



*Universidad Nacional  
Autónoma de México*

FACULTAD DE DERECHO

*Seminario de Derecho Mercantil*

PRESTAMO E INTERES EN  
MATERIA MERCANTIL



FACULTAD DE DERECHO  
COORDINACION DE EXAMENES  
PROFESIONALES

T E S I S

*Que para optar al Título de*

*Licenciado en Derecho*

*p r e s e n t a*

*José de Jesús Sánchez Ortiz*



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 está 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.

**PRESTAMO E INTERES EN MATERIA MERCANTIL**

# PRESTAMO E INTERES EN MATERIA MERCANTIL

## INTRODUCCION

### CAPITULO I

#### ANTECEDENTES HISTORICOS, DESARROLLO Y GENERALIDADES DEL CONTRATO DE MUTUO.

1.- ANTECEDENTES DEL MUTUO EN EL DERECHO ROMANO.....	6
a)- Antecedentes del Contrato.....	6
b)- El Nexum.....	11
c)- Los Contratos Reales.....	17
2.- EL CONTRATO DE MUTUO.....	19
a)- Definición, Clasificación.....	19
b)- Requisitos y Partes.....	22
c)- Los Efectos.....	27
3.- ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO MEXICANO.....	30
a)- El Código Civil para el Distrito Federal de 1870.....	30
b)- El Código Civil para el Distrito Federal de 1884.....	36

## CAPITULO II

### EL CONTRATO DE PRESTAMO MERCANTIL

1.- EL CODIGO DE COMERCIO DE 1889.....	38
a)- Definición de Préstamo.....	40
b)- Elementos.....	45
2.- Diversos Tipos de Préstamo.....	52
a)- Reglamentados por el Código de Comercio.....	53
b)- Operaciones reguladas por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.....	55
3.- EL PAGO.....	78
a)- Restitución del Bien Recibido.....	78
b)- Lugar, Epoca e Imputación del Pago.....	87
4.- PRESTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA.....	97

## CAPITULO III

### EL INTERES

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.....	115
2.- LA TASA DE INTERES.....	120
a)- El Interés Legal.....	123
b)- El Interés Ordinario.....	126
c)- El Interés Moratorio.....	127
d)- El Interés Variable.....	129
e)- Tasa Libor y Prime Rate.....	132

3.- LA PENA CONVENCIONAL (STIPULATIO POENAE).....	134
4.- LA USURA.....	136
5.- LA CAPITALIZACION DE INTERESES.....	146

## CAPITULO IV

### EL MUTUO CIVIL Y EL PRESTAMO MERCANTIL

1.- EL MUTUO CIVIL EN EL DERECHO VIGENTE.....	150
a)- Definición.....	152
b)- Elementos.....	155
c)- Características.....	157
2.- DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL MUTUO CIVIL Y EL PRESTAMO MERCANTIL.....	160

<u>C O N C L U S I O N E S</u> .....	168
--------------------------------------	-----

<u>B I B L I O G R A F I A</u> .....	171
--------------------------------------	-----

## INTRODUCCIÓN

**PRÉSTAMO E INTERÉS EN MATERIA MERCANTIL.**- El hablar - del contrato de préstamo mercantil, nos conduce en la actualidad a tratar sobre el interés, lo cual no deja de ser un tanto extraño si se toma en consideración que al surgimiento del contrato de mutuo, se carecía de toda acción para reclamar interés alguno, y que en la actualidad si bien en nuestro Derecho Civil vigente se trata de un contrato gratuito y que sólo mediante pacto expreso pueden pactarse intereses, en materia mercantil el préstamo es eminentemente oneroso.

Al evolucionar la humanidad se experimentan cambios - en todos los aspectos, en sus estructuras, en sus costumbres; son diversas y variadas las operaciones realizadas - en el ámbito económico, social y político, y por tanto fueron necesarios los cambios y adecuaciones de las leyes a fin de satisfacer las necesidades de la sociedad a la que rigen.

Pretender abarcar detalladamente cada una de las etapas en la Historia Jurídica en las que se ha desarrollado el mutuo no es nuestra intención, sino que trataremos en primer término de analizar el origen y las generalidades de este contrato.

**ANTECEDENTES DEL MUTUO.**- Estudiaremos su nacimiento, las necesidades de la comunidad romana que con él se satisfacían, y que correspondía a las necesidades en principio-

de un pueblo patriarcal y sencillo, que fue transformándose hasta tener una economía eminentemente mercantil y especulativa con un gran auge en los negocios, y un desarrollo extraordinario en todos los campos de la actividad humana; analizaremos los cambios progresivos desde el nexum, la sponsio y la stipulatio, que son contratos verbis, y pasaremos posteriormente a los contratos litteris, es decir, la época en que un simple acuerdo de voluntades no generaba obligación alguna que fuese civilmente exigible, siendo preciso dar cumplimiento a todas y cada una de las formalidades establecidas.

Observaremos como la misma evolución de la sociedad romana, hace preciso que las primitivas solemnidades y rituales se simplifiquen, surgiendo los contratos reales, pasando así del nexum al mutuum.

Esta primera parte de nuestro trabajo será fundamental, por estar concientes de la necesidad de conocer los orígenes del préstamo mercantil en el mutuo, para poder comprender su evolución y actual reglamentación, pues si bien es cierto que algunos aspectos no entrañan otro valor que el propiamente histórico, no es menos cierto que muchos otros considerados sustanciales y formales, perduran hasta nuestros días con toda su importancia original.

En relación a este último aspecto, debemos destacar que los cambios económicos de los últimos años en nuestro país, han propiciado nuevas situaciones no claramente previstas en la legislación vigente, siendo preciso en estos casos recurrir a los orígenes del contrato para lograr en



contrar una solución justa que es el fin del Derecho.

**DESARROLLO HISTÓRICO.**- Estudiaremos posteriormente los cambios fundamentales que experimenta el contrato, analizando los antecedentes del mutuo en los Códigos Civiles de 1870 y 1884.

Si bien es cierto que desde su origen hasta la actualidad tanto el contrato de mutuo como el préstamo mercantil han versado sobre toda clase de bienes fungibles, enfocaremos nuestro estudio primordialmente al mutuo consistente en dinero -in numerata pecunia- toda vez que en nuestros días hablar de mutuo es por lo general hablar de préstamo de dinero o crédito.

**EL INTERÉS.**- Como inicialmente se mencionó, consideramos que al pretender estudiar el préstamo mercantil nos lleva necesariamente a tratar sobre el interés, motivo por el cual analizaremos también su desarrollo, los aumentos paulatinos de las tasas, el interés legal y el convenido por las partes, así como la barrera que separa el interés de la usura, y otros temas relacionados con esta materia.

Aspecto que nos parece interesante es el hecho de que inicialmente en el derecho romano se carecía de acción para reclamar interés alguno; posteriormente observamos un incremento paulatino en las tasas; y llegamos a la actualidad en que las partes ya no son las que determinan el interés a pagarse, sino que éste es fijado por factores externos, y es así que la tasa se torna variable, respondiendo principalmente al costo porcentual promedio de captación

de la banca, y aún más, se da el caso de que el interés es determinado por situaciones mundiales como son las tasas de Libor y Prime Rate, a las cuales las partes se someten pero no intervienen directamente en su variación.

**ASPECTOS RELACIONADOS.**- Indudablemente será necesario analizar figuras relacionadas con los anteriores temas, como sería el caso de la pena convencional -*stipulatio poenae*- al estudiar el interés moratorio; también se plantearán las diferencias y similitudes entre el mutuo civil y el préstamo mercantil en nuestro Derecho vigente.

Como toda fuente generadora de obligaciones, se estudiarán sus elementos, requisitos y partes, y consecuentemente las formas de su extinción, destacándose los aspectos más importantes relativos al pago.

Se hará también una breve pero importante referencia a los préstamos en moneda extranjera problemática que adquirió importancia con motivo de las reformas monetarias en el país, la nacionalización o estatización de la banca y el control de cambios.

En virtud de lo anterior nuestro temario consta de cuatro capítulos, el primero de ellos destinado a los antecedentes históricos, elementos, desarrollo y generalidades del contrato de mutuo en el Derecho Romano, abarcando también los antecedentes del contrato en el Derecho Mexicano, por lo cual se hace referencia a los Códigos Civiles para el Distrito Federal de 1870 y 1884.

El capítulo II corresponde al análisis del contrato de préstamo mercantil en el Código de Comercio vigente, y viene a constituir la parte fundamental y básica del presente trabajo, incluyéndose en este capítulo lo relativo a la definición, elementos y diversos tipos de préstamos mercantiles, así como las operaciones de crédito reguladas por nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En este segundo capítulo se trata también lo relativo a la restitución del bien recibido, y se aborda el tema de los préstamos en moneda extranjera.

El interés, está tratado en el capítulo III, comprendiendo los antecedentes históricos, la evolución de las tasas, los diversos tipos de interés, la usura y la capitalización de intereses.

Por último en el capítulo IV hacemos referencia al mutuo civil en nuestro Derecho vigente, analizando las diferencias y similitudes entre este contrato y el préstamo mercantil.

## **CAPITULO I**

### **ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DESARROLLO Y GENERALIDADES DEL CONTRATO DE MUTUO**

## CAPITULO I

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DESARROLLO Y GENERALIDADES DEL CONTRATO DE MUTUO

- 1.- ANTECEDENTES DEL MUTUO EN EL DERECHO ROMANO, A)- ANTECEDENTES DEL CONTRATO, B)- EL NEXUM, C)- LOS CONTRATOS REALES.
- 2.- EL CONTRATO DE MUTUO, A)- DEFINICIÓN, CLASIFICACIÓN, B)- REQUISITOS Y PARTES, C)- LOS EFECTOS.
- 3.- ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO MEXICANO, A)- EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1870, B)- EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1884.

#### 1.- ANTECEDENTES DEL MUTUO EN EL DERECHO ROMANO.

A)- ANTECEDENTES DEL CONTRATO.- El pretender analizar los antecedentes históricos del mutuo en el Derecho Romano, nos conduce necesariamente a tratar sobre los antecedentes mismos del contrato en la legislación romana.

Es patente que en el antiguo Derecho Romano sólo se conocieron los contratos formales es decir, los contratos solemnes, estando de acuerdo la mayoría de los tratadistas en considerar que la forma más antigua de obligarse entre los ciudadanos romanos fue el Nexum, (1) negocio de carácter formalista que se celebraba ante cinco testigos y un libripens mediante la utilización de palabras solemnes.

(1) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés. Segundo Curso de Derecho Romano. Pág. 30. Segunda Reimpresión de la Segunda Edición. Editorial Pas. México, Librería Carlos Césarman, S.A. México 1980.

El Nexum en esencia puede considerarse un mutuo, y se realizaba para garantizar la restitución de lo recibido, - mediante este negocio el deudor quedaba reducido a la condición de mancipium del acreedor, a este respecto profundizaremos un poco en el apartado siguiente.

Otro negocio generador de obligaciones en el antiguo-Derecho Romano fue la Sponsio, la cual se concluía con la respuesta de quien se obligaba ante la pregunta solemne formulada por el acreedor, y su origen presumiblemente se encuentra en una función meramente garantizadora, aún cuando no sólo haya sido utilizada como negocio accesorio sino -- también como fuente generadora de obligaciones.

Posteriormente ante lo injusto del Nexum, en el cual, como hemos visto, prácticamente el mutuario veía reducida su libertad personal, esta figura jurídica cayó en desuso por ministerio de la Ley Poetelia Papiria por lo que surgió una nueva figura conocida como la Stipulatio, la cual como característica primaria ya no tiene el primitivo carácter ritual, haciéndose posteriormente accesible incluso a los peregrinos, es decir, a los que no fuesen ciudadanos romanos, constituyéndose así en un medio normal y fundamental del sistema contractual de la época.

En aquella época antigua, los ciudadanos romanos acostumbraban llevar un libro de caja denominado "codex" en el cual asentaban las operaciones más importantes que se realizaban durante el mes. Este libro debió tener hojas para las entradas, y hojas para las salidas de numerario así -- pues, cuando el ciudadano romano celebraba un nexum anota-

ba en el libro de caja que determinada cantidad de dinero - había salido de ella.

Posteriormente al caer en desuso el nexum, bastaba que el deudor consintiera en que el acreedor anotara en su libro de caja que le había entregado determinada cantidad de dinero, para que el deudor estuviera obligado hacia su acreedor. A este asiento se le llamó "nómina trascrptitia" y creaba una verdadera obligación de derecho civil para el deudor.

Como los peregrinos no llevaban codex, no podían celebrar este antiguo contrato del derecho civil, por lo que -- posteriormente por medio de los -chirographa- pudieron obligarse en esta especie de contratos litteris o vales. (2)

Observamos pues, que en las primeras fases del Derecho Romano, la contratación se encuadraba dentro de los límites estrictamente formales, siendo necesario cumplir con una serie de solemnidades establecidas y por consiguiente, el solo acuerdo de voluntades no producía obligación alguna civilmente exigible, no obstante, estos negocios jurídicos -- bastaban para llenar las necesidades contractuales de un -- pueblo rudo compuesto en su mayoría de agricultores y guerreros, donde aún no aparecían los mercaderes.

Posteriormente, la economía fue evolucionando, observándose un desarrollo extraordinario hasta llegar a convertirse Roma en un centro de contratación que abarcaba todo el mundo conocido de la época, desplazando el sestercio romano a la dracma griega.

(2) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés. Op. Cit. Págs. 89, 106, 107 y 108.

Este desarrollo en todos los aspectos de la vida fue haciéndose patente y es así como se desarrolla la industria, la actividad bancaria, etcétera, lo cual los conduce a la necesidad de adecuar los medios jurídicos hasta ese entonces precarios y lentos por la serie de formalidades que requerían para su validez.

Por otra parte, los romanos sabedores de que el propio espíritu del pueblo radicaba en sus Instituciones y -- formas jurídicas optaron por conservarlas, y para no romper con el legado de sus antecesores recurrieron a medios indirectos para que el propio tiempo fuera relegando los usos ya inoperantes, surgiendo así sin prisas ni formas extremadamente innovadoras un nuevo Derecho.

Es así como las nuevas figuras contractuales funcionaban a la par de las primitivas solemnidades y ritualismos, las cuales poco a poco fueron dejándose de utilizar, surgiendo así los contratos reales que vienen a representar la derogación de hecho del riguroso formalismo antiguo. (3)

Para el perfeccionamiento de los contratos reales era requisito único la simple entrega de la cosa "RE" y precisamente entre los más antiguos de este tipo de contratos, nos encontramos con el mutuum que arrancando del nexum viene a ser un contrato unilateral en que el deudor "mutuario", que recibió del acreedor "mutuante" una cierta cantidad de dinero o de otras cosas fungibles, se compromete a reintegrar otro tanto del mismo género y calidad.

(3) Montes Cristóbal. Curso de Derecho Romano. Págs. 222 y 228. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964.



Ya en forma posterior, otras convenciones acompañadas de la entrega de la cosa fueron consideradas y sancionadas como contratos, tal es el caso del comodato, el depósito y la prenda.

Pero el formalismo contractual romano todavía tenía que ser atenuado en mayor grado, surgiendo así los contratos consensuales que son aquellos que se perfeccionan y generan obligaciones en base al simple acuerdo de voluntades de las partes contratantes "consentimiento" quedando así relegado el Ius Civile por su carácter rígido y formal por el Ius Gentium que es flexible y aformal; como representativos de los contratos consensuales encontramos la venta, el arrendamiento, la sociedad y el mandato.

Había de venir una tercera atenuación en el formalismo contractual, llegándose a reconocer fuerza obligatoria a determinadas convenciones que no figuraban entre los -- contratos, pero que sí generaban obligaciones exigibles civilmente, es decir, provistas de Actio.

En efecto, el propio Ius Civile admitía que cuando un pacto estaba íntimamente ligado a un contrato, adquiría -- con ciertos supuestos carácter obligatorio, tal es el caso de la hipoteca y del juramento e incluso la donación y el compromiso bajo la época de Justiniano.

La cuarta y última atenuación del formalismo romano, se presenta al decidirse que un pacto destinado a producir ventajas recíprocas "sinalagmático" sería obligatorio y -- devendría en contrato desde el momento mismo en que fuera

ejecutado por una de las partes. Tales contratos fueron de nominados por los comentaristas contratos "innominados" por no encuadrar en ninguna figura típica de las categorías contractuales, encuadrándolos el maestro Floris Margadant en los cuatro grupos siguientes:

- " 1) Do ut des (doy para que des; ejemplo típico: la - permuta).
- 2) Do ut facias (doy para que hagas; ejemplo indemnización en especie por un servicio prestado).
- 3) Facio ut des (hago para que des).
- 4) Facio ut facias (intercambio de servicios)." (4)

Después de haber analizado brevemente los antecedentes en forma general del contrato en la legislación romana, trataremos enseguida de exponer en forma particular los antecedentes del mutuo.

B)- EL NEXUM.- Girard considera al nexum como la fuente de relaciones jurídicas obligacionales más antiguas, remontándose su uso hasta una época anterior a la fundación de Roma y por tanto fue también el primero de los contratos formales que cayó en desuso. (5)

Este negocio jurídico arcaico se considera extinguido hacia el siglo V de la fundación de Roma a raíz de la promulgación de la ley Poetelia Papiria, y es así por lo que la jurisprudencia clásica ya no se ocupa de él; en tal vir

- (4) Floris Margadant S. Guillermo. El Derecho Privado Romano. Pág. 282. Undécima Edición. Editorial Esfinge, S.A. México 1982.
- (5) Girard P.F. citado por Cristóbal Montes. Op. Cit. Pág. 258.

tud se tienen pocas referencias, que son más bien imprecisas alusiones hechas por diversos escritores más no por juristas sobre dicho negocio.

En efecto, el único dato jurídico que encontramos es la referencia que Gayo hace en sus Instituciones a la Nexi-Liberatio como un medio para extinguir las obligaciones. (6)

En base a este texto de Gayo se ha sostenido que si la nexi liberatio era un medio de extinguir la obligación, se deduce que el nexum debió forzosamente consistir en el contrato destinado a generar tal obligación. Según esta hipótesis el nexum servía únicamente para obligar al mutuuario a restituir la suma de dinero o de cosas fungibles recibidas, es decir, consistía en un préstamo, figura que al evolucionar acabó por convertirse en un contrato formal y aún más en un modo general de contratación por el cual una persona quedaba obligada a entregar a otra una determinada cantidad de dinero o de otras cosas fungibles, surgiendo así en el antiguo Derecho Romano un rito jurídico solemne denominado Per aes et libram agere, que concluía mediante la pronunciación de ciertas palabras de carácter ritual acto que podía tener una doble aplicación, dependiendo de la finalidad jurídica que se persiguiera, y así cuando su empleo tenía como meta transferir el dominio, se originaba la mancipatio; contrariamente, cuando su fin era hacer surgir obligaciones daba lugar al nexum, de esta manera aparece esta figura del nexum como el contrato más antiguo que se conoce en el mundo jurídico romano.

(6) G.3.173 a 175.

De lo anterior, podemos desprender que tanto la mancipatio como el nexum se celebraba ante un libripens y la diferencia radicaba exclusivamente en las palabras pronunciadas, es decir, en la primera se hacía un simulacro de venta, mientras que en el nexum el simulacro era de préstamo, utilizándose las palabras correspondientes rituales y así en este último caso, el deudor al momento de celebrarlo en forma verbal se autocondenaba al pago de lo recibido.

No debemos olvidar que todo lo antes expuesto son deducciones a las cuales se llega a través de lo expresado por Gayo respecto a la nexi liberatio, y es así que por la fórmula de extinguir una obligación, se llega a contrario sensu a la fuente generadora de dicha obligación, todo lo cual no dejan de ser simples especulaciones, máxime si se toma en cuenta que lo manifestado por Gayo sobre esta figura fue escrito en el siglo II de nuestra era, es decir, en una época en que el nexum como negocio generador de obligaciones se encontraba abolido o en desuso desde mucho tiempo atrás.

Otras hipótesis sobre el origen y naturaleza del nexum parte de los estudios del tratadista Mitteis quien niega la originaria fuerza ejecutiva del nexum a favor del acreedor no pagado y considera que el nexum sería un acto solemne en virtud del cual el propio deudor constituía un derecho de prenda sobre sí mismo o sobre sí y su familia, es decir, el deudor se autopignoraba. A esta opinión a la cual se adhiere el tratadista Cristóbal Montes (7) la especialidad del nexum no consistió en hacer inmediatamente ejecutiva la obligación de restituir tal y como lo defiende la primera teoría

(7) Montes Cristóbal. Op. Cit. Págs. 261 y 262.

expuesta, para la cual el nexum era un contrato solemne provisto de cláusula ejecutiva, por el contrario el nexum, según tiene esta segunda teoría, nunca fue un préstamo, por lo -- tanto nunca fue un contrato generador de deuda ni siquiera en el sentido amplio, por lo que al no generar obligaciones su función fue simplemente la de garantizar el derecho del acreedor.

