así, la Ley rechaza el criterio abrazado por la mayor parte de los códigos de comercio, del nuestro entre ellos, según el cual la garantía puede hacerse constar en la letra o documento separado; sólo conculcando abiertamente los principios, es posible aceptar que el aval conserve su naturaleza cambiaria sin constar precisamente en la letra de cambio. Si se consigna en instrumento separado, podrá hablarse de fianza mercantil, nunca de aval".¹⁰

Abundando en estas palabras, señalaríamos que el aval sólo podrá hacerse constar en documento cambiario; si se hace en otro documento, se estaría frente a fianza mercantil, o deudor solidario en los términos del apartado anterior.

Al respecto, es pertinente señalar que las instituciones bancarias pueden avalar títulos (Art. 26 frac. XII LGICOA), pero no otorgar fianzas (Art. 17, frac. IX; 22, 39, frac. VII, 46, frac. IX de dicha Ley).

Existe una importante diferencia entre el aval y el deudor solidario: en caso del aval, el artículo 114 de la LGTOC señala que la obligación del avalista es válida, aun cuando la obligación garantizada sea nula; no así

⁹ Felipe de J. Tena, *Derecho Mercantil Mexicano*, pág. 503.

¹⁰ Felipe de J. Tena, *op. cit.*, pág. 503.

en el caso del deudor solidario, al cual se aplican las reglas de nulidad señaladas en los artículos 2224 y siguientes del Código Civil: la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

Fianza

Define el Artículo 2794 del Código Civil la fianza como un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace. Esta última parte de la definición, "si éste no lo hace" caracteriza esta figura, y establece la diferencia con otras garantías semejantes: el deudor solidario y el aval.

En efecto, en estos últimos, el garante se obliga exactamente en los mismos términos y en la misma forma que el deudor principal; no así en la fianza, en la cual se reclamará siempre requerimiento de pago primero al deudor principal, y, si éste no cumple con su obligación, pagará el fiador.

Existen instituciones que otorgan fianzas como principal objeto de sus operaciones, y sus actividades son reguladas por la ley de la materia; complementando esta regulación la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares señala que las instituciones de crédito tienen prohibición expresa de otorgar fianzas, salvo cuando no puedan ser atendidas por las instituciones especializadas, en virtud de su cuantía y previa autorización de la Secretaría de Hacienda (Art. 17, frac. IX; 22, 33, frac. XIII; 39, frac. V y VII; 43, frac. II, y 46, bis 10, frac. IX de la LGICOA).

Garantía del Gobierno Federal

Es ésta una especial garantía, concedida por el Gobierno en casos especiales. Es garantía personal, ya que no se respalda con un bien específico, sino con la organización y estructura administrativa del gobierno federal. Al respecto, señala la exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles que "respecto de las garantías, se juzga que el Estado siempre es solvente, pues es un principio general del derecho público, y en especial, del derecho fiscal, que el Estado debe obtener de los habitantes del país, los ingresos indispensables para cumplir sus fines, de manera que está siempre en posibilidad de contar con un patrimonio que le permita responder, en general, de sus obligaciones, sin necesidad de una garantía especial".

Se analizan a continuación las variantes que esta garantía puede asumir.

A) Garantía federal expresa por disposición de la Ley. Es el caso previsto en el artículo 15, fracción II de la Ley Orgánica de Nacional Financiera, que establece que "La Nación responderá en todo tiempo, II. De las

operaciones concertadas por Nacional Financiera, S. A., con instituciones extranjeras privadas, gubernamentales e intergubernamentales". Asimismo, los Decretos anuales relativos a las operaciones que se celebren por Nacional Financiera, S. A. y el Banco de Obras y Servicios Públicos, S. A., con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento¹¹ establecen la garantía personal del Gobierno Federal: en efecto, señala el inciso g) que "el Ejecutivo Federal no podrá dar en garantía de estos préstamos ningún bien, propiedad de la nación, ni afectar ningún impuesto, derecho o aprovechamiento" sino que se establece la garantía "expresa y solidaria del Tesoro Mexicano", otorgada por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, para las operaciones de préstamo celebradas por las instituciones nacionales de crédito antes mencionadas.

Es interesante señalar que la Ley Orgánica de Nacional Financiera menciona la garantía de la "Nación", y los Decretos mencionados la del "Tesoro" mexicano. El término "Nación" es utilizado en otros ordenamientos, entre ellos, la Constitución (Art. 27). Sin embargo, la doctrina señala que es éste un término con connotación sociológica, y no jurídica. De acuerdo al Artículo 39, 40 y 41 de la propia Constitución, la soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo (= nación); quien se constituye en una República Federal, compuesta de Estados libres y soberanos unidos en una Federación; la soberanía se ejerce por medio de los Poderes de la Unión. Siguiendo este razonamiento, la voluntad de la "Nación" se ejerce por el poder de la Unión encargada de realizar este tipo de actividades: el Ejecutivo, de acuerdo con los artículos 49 y 89, y las dependencias encabezadas por los Secretarios dentro de sus respectivas atribuciones (Artículo 90 constitucional).

En cuanto al "Tesoro", es éste el conjunto de bienes recibidos por la Federación por diversos conceptos (impuestos, derechos, aprovechamientos o productos), que se canalizarán en beneficio del pueblo; la garantía del "Tesoro" constituye pues, el respaldo del patrimonio del pueblo, sin señalarse garantía específica real en el cumplimiento de dichas obligaciones.

B) Garantía expresa del Gobierno Federal en casos específicos. Esta garantía se concede en casos concretos; y tiene asimismo, el alcance señalado en el apartado anterior; o sea, el respaldo del patrimonio de la nación, del pueblo.

C) Garantía no expresa. Existen otros casos en los cuales puede considerarse, en virtud de ciertos actos, que el Gobierno Federal garantiza el cumplimiento de una obligación en ciertas operaciones de crédito contra-

¹¹ Estos Decretos del Congreso se han expedido periódicamente, ampliando el monto de la garantía cada vez; de Dls. E.U.A. 90' a 2'000 millones, en las siguientes fechas: 26 de diciembre de 1967; 19 de diciembre de 1960; 28 de diciembre de 1962; 27 de diciembre de 1965; 30 de diciembre de 1970; 29 de diciembre de 1973; 23 de diciembre de 1975; 19 de diciembre de 1978 y 2 de enero de 1980.

tadas para organismos de la Administración Pública paraestatal. En este sentido, se realizan los siguientes actos administrativos:

- a) La inversión a financiar está autorizada por la Secretaría de Programación y Presupuesto;
- b) La autorización de la contratación del financiamiento está autorizada por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en los términos de los artículos 10 de la Ley de Presupuesto (Databilidad y gasto Público Federal), y 17 de la Ley General de Deuda Pública.
- c) El presupuesto de la entidad está comprendido dentro del presupuesto de Egresos de la Federación, lo que significa que el Congreso de la Unión, ha incluido la inversión a financiar con el crédito dentro de los montos del endeudamiento directo, neto, interno y externo. Al efecto, se cuenta con la autorización de la inversión por parte de la Secretaría de Programación y Presupuesto (Artículo 32 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).

En consecuencia de lo anterior, la inclusión en el Presupuesto de Egresos significa el respaldo de la inversión; considerando que su servicio de amortización se prevé en el presupuesto de egresos, no es necesario el otorgamiento expreso de la garantía del gobierno federal. Estamos pues, en el caso de una garantía no expresa del gobierno federal.