Para esta teoría o hipótesis, se tenía una obligación primaria es decir, una personal dependencia física frente al acreedor, bien sea del deudor mismo o de un tercero, lo cual constituía una auténtica esclavitud que duraría en cuanto el titular del crédito no resultase satisfecho en virtud del cumplimiento de lo adeudado, y para garantía precisamente de esta obligación se llevaba al cabo el nexum cuya única naturaleza era precisamente esa: la de garantizar, pero no la de generar las obligaciones, por lo tanto, el nexum no era un contrato ya que no producía vínculo obligacional de ninguna especie, sino un acto solemne en virtud del cual el deudor o un tercero se daba en rehén al acreedor hasta que éste viera satisfecho su derecho; esta teoría que como apuntamos fue desarrollada principalmente por Mitteis aún cuando tuviese ya antecedentes en trabajos de Niebuhr y --- Mainz, fue posteriormente seguida por diversos y notables -- tratadistas como Perozzi, Bonfante, etc. (8)

El propio tratadista Cristóbal Montes en su curso de Derecho Romano cita una tercera orientación en torno al --- nexum expuesta por la opinión de Otto Lenel (9) para quién-

(8) Montes Cristóbal, Op. Cit. Pág. 263.

(9) Montes Cristóbal, Op. Cit. Pág. 264.

la obligación del nexum era sencillamente la misma que derivaba de la mancipatio, y es así como el nexum vendría a ser como una obligación adjetiva anexa a la mancipatio, en cuya virtud el vendedor debería entregar al comprador el doble del precio recibido, en caso de que éste se viera despojado de la cosa porque un tercero acreditara en juicio ser propietario de la cosa mancipada, es decir, que para Lenel el origen de la obligación no es por el mutuo, sino por la fianza o la autopignoración, siendo para él los nexi aquellas personas que habiendo dispuesto a través de una mancipatio de cosas que no eran de su propiedad, se veían obligadas a entregar al adquirente el doble del precio recibido.

Por último una cuarta hipótesis comentada por el mismo autor Cristóbal Montes y sostenida principalmente por Cuq, Betti, Bachofen y en cierta manera por Savigny, según la cual el nexum era un acto ritual y solemne mediante el cual una persona y las a ellas sometidas en potestad, se comprometían a prestar sus servicios al acreedor hasta que fuese satisfecho plenamente en base a la prestación de tales servicios. (10)

De esta manera los efectos del nexum eran extremadamente rigurosos, es decir, que si vencida la deuda el deudor no pagaba, el acreedor adquiría un derecho exorbitante sobre la persona o sobre las personas bajo potestad del deudor.

Es así que la siempre existente pugna entre patricios y plebeyos ocasionó lastimosas desviaciones del nexum, el-

(10) Montes Cristóbal. Op. Cit. Págs. 264 y 265.

cual fue utilizado por los patricios como un instrumento para sojuzgar a la plebe, siendo necesario que hacia el año - 326 A.C. mediante la Lex Poetelia Papiria, se corrigiera -- un tanto esta situación aún cuando no viene a significar la auténtica abolición del nexum.

En efecto la Ley Poetelia Papiria privó al nexum de -- fuerza ejecutiva, estableciendo la necesidad de que el acreedor previamente debía obtener una sentencia condenatoria - contra el deudor, y es así que pasa a primer término el carácter patrimonial de la obligación.

Sobre esta ley, los juristas mexicanos Agustín Bravo - González y Beatriz Bravo Valdés comentan : "el deudor insolvente prácticamente era reducido a esclavitud por su acreedor, lo que originó el descontento de los plebeyos, hasta - que se votó la ley Poetelia Papiria, la que dispuso que adelante el deudor respondería de sus compromisos no con su persona sino con su patrimonio, lo que marca el nacimiento de la obligación moderna". (11)

Podemos concluir que a partir de la Ley Poetelia Papiria, el nexum ya no autorizaba directamente su ejecución, - sino que la obligación por él asegurada se equiparaba a la contraída a través de un contrato cualquiera y por tanto - para ejecutarse necesitaba la previa sentencia declarativa de su existencia por parte del Magistrado, motivo por el - cual el nexum fue cayendo en desuso, ya que los interesados habían de recurrir a formas solemnes y complicadas para obtener un resultado que podían conseguir más simplemente-

(11) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés.Op.Cit. Pág.25.

por otros contratos ya existentes y que poco después fueron civilmente reconocidos como los contratos reales.

C)- LOS CONTRATOS REALES.- El tratadista español Juan-Iglesias comenta : "Para los clásicos, obligatio, quae re -- contrahitur quiere decir "obligación que se contrae mediante la cosa"." (12)

Por su parte el profesor Agustín Bravo González considera que : "aquél que recibía un objeto, aunque no hubiera habido formalidades, estaba obligado a su restitución y durante mucho tiempo así lo sancionaron los usos y la costumbre antes que el legislador" y continúa apuntando que el -- primer contrato Re que fue reconocido, fue el mutuum, y posteriormente tres contratos más que fueron el comodato, el depósito y la prenda. (13)

Encontramos en primer término que a diferencia del mutuo, en el comodato, en el depósito y en la prenda no se verifica la transmisión de la propiedad de la cosa que se entrega, es decir, en los cuatro contratos se presenta la --- Datio Rei figura que en el mutuo constituye una transferencia de propiedad y en los tres restantes contratos mencionados, significa sólo la transmisión de la posesión o la mera detentación de la cosa.

Independientemente de lo anterior, observamos que la obligación solo surge cuando la cosa ha pasado de manos del

- (12) Iglesias Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Pág. 405. Sexta Edición, Ediciones Ariel, Barcelona 1972.
- (13) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés. Op. Cit. Pág. 30.



acreedor a las del deudor, por lo cual independientemente del valor o significado de la Datio Rei, ésta viene a representar un elemento de existencia de los cuatro contratos a que se ha hecho referencia y es así que lo que da la característica de contratos reales es precisamente la entrega de la cosa, independientemente que la entrega se haga a título de propiedad o a cualquier otro título, toda vez que el que la recibe estará obligado a restituir bien sea la misma cosa tratándose de comodato, depósito y prenda u otro tanto del mismo género y calidad en los contratos de mutuo.

Es necesario analizar lo relativo al consentimiento ya que si la Datio Rei era parte constitutiva del contrato, no significa que el consensus careciera de importancia. A este respecto se considera en el Derecho Justiniano que el acuerdo de las partes (consentimiento) es requisito previo para la existencia del contrato real, mientras que la Datio Reidetermina la perfección del mismo es decir, ambos elementos son constitutivos del contrato ya que si no hay acuerdo no hay contrato y si falta la Traditio el acuerdo sería ineficaz. En este sentido coinciden los tratadistas Bravo González, Floris Margadant y Cristóbal Montes. (14)

Cabe apuntar que en un principio cuando sólo era reconocido como contrato real el mutuo, el comodato, el depósito y la prenda, solamente tenían la eficacia jurídica correspondiente a los pactos en general, pero desde época de la República, el Pretor otorga una Actio In Factum a quien habiendo entregado una cosa le era negada su devolución y por lo tanto podía exigir mediante ella la restitución de

(14) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés. Op. Cit. Pág. 110. Floris Margadant S. Guillermo. Op. Cit. Pág. 380. Montes Cristóbal. Op. Cit. Pág. 234.

la cosa.

Una vez que el comodato, el depósito y la prenda fueron elevados a contratos reales la acción pretoria se convirtió en una Actio In Ius con un nombre distinto según fue se el contrato celebrado.

## 2.- EL CONTRATO DE MUTUO.

A)- DEFINICIÓN.- Cristóbal Montes, citando a Gayo expone que: "el mutuo o préstamo de consumo, es un contrato-real, unilateral, por medio del cual una persona llamada -mutuante transmite la propiedad de una determinada cantidad de dinero u otras cosas fungibles a otra persona llamada -mutuario, obligándose ésta a restituir, dentro de cierto -plazo, otro tanto del mismo género y calidad".Gayo 3.90 (15)

En el Digesto se hace referencia la mutuo en los siguientes términos: "damos en mutuo, no para recuperar la -misma cosa específica que dimos (si así fuera sería comodato o depósito), sino el mismo género, pues si fuera distinto género, por ejemplo si recibimos vino en vez de trigo,-no será mutuo." (16)

El propio Digesto añade : "se denomina dación en mutuo, porque el objeto se hace de mio tuyo; y así, si no se hiciera tuyo, no nace la obligación." (17)

(15) Montes Cristóbal. Op.Cit. Pág. 273.

(16) D.12.1.2.

(17) D.12.1.2.2.

Por su parte los autores Bravo González y Bravo Valdés, definen al mutuum como "un contrato por el cual una persona -el mutuante- transfiere gratuitamente la propiedad de cosas genéricas a otra persona -el mutuuario- que se obliga a restituirlas al cabo de cierto tiempo." (18)

La doctrina acepta que mutuum deriva de movere o mutare (cambio) y que probablemente en su origen significó dar unas monedas para recibir otras de igual valor. (19)

Los anteriormente citados autores Bravo González y -- Beatriz Bravo Valdés sostienen que mutuum viene de muto-as-are-avi-atum, verbo que significa mandar, cambiar, y por -- consiguiente el mutuo implica un cambio, una traslación de propiedad. (20)

**CLASIFICACIÓN.-** En primer término podemos clasificar al mutuo en el Derecho Romano, como un contrato real en -- oposición al consensual, es decir que la obligación solo surge cuando la cosa ha pasado de manos del mutuante a las del mutuuario es decir "la obligación se contrae mediante -- la cosa". (21)

A este respecto los diversos autores de Derecho Romano que hemos venido comentando hacen énfasis a la importancia del consentimiento, y consideran que este tipo de contratos reales, se perfeccionaban mediante el consentimiento unido a la entrega de un objeto.

(18) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés.Op.Cit. Pág.110.

(19) Montes Cistóbal.Op.Cit.Pág.274.

(20) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés.Op.Cit. Pág.111.

(21) Iglesias Juan.Op.Cit.Pág.405.

Esta característica del contrato de mutuo en el Derecho Romano que perduró hasta la época de nuestro Código Civil de 1884, ubicaba al mutuo dentro de los contratos unilaterales, y por lo tanto de estricto derecho -stricti iuris-, toda vez que de las dos partes contratantes solo una de ellas -el mutuuario- resultaba obligada, existía una sola obligación, y por lo tanto un solo derecho y una sola acción.

Decíamos que se trataba de un contrato stricti-iuris, toda vez que su contenido obligacional estaba delimitado -por lo que las partes habían convenido, y ni ellas ni los jueces tenían libertad para variar las obligaciones pactadas, ni aún basándose en la justicia o equidad, pues en --este tipo de contratos, la misión del juez se veía reducida a decidir con un sencillo sí o no, sobre la existencia o inexistencia desde el punto de vista jurídico de la pretensión del actor.

Por otra parte se trataba de un contrato gratuito según nos comenta el doctor Francisco Lozano Noriega, "porque hay provechos solo para una de las partes" (22) y sólo mediante una stipulatio podían pactarse intereses, tal y como sucede actualmente en nuestro Derecho Civil vigente, --en el cual las partes pueden también estipular intereses,-- según analizaremos en el capítulo correspondiente a dicho tema.

Podemos clasificar al mutuo dentro de los contratos -

- (22) Lozano Noriega Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos. Pág. 303. Asociación del Notariado Mexicano, A.C. México 1970.

nominados, en virtud de que dicho contrato se encontraba re conocido por el ius civile. (23)

Resumiendo lo anterior, el profesor Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdés, consideran que el mutuo por su perfeccionamiento es un contrato real toda vez que se re quiere para que sean perfectos de la entrega de la cosa.

Por su manera de interpretarlo, se trata de un contrato de derecho estricto en el que debe atenderse el juez a -- la fórmula misma del contrato.

Y por último por sus efectos sobre las partes, estamos ante un contrato unilateral que solo engendra obligación pa ra el deudor. (24)

B)- REQUISITOS.- Tomando en consideración que en los capítulos siguientes del presente trabajo, analizaremos -- los requisitos o elementos tanto de existencia como de validez de los contratos de préstamo mercantil y de mutuo ci vil, por el momento únicamente haremos referencia a los re quisitos o condiciones necesarias para la existencia del - mutuo en el Derecho Romano, siguiendo para ello el esquema planteado por el autor de Derecho Romano Cristóbal Montes, por parecernos el más adecuado para los fines del presente trabajo. (25)

El mutuo era un contrato real y por lo tanto se per--

(23) Floris Margadant S. Guillermo, Op.Cit.Pág.381.

(24) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés.Op.Cit. Págs. 89 a 91.

(25) Montes Cristóbal.Op.Cit.Págs.274 y siguientes.

feccionaba con la entrega de la cosa, ya que si solo existía acuerdo entre las partes, esta promesa solo tendría validez contractual si va seguida de la entrega de la cosa, - por lo tanto podemos considerar como requisitos o condiciones para la existencia del contrato de mutuo los siguientes:

I.- Si tomamos en consideración que mediante el contrato de mutuo se transmite la propiedad de la cosa, como primer requisito es necesario que el mutuante sea propietario de las cosas entregadas en mutuo, es decir, debía tener lo que la doctrina conoce como *ius abutendi*, y que además tenga la capacidad para disponer de ellas toda vez que si no era así, el verdadero propietario podría reivindicarlas de quien las hubiere recibido.

En el Derecho Clásico se consideraban dos excepciones a este principio, y así cuando el que entregaba la cosa -- era su propietario, podía devenir en auténtico contrato de mutuo siempre que el presunto mutuario actuando de buena fe legara a convertirse en propietario de la cosa o bien -- que desconociendo de que no era propiedad de quien se las entregó, hubiese consumido la cosa; en ambos casos, el presunto contrato de mutuo adquiría categoría de tal y quedaba obligado como verdadero mutuario para con el auténtico propietario.

Igualmente, el contrato de mutuo podría convalidarse por las mismas causas antes anotadas cuando el mutuante no obstante ser propietario de la cosa no tuviera capacidad para disponer respecto de la misma. Lo anterior reviste importancia toda vez que dependiendo de la convalidación -

o no del contrato de mutuo, surgirían las acciones para recuperar la cosa, ya que el auténtico propietario si el contrato no se perfeccionaba, en cualquier momento podía intentar la recuperación, por el contrario si el contrato -- quedaba perfeccionado el propietario debía esperar el vencimiento del plazo prefijado en el contrato.

II.- El siguiente requisito para la existencia del contrato de mutuo, consiste precisamente en la entrega efectiva de la cosa. En efecto, como requisito esencial para la perfección del contrato se exigía desde la primera época -- del Derecho Romano la entrega material y física de la cosa, la cual pasaba de manos del mutuante a manos del mutuario, -- y solo en época posterior se admitió que mediante modos indirectos se transmitiese la cosa; debemos entender que debido a la necesidad de agilizar el comercio se determinó aceptar que el mutuo pudiera concluirse por personas distintas -- del acreedor y del deudor tal es el caso cuando el mutuante ordenaba a un deudor suyo que entregara al mutuario la cosa objeto del mutuo, en tal caso el contrato era perfecto y lo mismo sucedía cuando el mutuario delegaba a un tercero la -- recepción de la cosa.

En igual sentido se admitía que el mutuante conviniera con el mutuario para que éste conservara como propio a título de mutuo, la cosa que ya detentara aquél por cualquier -- otra causa, tal sería el caso de que el ahora mutuario detentara ya con anterioridad la cosa en calidad de depósito -- y así la entrega física o material era substituída por un -- acto jurídicamente equiparable. Lo anterior es aceptado en el Digesto que nos dice "deposíté en tu poder 10 monedas, y

luego te permití las gastaras". (26) En este caso existe mutuo, por más que no haya mediado entrega física y material, pues basta la intención de poseer, supuesta la entrega que lleva consigo en su concepto la figura jurídica del depósito. Por tanto el prestatario de referencia hace suyo el dinero, y será posible accionar contra él en juicio siempre que no cumpliera los deberes que importa el mutuo.

Asimismo se consideraba igualmente perfecto el mutuo, cuando sin necesidad de entrega material de la cosa se autorizaba a una persona a vender determinado objeto y a retener a título de mutuo el precio que obtuviera por la venta.

En consecuencia, concluye el autor Cristóbal Montes - que estamos comentando, el contrato de mutuo se consideraba perfecto siempre que las cosas pasaren por voluntad del mutuante a ser propiedad del mutuario a título de préstamo o mutuo por más que no hubiera mediado la entrega directa y real. (27)

III.- Como un tercer requisito del contrato de mutuo, encontramos que era necesario que el mismo tuviera por objeto cosas fungibles y es así como el mutuario al recibir cosas que se aprecian por número peso o medida asume la obligación de restituir otro tanto del mismo género y calidad. (28)

Si por el contrario el prestatario debía restituir la

(26) D.12,1,9,9.

(27) Montes Cristóbal.Op.Cit.Pág.277.

(28) D.12,1,3.



misma cosa que se le entregó, al no poder consumirla no se verificaba la auténtica traslación de la propiedad y por lo tanto no existía mutuo sino depósito o comodato, y por otra parte si se convenía la restitución de una cosa de género diferente por la que se había entregado tampoco existía mutuo sino permuta.

IV.- Un cuarto y último requisito o condición para la existencia del contrato de mutuo que describe el autor --- Cristóbal Montes consiste en que el mutuante y el mutuario deberían estar de acuerdo sobre la finalidad legal de la transmisión, se precisa que exista la voluntad acorde de las partes en celebrarlo ya que la Datio es susceptible de diversos empleos, por tanto deben de acordar respecto de la causa que origina la entrega, de manera que su voluntad esté enderezada a la constitución de un mutuo, es decir, - el mutuante da para que se le devuelva, y el mutuario recibe para restituir. (29)

**LAS PARTES.**- Los elementos personales del contrato de mutuo o sea las partes del mismo, son el mutuante por una parte y el mutuario, también denominado mutuuario, por la otra.

El mutuante en el Derecho Romano, era la parte contratante que transmitía la propiedad de determinada cantidad de dinero u otras cosas fungibles.

La otra parte del contrato, o sea el mutuario o mutuuario, era la persona a la que se transfería la propiedad-

de la cosa y quién se obligaba a restituir otro tanto del mismo género y calidad.

Los autores ya comentados Agustín Bravo González y Beatriz Bravo Valdés, al tratar sobre los elementos esenciales del contrato, y específicamente sobre los sujetos del mismo, hacen referencia a la capacidad de las partes estableciendo que "es necesario que sean capaces para obligarse" y continúan diciendo : "La capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción y en cada caso especial es señalada por la Ley". (30)

Por nuestra parte estimamos que este aspecto de la capacidad de las partes referido específicamente al mutuo, -- quedó analizado en el punto I del inciso B) que antecede, -- al apuntar que era requisito o condición necesaria que el mutuante fuese propietario de las cosas entregadas.

C)- LOS EFECTOS.- Mediante el contrato del mutuo, hemos venido observando que el mutuario se convierte en propietario de las cosas fungibles recibidas y asume la obligación de restituir las en la misma cantidad o suma. El mutuo como también hemos analizado, era un contrato unilateral ya que sólo surgían obligaciones para una de las partes contratantes: el mutuario, quien vencido el término que se hubiera convenido tenía la obligación de restituir no las mismas cosas que recibió sino otras del mismo género y calidad y en idéntica cantidad, y es así como el mutuario no se liberaba si no entregaba cosa de la misma calidad, este criterio se observa en la siguiente cita; "cuando damos --

(30) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés.Op.Cit. Pág.34.

algo en mutuo, por más que no hubiere mediado causión especial, el prestatario no puede considerarse libre para con el prestamista dándole objetos de género y calidad inferior". (31)

La obligación del mutuario es una obligación de estricto derecho, es decir, estaba obligado a restituir el equivalente exacto de lo recibido, no podía obligarse por tanto a reintegrar una cantidad superior aunque sí era factible convenir en devolver una suma inferior a la que le había sido entregada. "Si te hubiere dado diez mil sestercios para que me debas nueve mil, dice Próculo, y con razón, que de derecho no debes más que nueve mil". (32)

Por lo que se refiere al plazo para restituir la cosa recibida, si no se hubiere fijado plazo alguno, el acreedor podía exigir en cualquier momento la restitución, más por la naturaleza misma del contrato en la cual el deudor pasa a ser propietario de la cosa y por tanto se intuye, se deduce que va a consumirla, resultaría incongruente pretender la devolución de lo entregado en préstamo el mismo día o a los pocos días de la entrega y por lo tanto el Derecho Justiniano estableció que el Juez podía otorgar al prestatario un plazo prudencial.

Por otra parte si el plazo se hubiere establecido en el contrato, debía precisarse si se había fijado en interés del acreedor, del deudor o de ambos, ya que si era en interés del acreedor, no podía el deudor pretender que le recibiere la prestación antes del vencimiento, por el con-

(31) D.12.1.3.

(32) D.12.1.11.1.

trario si el plazo obraba en beneficio del deudor, el acreedor no podrá exigir el pago antes del vencimiento, mientras que el deudor sí podía realizarlo con anterioridad.

Tomando en consideración que la cosa perece para su -- dueño, -res perit domino- y que el mutuario se constituía propietario de la cosa entregada en mutuo, si la misma perecía por caso fortuito no por ello se liberaba de la obligación de restituirla.

Siendo el mutuo un contrato de estricto derecho, del mismo no surgía una acción especial propia o particular, sino que surgían acciones generales para el caso de incumplimiento, es así que, si se trataba de un mutuo de dinero, el mutuante disfrutaba de la *condictio certae creditae pecuniae* -*condictio* de determinada suma de dinero- y cuando el objeto del mutuo fuese otras cosas fungibles tenía la *condictio certae rei* o *condictio triticaria* -*condictio* determinada -- o *triguera*- . En el primer caso el mutuario era condenado a pagar la suma debida y que voluntariamente no había satisfecho, en los dos casos siguientes, si el objeto del mutuo consistía en cosas fungibles, la condena no era pecuniaria sino a través de la estimación de las cosas fungibles debidas, obligándose al mutuario a entregar una cantidad similar a las cosas recibidas. (33)

En síntesis, podemos resumir que el mutuo en su origen producía los siguientes efectos :

1.- Se transmite la propiedad de la cosa, y por lo tanto

(33) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés, Op.Cit. Pág.105. Montes Cristóbal, Op.Cit. Pág.280.

to el mutuario se convierte en propietario de la misma, con todos los derechos y obligaciones que esto implica.

2.- El mutuario adquiere la obligación de restituir cosas del mismo género e idéntica calidad y cantidad.

3.- No podía obligársele a restituir mayor cantidad de la recibida, pero sí una suma inferior.

4.- El plazo para devolver la cosa lo fijan las partes, en caso de no hacerlo el Juez podía otorgarlo prudencialmente.

5.- El mutuario adquiría acción en contra del mutuante en caso de que éste incumpliera con la devolución de la cosa.

### 3.- ANTECEDENTES DEL CONTRATO DE MUTUO EN EL DERECHO MEXICANO.

A)- EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1870.- En su título Décimo Sexto trata lo relativo al préstamo, dividiendo su estudio en cuatro capítulos, el primero destinado a las Disposiciones Generales; el segundo para el Comodato; el tercero para el Mutuo Simple, y el cuarto y último - para el Mutuo con Interés.

Dentro de las disposiciones generales del capítulo I, el artículo 2785 establece que el préstamo se llamará como dato si se trata de una concesión gratuita por tiempo y para objeto determinados del uso de cosa no fungible, con la

obligación de restituir ésta en especie, y que en el caso de que la concesión fuese gratuita o a interés de cosa fungible con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad, el préstamo se llamaría mutuo.

Del análisis del contenido del artículo anterior, podemos observar que el comodato y el mutuo se reglamentan paralelamente, siendo los dos considerados genéricamente como préstamos, con las siguientes diferencias o características:

C O M O D A T O	M U T U O
Se concede el uso	Se transmite la propiedad
Gratuito	Gratuito o a interés
Cosas no fungibles	Cosas fungibles
Tiempo determinado	No se especifica el plazo
Objeto determinado	No se precisa el objeto
Obligación de restituir	Obligación de devolver --
la misma cosa	otro tanto del mismo género y calidad.

En virtud de lo anterior, podemos considerar que el -- Código de 1870 reglamenta al comodato como un préstamo de uso, y al mutuo como un préstamo de consumo, por lo tanto el comodato debe versar sobre cosa no fungible a efecto de poderla usar, y posteriormente restituirla en especie; en el mutuo, por el contrario, se trata de cosas fungibles que se pueden consumir con la obligación de restituir otro tanto del mismo género y calidad.

Tomando en consideración que tanto en el comodato como en el mutuo, la cosa comodada o mutuada se transmite del co

modante o mutuante al comodatario o mutuario, y que estos últimos pueden usarla o consumirla según sea el caso, llegamos a la conclusión que solo pueden dar y recibir en préstamo los que pueden disponer de sus cosas, tal y como lo prevée el artículo 2786 del ordenamiento legal que venimos estudiando.

Es de observarse, que para el comodato, el artículo -- 2785 establece que el préstamo será por tiempo y para objeto determinado, mientras que tratándose del mutuo no hace ninguna observación en este sentido, probablemente por el hecho de que posteriormente hace referencia al plazo de este contrato, y por lo que se refiere al objeto o destino de la cosa, se consideró que carecía de importancia hacer referencia al mismo, tomando en cuenta que la cosa pasa a ser propiedad del mutuario quien por lo tanto puede disponer de ella según convenga a sus intereses.

Por lo que se refiere al término del mutuo, si bien el artículo 2785 del Código Civil de 1870 no dispone nada al respecto, los artículos 2811, 2812, 2813 y 2814 preven cuatro posibilidades y la manera de resolverlas:

1.- Cuando las partes estipulan un plazo (artículo -- 2810).

2.- Cuando no convienen las partes sobre el plazo para la restitución, y el mutuario fuese labrador o percibafitos semejantes de sus tierras (artículo 2811, 2812 y -- 2813).

3.- Cuando se establezca que la restitución se hará en el momento en que el deudor pueda o tenga fondos (artículo 2821).

4.- Todos los demás casos (artículo 2814).

En el supuesto 1, no existe problema alguno en virtud de que las partes convienen el plazo para la restitución.

Por lo que se refiere al supuesto 2, el criterio del legislador atiende a la calidad del mutuario y a la calidad de los bienes mutuados y es así, que en el caso de no haberse estipulado plazo, si el mutuario fuese un labrador, y el préstamo consistiere en cereales u otros productos del campo, la restitución se haría a la siguiente cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos.

El criterio seguido por el legislador a este respecto, nos parece adecuado y justo tomando en consideración las -- circunstancias de esa época, protegiéndose de esta manera -- a la parte débil del contrato, en este caso el labrador, -- persona por lo general humilde, quien se vería en serios -- problemas si se le obligase a efectuar la restitución en -- una época de escasez de determinado producto del campo, máxime si tomamos en cuenta la falta de almacenes y vías de -- comunicación de esos años.

En el caso del supuesto 3, el Código Civil de 1870, -- adopta en cierta forma el criterio del Derecho Justiniano en el cual se consideraba que en el caso de que no su hu-- biere fijado plazo alguno, el Juez podía otorgar al presta



tario un plazo prudencial, pues resultaba incongruente pretender la devolución de lo entregado en préstamo el mismo día o al siguiente de la recepción, y es así como el artículo 2821 dispone que en el caso de haberse pactado que la restitución se hará cuando pueda o tenga medios el deudor, los Tribunales atendiendo a las circunstancias fijarán el tiempo en que deba hacerse.

Por último, en el supuesto 4, el legislador ya no considera necesario tutelar especialmente el interés de alguna de las partes contratantes, y es así como se establece que la obligación de restituir la cosa comienza desde el requerimiento judicial.

Como consecuencia de lo anterior, no obstante que se tratase de un mutuo simple, el artículo 2820 dispone que el mutuario responde del pago de intereses desde que se constituye en mora.

Si continuamos analizando el artículo 2785, nos encontramos que el comodato siempre sería gratuito, mientras que en el mutuo, existe la posibilidad de que se pacten intereses, lo anterior se confirma por lo dispuesto en el artículo 2792 del propio ordenamiento legal, que establece que en el caso de que el comodatario pague alguna cantidad por el uso de la cosa prestada, el contrato dejaría de ser comodato.

Por el contrario, en el mutuo el artículo 2822 permite estipular un interés, bien consista éste en dinero o géneros. A este respecto y a reserva de profundizar en el capí

tulo correspondiente al interés, podemos adelantar que el Código de 1870 establece dos tipos de interés, el legal que fija en el 6% anual, y el interés convencional que las partes fijan a su arbitrio y que puede ser menor o mayor que el interés legal.

Respecto al cobro de intereses sobre intereses vencidos, el artículo 2827 establece la prohibición de cobrarlos, a no ser que expresamente se estipule en el contrato, en el cual deben establecerse los plazos en que deba hacerse la capitalización.

En C.4.32.28 Justiniano dispone que de ninguna manera se exija a los deudores interés sobre los intereses debidos y no pagados.

En lo relativo al pago, el Código de 1870 fija algunas reglas que nos parecen interesantes, y que son las siguientes.

Para el caso de abonos parciales efectuados a mutuo -- con interés, los artículos 2826 y 2828 establecen reglas -- de suma importancia que más adelante en el presente trabajo se abordarán nuevamente. En efecto el artículo 2826 dispone que los abonos se aplicarán en primer término a intereses vencidos, y el sobrante si lo hubiere se imputará al capital.

Por su parte el artículo 2828 reglamenta que el recibo del capital dado sin reserva de intereses, establece a favor del deudor la presunción de haberlos pagado.

Otro aspecto interesante relativo al pago, es el contemplado por los artículos 2817 y 2818 en los cuales se establece que si el mutuario no pudiese restituir el género, satisfará su obligación pagando el valor que la cosa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo a juicio de peritos, siempre y cuando no hubiere estipulación en contrario.

Tratándose de préstamo en dinero, el criterio del --- legislador varió, pues en este caso el mutuario debe entregar la misma especie de moneda recibida y de no poder hacerlo, debe entregar la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor de la especie recibida, es decir, que tratándose de cosas fungibles que no fuesen dinero, se consideraba que las mismas no cambiaban de valor y por lo tanto se tomaba en cuenta el valor que tuvieran a la fecha de otorgado el préstamo, no así la moneda, la cual debería de restituirse al valor que tuviese a la fecha del pago, es decir, dos criterios totalmente opuestos sobre los cuales abundaremos al estudiar nuestra Legislación Civil y Mercantil vigente.

B)- EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1884.- Tomando en consideración que sólo había transcurrido catorce años de la vigencia de la anterior legislación civil, era de esperarse que el Código Civil de 1884 no introdujese sustanciales reformas por lo que se refiere a la reglamentación específica de los contratos, y es así que siguiendo nuevamente los lineamientos en esta materia del Código de Napoleón por lo que se refiere al mutuo, se repiten textualmente los conceptos del Código Civil de 1870, a excepción de la alteración en los numerales, y lo relativo a --

las reglas para el plazo de la restitución, las cuales son ahora agrupadas en tres fracciones del artículo 2686 en lugar de contenerse en los tres artículos siguientes al 2811 del Código que el precedía.

En vista de lo anterior, consideramos agotado por lo - que se refiere al mutuo, el estudio del Código Civil de --- 1884 con lo expuesto en el apartado anterior del presente - trabajo.

## **CAPITULO II**

### **EL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL**

## CAPITULO II

### EL CONTRATO DE PRÉSTAMO MERCANTIL

1.- EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1889. A)- DEFINICIÓN DE PRÉSTAMO. B)- ELEMENTOS. 2.- DIVERSOS TIPOS DE PRÉSTAMO. - - - A)- REGLAMENTADOS POR EL CÓDIGO DE COMERCIO. B)- OPERACIONES REGULADAS POR LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO. 3.- EL PAGO. A)- RESTITUCIÓN DEL BIEN RECIBIDO. B)- LUGAR, EPOCA E IMPUTACIÓN DEL PAGO. 4.- PRÉSTAMOS EN MONEDA EXTRANJERA.

1.- EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1889.- Antes de entrar al estudio de los temas correspondientes al presente capítulo, consideramos conveniente analizar brevemente los aspectos generales de nuestro Código de Comercio vigente, el cual tiene su origen en el Decreto de 4 de junio de 1887,-- que fue publicado en el Diario Oficial de los días 7 al 13 de octubre de 1889 y entró en vigor a partir del año de 1890.

Ante la innegable transformación de la vida mercantil de nuestro país a partir de las fechas antes mencionadas,-- nuestros legisladores han seguido en razón de una conveniencia práctica, un proceso de disgregación, creando un complejo y disperso número de leyes y ordenamientos mercantiles, siendo infructuosos hasta ahora los diversos intentos de crear un Código de Comercio unitario.

Es así como nuestro original Código de Comercio sufrió un desgajamiento de capítulos enteros surgiendo la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley General de -

Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley Sobre el Contrato de Seguro, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, la Ley de Navegación y Comercio Marítimo.

Paralelamente, ante la creciente intervención del Sector Público en el ámbito de la actividad mercantil aparecen la Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional, la de Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, la de Invenções y Marcas, la Ley Monetaria, la Federal de Protección al Consumidor y muchas más.

Como resultado de lo anterior nuestro viejo Código de Comercio se ha visto reducido en su articulado, el cual si bien formalmente es vigente, en gran parte adolece de vigencia material con normas cuya aplicación es impráctica, obsoleta y en no pocas ocasiones injusta.

Por otra parte el creciente número de disposiciones, leyes, reglamentos, decretos e incluso acuerdos del Ejecutivo Federal, complican la normatividad de la actividad mercantil.

Es conveniente aclarar que lo anteriormente expuesto lejos de constituir una crítica, es simplemente un análisis objetivo de la situación actual de la reglamentación de la vida mercantil en nuestro país, pues estamos conscientes que ante el vertiginoso ritmo de las operaciones comerciales, ha sido necesario emitir diversas leyes en respuesta a situaciones coyunturales que exigían su normatividad, llegándose en ocasiones a lamentables incongruencias, de donde resulta -- deseable y urgente la promulgación de un nuevo código que

regna por lo menos las disposiciones fundamentales ahora -- dispersas.

A) DEFINICIÓN DE PRÉSTAMO.- El Código de Comercio vigente no define lo que es contrato de préstamo, simplemente se limita a darnos las características para calificar a un préstamo como mercantil, estableciendo en su artículo 358 - que cuando las cosas prestadas se destinen al comercio (por que así se haya expresado o por que así se desprenda de la finalidad del contrato) el préstamo se reputará mercantil.

En virtud de lo anterior tenemos que recurrir a otras disposiciones legales de carácter mercantil que al disgregarse del actual código como antes dejamos apuntado, podrían acercarnos a una definición legal del préstamo mercantil.

La recién derogada Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, lejos de aportarnos una definición, introdujo un elemento o término distinto al establecer en la Fracción V del artículo 46 Bis 1 relativo a las operaciones que podían realizar las instituciones de Banca Múltiple, la facultad para "...otorgar préstamos ó créditos" es decir consideraba ambos términos como equivalentes e indistintamente los utilizaba en substitución del concepto de mutuo.

En efecto en su artículo 107 Bis disponía que los préstamos y créditos otorgados o recibidos por las Instituciones de Crédito se ajustarían a las disposiciones del Banco de México; más adelante en su artículo 108 establecía que en los casos en que el acreditado ó el mutuario pudiera --



disponer de la suma acreditada o el importe del préstamo... vemos pues que utiliza indistintamente los tres términos antes apuntados préstamo, crédito y mutuo.

La actual Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito en un solo artículo (Art.30) utiliza los términos "préstamo" y "crédito", primero como conceptos diferentes y después como sinónimos, así en su Fracción II menciona "aceptar préstamos y créditos" y en la Fracción VI dispone... "otorgar préstamos o créditos".

Más adelante en su artículo 52 de texto igual al artículo 108 de la anterior Ley Bancaria, vuelve a utilizar los términos acreditado o mutuario y suma acreditada o importe del préstamo.

Por su parte la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito consagra su capítulo IV del Título Segundo a los créditos, y aún cuando en forma constante y generalizada utiliza el concepto crédito, ocasionalmente en sus artículos 324, 328 y 332 recurre al término préstamo como sinónimo de crédito.

En virtud de lo anterior, al no encontrar en la legislación mercantil la definición de préstamo, recurramos a los tratadistas para tratar de definir lo que por tal concepto se entiende.

El licenciado y Notario Público Antonio de J. Lozano, lo define de la siguiente manera :

"Préstamo.- Un contrato por el que una persona entrega a otra graciosamente alguna cosa suya para que se sirva de ella por cierto tiempo". (1) En seguida el licenciado - Lozano considera dos especies de préstamo, el de cosas que pueden usarse sin destruirse (comodato) y cosas que se consumen con el uso (mutuo).

El mismo tratadista define al préstamo mercantil diciendo que es "el contrato por el que se da o entrega a un comerciante alguna cantidad de dinero u otra cosa para que se sirva de ella en actos u operaciones de comercio, con la obligación de restituir otro tanto dentro de cierto tiempo". (2)

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia entre otra definición de préstamo, nos da la siguiente: "denominación contractual genérica que abarca las dos especies de mutuo o simple préstamo y comodato".

Por lo que se refiere al tratadista Luis Muñoz, en una de sus obras se refiere al mutuo como "mutuo o préstamo de consumo" (3), y en otra de sus obras lo llama simplemente "mutuo o préstamo". (4)

- (1) Lozano Antonio de J. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Mexicana. Pág. 996. J. Ballester y Cía. Suc. Editores. México 1905.
- (2) Lozano Antonio de J. Op. Cit. Pág. 997.
- (3) Muñoz Luis. Derecho Comercial. Tomo III Contratos. Pág. 9. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires 1960.
- (4) Muñoz Luis. Derecho Bancario Mexicano. Pág. 342. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1974.

El doctor Francisco Lozano Noriega al tratar el préstamo mercantil se refiere a él como "mutuo mercantil" (5), mientras que el licenciado Ramón Sánchez Medal al tratar las diversas especies de mutuo se refiere a ellas como --- "préstamo gratuito y préstamo oneroso" (6), pero en general utiliza los términos mutuo civil y mutuo mercantil.

Como explicación lógica de la falta de definición en el Código de Comercio, recordemos que al entrar en vigor, regía el Código Civil de 1884, y que supletoriamente a --- falta de disposición eran aplicables las normas del derecho común.

Por otra parte, como quedó analizado en el capítulo anterior, el Código Civil de 1884 reglamentaba al mutuo dentro del título XVI denominado genéricamente Del Préstamo, disponiendo en su artículo 2661 que toda concesión --- gratuita o a interés de cosa fungible con obligación de devolver otro tanto del mismo género o calidad, era un --- préstamo denominado mutuo.

Posteriormente al establecer el Código de Comercio en su artículo primero que "las disposiciones de este Código son aplicables solo a los actos comerciales", y en su artículo segundo ya mencionado, la aplicación supletoria del derecho común, podemos concluir que toda concesión gratuita o a interés de cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto del mismo género o calidad, y que ven

- (5) Lozano Noriega Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos. Pág. 305. Asoc. del Notariado Mexicano A.C. México 1970.
- (6) Sánchez Medal Ramón. De los Contratos Civiles. Pág. 181 Editorial Porrúa, S.A. México 1979.

ga a constituir un acto comercial, será un préstamo mercantil, estableciéndose en el artículo 358 cuando se reputa un préstamo como tal.

La anterior deducción si bien nos da una explicación lógicadel porqué de la falta de definición de préstamo mercantil en el Código de Comercio, viene a crear la siguiente confusión :

Como apuntamos anteriormente el Código Civil de 1884 bajo el término préstamo reglamentaba tanto al comodato como al mutuo, ahora bien esta disposición (artículo 2661) era aplicable supletoriamente al Código de Comercio con fundamento en su artículo segundo, de donde sería válido concluir que el título quinto denominado "Del Préstamo Mercantil", reglamenta tanto al mutuo como al comodato, lo que definitivamente no es correcto, pues del análisis del articulado se desprende que únicamente se refiere al préstamo que el Código Civil ha denominado mutuo, de donde concluimos que la denominación correcta del Título Quinto del Código de Comercio debió haber sido "Del Mutuo Mercantil", de acuerdo a los antecedentes y razonamientos antes expuestos.

De lo anterior, podemos resumir que el término préstamo es más genérico pues abarca tanto al comodato como al mutuo civil y mercantil, y por lo que se refiere a éste último es válido utilizar también el término crédito cuando específicamente se trata de un préstamo de dinero.

En tal virtud, podemos referirnos al préstamo mercan-

til denominándolo mutuo mercantil, y definirlo como el contrato generalmente oneroso por el cual el mutuante se obliga a transferir al mutuario una suma de dinero o de otras cosas fungibles, para destinarse a operaciones o actos de comercio, obligándose éste último, a devolver otro tanto de la misma especie y calidad en un plazo determinado o por determinarse.

B)- ELEMENTOS.- Examinemos en primer término los elementos o requisitos de existencia del préstamo mercantil, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1794 del Código Civil vigente de aplicación supletoria, el cual establece que para la existencia de todo contrato se requiere I.- Consentimiento y, II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

Respecto al consentimiento, el doctor Francisco Lozano Noriega considera que "no existe ninguna regla especial". (7) En este sentido podemos abundar que siendo aplicable de manera supletoria la legislación común, al entrar en vigor el actual Código Civil, el préstamo mercantil pasó al igual que el mutuo civil de ser un contrato real a consensual, que no requiere de la entrega de la cosa para su perfeccionamiento, esta situación por ahora sólo la dejaremos apuntada para más adelante analizarla al estudiar la forma como requisito de validez del contrato.

Por lo que se refiere al segundo de los elementos de existencia del contrato o sea el objeto, el mismo puede consistir en una suma de dinero o cualquier otro bien fun

(7) Lozano Noriega Francisco. Op.Cit.Pág.306.

gible; a este respecto conviene analizar el artículo 763 - del Código Civil, que establece que los bienes muebles son fungibles cuando pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad, de lo cual podemos concluir que un préstamo mercantil nunca podrá consistir en bienes inmuebles.

El tratadista mexicano Rafael Rojina Villegas, citando a Planiol y Ripert, considera que sí es posible encontrar bienes fungibles inmuebles, y citan el ejemplo de una compañía fraccionadora que presenta lotes exactamente iguales por su calidad y extensión y que, por lo tanto, tienen valor equivalente. (8)

En mi concepto en el anterior supuesto, estaríamos ante una permuta o alguna otra figura jurídica similar.

Siendo el mutuo considerado como un préstamo de consumo para diferenciarlo del comodato que es un préstamo de uso, se suele confundir el carácter de bien consumible con el de fungible.

Al respecto el autor Froylán Bañuelos nos dice: "Por bien consumible se entiende aquél que se agota con el primer uso y por fungible, aquél que tiene un poder liberatorio equivalente en los pagos, es decir que en el cumplimiento de las obligaciones tienen igual valor al de otro bien, y, por tanto, puede intercambiarse, ser fungible, es decir fungir el uno por el otro". (9)

- (8) Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Tomo II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Pág. 68, Antigua-Librería Robredo, México 1963.
- (9) Bañuelos Sánchez Froylán, Derecho Mercantil, Pág. 677, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tercera Edición, México 1984.

De lo anterior, se desprende que el mutuo debe recaer sobre bienes fungibles sean o no éstos consumibles, toda vez que puede haber bienes consumibles que sean o no bienes fungibles.

Pasemos ahora a los elementos o requisitos de validez del préstamo mercantil, los cuales encontramos en el artículo 1795 del Código Civil, que nos dice cuales son las causas por las que un contrato puede ser inválido, de donde resulta que estos elementos nos servirán en una interpretación o contrario sensu, para determinar la validez del contrato, y son los siguientes : 1) Capacidad, 2) Consentimiento exento de vicio, 3) Objeto y motivo o fin lícitos, y 4) Forma.

1) **CAPACIDAD.**- El artículo 1798 del Código Civil dispone que "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley"; tratándose de préstamo mercantil, por lo menos una de las partes debe estar actuando como comerciante y para ello debe estar capacitada como tal, estableciendo a este respecto el Código de Comercio en su artículo 5° que "toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quién las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión de comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo". Y, respecto a las prohibiciones - el propio Código Mercantil en su artículo doce, dispone que no pueden ejercer el comercio los corredores, los quebrados no rehabilitados y los condenados por delitos contra la propiedad.

Ahora bien, esta capacidad general es bastante para celebrar contrato de préstamo mercantil?, el Doctor Francisco Lozano Noriega considera que no, pues es necesaria "una -

capacidad especial, la capacidad de disposición respecto de las cosas que son materia del contrato de mutuo". (10)

En efecto, el Código Civil de 1884 en su artículo 2662 establecía que "pueden dar y recibir en préstamo los que -- pueden disponer libremente de sus cosas", recordemos que es ta disposición fue de aplicación supletoria a nuestro Código de Comercio, pero que posteriormente fue derogada por el Código Civil actualmente en vigor, ordenamiento que suprimió esta disposición por considerarla innecesaria al seguir "la técnica de abandonar todas estas cuestiones a la teoría general de obligaciones" (11) y es así que para determinar la capacidad que se requiere para celebrar el contrato de mutuo general, el doctor Lozano Noriega recurre a precisar cuáles son las obligaciones fundamentales de los contratantes, concluyendo que para el mutuante es la obligación de transmitir el dominio de una suma de dinero u otra cosa fungible, y para el mutuario, la obligación de restituir otro tanto de la misma especie, calidad y cantidad, por lo que, además de la capacidad general, los contratantes requieren de la capacidad de disposición como anteriormente apuntamos.

2) CONSENTIMIENTO EXENTO DE VICIO.- Para examinar este segundo elemento de validez, recurramos al artículo 1812 -- del Código Civil de aplicación supletoria, que nos dice que "el consentimiento no es válido si ha sido dado por error, -- arrancado por violencia o sorprendido por dolo".

Si bien es cierto que analizamos que el consentimiento es un elemento de existencia, este consentimiento debe-

(10) Lozano Noriega Francisco.Op.Cit.Págs.308-309

(11) Lozano Noriega Francisco.Op.Cit.Pág. 308



estar exento de vicios, requisito que viene a ser elemento de validez del contrato. Al respecto recordemos que si falta un elemento de existencia (en este caso el consentimiento) el contrato será inexistente y no producirá efecto legal alguno, no siendo susceptible de validarse por confirmación ni prescripción, pudiendo invocarse su inexistencia -- por todo interesado (artículo 2224 del Código Civil).

Por el contrario, los vicios en el consentimiento -- error, violencia, dolo -- producen sólo la nulidad realtiva (artículo 2228 del Código Civil) y por tanto, su nulidad -- sólo puede invocarse por el que ha sufrido esos vicios del consentimiento (artículo 2230 del Código Civil) y, el contrato puede ser confirmado al cesar el vicio del consentimiento (artículo 2233 del Código Civil) o bien, se extingue la acción de nulidad por el cumplimiento voluntario, pago o novación (artículo 2234 del Código Civil).

En síntesis, en el préstamo mercantil como en todo contrato, como elemento de validez encontramos que el consentimiento debe estar exento de error, violencia o dolo, y la presencia de ellos, produce la nulidad relativa, la cual -- permite que el contrato produzca siempre provisionalmente -- sus efectos, y desaparece esta nulidad relativa por confirmación o prescripción.

3) OBJETO Y MOTIVO O FIN LICITOS.- El objeto del contrato de préstamo mercantil como elemento de existencia, ya lo examinamos y se estableció que es la suma de dinero o de otras cosas fungibles, ahora bien, este objeto conforme al artículo 1825 del Código Civil debe existir en la naturaleza

za, ser determinado o determinable en cuanto a su especie, - y estar en el comercio. La falta de estos requisitos de validez, producirá la nulidad ya absoluta, ya relativa según disponga la ley (artículo 2225 del Código Civil).

Igualmente se producirá la nulidad cuando el motivo o fin determinado de la voluntad sea ilícito (artículo 1831 - del Código Civil).

Como característica especial del préstamo mercantil, - encontramos que el objeto, no como elemento de existencia - del contrato, sino de validez del mismo, debe destinarse a actos de comercio. En efecto, el artículo 358 del Código - de Comercio dispone que cuando el préstamo se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinarán a actos de comercio, y no para necesidades ajenas a éste, dicho préstamo se reputará mercantil, es decir, el mo tivo ó fin debe estar encaminado a una actividad comercial.

4)- FORMA.- El artículo 1832 del Código Civil, establece que en "los contratos civiles cada uno se obliga en la - manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley". Pero este artículo no es de aplicación supletoria toda vez que el Código de Comercio tiene una disposición expresa a este respecto en su artículo 78 que dispone que "en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de for malidades o requisitos determinados".

Tal parece que la anterior disposición va más allá de su similar en el Código Civil, al suprimir toda formalidad en los contratos mercantiles, pero más adelante el Artículo 79 establece dos excepciones a lo dispuesto por el precepto anterior y que son : Fracción I "los contratos que con arreglo a este Código u otras Leyes deban reducirse a escrituras o requieran formas o solemnidades necesarias -- para su eficacia "y Fracción II" los contratos celebrados en país extranjero que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no los exija la ley mexicana".

Continúa apuntando este artículo que, "en uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio".

En este mismo sentido, el autor Ramón Sánchez Medal, estima "que el mutuo es un contrato consensual en oposición a formal, dado que no es necesaria la firma de ningún documento, ni llenar ninguna otra formalidad para la celebración de este contrato" (12) apreciación que si bien la consideramos válida para el mutuo civil, no la estimamos del todo afortunada tratándose del préstamo mercantil en el -- que en algunos casos, sí se requiere de ciertas formalidades para su celebración como sería el caso de préstamo de títulos o valores nominativos los cuales sería necesario endosar y en algunos casos su inscripción correspondiente en el registro del emisor.

(12) Sánchez Medal Ramón. Op.Cit.Pág.184.

Por lo tanto, tratándose del préstamo mercantil, estimamos que en algunos casos será necesario cumplir con determinadas formas para la eficacia del contrato, pues de lo contrario estaríamos ante la nulidad relativa que establece el artículo 2228 del Código Civil, la cual como hemos visto anteriormente, permite que el acto produzca provisionalmente sus efectos generando acción para que cualquiera de los interesados pueda exigir que el acto se otorgue en la forma prescrita por la ley (artículo 2232 del Código Civil) y así, una vez satisfecho este requisito de validez, estar en posibilidad de que el acto produzca las obligaciones y las acciones en juicio a que se refiere la parte final del artículo 79 del Código de Comercio.

2).-DIVERSOS TIPOS DE PRÉSTAMO.- Tratándose del mutuo civil, es válido mencionar que existen dos tipos de mutuo, el simple y el mutuo con interés, clasificación que en estricto sentido no podemos aplicar al préstamo mercantil, - pues si bien es cierto que conforme a lo previsto por el artículo 358 del Código de Comercio el carácter mercantil del préstamo no lo da el afán de lucro, la utilidad o el carácter oneroso del contrato, sino la finalidad y la calidad de sus contratantes, pero no es menos cierto que en última instancia la finalidad de todo acto mercantil es precisamente el de la especulación comercial con fines de lucro, y por lo tanto, el préstamo mercantil debe considerarse por su naturaleza propia un mutuo con interés.

En virtud de lo anterior, si pretendemos analizar los diversos tipos de préstamo mercantil debemos dar por descontado que todos ellos son préstamos por regla general con interés, la excepción sería el caso contrario.

Bajo esta premisa, analicemos en primer término cuáles son los tipos de préstamo mercantil que podemos derivar del estudio de nuestro Código de Comercio vigente.

A)- PRÉSTAMOS REGLAMENTADOS POR EL CÓDIGO DE COMERCIO.- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 359 del Código de Comercio, de acuerdo al objeto materia del contrato, podemos clasificar tres tipos de préstamo mercantil: - 1.- El Préstamo de Dinero, el cual también puede convenirse que su pago sea en moneda extranjera, 2.- Los Préstamos de Títulos o Valores y 3.- Los Préstamos en Especie.

En el primer caso, el deudor pagará devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente, al tiempo de hacerse el pago, y si se pacta este pago en moneda extranjera, la alteración que experimente en valor, será en daño o beneficio del prestamista. Sobre este tema abundaremos en el apartado siguiente del presente capítulo.

En el segundo caso, pagará el deudor devolviendo otros tantos (títulos o valores) de la misma clase o idénticas condiciones, o sus equivalentes, si aquéllos se hubiesen extinguido salvo pacto en contrario.

Por último en el tercer caso, deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido la especie debida.

Consideramos importante destacar dos aspectos del con

tenido del artículo 359 antes analizado, el primero de --- ellos consiste precisamente, en confirmar el carácter oneroso del préstamo mercantil, es decir, que el concepto interés está implícito en esta clase de préstamos.

En efecto, tratándose de préstamos de dinero, se destaca que el pago se hará conforme a la ley monetaria vigente al tiempo de hacerse dicho pago, y si el pago ha de realizarse en moneda extranjera, la alteración dañará o beneficiará al prestador es decir, se deduce que en ambos casos moneda nacional o extranjera, habrá una variante que lógicamente aún cuando no se reconozca, deberá beneficiar al prestador.

Asimismo, en los préstamos de títulos o valores se -- habla de devolver otros tantos o su equivalente salvo pacto en contrario, y por último en los préstamos en especie -- también se reglamenta que se devolverá igual cantidad de no mediar pacto en distinto sentido.

De lo anterior, podemos concluir que en los tres casos implícitamente se está reconociendo que el deudor deberá devolver algo adicional a lo recibido, argumento que se ve reforzado por lo dispuesto por el artículo 361 que establece que "toda prestación a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputará interés".

Enseguida el artículo 362 dispone que los deudores -- que demoren el pago deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento, el interés pactado o en su defecto -- el 6% anual.

El otro aspecto a destacar, consiste en el amplio criterio del juzgador para que el deudor se libere de su obligación, facultándolo en todos los casos a entregar bienes equivalentes o su valor en efectivo, porque si bien es cierto que nadie está obligado a cumplir lo imposible, desde la Legislación Romana hasta nuestros antecedentes en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 se apegaban al principio fundamental del mutuo de regresar siempre otro tanto de la misma especie y calidad, y sólo como excepción se permitía una -- sustitución.

La explicación a esta liberalidad de nuestro Código de Comercio vigente, la encontramos en la necesidad propia de la actividad comercial que requiere día a día de mayor flexibilidad que agilice las transacciones entre comerciantes.

B)- OPERACIONES REGULADAS POR LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO.- Independientemente de los anteriores tipos de préstamo mercantil deducidos de la regulación del Código de Comercio, y específicamente dentro de -- los préstamos de dinero y de títulos o valores, podemos encontrar otra diversidad de tipos o especies de préstamos -- mercantiles, regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que aún cuando revisten numerosas modalidades, podemos aplicar a estas operaciones por lo general bancarias, el esquema estructural del contrato de préstamo-mercantil.

Bajo estos precedentes, analizaremos enseguida en forma breve, las diversas operaciones de crédito reguladas -- por el Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, aclarando que nuestra intención no es -- la de profundizar en el estudio de estas operaciones, sino concretarnos a estudiar en cuáles de ellas y en qué medida-

están presentes las características esenciales del préstamo mercantil.

**EL REPORTO.**- Operación reglamentada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en los artículos 259 al 266 y que básicamente podemos definir en los siguientes términos : Contrato por medio del cual el reportador adquiere mediante el pago de un precio, la propiedad de títulos de crédito, con la obligación de transferir otros tantos en la misma especie al reportado contra el reembolso del mismo -- precio más un premio o comisión.

Nuestro artículo 259 LGTOC, no indica expresamente de quién adquiere el reportador los títulos de crédito, pero la doctrina y el derecho internacional nos indican que son adquiridos del propio reportado.

En efecto, el autor Pedro Mario Giraldi se apega en tal sentido al Código Civil Italiano y nos indica que "el reportado transfiere en propiedad al reportador títulos de crédito de una determinada especie, por un determinado precio, y el reportador asume la obligación de transferir al reportado, al vencimiento". (13)

En virtud de lo anterior, existe una doble transmisión de la propiedad, es decir, estamos ante un caso de pacto de retroventa, operación prohibida por el artículo 2302 del Código Civil, pero la respuesta la encontramos en la auténtica finalidad del reporto, y así observamos que el reporta-

(13) Giraldi Pedro Mario. Introducción al Estudio de los -- Contratos Bancarios. Pág.53. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1963.



do para adquirir una suma de dinero, transfiere en propiedad títulos de crédito que en última instancia van a cumplir una función de garantía, el reportador por su parte no busca la adquisición de los títulos sino la concesión o colocación de un crédito por lo que se compromete a retrasarmitirlos contra reembolso del mismo precio más un premio que en esencia viene a ser el interés, de acuerdo con el artículo 361 del Código de Comercio.

En consecuencia, el autor Angelo Aldrighetti atendiendo a la finalidad, considera que "el contrato de reporto pasa de ser un contrato de anticipo, o sea, un préstamo con garantía prendaria." (14)

La anterior teoría, ha sido atacada porque en el reporto se transfiere la propiedad de los títulos lo que no sucede en la prenda.

Los autores que consideran al reporto como una doble-compraventa, no toman en cuenta que mientras la compraventa es un contrato consensual, el reporto sólo se perfecciona con la entrega de los títulos, por otra parte en la compraventa el comprador adquiere todos los beneficios y frutos de la cosa, mientras que en el reporto, los dividendos o intereses que se paguen sobre los títulos durante el reporto, serán acreditados al reportado (artículo 262 LGTOC) en vista de lo anterior, podemos concluir que se trata de un contrato sui generis no siendo identificable plenamente con otras figuras contractuales, pero que en su finalidad-

(14) Aldrighetti Angelo. Técnica Bancaria. Versión Española de Felipe J. Tena y Roberto López. Pág. 81. Fondo de Cultura Económica. Cuarta Edición. México 1956.

y principalmente en la práctica, viene a constituir un medio para que las Instituciones de Crédito otorguen créditos a sus clientes utilizando todos los cajones que las autoridades hacendarias determinan para sus operaciones crediticias.

**EL DEPOSITO.**- La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, reglamenta tres tipos de depósito: el depósito bancario de dinero, el depósito bancario de títulos y el depósito de mercancías en almacenes generales.

Antes de entrar al punto que nos ocupa, es preciso -- recurrir al artículo 2516 del Código Civil que nos dice : "el depósito es un contrato por el cual el depositario se obliga hacia el depositante a recibir una cosa, mueble o inmueble, que aquél le confia, y a guardarla para restituir la cuando la pida el depositante".

Es decir, que el depósito denominado "regular" implica la entrega de una cosa mueble o inmueble con la obligación para el depositario de conservarla y restituirla, pero surge el problema de saber qué sucede cuando el objeto del depósito es un bien fungible o consumible.

A este respecto, las Legislaciones y la Doctrina, consideraron que era posible mantener el esquema del depósito substituyendo la obligación principal del depositario de devolver el mismo bien por la de devolver un tanto o cantidad equivalente de bienes de la misma especie y calidad, calificando estos depósitos con el nombre de "depósitos -- irregulares" los cuales se caracterizan porque el deposita-

rio adquiere la propiedad de los bienes que recibe, puede disponer libremente de ellos y su obligación se reduce a devolver una cantidad equivalente.

En materia crediticia estos depósitos irregulares vienen a constituir la principal fuente de recursos de las -- Instituciones de Crédito de Banca Múltiple las que mediante esta función intermediadora, pueden captar depósitos de sus clientes, los que reciben en propiedad y por lo tanto pueden disponer de ellos, colocando créditos y obteniendo así un lucro que les permite en primer término cumplir con la obligación de restituir los depósitos, y operar además dentro de un marco financiero sano con el fin de cubrir -- sus gastos de operación y obtener un remanente como utilidad.

Por otra parte, en el artículo 332 del Código de Comercio se establece que el depósito se estimará mercantil si las cosas depositadas son objeto de comercio o si se hace a consecuencia de una operación mercantil.

Se trata de un contrato oneroso y se constituye mediante la entrega de la cosa (artículos 333 y 334).

Si el depósito es de numerario con especificación de las monedas que lo constituyen, los aumentos y bajas que su valor experimente serán a cuenta del depositante (Art. 336).

Por último el artículo 338 del Código de Comercio, - a nuestro juicio el más importante sobre este tema por re-

ferirse a los depósitos irregulares que reglamenta la Ley - General de Títulos y Operaciones de Crédito que estamos analizando , dispone : "Siempre que con asentimiento del depositante dispusiese el depositario de las cosas que fuesen objeto del depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario, surgiendo - los del contrato que se celebrare".

Existen numerosas opiniones en el sentido de que el depósito irregular más que un depósito es un contrato de mutuo, bástenos para ello analizar las definiciones de ambos contratos y encontrar puntos fundamentales comunes como son el hecho de entregar cosas fungibles con la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

No obstante lo anterior, trataremos de encontrar en cada caso previsto por nuestra ley los elementos que permitan diferenciar estas operaciones de crédito del préstamo-mercantil.

En primer término si analizamos el contrato de depósito bancario de dinero a la vista, encontramos que mientras en el préstamo mercantil existe un plazo en favor del prestatario o mutuario para la devolución, (treinta días en caso de no haberse pactado plazo, artículo 360 del Código de Comercio) mientras que en el depósito a la vista, la devolución es exigible en cualquier momento.

Asimismo, según hemos analizado anteriormente, el préstamo mercantil es naturalmente remunerado, quien presta --

una suma de dinero recibe a cambio un interés por regla general, en cambio en los depósitos bancarios a la vista no existe de ordinario una remuneración en favor del depositante salvo casos excepcionales, encontrándose así una clara diferencia con el préstamo mercantil.

Pero tratándose de depósitos bancarios de dinero a término y con remuneración en favor del depositante, las diferencias con el préstamo mercantil se tornan más sutiles, y son las siguientes :

En primer lugar, encontramos la diferencia en las tasas de interés. En efecto, la remuneración recibida por el depositario es inferior por regla general a la tasa que el mismo banco aplica a los préstamos que otorga, tasa que es fijada de acuerdo al costo porcentual promedio de captación de dinero (C.P.P.) más un margen financiero de utilidad.

La segunda diferencia la encontramos en el hecho de que generalmente el préstamo mercantil se realiza a instancia del mutuario, en cambio en el depósito bancario es a instancia generalmente del depositante, es decir, la finalidad de las operaciones es distinta, el mutuario, recurre al banco por que necesita una cantidad de dinero y por ello paga un interés, mientras que en el depósito bancario de dinero, generalmente no es el banco el que tiene una imperiosa necesidad de recibir el dinero, aún cuando pueda utilizarlo con ventajas, por el contrario es el depositante el que busca la custodia de su dinero más una utilidad que le permita por lo menos conservar el valor del poder adquisitivo del mismo.

Como puede observarse estas diferencias son en extremo sutiles, por lo que no puede negarse la cercanía conceptual que existe entre ambas figuras.

Por lo que se refiere a los depósitos bancarios de títulos, al establecer el artículo 276 LGTOC, la posibilidad de que el depositante autorice al depositario a disponer de los títulos, es decir, al transferirle la propiedad de los mismos, en mi concepto nos apartamos totalmente del depósito irregular y entramos de lleno al préstamo mercantil previsto en el segundo párrafo del artículo 359 del Código de Comercio que reglamenta precisamente los préstamos mercantiles de títulos o valores, no encontrando nosotros ninguna diferencia entre ambas operaciones, a no ser el hecho de que en el préstamo mercantil de títulos o valores el Código de Comercio no establece limitación alguna respecto a la naturaleza de los celebrantes, y por el contrario la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito sí presupone que el depositario sea un banco.

Por último, respecto al depósito de mercancías en almacenes generales al facultar el artículo 281 LGTOC, a los almacenes para recibir bienes genéricamente designados con obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad, nos encontramos nuevamente ante una figura de gran similitud con el préstamo mercantil cuyas únicas diferencias las podemos encontrar en los conceptos expuestos en líneas anteriores.

**EL DESCUENTO DE CREDITOS EN LIBROS.** - Antes de entrar al estudio de los preceptos que a este respecto contiene -

nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, - analicemos en sí lo que es el descuento mercantil, al cual podemos definir como el contrato mediante el cual una Institución de Crédito (el artículo 290 LGTOC limita a ellas la celebración de estas operaciones) entrega una suma de dinero al descontatario mediante la transferencia como con traprestación de un crédito no vencido a cargo de un terce ro.

Para explicar la naturaleza jurídica del descuento, - algunos autores sostienen que se trata de una simple cesión de crédito, limitándose la Institución de Crédito a pagar el precio del crédito adquirido, teoría que no se considera procedente toda vez que la finalidad del banco no es la de adquirir un crédito a cargo de un tercero sino la de co locar un crédito en función de un interés que viene a repre sentar precisamente la tasa de descuento y el título adqui rido no viene a ser más que una garantía a la restitución del crédito otorgado.

Otra tesis es la que pretende sostener que el descuen to implica la celebración de una compraventa, limitándose el banco a pagar el precio del crédito, esta posición en el fondo es idéntica a la anterior y por lo tanto sujeta a las mismas críticas.

La teoría más aceptada y por lo tanto más extendida es la que sostiene que el descuento es un crédito en segundo grado a diferencia del mutuo que es en primer grado. Es de cir, el banco otorga un crédito sobre el que a su vez el des contatario había concedido a un tercero, o sea una ope-

ración compleja compuesta de un mutuo más un negocio de garantía consistente en la transmisión de un derecho de crédito.

Por lo anterior, podemos sostener que el descuento -- consiste en un préstamo mercantil con garantía pero no --- prendaria, sino derivada de la transmisión de un crédito - vigente.

Nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su artículo 288 reglamenta una modalidad muy peculiar que es el descuento de créditos en libros, es decir que -- los créditos no figuran en títulos a cargo del deudor del - descontador, sino que aparecen en sus libros, créditos que el banco descuenta mediante una mera ficción.

Incluso la Ley Reglamentaria del Servicio Público de - Banca y Crédito, en su artículo 54 faculta a las Institucio - nes de Crédito para recibir en prenda estos créditos en li - bros, con base en lo dispuesto por la fracción VIII del ar - tículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de - Crédito.

En efecto, se trata de un acuerdo entre banco y clien - te que no es oponible al deudor de éste último, y es preci - samente el descontatario o descontado quien se obliga a co - brar la deuda considerándose para tal efecto como mandata - rio del descontador (artículo 289 LGTOC).

Esta figura del descuento de créditos en libros, por - el exceso de condiciones que requiere para su perfecciona -



miento, lo escueto de su reglamentación en nuestra ley y lo impráctico que resulta su aplicación, viene a ser una de las figuras que poco uso tienen en la práctica bancaria de nuestro país.

**LA APERTURA DE CREDITO.**-Establece el artículo 291 --- LGTOC que "en virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante -- las sumas que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen".

Por otra parte el tratadista Messineo, considera la apertura de crédito como "la posibilidad dada al acreditado de acudir al patrimonio del acreditante, hasta concurrencia de una suma determinada". (15)

De la lectura del anterior precepto, y de la definición apuntada, se desprende en primer término que el acreditante se compromete con el acreditado a concederle o --- bien un crédito de dinero o bien lo que la doctrina denomina un crédito de firma.

Asimismo, encontramos la característica de que esta -

(15) Messineo Francesco. Operaciones de Bolsa y de Banca. -- Versión Española de R. Gay de Montellá. Págs. 299 y 300. Bosch, Casa Editorial Barcelona 1954.

disposición de crédito o de firma es por cierto tiempo, -- hasta un monto determinado y hasta cierto plazo según se haya convenido.

Por último, encontramos que el acreditado además de la restitución, debería remunerar al acreditante mediante el pago de intereses, prestaciones, gastos y concesiones que se estipulen.

De lo anterior, se desprende que la razón propia de este contrato es la posibilidad del acreditado de obtener un crédito de dinero o de firma dentro de cierto tiempo, y por un monto determinado es decir, mediante él, satisface una expectativa y es precisamente esta característica de disponibilidad la razón de ser de la apertura de crédito.

Precisamente esta característica, nos permite diferenciar a la apertura de crédito del préstamo mercantil -- toda vez que en la primera figura se tiende a satisfacer necesidades eventuales y futuras, y en el préstamo lo usual es satisfacer necesidades actuales.

Es normal en las operaciones mercantiles que el comerciante en un futuro más o menos cercano, prevea tener necesidades de disponer de una suma de dinero o de un crédito de firma, y por lo tanto, le resulta conveniente tener la seguridad de poder disponer de ese crédito llegado el momento, pero también debe considerar que no es conveniente empezar a pagar intereses antes de que realmente utilice el crédito y es precisamente en estos casos cuan-

do al comerciante le conviene celebrar el contrato de apertura de crédito y no un préstamo mercantil.

Para tratar de explicar la naturaleza jurídica de la apertura de crédito, algunos tratadistas consideran que en realidad se trata de un contrato de mutuo.

En la época cuando a nuestro Código de Comercio se -- aplicaba supletoriamente el Código Civil de 1884, ésta tesis no tendría aplicación puesto que el mutuo era considerado un contrato real, y la entrega del dinero era requisito esencial para el nacimiento del contrato, mientras que la apertura de crédito es de carácter consensual.

Con la entrada en vigor del Código Civil de 1928, podría considerarse que la tesis en cuestión tomara validez de nuestro derecho al tornarse el contrato de mutuo en un contrato consensual, en el que el mutuante al igual que el acreditante, se obliga a entregar una suma de dinero al mutuario o acreditado.

Pero no debemos olvidar que la apertura de crédito -- consiste no sólo en poner a disposición del acreditado un crédito de dinero, sino también un crédito de firma, y en éste último caso no hay desembolso de dinero ni puede haberse de entrega de bien fungible alguno, en tal virtud -- la tesis no es del todo satisfactoria.

Se habla también de considerar a la apertura de crédito como un contrato preliminar o preparatorio de otros contratos definitivos que deben celebrarse entre las partes.

Por nuestra parte nos inclinamos más a aceptar la postura del tratadista Italiano Messineo, de considerar que - "se trata de un contrato definitivo que se perfecciona por el simple acuerdo de las partes, generalmente oneroso, del cual surge una disponibilidad a favor del acreditado". (16)

**LA CUENTA CORRIENTE.**- Este contrato es reglamentado - en nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en sus artículos 302 al 310; consideramos por nuestra parte que la expresión cuenta corriente crea algunas confusiones, pues se utiliza el término tanto para representar una realidad contable como para identificar una relación jurídica.

Por lo que se refiere a la materia contable, vemos -- que los comerciantes están obligados a llevar una contabilidad mercantil (artículo 33 y siguientes del Código de -- Comercio) ahora bien, en cuanto exista una relación con un cliente y ésta afecte una cuenta con abonos y cargos, puede decirse en lenguaje contable, que existe una cuenta --- corriente.

Al respecto el tratadista Giraldi, nos dice "en sentido amplio cuenta corriente es, pues, una cierta manera de anotar, entre el debe y el haber, las relaciones económicas y términos de duración que mantienen dos personas. Se trata de una cuenta que registra una serie continuada de - operaciones y que no se cierra, que se considera siempre - abierta y que, por lo tanto, hasta su clausura no arrojará

(16) Messineo Francesco.Op.Cit.Pág.321.

sino resultados provisorios." (17) Ahora bien desde el punto de vista comercial y principalmente bancario, puede surgir también la confusión en una cuenta corriente simple y una cuenta corriente bancaria, esta última denominada en nuestro medio cuenta de cheques,

Los artículos antes citados de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, se refieren a la cuenta corriente como contrato mercantil, en virtud del cual los cargos y abonos derivados de las remesas recíprocas de las partes, pierden su individualidad y exigibilidad que les es propia, para confundirse dentro de una masa contable cuyo resultado obligacional sólo se conocerá al vencimiento de la cuenta o al corte de la misma cada seis meses, o según lo hayan previsto las partes. (artículo 308 LGTOC).

Joaquín Rodríguez Rodríguez considera que: "El crédito en cuenta corriente, ahorra tiempo, gastos y numerario en el tráfico comercial y ha llegado a ser uno de los contratos básicos del comercio moderno". (18)

Estimamos que por ser una relación permanente de negocios y no conocerse en teoría quién resultará deudor y quién acreedor este contrato es poco utilizado en forma autónoma, recurriéndose a la apertura de crédito antes estudiada bajo la modalidad de la cuenta corriente prevista en el artículo 292 LGTOC.

(17) Giraldi Pedro Mario, Cuenta Corriente Bancaria y Cheques. Pág. 42. Editorial Astrea, Buenos Aires 1973.

(18) Rodríguez Rodríguez Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II. Pág. 104. Décima Edición, Editorial Porrúa, S.A. México 1972.

Precisamente en esta modalidad compuesta de apertura - de crédito en cuenta corriente, encontramos la tarjeta de - crédito como la figura crediticia más relevante de los últi - mos años, y que ha adquirido un gran desarrollo en la moder - na sociedad de consumo.

La relación que surge entre el banco emisor de la ter - jeta, y el cliente usuario de la misma, puede considerarse - un contrato de apertura de crédito bajo la modalidad de - - cuenta corriente, toda vez que la institución bancaria se - compromete a conceder un crédito rotatorio a su cliente por un monto y tiempo determinado, mediante el pago a terceros - que presentan los comprobantes suscritos por el usuario de - la tarjeta.

La tarjeta de crédito presenta ciertas características particularmente interesantes que resulta conveniente analizar aún cuando sea en forma breve: la apertura de crédito, - es decir, la disponibilidad a favor del cliente solo puede - ser utilizada para la adquisición de bienes o servicios ante un grupo de terceros previamente designados por el banco emisor, o sea los establecimientos afiliados al sistema.

Los establecimientos afiliados no conceden el crédito - a los tenedores, sino el banco emisor, limitándose el esta - blecimiento a realizar la venta sin recibir el pago en efec - tivo, contra la firma del comprobante, del cual tiene la cer - teza le será cubierto su importe por el banco emisor, insti - tución que recibe del cliente el pago de intereses por el - - crédito que otorga, aún cuando generalmente concede un plazo de gracia libre de intereses independientemente de cobrar co - misión al establecimiento afiliado y gastos de emisión al - tarjetahabiente.

**LAS CARTAS DE CREDITO.**- En ocasiones se suele confundir la presente operación de crédito prevista en la Sección Tercera del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, con las denominadas cartas de crédito comercial, figura a la que nos referiremos más adelante.

En efecto, la carta de crédito reglamentada por los artículos 311 al 316 LGTOC, la doctrina la denomina carta-orden de crédito para diferenciarla precisamente de la carta de crédito que surge del contrato de crédito documentario.

El tratadista colombiano Rodríguez Azuero nos dice al respecto : "La carta orden de crédito puede entenderse como el contrato mediante el cual el dador es decir, el banco en nuestro caso, se obliga a formular una invitación a un destinatario para que éste pague al tomador o beneficiario hasta cierta cantidad de dinero y dentro de un plazo preciso y determinado". (19)

El artículo 313 LGTOC preve la posibilidad de que el tomador deje en poder del dador, el importe de la carta, - en este caso no podemos decir que exista propiamente un crédito, sino que en este caso será una simple transferencia de fondos la que se realice entre el dador y el destinatario, fondos que desde luego fueron aportados por el tomador.

Solo en el caso de que el tomador no provea al dador-

(19) Rodríguez Azuero Sergio. Contratos Bancarios. Pág. 326. Segunda Edición. Federación Latinoamericana de Bancos. Bogotá 1979.

previamente de fondos, estaremos en presencia de un crédito de firma.

Esta figura ha ido cayendo en desuso, por no implicar siempre un crédito como antes hemos visto, y ha sido substituida por figuras de mayor actualidad como las ordenes de pago o los cheques de viajero que vienen a eliminar uno de los principales inconvenientes de la carta orden de crédito que consiste precisamente en la carencia de derecho alguno en contra del destinatario.

**EL CREDITO CONFIRMADO.**- Esta figura la doctrina la estudia en los denominados créditos documentarios, y si bien es cierto que en nuestra legislación su reglamentación es escueta, el desarrollo e importancia que actualmente tiene esta figura en nuestro medio económico, se debe a su utilización en operaciones de comercio exterior, y es precisamente en ese ámbito en donde el contrato ha adquirido su perfeccionamiento y completa reglamentación, mediante la compilación de reglas y usos efectuada por la Cámara de Comercio Internacional que se conoce bajo el nombre de Reglas y Usos Uniformes, o sus siglas R.U.U.

Precisamente en las disposiciones generales y definiciones de las citadas Reglas y Usos Uniformes se establece: "Inciso B. En estas disposiciones, definiciones y artículos las expresiones, créditos documentarios y créditos que se emplean significan todo convenio, cualquiera que sea su denominación o descripción, en virtud del cual un banco emisor, obrando a petición y de conformidad con las instrucciones de un cliente (ordenante), se obligará a : 1) Efec-



tuar un pago a un tercero (beneficiario) o a su orden, o -- pagar, aceptar o negociar las letras de cambio que libre el beneficiario, o 2) Autorizar que tales pagos sean efectuados o que tales giros sean pagados, aceptados o negociados por otros banco, contra entrega de los documentos exigidos, --- siempre y cuando los términos y condiciones del crédito se hayan cumplido". (20)

No siendo la finalidad última de este trabajo profun-- dizar en los diferentes contratos mercantiles, bástenos decir que las diferentes teorías que han pretendido dar fundamento jurídico a los créditos documentarios, ninguna de --- ellas lo refiere al préstamo mercantil y por lo tanto no -- ahondaremos mayormente en ellas, y sólo apuntaremos que al respecto existe la teoría del mandato, considerando que el dador de la carta de crédito recibe un encargo del ordenante o mandante de efectuar determinado pago.

A esta tesis parece adherirse nuestra Ley General de - Títulos y Operaciones de Crédito al establecer en su artícu lo 319 que serán aplicables en cuanto a la responsabilidad del acreditante, las reglas del mandato.

Existen también otras teorías como la de la cesión de crédito y la estipulación a favor de un tercero.

Para el tratadista mexicano Joaquín Rodríguez Rodríguez el crédito confirmado reglamentado por nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, es efectivamente un -- crédito documentario y al respecto apunta: "los anteceden--

(20) Rodríguez Azuero Sergio.Op.Cit.Pág.406.

tes de los preceptos mexicanos revelan inequívocamente que se trata de créditos documentados". (21)

El tratadista de referencia considera que estamos ante un contrato de apertura de crédito en el que el acreditado no recibe su importe, ya que el mismo se entrega a un tercero contra la entrega de los documentos representativos.

Por nuestra parte consideramos más adecuada la teoría del título valor expuesta por Kozolchik quién sostiene que se trata de un negocio formal y abstracto "facilita la circulación de bienes y servicios, mostrando grandes similitudes con la función económica del dinero, como sucede, en general, con los títulos valores de contenido crediticio". (22)

Para reforzar este argumento, consideramos conveniente citar el caso de los formatos impresos de cartas de crédito comercial que utilizan actualmente las instituciones nacionales de crédito, y en los cuales se establece que dichos documentos aunados a la certificación del contador, serán títulos ejecutivo con base en lo dispuesto por el artículo 113 en relación con el 108 de la Ley General de Instituciones de Crédito, disposiciones que actualmente corresponde al artículo 52 de la Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito.

#### CREDITOS DE HABILITACION O AVIC Y REFACCIONARIOS.- --

Nuestra legislación trata ambos contratos de manera conjunta, y también así los analizaremos nosotros.

(21) Rodríguez Rodríguez Joaquín. Op. Cit. Pág. 96.

(22) Kozolchik Boris. El Crédito Documentario en el Derecho Americano. Pág. 728. Editorial Cultura Hispana. Madrid -- 1973.

En primer término podemos decir que en rigor estamos ante un caso de préstamo mercantil de dinero, que adquiere características propias por el destino del importe del crédito, y por las garantías naturales del mismo.

En sí, pueden revestir la forma propia del préstamo mercantil, es decir, la obligación de transferir una suma de dinero al acreditado quien se obliga a restituirla, pero además a invertirla en determinado fin y a garantizar el cumplimiento de su obligación. También puede combinarse con la apertura de crédito estudiada anteriormente, gozando en este sentido el acreditado de una disponibilidad y el acreditante va efectuando los desembolsos en la medida de los requerimientos del acreditado. (Art. 325 LGTOC).

De acuerdo a lo previsto por el artículo 321 LGTOC en el crédito de habilitación o avío, deberá invertirse su importe en la adquisición de las materias primas y materiales así como al pago de jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de la empresa de que se trate.

Por su parte en el crédito refaccionario, el acreditado queda obligado a invertir su importe en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado, 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 o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa de la acreditada. También podrá pactarse que parte del importe se destine a-

cubrir responsabilidades fiscales o pagos de adeudos en -- que hubiese incurrido el acreditado por gastos de explotación o por la compra de bienes muebles o inmuebles, siempre que los actos u operaciones de que procedan tales adeudos-- hayan tenido lugar dentro del año anterior a la fecha del contrato. (artículo 323 LGTOC)

Por lo que se refiere a las garantías, los créditos - de habilitación o avío quedan garantizados con las materias primas y materiales adquiridos así como con los frutos, pro ductos o artefactos que se obtengan con el crédito (artículo 322 LGTOC).

Los contratos refaccionarios a su vez, quedan garan--- tizados simultánea o separadamente, con las fincas, cons-- trucciones, edificios, maquinaria, etc., o con los frutos-- o productos de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo. (artículo 324 LGTOC)

Existen desde luego otras prerrogativas para los acre ditantes en compensación a los beneficios que obtienen los acreditados, quienes se ven en la práctica favorecidos por tasas de interés más bajas que las usuales en otro tipo de operaciones crediticias, logrando en ocasiones que sus créditos sean redescontados con los diversos fideicomisos del gobierno federal que tienen como fin el de fomentar e im-- pulsar la actividad productiva del país.

LA PREVIDA.- No acabamos de comprender cuál fue la cau sa por la que el legislador incluyó esta figura en el capí tulo IV del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

En efecto, el capítulo IV está destinado a la reglamentación de los créditos, y la prenda no es en sí un crédito sino la manera de garantizar uno de ellos, y por lo tanto debería habersele ubicado fuera de este capítulo.

En tal virtud, no siendo la prenda un crédito en sí, no iremos más allá de mencionar que en la práctica bancaria a los créditos garantizados con prendas se les denomina precisamente créditos prendarios, pero esta figura no es privativa de estos créditos simples con garantía prendaria, toda vez que, por ejemplo, en los créditos de habilitación o avío y refaccionarios también se constituye prenda (Art. 329 LGTOC) en el descuento de créditos en libros también se permite constituir la prenda, y así, en general en cualquier otra operación crediticia es factible otorgar este tipo de garantías.

**EL FIDEICOMISO.**- Figura tratada en el capítulo V y último del Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que hemos venido analizando en sus artículos 346 al 359.

El artículo 346 LGTOC nos dice: "en virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de ese fin a una Institución Fiduciaria".

Siendo este contrato una de las operaciones que mayor controversia suscitan, cuyo estudio requiere de una gran especialización, y por otra parte no existiendo grado de comparación alguno con el préstamo mercantil, según se des

prende de las diversas teorías que han pretendido analizar la naturaleza jurídica del fideicomiso, entre ellas la del mandato irrevocable, la del patrimonio de afectación y la del negocio fiduciario, en cuyo estudio no penetraremos -- por no considerarlo materia del tema que se está tratando, estimamos agotado el estudio de las diversas operaciones -- de crédito reglamentadas por el Título Segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en lo referente a las características que dichas operaciones presentan en similitud al préstamo mercantil, es decir, en lo relativo a la obligación de transferir una suma de dinero u otra cosa fungible con la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad.

3.- EL PAGO.- Como todo contrato generador de derechos y obligaciones, el préstamo mercantil tiene una manera natural de cumplirse que es precisamente mediante el pago, - o sea la restitución de la cosa recibida más la prestación adicional que se hubiese estipulado, la cual nuestra ley - reputa como interés (artículo 361 del Código de comercio).

Al respecto, analizaremos enseguida A) en qué debe consistir esta restitución, así como B) el lugar, la época y - la imputación del pago.

#### A) RESTITUCIÓN DEL BIEN RECIBIDO

De acuerdo al principio general del mutuo en el sentido de que el pago de la obligación contraída por el mutuario debe consistir en la restitución de otro tanto de la cosa recibida del mismo género y calidad, los tres párrafos del artículo 359 del Código de Comercio vigente, establecen

en qué debe consistir el pago en los diversos tipos de préstamo mercantil que por el objeto de los mismos reglamenta, y que anteriormente hemos analizado.

Es así, que en primer término establece que cuando el préstamo consista en dinero, el deudor pagará devolviendo una cantidad igual a la recibida, pero aclara, conforme a la ley monetaria vigente de la República al tiempo de hacer se el pago.

Respecto al énfasis que hace nuestro Código de que se atienda a la ley monetaria vigente a la fecha del pago, recordemos que nuestro Código data del año de 1887 época en la que si bien existía cierta estabilidad política y por tanto económica, se tenía presente situaciones pasadas en que el dinero como instrumento de pago había sufrido múltiples alteraciones, tan es así que más adelante el propio artículo habla de equivalencias en "metálico".

Este primer párrafo, también se refiere a los préstamos en los que se pacta que el pago ha de hacerse en moneda extranjera, situación que analizaremos más adelante en este mismo capítulo.

Por lo que se refiere a los préstamos de títulos o valores, se establece en el párrafo segundo que el deudor pagará "devolviendo otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o su equivalente, si aquellos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario".

Por último, el tercer párrafo destinado a los présta-

mos en especie, de manera significativa no utiliza el término "pago", y se limita a disponer que el deudor deberá "devolver" a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido la especie debida.

Al parecer, el legislador estimó que sólo tratándose de préstamos de dinero y de títulos o valores, se puede hablar de pago, y no así en los préstamos en especie en los que consideró pertinente limitarse a hablar de devolución.

Aún cuando ya lo apuntamos en páginas anteriores, consideramos necesario insistir en el hecho de que nuestro Código de Comercio se mostró bastante liberal en lo relativo al pago, apartándose en este sentido de la doctrina tradicional civilista del mutuo, y es así, que mientras los Códigos Civiles tratan tibiamente sobre el pago del valor de la cosa ante la imposibilidad de restituir otro tanto de la misma especie y calidad, el Código de Comercio por el contrario reglamenta este aspecto de una manera más natural y amplia de lo que pudiera esperarse.

Por lo que se refiere a la doctrina respecto al pago, el tratadista colombiano Rodríguez Azuero, nos dice: "entiéndase por pago la prestación de lo que se debe" y agrega, "se paga lo que se debe cuando se da, hace o no hace una cosa prevista como obligatoria. Realizada esta conducta la obligación desaparece del mundo jurídico, por haberse cumplido su ciclo vital y estar debidamente satisfecho el interés jurídico del acreedor". (23)

(23) Rodríguez Azuero Sergio, Op. Cit. Pág. 60.



Ahora bien, surge la interrogante de saber a quién de be efectuarse el pago y quién debe hacerlo. Conforme a -- las disposiciones del Código de Comercio respecto al pago, se establece que el deudor es quien deberá efectuar le pago, el cuál deberá realizar lógicamente al prestador o --- acreedor (artículo 359 y 364 LGTOC).

Por su parte, el Código Civil de aplicación supleto-- ria en este sentido, establece que además del deudor, el - pago puede ser hecho por sus representantes, por un terce-- ro con o sin interés jurídico en el cumplimiento, con o -- sin el consentimiento del deudor, y aún en contra de la vo luntad de éste último (artículos 2065, 2066, 2067 y 2068 - del Código Civil).

De lo anterior, podemos diferenciar cuatro posibilida des en el pago realizado por un tercero y que son las si-- guientes :

1) Que actúe con interés jurídico en el cumplimiento de la obligación, en cuyo caso se subrogará en los derechos del acreedor (artículo 2058 Fracción II del Código Civil).

2) Que actúe por instrucciones del deudor, en este ca so se le equipara al mandato (artículo 2069 del Código Ci vil).

3) Que actúe ignorándolo el deudor, en cuyo caso sólo tendrá derecho a reclamar la cantidad que hubiere pagado - al acreedor (artículo 2070 del Código Civil).

4) Que actúe en contra de la voluntad del deudor, en este último caso, sólo podrá cobrar del deudor aquello en que le hubiere sido útil el pago (artículo 2071 del Código Civil).

Ahora bien, se ha mencionado que la persona a quien debe hacerse el pago es al prestador o acreedor (términos utilizados por nuestro Código de Comercio), pero surge la interrogante sobre qué hacer en caso de que éste último se niegue a recibir el pago.

**PAGO POR CONSIGNACION.**- Tanto la legislación como la doctrina, han determinado que ante la negativa del acreedor de recibir el pago, se establece la posibilidad de forzarlo a ello, previo proceso judicial encaminado en primer término a hacer de su conocimiento la voluntad de efectuar el pago por parte del deudor, y darle oportunidad de discutir sobre la cuantía y condiciones del mismo para que en última instancia y ante una nueva negativa de su parte a recibir el pago, se consigne o deposite el mismo ante la autoridad correspondiente quedando a su disposición.

Es conveniente recalcar sobre lo dispuesto por el artículo 2097 del Código Civil, el cual establece que "el ofrecimiento seguido de la consignación hace veces de pago, si reúne todos los requisitos que para éste exige la ley".

Ahora bien, ¿cuáles son estos requisitos tratándose de un préstamo mercantil?

En primer término el deudor para liberarse de su obli

gación de pago, deberá consignar la cosa (dinero, títulos o valores, o especie) recibida que haya sido objeto del préstamo, o su equivalente en los términos que ya hemos analizado (artículo 2098 del Código Civil).

En segundo término, el artículo 2100 del mismo ordenamiento civil establece : "la consignación se hará siguiéndose el procedimiento que establezca el código de la materia"

En virtud de lo anterior, debemos remitirnos al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de aplicación supletoria, en cuyos artículos 225 y 226 se establece que se citará al acreedor para día, hora y lugar determinados a fin de que reciba o vea depositar la cosa debida.

Si el acreedor no comparece, el juez extenderá la certificación correspondiente y quedará constituido el depósito (artículo 227 del Código de Procedimientos Civiles).

Este procedimiento también podrá hacerse por conducto de notario público. (artículo 231 del Código de Procedimientos Civiles)

Si el acreedor se rehusare a recibir la cosa en el acto de la diligencia, el deudor podrá demandar la liberación mediante juicio correspondiente (artículo 233 del Código de Procedimientos Civiles).

Aún cuando el artículo anterior textualmente no lo di

ce, se entiende que la negativa del acreedor puede ser expresa en caso de que comparezca a la diligencia respectiva o bien tácita en caso de no comparecer a ella.

Lo anterior puede dar lugar a erróneas interpretaciones, toda vez que el artículo 2102 del Código Civil nos dice que "aprobada la consignación por el juez la obligación queda extinguida para todos sus efectos", por su parte el artículo 227 del Código de Procedimientos Civiles nos dice que si el acreedor no comparece a la diligencia, se hará la certificación de que el depósito quedó constituido, y por último el artículo 233 del Código de Procedimientos Civiles dispone que si el acreedor en la diligencia se niega a recibir la cosa, la liberación se obtendrá mediante el juicio correspondiente.

En tal virtud, podría pensarse que el legislador previó dos posibilidades, y asignó a cada una de ellas consecuencias diversas.

1) Que el acreedor no compareciera a la diligencia y en consecuencia se declarara constituido el depósito y por tanto la obligación quedara extinguida (artículo 2102 del Código Civil en relación con el artículo 227 del Código de Procedimientos Civiles).

2) Que el acreedor comparezca y en la diligencia se oponga a recibir la cosa y como consecuencia el deudor deberá promover la liberación mediante el juicio correspondiente (artículo 233 del Código de Procedimientos Civiles).

La anterior interpretación aún cuando parezca lógica,

no la encontramos adecuada toda vez que el artículo 2102 - del Código Civil establece que la consignación deberá ser aprobada por el juez es decir, que este artículo no se refiere a que el depósito quede constituido, sino que en un sentido más amplio habla de que la consignación sea aprobada, adicionalmente dicha aprobación deberá ser declarada por el juez, y recordemos que el procedimiento preliminar de consignación puede realizarse también por conducto de notario público.

Ante la duda, es necesario recurrir a la interpretación que sobre esta materia ha realizado nuestro máximo tribunal, y para ello transcribiremos la siguiente Jurisprudencia :

#### "CONSIGNACION EN PAGO

La simple consignación de la cantidad debida no hace veces de pago, entre tanto no exista declaración expresa de la autoridad judicial, que apruebe tal consignación en el juicio sumario correspondiente.

Tomo LXXXIII-Reveles Antonio.....	1917
Tomo LXXXVII-Fábrica de Medias Full Fashion y Semi-Full Fashion K.K.K.S. - de R.L.....	2204
Martínez y Apud.....	3502
Tomo XC -Ortiz David.....	1295
Braniff Alberto.....	2568

JURISPRUDENCIA N° 265. Compilación 1917-1954. -  
(Apéndice al tomo CXVIII), Pág.518". (24)

En relación a este mismo tema, consideramos convenient-

(24) Jurisprudencia y Tesis Sobresalientes. Sala Civil 1955  
1963. Pág.299. Mayo Ediciones. México 1965.

te exponer los puntos de vista de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, analizando los conceptos vertidos en diversas ejecutorias sobre la materia.

En primer lugar la Suprema Corte aclara que el juicio a que se refiere el artículo 233 del Código de Procedimientos Civiles "no es propiamente un juicio sumario de consignación, sino de liberación de la obligación, puesto que la consignación debe estimarse ya hecha cuando se promueve el juicio".

En segundo lugar, se ha considerado que el derecho a obtener la liberación, lo puede hacer valer el deudor como acción en el juicio correspondiente o bien como excepción en el juicio promovido por el acreedor en su contra.

En consecuencia, nuestro máximo tribunal sostiene que "las consideraciones anteriores llevan a asentar que el acto jurídico del pago consumado mediante el ofrecimiento y la consignación, cuando éstos se hacen con las formalidades y requisitos que la ley exige, tienen como consecuencia la extinción de la obligación y la liberación del deudor, pero esta consecuencia no puede ser obtenida por la simple consignación, sino al través de un juicio contradictorio y de una decisión judicial".

Las anteriores transcripciones se obtuvieron de la sentencia pronunciada en el amparo directo 5880/1958 Alfonso Hinojos. Unanimidad 4 votos. Sexta Epoca, Cuarta Parte : Volúmen XXV. Pág. 97.

B)- LUGAR DE PAGO.- En materia mercantil, el artículo 86 del Código de Comercio establece normas que deberán observarse en relación al lugar de pago, disponiendo que, -- "las obligaciones mercantiles habrán de cumplimentarse en el lugar determinado en el contrato, o, en caso contrario, en aquél que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por con sentimiento de aquéllas o arbitrio judicial".

En este sentido, observamos que el Código de Comercio se aparta del principio establecido por el artículo 2082 del Código Civil, el cual dispone que por regla general - el pago debe hacerse en el domicilio del deudor. La explicación la volvemos a encontrar en la razón de ser de - los actos mercantiles, es decir, en su carácter eminentemente especulativo y con fines de lucro.

Es así como en primer término el Código de Comercio - atiende a lo establecido en el propio contrato, y en su defecto, a la naturaleza del negocio o intención de las - partes, de lo cual podemos deducir que el pago respecto - de un préstamo mercantil realizado por un comerciante establecido, deberá efectuarse precisamente en el lugar del domicilio del acreedor a no ser, que el comerciante realice normalmente sus operaciones a domicilio pues en tal caso de acuerdo al precepto analizado, el pago deberá realizarse precisamente en el domicilio del deudor.

En la práctica observamos, que la tendencia general - es la de aplicar las reglas del derecho común a los contratos mercantiles en los que no se ha previsto el lugar-

de pago, lo cual consideramos improcedente por existir -- disposición expresa en esa materia en nuestro Código de Comercio.

Lo que sucede en realidad, es que ante la problemática de analizar la naturaleza del negocio o la intención de las partes, se ha optado por recurrir a las reglas del derecho común que en este sentido son más explícitas que nuestro derecho mercantil, y que de hecho si bien nos ayudan a comprender la naturaleza del negocio o la intención de las partes, de ninguna manera podemos admitir que sean de aplicación supletoria.

EPOCA DE PAGO.- El préstamo mercantil, al igual que toda obligación, debe satisfacerse a su vencimiento bien sea éste el previsto por las partes o por la ley.

De no pagarse a su vencimiento, surgen los efectos de la morosidad, los cuales de conformidad con el artículo - 85 del Código de Comercio comenzarán al día siguiente del vencimiento si es que en el contrato se hubiesen señalado día para su cumplimiento o la ley lo señale.

En caso de no haberse señalado, la Fracción II del -- mismo artículo nos indica que los efectos de la mora comenzarán desde el día en que el acreedor reclame judicial o extrajudicialmente al deudor.

Independientemente de las reglas generales establecidas por el Código de Comercio para el cumplimiento de las obligaciones, tratándose del préstamo mercantil el propio Código nos da disposiciones especiales que en parte difie-



ren de los principios generales como es el caso de los contratos en los que no se haya pactado plazo a su cumplimiento, en los que la regla general nos dice que serán exigibles diez días después de contraídas las obligaciones si sólo produjeran acción ordinaria y al día siguiente si traen aparejada ejecución (artículo 83 del Código de Comercio).

Pero tratándose de préstamos mercantiles por tiempo indeterminado, no podrá exigirse el pago sino después de 30 días de haberse interpelado al deudor (artículo 360 del Código de Comercio).

Esta ampliación de 30 días de plazo para poder exigir la restitución de la cosa prestada en comparación con la regla general de 10 días o al día inmediato, nos viene a confirmar la naturaleza onerosa del préstamo mercantil, en el cual se presupone que se pactaron intereses en favor del acreedor y por lo tanto en compensación, al deudor se le da un plazo mayor para la restitución del bien materia del contrato para el caso de que no se hubiese determinado plazo para su cumplimiento.

Por lo que se refiere a los efectos de la morosidad, en la reglamentación del préstamo mercantil cambia también el criterio general, y es así que el artículo 362 establece que el deudor que demore el pago, deberá satisfacer desde el día siguiente del vencimiento, el interés pactado o en su defecto el 6%, para lo cual tratándose de préstamos en especie se considerará su valor por el precio que tengan a la fecha que debe hacerse el pago, pero en caso de que se haya pactado fecha para el pago, de acuerdo al ar-

tículo 85 del Código de Comercio que establece la norma general, la mora sería a partir del día de la reclamación de pago, pero recordemos que tratándose del préstamo mercantil el pago solo procede 30 días después de la interposición y por lo tanto los intereses moratorios solo podrán generarse a partir de que el pago sea exigible, es decir, después de los 30 días antes mencionados.

Respecto a esta tasa moratoria legal del 6% anual, nos ocuparemos de ella en el capítulo correspondiente al interés, dejando por ahora sólo apuntado que esta tasa, viene a constituir uno de los aspectos más representativos de la necesidad de actualizar nuestra Legislación Mercantil.

Resumiendo lo anterior, podemos decir que siguiendo -- el principio general de las obligaciones, el pago del --- préstamo mercantil debe hacerse en la forma y términos convenidos por las partes o en su defecto en los previstos -- por la ley, y únicamente nos restaría por analizar a qué -- debe imputarse el pago.

**IMPUTACIÓN DEL PAGO.**- En caso de que el deudor pague -- la totalidad de las prestaciones adeudadas (capital, intereses, comisiones, etc.) no existe mayor problema, pero en ocasiones se pacta por las partes que los pagos se efectuarán mediante exhibiciones parciales que en algunos casos -- amortizarán capital e intereses vencidos, y en otros casos sólo cubrirán éstos últimos para liquidarse posteriormente la totalidad del capital.

Asimismo, aún cuando las partes no hayan convenido pa

gos parciales, sucede con frecuencia que el deudor no disponga de la totalidad de las cantidades debidas y únicamente entregue al acreedor un pago parcial a cuenta de su adeudo.

Para estos casos el Código de Comercio nos da la siguientes reglas en su artículo 364: "el recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos.

Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán, en primer término, al pago de intereses por orden de vencimiento, y después al capital".

En la primera parte del artículo transcrito, la ley presume que si el acreedor recibió el capital adeudado y no se reservó el derecho a los intereses pactados, es porque los mismos fueron condonados al deudor y por lo tanto su obligación al respecto queda extinguida. En este sentido es más claro el artículo 2090 del Código Civil que nos dice: "cuando se paga el capital sin hacerse reserva de réditos, se presume que éstos están pagados".

Pero en el caso de que en el recibo no se especifique el concepto de la entrega, el segundo párrafo del artículo de referencia dispone que se aplicará primero a los intereses y después al capital; por su parte el artículo 2094 del Código Civil de manera similar dispone: "las cantidades pagadas a cuenta de deudas con intereses, no se imputarán al capital mientras hubiere intereses vencidos-

y no pagados, salvo convenio en contrario".

Consideramos conveniente aclarar que citamos los artículos correspondientes al Código Civil a manera de comparación, pero de ninguna manera significa que los mismos puedan ser de aplicación supletoria al Código de Comercio en virtud de las disposiciones expresas que en tal sentido -- contiene nuestra Ley Mercantil.

La regla que establece el artículo 364 del Código de Comercio es de carácter general para los préstamos mercantiles, pero tratándose específicamente de los préstamos -- refaccionarios y de habilitación y avío que ya hemos analizado, el artículo 325 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, remite a la Sección Primera del capítulo IV de la propia ley, en cuyo artículo 291 se establece que en todo caso el acreditado además de restituir las sumas de que disponga, deberá pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

En virtud de lo anterior, tanto en los créditos refaccionarios y de habilitación o avío, como en la apertura de crédito, la renuncia a los intereses pactados tiene que -- ser expresa. En tal sentido se ha manifestado la 3a. Sala de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre -- otras tesis la sustentada en la sentencia pronunciada en -- el juicio de amparo directo 4690/1971. Financiera y Fiduciaria de Torreón, S.A. Noviembre 22, 1974. Cinco Votos. -- Ponente Ministro Rafael Rojina Villegas. Séptima Epoca. Volumen 71. Cuarta Parte. Página 23. Aclarando, que las tesis estudiadas se refieren exclusivamente a créditos refac

cionarios, pero no encontramos inconveniente alguno en --- aplicar este criterio a los créditos de habilitación o --- avío y a la apertura de crédito.

Apuntábamos al iniciar esta parte de nuestro trabajo - que el pago como restitución de la cosa recibida más la -- prestación adicional que se hubiese estipulado, era la manera natural de cumplirse con el contrato de préstamo mercantil, y por lo tanto, extinguirse la obligación, pero -- existen otras formas de extinción y a ellas nos referiremos en seguida, analizando para tal efecto el Título Quinto del Código Civil denominado "Extinción de las Obligaciones".

"LA COMPENSACIÓN".- Tiene lugar la compensación, -nos dice el artículo 2185 del Código Civil- cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho".

Adicionalmente, el Código Civil nos fija una serie de requisitos que podemos resumir en lo siguiente: que las - obligaciones aparte de ser recíprocas, recaigan sobre cosas fungibles, que sean líquidas y exigibles, es decir, - que su cuantía se haya determinado y su pago no pueda rehusarse conforme a derecho.

El derecho a la compensación es renunciable, y la misma puede operar parcialmente quedando expedita la acción por el resto de la deuda, y nunca puede tener lugar en -- perjuicio de los derechos de terceros.

"LA CONFUSIÓN DE DERECHOS".- La obligación se extingue por confusión, -artículo 2206 del Código Civil- cuando las calidades de acreedor y deudor se reúnen en una misma persona. La obligación renace si la confusión cesa.

La anterior disposición, no implica mayor problema --- pues es claro que nadie puede ser deudor y acreedor simultáneamente de una misma deuda, y por tanto la obligación - se extingue, tal sería el caso del deudor de un establecimiento comercial que posteriormente adquiere dicho negocio y por lo tanto, resulta acreedor y deudor de sí mismo, -- presentándose en ese momento la confusión de derechos que como se ha manifestado extingue la obligación.

El problema que contemplamos en esta disposición del - Código Civil, es en su parte final, al disponer que la --- obligación renace si la confusión cesa. En nuestro concepto una obligación extinguida de ninguna manera puede renacer y lo que sucede, es que existen obligaciones de tracto sucesivo, las cuales periódicamente en los plazos estipulados va surgiendo una nueva obligación que se debe satisfacer, tal sería el caso del pago mensual del alquiler derivado de un contrato de arrendamiento, pero tratándose de - préstamos mercantiles, consideramos que extinguida la obligación de pago por confusión de derechos, la misma no puede renacer.

"LA REMISIÓN DE LA DEUDA".- Establece el artículo 2209 del Código Civil "cualquiera puede renunciar su derecho y remitir, en todo o en parte, las prestaciones que le son - debidas, excepto en aquellos casos en que la ley lo prohíbe".

Es decir, la remisión consiste en la condonación o --- perdón de la deuda, es un acto unilateral del acreedor que libera al deudor del cumplimiento de su obligación bien -- sea en forma expresa o tácita, la remisión como lo hemos -- observado puede ser total o parcial y en tal caso puede -- concederse únicamente respecto de los intereses de un adeu do, en la inteligencia que si por el contrario se condona el capital, quedan extinguidos también los intereses (ar-- tículo 2210 del Código Civil).

"LA NOVACIÓN",.- El artículo 2213 del Código Civil dis-- pone "hay novación del contrato cuando las partes en él in-- teresadas lo alteran substancialmente substituyendo una -- obligación nueva a la antigua".

Esta figura era conocida ya en el derecho romano, y -- sobre ella nos dice Ulpiano "consiste en hacer pasar a una obligación nueva el contenido de una obligación anterior. -- -Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civi-- lem vel anturalem transfusio atque translatio-". (25)

Más adelante el artículo 2220 establece que "la nova-- ción extingue la obligación principal y las obligaciones -- accesorias..." pudiéndose pactar que las obligaciones acce-- sorias pasen a la nueva obligación.

"La novación nunca se presume, debe constar expresamen-- te" (artículo 2215 del Código Civil).

De las anteriores disposiciones, podemos desprender,-

(25) Bravo González Agustín y Bravo Valdés Beatriz. Op.Cit. Pág.84.

que mediante la novación, una nueva obligación substituye a la anterior, la cual queda extinguida.

Consideramos que, adicionalmente a las formas de extinción de las obligaciones que hemos analizado y que se encuentran previstas en el Título Quinto del Código Civil, - existe una forma adicional la cual el propio Código Civil-reglamenta en forma simultánea con el pago, en su artículo 2063 que establece "el deudor puede ceder sus bienes a los acreedores en pago de sus deudas...".

"LA DACIÓN EN PAGO", - Algunos autores estudian esta -- figura como una forma autónoma de extinguir las obligaciones, toda vez que mediante la dación en pago si bien es -- cierto que se da solución a una obligación, en realidad se está cumpliendo en una forma distinta a la originalmente -- convenida.

Al respecto los maestros Bravo González y Bravo Valdés nos apuntan que en el derecho romano "en ocasiones se admitía que el deudor pudiera pagar válidamente con un objeto-distinto al debido inicialmente -aliud pro alio solvere-(26)

En efecto, pongamos el ejemplo de un préstamo mercantil de cinco millones de pesos en el cual el deudor se --- obliga a restituirlos en un plazo de 90 días con intereses a razón del 60% anual. Vencido el plazo el prestatario no puede devolver la suma prestada más los intereses pactados y conviene con su acreedor en entregarle un inmueble de su propiedad en pago del adeudo, en este caso el deudor extin

(26) Bravo González Agustín y Bravo Valdés Beatriz. Op.Cit. Pág. 78.



que su obligación, pero no en la forma originalmente conve-  
nida.

En este sentido, el autor Rodríguez Azuero nos dice --  
que mediante la dación en pago, "las partes se ponen de --  
acuerdo para que, en substitución de la obligación origi-  
nalmente pactada, se satisfaga una prestación distinta".(27)

4.- PRÉSTAMO EN MONEDA EXTRANJERA.- Antes de entrar al  
fondo del asunto, y a efecto de valorar la importancia de  
este tema, recordemos la situación económica reinante en -  
nuestro país en los años anteriores a la nacionalización -  
o estatización de la banca, en los cuales se presentó un -  
fenómeno económico que no es nuestra intención explicar pe-  
ro no obstante el crecimiento del circulante, había "esca-  
sez" de moneda nacional, y ante esta situación y la facili-  
dad de obtener divisas extranjeras, preferentemente dóla-  
res de los Estados Unidos de América, moneda a la cual en-  
lo sucesivo nos referiremos a ella con el término genérico  
dólares, las instituciones de crédito entonces privadas, -  
fueron disponiendo de estas divisas para satisfacer las ne-  
cesidades crediticias de sus clientes, distinguiéndose dos  
clases de moneda extranjera según su origen y que se deno-  
minaron recursos propios y recursos del extranjero y comun-  
mente mexdólares y dólares verdes.

Los primeros se constituían por las divisas que las --  
instituciones captaban con motivo de las operaciones norma-  
les con sus clientes en el país, y los segundos o sea los-  
recursos del extranjero, se obtenían de las agencias o su-  
cursales que las propias instituciones tenían ubicadas en-

el exterior del país.

Ante este panorama de "administración de la abundancia" en el cual los clientes y el propio país se endeudaban --- "alegremente" en divisas extranjeras, se presentan los sucesos de 1982, por una parte, la llamada nacionalización de la banca, por la otra el control generalizado de cam---bios y por último la devaluación o deslizamiento de nues---tra moneda frente al dólar, todo lo cual vino a generar -- un gran número de situaciones no previstas y que no obstan---te el tiempo transcurrido no han podido ser resueltas de --- manera satisfactoria, toda vez que a la fecha aún se venti---lan los procedimientos judiciales iniciados por las partes que se consideraron afectadas por estas disposiciones, --- situación que vino a agravarse con el establecimiento de --- tipos de cambio sujetos a la oferta y la demanda.

Uno de estos problemas lo constituye precisamente el --- relativo a los préstamos en moneda extranjera que ahora -- trataremos de abarcar en varios de sus aspectos.

Ante todo, dejemos apuntado que la soberanía de un --- país incluye de manera terminante su soberanía monetaria, --- es decir, que toda obligación en dinero, aún las pactadas en divisas extranjeras, son susceptibles de satisfacerse --- mediante la entrega de su equivalente en moneda nacional.

Este principio, lo encontramos consagrado en nuestra --- Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos cuyo artículo Octavo nos dice: "la moneda extranjera no tendrá curso---legal en la República, salvo en los casos en que la ley --

expresamente determine otra cosa. Las obligaciones en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, - para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el - equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rijan en el lugar y fecha en que se haga el pago".

En el anterior precepto, se observa que tal disposición se aplica a las obligaciones que deban de cumplirse -- en nuestra República, toda vez que la soberanía monetaria a la que nos hemos referido, no puede ir más allá de nuestras fronteras.

La problemática que deseamos analizar en este trabajo es la derivada del artículo noveno transitorio del Decreto de 29 de abril de 1935 que reformó varios artículos de la Ley Monetaria y que establece una excepción de aplicación a lo dispuesto por el artículo octavo antes transcrito. En efecto el artículo noveno transitorio previene: "las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán -- en los términos del artículo octavo de esta ley, a menos - que el deudor demuestre, tratándose de operaciones por --- préstamos, que la moneda recibida del acreedor fue moneda nacional de cualquier clase, o que, tratándose de otras -- operaciones, la moneda en que se contrajo originalmente la obligación fue moneda nacional de cualquier clase; en estos casos, las obligaciones de referencia se solventarán en moneda nacional, en los términos de esta ley, al tipo que se hubiere tomado en cuenta al efectuarse la operación para - hacer la conversión de la moneda nacional recibida, a la - moneda extranjera o si no es posible fijar este tipo, al -

que haya regido el día en que se contrajo la obligación".

La Suprema Corte en reiteradas ejecutorias, ha sustentado que si el deudor prueba fehacientemente que recibió moneda nacional, o bien que la moneda en que se contrajo originalmente la obligación fue moneda nacional, en estos casos la obligación se solventará entregando moneda nacional al tipo de cambio que se hizo la conversión o a la paridad que regía a la fecha de la operación.

Es decir, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que debe atenderse primordialmente a la moneda recibida y no a la moneda pactada. Encontramos como fundamento de este criterio establecido por la Ley Monetaria y sustentado por nuestro máximo tribunal, el principio jurídico que rige al contrato de mutuo desde el antiguo de recho romano consistente en que devuelva el mutuuario otro tanto de la cosa recibida en la misma especie y calidad.

En principio si bien estamos de acuerdo con los criterios anteriores, también estamos concientes que cada caso debe analizarse de manera particular porque en cada operación, se presentan circunstancias especiales que deben ser tomadas en cuenta por el juzgador, toda vez que consideramos que los principios rectores del mutuo han evolucionado al igual que las circunstancias que rodean toda operación mercantil.

A continuación, analizaremos una operación desde el -- punto de vista del mutuo civil y del préstamo mercantil, - para tratar de demostrar nuestra posición en el sentido de

que no en todo caso podrá aplicarse el criterio general de atender a la moneda recibida y no a la pactada.

Si el contrato de mutuo se perfecciona con el acuerdo de voluntades de las partes celebrantes, observamos que el mutuante contrae la obligación de entregar al mutuario --- cierta cantidad de dinero (en esta caso moneda extranjera), desde ese momento está ya constituida tanto la obligación del mutuante como la del mutuario, pongamos el ejemplo de un mutuo por la suma de cien dólares celebrado el 5 de febrero, cantidad que el mutuante se obliga a entregar el 5 de marzo, y el mutuario a restituirla el 5 de abril todas estas fechas de un mismo año; supongamos también que el tipo de cambio al 5 de febrero fue de 1 dólar por \$200.00 MN, al 5 de marzo de 1 dólar por \$210.00 MN, y al 5 de abril de 1 dólar por \$220.00 MN.

En este caso insistimos, el contrato de mutuo quedó -- perfeccionado desde el 5 de febrero día en que las partes expresaron su voluntad de contratar en los términos antes apuntados.

Posteriormente llegado el 5 de marzo, el mutuante tendrá que hacer frente a su obligación de transferir al mutuario los 100 dólares a que se obligó, para lo cual, de conformidad con la Ley Monetaria podrá liberarse de su obligación entregando el equivalente en moneda nacional, es decir entregará la suma de \$21,000.00 MN, cantidad que corresponde al equivalente de los 100 dólares a que se obligó, considerando el tipo de cambio de 1 dólar por \$210.00 MN, es así como el 5 de marzo da cumplimiento a su obliga-

ción adquirida el 5 de febrero.

En este acto, el mutuario no adquiere la obligación -- de restituir otra tanto del mismo género y calidad, es decir \$21,000.00 MN, pues su obligación ya estaba constituida desde el día 5 de febrero y ésta consistía precisamente en devolver al mutuario la suma de 100 dólares.

Llegado el 5 de abril, el mutuario deberá restituir al mutuante los 100 dólares mutuados, para lo cual conforme a la Ley Monetaria antes invocada podrá liberarse entregando su equivalente en moneda nacional es decir la suma de ---- \$22,000.00 MN, que corresponde al tipo de cambio hipotético a esa fecha de 1 dólar por \$220.00 MN.

El artículo 2388 del Código Civil, viene a reforzar -- esta tesis, al establecer que si no fuere posible al mutuario restituir en género, satisfará pagando el valor que la cosa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo.

Si analizamos el anterior artículo, encontramos que el Legislador no se refiere al precio de la cosa, sino a su valor, es así que un kilogramo de maíz que en 1983 pudo haber tenido un precio de \$100.00 MN y que esta cantidad -- correspondía a un valor equivalente de un día de salario -- mínimo de un trabajador en el Distrito Federal, sería absurdo que se condenara al mutuante a recibir en 1985 el precio de \$100.00 MN en lugar del kilogramo del maíz mutuado, -- siendo lo correcto y justo que ante la imposibilidad de -- restituir el mismo género, se le pague el valor que la co

sa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, es decir, el equivalente a un día de salario mínimo de un trabajador en el D.F., y por lo tanto, estará el mutuario en el supuesto caso de que el salario mínimo en el D.F., en 1985 fuese de \$1,000.00 MN, a entregar esta última cantidad que correspondería entonces sí al valor de referencia.

Si regresamos a nuestro ejemplo del mutuo por 100 dólares, sería injusto y contrario al precepto antes citado, que al mutuante se le obligase a recibir el precio y no el valor que el dinero mutuado tenía al hacerse el préstamo, toda vez que los \$21,000.00 MN, mutuados tenían un valor el 5 de marzo superior al que pudiera tener el 5 de abril.

En contra de esta pérdida del valor adquisitivo del dinero, podría argumentarse que para tal efecto se estipulan los intereses los cuales vendrían a compensar al mutuante por el demérito que experimenta en su valor el dinero, y es así, argumentarían algunos, que al establecerse un 3% de interés mensual sobre saldos insolutos, el mutuario de nuestro ejemplo pagaría los \$21,000.00 MN de capital mutuo más \$630.00 MN por concepto de intereses es decir, cubriría en total la suma de \$21,630.00 MN.

El argumento anterior, lejos de debilitar nuestra posición viene a fortalecerla por los siguientes motivos :- en el momento en que se pacta un mutuo con interés en dólares, la tasa que se establece es considerablemente inferior a la utilizada para préstamos en moneda nacional, lo grandose de esta manera establecer un equilibrio entre --

las variaciones que experimenten los tipos de cambio y las tasas de interés que para cada tipo de moneda rigen en el mercado.

En nuestro ejemplo, el 3% de interés mensual correspondería a la tasa de interés para préstamos en moneda extranjera, porcentaje que sería irrisorio para préstamos en moneda nacional.

Es así, que los 100 dólares mutuados generarían 3 dólares de interés mensual por lo que al 5 de abril, el mutuario debería de cubrir la suma de 103 dólares o su equivalente en moneda nacional al tipo de cambio de 1 dólar por \$220.00 MN, de donde resultaría la cantidad de \$22,660.00-MN, suma que por una parte sí corresponde al valor de la "cosa" mutuada, referida al tiempo y lugar en que se hizo el préstamo, más los intereses que vendrían a compensar al mutuante de los riesgos adquiridos al otorgar el mutuo y a constituir su ganancia lícita en la operación de referencia resultando así, una operación tanto legal como justa.

Por el contrario al aplicarse el artículo noveno transitorio de la Ley Monetaria ya citado, se está desvirtuando el carácter consensual del contrato de mutuo perjudicándose a una de las partes contratantes, contraveniendo lo dispuesto en el artículo 2384 del Código Civil, así como el principio consagrado por el artículo 2388 del mismo ordenamiento antes expuesto.

Es así, que la Ley Monetaria en su artículo de referencia faculta al mutuario a restituir el precio del dinero -



mutuado, y no su valor, todo ello en detrimento del mutuan-  
te quien también se verá seriamente dañado al percibir in-  
tereses a una tasa menor a la que normalmente se utiliza -  
para préstamos en moneda nacional.

Tratándose de préstamos de carácter mercantil, el ar-  
tículo 359 del Código de Comercio viene a confirmar lo an-  
tes expuesto al establecer: que si el préstamo es en dine-  
ro, se devolverá igual cantidad a la recibida conforme a -  
la Ley Monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago, y -  
que si se pacta el pago en moneda extranjera, la alteración  
en su valor será en daño o perjuicio del prestador.

La primera parte de este artículo, debemos qualizarla-  
a la luz de la época en que fue redactado, y así comprende-  
remos que existían diversos tipos de dinero, papel, metáli-  
co, oro, etc., y por lo tanto se remitía siempre a la Ley-  
Monetaria en vigor a la fecha del pago.

El segundo párrafo que es el que nos interesa, estable-  
ce que si se pacta que el pago ha de hacerse en moneda ex-  
tranjera, la alteración en su valor será en daño o perjui-  
cio del prestador. A este respecto es importantísimo re-  
calcar que el artículo no se refiere a la moneda en que se  
otorgó el préstamo mercantil, sino a la moneda en que se  
pactó ha de hacerse el pago.

Es sabido, que en materia de convenciones mercantiles  
las partes se obligan en la manera y términos que aparezca  
que quisieron obligarse (artículo 78 del Código de Comer-  
cio) y por lo tanto, el prestatario en un préstamo mercan-

til que haya recibido \$21,000.00 MN el 5 de marzo, puede - perfecta y legalmente obligarse a cubrir 100 dólares el -- 5 de abril siguiente, y la alteración que experimente di-- cha moneda será en daño o beneficio del prestador.

De lo anterior, podemos desprender que si en materia - civil existen fundamentos legales para desvirtuar lo pre-- ceptuado por la Ley Monetaria y sobre todo terminar con el criterio general de nuestro máximo tribunal, en materia -- mercantil no debe quedar duda alguna al respecto.

No obstante lo anterior, recordemos que no es el caso de aplicar literalmente los preceptos legales o encerrar-- nos en criterios doctrinales o principios de derecho, pues tal actitud delimitaría nuestro campo de acción y ello im-- pediría tanto al legislador como al juzgador, lograr una - situación justa como meta de todo derecho.

Es así, que si estamos en contra de que se aplique sin distinción el criterio sustentado por nuestro máximo tribu-- nal en materia de préstamos en moneda extranjera, no por - ello pretendemos llegar al otro extremo, pues sería tanto-- como justificar la actitud deshonesto de algunos que va--- liéndose de la necesidad o ignorancia de otros, pretende - obtener ganancias injustificadas con la situación económi-- ca por la que atraviesa nuestro país.

Por lo tanto, nuestra intención no es la de justificar legal ni moralmente al prestador que entrega dolosamente - moneda nacional y a cambio pretende recibir moneda extran-- jera o su equivalente en moneda nacional al momento de ---

efectuarse el pago, sino que pretendemos dejar establecido que el principio clásico del mutuo ha evolucionado, de tal suerte que no podemos atender en forma exclusiva ni a la moneda pactada ni a la moneda recibida, pues ambos extremos nos pueden conducir a situaciones verdaderamente injustas.

Por el contrario, si atendemos tanto a lo pactado por las partes y a las circunstancias que mediaron en la operación del préstamo de moneda extranjera y que culminan con la recepción material de moneda nacional por parte del mutuario, obtendremos de este análisis en conjunto una resolución tanto legal como justa para ambos contratantes.

Independientemente del fundamento jurídico que antes hemos expuesto, apoyamos nuestro criterio en la tesis contenida en la sentencia pronunciada en el juicio de amparo directo 1887/80 que por su importancia nos permitimos transcribir:

#### "PAGO DE LAS OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA

Al dar lectura al escrito que menciona la parte quejosa (escrito de contestación a los agravios en la apelación), se observa que en él la parte actora acepta, entre otras cosas, que el crédito otorgado por la Sucursal Nassau fue totalmente proveído en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, habiendo hecho dicha sucursal las consiguientes remesas en dólares norteamericanos a la Sucursal en México misma que abonó su importe en pesos mexicanos a la cuenta al efecto abierta por Urbanizadora Buenos Aires, S.A., de acuerdo con el contrato de apertura de la cuenta de cheques número 757-705, de fecha treinta de octubre de mil novecientos setenta y tres, en la que claramente se establece al dorso, en la estipulación número uno que las entregas pa-

ra abono de la cuenta, hechas en cualquier divisa extranjera por el propio depositante o por un tercero, se abonaría en pesos mexicanos, debiendo hacer la conversión al tipo de cambio del día en -- que se efectuará el abono, conversión para lo --- cual quedó facultado el Banco. Con ello se com--- prueba que la acreditante First National City --- Bank, hoy Citibank, N.A., Sucursal Nassau, envió a su Sucursal en México, la cantidad mutuada en -- dólares norteamericanos; pero, como la quejosa y deudora había dado instrucciones con anterioridad al Banco de convertirla en pesos mexicanos y depositarla en la cuenta de cheques número 757-705, -- al efecto abierta por el demandado, como puede -- verse en la solicitud de apertura de fecha treinta de octubre de mil novecientos setenta y tres, suscrita por el depositante y por el Banco, se colige que el demandado recibió la cantidad otorgada en préstamo en dólares norteamericanos y posteriormente la Sucursal del City Bank, N.A., en México, convirtió los dólares en pesos mexicanos, por convenio que el mismo quejoso tuvo con el Banco -- al abrir la cuenta de cheques, de manera que dicha conversión no se hizo por la voluntad unilateral de Citi Bank, N.A., Sucursal en México, sino por instrucciones que le dio a ese Banco el propio representante de Urbanizadora Buenos Aires, -- S.A. Por este motivo, resulta aplicable el artículo 9º transitorio de la Ley Monetaria, en su primera parte, no así la segunda parte, en virtud de que la quejosa recibió moneda extranjera, dólares norteamericanos, como se desprende de las actuaciones del juicio y, por ello, no son aplicables las ejecutorias que cita de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque -- ellas se refieren a los casos en que se pacta el préstamo en moneda extranjera, pero sólo se reciben pesos mexicanos, y, en el presente caso, la -- quejosa recibió dólares norteamericanos y, si después fueron convertidos a pesos mexicanos, fue -- por autorización que había dado la misma Urbanizadora Buenos Aires, S.A., al propio Banco.

Amparo directo 1887/80-Urbanizadora Buenos Aires, S.A. y otro. 13 de agosto de 1980.-5 votos.-Ponente: Raúl Lozano Ramírez. Secretaria: Clara Eugenia González Avila Urbano.

3a. SALA Informe 1980 SEGUNDA PARTE, tesis 62, Pág. 66".

En la tesis anterior, observamos que al acreditado se le abonó en su cuenta de cheques moneda nacional es decir, recibió materialmente moneda nacional, nunca tuvo en su poder físicamente la divisa extranjera, y no obstante ello, - la Corte consideró que si recibió la cantidad otorgada en préstamo en dólares norteamericanos, mismos que el banco - acreditante convirtió a moneda nacional a efecto de abonar los a la cuenta de cheques de su cliente en los términos - convenidos previamente en el contrato de apertura de dicha cuenta de cheques.

He aquí, un claro ejemplo de que tratándose de préstamos en moneda extranjera debe atenderse no sólo a la moneda recibida, sino que en conjunto, debe analizarse también lo pactado por las partes y tomar en consideración las circunstancias tanto que antecedieron como las que mediaron en el otorgamiento del crédito, de tal suerte que recepción de la cosa mutuada no implica forzosamente el hecho material-recibir dicha cosa, pues recordemos que estamos frente a - un contrato consensual, y es así que la recepción es virtual.

Al iniciar el presente tema, apuntábamos que no obstante el crecimiento del circulante, había escasez de dinero, es decir las instituciones de crédito entonces privadas no disponían del dinero suficiente para cubrir satisfactoriamente la demanda de créditos de su clientela, decíamos también que las instituciones disponían de dos clases de recursos, los recursos propios y los recursos del-

extranjero, éstos últimos captados por sus agencias o sucursales en el exterior del país.

Como también lo hemos mencionado, la divisa extranjera en el caso concreto los dólares, por su estabilidad y fortaleza, generan intereses a una tasa muy inferior a la que causa la moneda nacional. Es así, que los solicitantes de crédito, acudían a los bancos y contraían adeudos en moneda extranjera, créditos que por una práctica bancaria son abonados a las cuentas de cheques de los acreditados, esta práctica tiene dos finalidades fundamentales, la primera de carácter financiero y la segunda de índole práctico a efecto de poder demostrar en un momento dado que se hizo entrega al cliente del importe del crédito otorgado; ahora bien, existían hasta antes del control de cambios, dos tipos de cuentas de cheques, una en moneda nacional y otra en moneda extranjera fundamentalmente dólares norteamericanos, ocupándonos por ahora sólo de las primeras toda vez que los abonos de préstamos en la segunda no implica mayor problema, independientemente de que en la actualidad la cuenta de cheques en dólares requiere de una serie de elementos y circunstancias que no son comunes.

En los contratos de apertura de cuenta de cheques en moneda nacional de las diversas instituciones de crédito, existe una estipulación similar a la que se menciona en la tesis antes transcrita, en ella se establece que todos los abonos en dichas cuentas se harán precisamente en moneda nacional y en ésta misma moneda el cliente dispondrá de sus fondos.

En virtud de lo anterior, los bancos celebraban contratos de crédito en sus diversas modalidades, créditos -- simples, refaccionarios, de habilitación o avfo, etc., en los cuales se obligan a prestar al cliente determinada cantidad de dólares que el acreditado a su vez, se obligaba a restituir en determinado plazo. En estos mismos contratos se estipulaba en algunos casos que el banco otorgaría el crédito bien con recursos propios o bien con recursos de sus agencias o sucursales en el extranjero.

Desde la celebración del contrato, el préstamo mercantil quedaba perfeccionado como ya lo hemos analizado y las obligaciones de las partes estaban plenamente delimitadas.

Posteriormente o simultáneamente, el banco acreditante obtenía los recursos del extranjero para dar cumplimiento a su obligación adquirida, estos dólares por la práctica bancaria mencionada, debía abonarlos a la cuenta de cheques del acreditado, cuenta que en nuestro caso a estudio era en moneda nacional y para tal efecto, convertía los dólares importe del préstamo a nuestra moneda nacional al tipo de cambio vigente a la fecha de la conversión y abonaba su importe a la cuenta del acreditado.

En el caso expuesto, consideramos que el acreditado debe cubrir al banco acreditante la moneda extranjera a que se obligó en la celebración del contrato respectivo, si bien podrá liberarse entregando el equivalente en moneda nacional pero al tipo de cambio vigente a la fecha de realizar el pago.

Otro caso que podemos analizar es el siguiente; recordemos que los préstamos en moneda dólares generaban, y lo siguen haciendo, intereses a una tasa menor que los préstamos en moneda nacional, bajo estas circunstancias algunos clientes de las instituciones de crédito obtenían préstamos en dólares, los convertían a moneda nacional e invertían su importe a determinado plazo, lo cual les permitía obtener una ganancia por el diferencial que existía entre las tasas de interés que algunos créditos en moneda extranjera causaban y los intereses que sus inversiones en moneda nacional les producía.

Es así, que estos clientes solicitaban créditos en dólares mismos que autorizaban expresamente al acreditante a abonarlos a sus cuentas de cheques en moneda nacional para posteriormente colocar el importe del préstamo en diversas inversiones.

En este caso, por instrucciones del propio acreditado recibía moneda nacional pero de ninguna manera puede estarse al principio general de la Ley Monetaria ni al criterio de la Corte de atender primordialmente a la moneda recibida y no a la pactada, pues por un lado se está beneficiando al acreditado con tasas de interés bajas, y por el otro, legislador y juzgador estarían premiándolo con la devolución del préstamo al tipo de cambio vigente a la fecha en que recibió su importe.

En síntesis, podemos concluir que el principio general de la Ley Monetaria y el criterio de la Corte en el sentido de atender primordialmente a la moneda recibida no a la pag



tada, es erróneo si se trata de aplicar sin distinción alguna y en el sentido literal de recepción material, pues como hemos observado existen casos en los cuales es necesario tomar en consideración tanto la moneda pactada como las circunstancias que antecedieron y/o concurrieron al otorgamiento del préstamo y entrega del importe del mismo, lo anterior con fundamento en las disposiciones legales invocadas, en la tesis de la Suprema Corte antes transcrita y por último en la propia y reiterada tesis, aparentemente en contrario a estas ideas, toda vez que la misma establece que debe atenderse primordialmente a la moneda recibida, más en ningún momento se refiere a que únicamente debe tomarse en cuenta esta entrega, es decir, que se deja abierta la posibilidad de tomar en cuenta otras circunstancias tratándose de préstamos en moneda extranjera.

A este respecto, consideramos interesante la posición del Licenciado Antonio de J. Lozano quien comenta: "La obligación que resulta de un mutuo ó préstamo de dinero se reduce siempre a volver la suma o cantidad numérica expresada en el contrato", y considera que si la moneda tiene cambios a la alza o a la baja por disposiciones del gobierno, "el mutuuario debe restituir la suma numérica que recibió", -- "en las monedas corrientes al tiempo de la paga", y concluye "porque no son las piezas de moneda las que hacen la materia del mutuo, sino sólo el valor que representan". (28)

En virtud del anterior criterio tomado del Escriche Mexicano, cabe cuestionarnos que si bien es cierto que los pesos de 1970 son de la misma especie que los de 1985, pero ¿serán de la misma calidad?

(28) Lozano Antonio de J. Op.Cit.Pág.898.

Para concluir este tema, es conveniente aclarar que -- pusimos ejemplos de instituciones de crédito por ser ellas quienes realizan frecuentemente este tipo de operaciones, y también porque su sistema de contabilidad permite rehacer las operaciones y demostrar fehacientemente los movimientos de afectación de las diversas cuentas, pero ello no significa, que tratándose de particulares u otro tipo de comerciantes, no puedan aplicarse los anteriores criterios toda vez que en nuestro concepto únicamente se requiere demostrar la voluntad de las partes respecto a lo pactado y las circunstancias que antecedieron y concurrieron a la entrega del importe del préstamo mercantil e incluso del mutuo civil.

## CAPITULO III

### EL INTERÉS

## CAPITULO III

EL INTERÉS.- 1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS. 2.- LA TASA DE INTERÉS. A)- EL INTERÉS LEGAL, B)-EL INTERÉS ORDINARIO. C)- EL INTERÉS MORATORIO. D)- EL INTERÉS VARIABLE. E)- TASAS LIBOR Y PRIME RATE. 3.- LA PENNA CONVENCIONAL (STIPULATIO POENAE). 4.- LA USURA. 5.- LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES.

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.- El problema del interés del capital recibe en Aristóteles la solución negativa que le han dado generalmente los escritores de la antigüedad clásica. Esta categoría de actividad económica, la crematística, es según Aristóteles, despreciable e incluye la usura o préstamo con interés: "... justamente es detestada la usura, siendo la posesión un efecto del dinero y no usándose para los fines por los que fue obtenido. El dinero nació para los intercambios; la usura lo multiplica, y por esta propiedad suya se le dio su nombre... la usura es moneda salida de la moneda; así que eso es una ganancia -- muy contraria a la naturaleza." (Pol.I.3.1258 B) (1).

La moneda fue creada para ser usada en los intercambios, no para que creciera con el interés; el empleo más odiado y con la más grande razón, es la usura, que realiza una ganancia de la misma moneda y no del objeto natural de ella, que es servir para las transacciones mercantiles.

(1) The Basic Works of Aristotle. Edited by Richard McKeon. 3a.Ed. Random House. New York. 1941.

En la Etica a Nicómaco Aristóteles condena a los prestamistas: "Aquéllos (los que prestan dinero a interés) no tienen afecto por sus deudores y sólo desean su bienestar para recuperar su propio dinero". Más adelante vuelve sobre ellos al decir: "Otros avaros, por lo contrario, se distinguen por el exceso en recibir a manos llenas y coger todo lo que pueden; por ejemplo, todos los que se entregan a especulaciones innobles, los rufianes y todos los hombres de esta clase, los usureros y todos los que prestan pequeñas sumas a crecido interés." (Et. aN.IV,1.1122) (2).

Cuando nos referimos al mutuo como un contrato gratuito en el Derecho Romano, no significa con ello que estuviera prohibido el préstamo con interés, ya que si bien es cierto que en un tiempo existió esta prohibición, la misma tuvo duración breve siendo palpable que nunca fue visto con agrado esta figura, por lo que el carácter gratuito de este contrato deriva de que con el mismo sólo se produce la restitución de la cosa recibida u otras del mismo género o calidad, por lo que en esencia el contrato era gratuito y los intereses si bien podían pactarse, no era posible reclamarlos.

Lo anterior es fácil comprender si analizamos desde el punto de vista de que el mutuo era un contrato de estricto derecho en virtud del cual el mutuante solo tenía acción para exigir la devolución exacta de la suma prestada en tal virtud, al no haber entregado los intereses tampoco podía -

(2) The Basic Works of Aristotle. Edited by Richard McKeon. 3a.Ed.Random House.New York.1941.

reclamar su restitución; en efecto ya hemos visto en el Capítulo I que la restitución debe ser en la medida de la dación o bien en una medida menor si así lo convinieren las partes pero nunca en una medida mayor.

Como excepción a la regla general, encontramos que cuando el Gobernador de una provincia o sus oficiales eran los prestamistas, si tenían derecho a convenir intereses -- "los oficiales del gobernador de la provincia, como son permanentes, pueden dar cantidades en mutuo y dedicarse a la usura. No se prohíbe que el gobernador de la provincia tome cantidades mutuadas con interés." (3)

Otras excepción al principio general, la encontramos en el mutuo concedido por un banquero. En efecto, en época del Derecho Justiniano se argumentó "no es justo que los que están dispuestos a prestar auxilio a casi todos -- los que lo necesitan, sean perjudicados por tal sutileza"(4)

Es decir, se trató de otorgar un beneficio a los banqueros en razón a la actividad de los mismos, lo cual justificaba la obtención de un lucro mediante los intereses.

En razón a lo antes manifestado observamos que en el Derecho Romano para no desnaturalizar el carácter esencialmente gratuito del mutuo, se buscaron otros medios para poder satisfacer las necesidades económicas que representaba el préstamo a interés y así, se llegó a utilizar el recurso

(3) D.12,1,34.

(4) Novísima Recopilación 136,4.

consistente en una estipulación especial *stipulatio usurarum*- de la cual surgía la obligación civil de pagar los intereses concertados como un "pacto añadido." (5)

En efecto, mediante esta figura el prestamista disfrutaba de dos acciones: la primera derivada del contrato de mutuo para exigir la devolución de las cosas prestadas, y por otra parte la acción que emanaba de la *stipulatio* para reclamar el pago de los intereses convenidos. Lo anterior conducía a la incongruencia de que un negocio unitario se complicaba o dificultaba al separarse procesalmente su ejecución para obtener un solo resultado económico, por lo cual pronto debió verificarse un cambio a efecto de adaptar estas figuras al desarrollo jurídico y económico de la época.

Es así como se encontró más sencillo y práctico, concluir una sola estipulación en la cual se prometía conjuntamente tanto el capital como el interés y así mediante el ejercicio de una sola acción era factible exigir ambas cosas; lo anterior, desde luego, relegaba al mutuo como contrato para ser utilizado únicamente en el supuesto de que verdaderamente el préstamo fuese gratuito.

En los temas siguientes sobre la tasa de interés y la usura, haremos nuevamente referencia al desarrollo histórico sobre esta materia, y por ahora solo dejaremos apuntado que los tratadistas de la materia coinciden en calificar al mutuo en el Derecho Romano como un contrato gratuito.

(5) D.12,1,40.

En efecto, Luis Muñoz nos dice "en el Derecho Romano, el mutuo era gratuito, la entrega y la restitución lo caracterizaban plenamente, pues la eventual promesa de contraprestación no era otra cosa que la stipulatio usurare - que se añadía al negocio de préstamo." (6)

Juan Iglesias nos dice "los intereses -usurae- solo pueden reclamarlos cuando haya mediado una estipulación especial -stipulatio usurarum-. (7)

Posteriormente, "la iglesia católica -comenta el Doctor Lozano Noriega- fue la primera en prohibir el interés, estimando que el dinero por sí sólo es incapaz de producir un interés", y sigue diciendo que estas ideas, pasaron al Derecho Civil con Carlo Magno en Francia y que en España - las leyes del Fuero Real y del Fuero Juzgo permitían pactar intereses, pero ya las Siete Partidas prohibían se pactara interés. (8)

Como se analizará más adelante, diversas teorías han tratado de justificar el cobro de interés, llegando incluso a implementar sistemas que me atrevería a calificar de ingeniosos como es el caso de la Banca Islámica, la cual - ha prosperado notablemente desde sus inicios en el año de 1975 a pesar de no cobrar intereses.

En efecto, ante la prohibición del Corán, en relación a la usura, los bancos islámicos recurren al sistema de po

(6) Muñoz Luis. Derecho Bancario Mexicano Pág. 345

(7) Iglesias Juan. Op. Cit. Pág. 407

(8) Lozano Noriega Francisco. Op. Cit. 323



ner en "pool" los recursos de los depositantes y utilizarlos para financiar proyectos de inversiones, el resultado bien sea de ganancia o pérdida se repercute entre los depositantes previa deducción de una comisión para el banco por el servicio prestado.

Desde luego que al depositante se le explica detalladamente el mecanismo en cuestión y si decide no afrontar riesgos, puede abrir una cuenta normal sin intereses o beneficios.

De esta manera, el riesgo de la empresa se reparte entre los depositantes y el banco por su parte obtiene una comisión por lo que podríamos llamar intermediación financiera.

2.- LA TASA DE INTERÉS.- Una vez expuesto que mediante la estipulatio usurarum se podía pactar intereses civilmente exigibles, resulta conveniente aclarar cuál sería el monto permitido para esos intereses.

Como hemos analizado anteriormente, en la antigüedad romana no se veía con favor al préstamo con interés, así Tácito en sus Anales (6.16) escribe que para los ancianos de la ciudad estos préstamos eran malos y causas frecuentes de sediciones y discordias entre los ciudadanos, por lo que se reprimían, si no es que se prohibían. Ya antes la Ley de las Doce Tablas había fijado el tipo de interés: ne quis unciario fenereamplius excerceret (T.VIII-18a), es to es, que nadie exigiera un interés superior al de una onza, o sea, uno por ciento mensual.

No obstante lo benigno de la anterior disposición, parece que la tasa fue reducida a la mitad, y poco más tarde en 342 A.C. una Ley Genucia prohibió el préstamo a interés.

(9). Para Catón el Viejo, según refiere Cicerón, el préstamo a usura era un crimen, pero para éste último era legítima la inversión del capital como renta (pero no a interés-bancario o usura) "...existe una regla, no sólo para ganar dinero, sino también para colocarlo provechosamente, a fin de que con su renta se pueda proveer a los gastos, tanto de la vida, como de la liberalidad." (De off.II.12.42).

En Roma nunca se logró proscribir el préstamo con interés, y sus tasas fluctuaron según las épocas y según el riesgo del préstamo, así, el nauticum foenus siempre obtuvo un tipo de interés más alto que el mutuo corriente, quedando su rendimiento bajo Justiniano en un 12% anual. En tiempo de Cicerón para el mutuo era usual el 1% mensual, llamado centesimae, pero esta tasa sufre cambios durante el Principado y el Bajo Imperio, Justiniano la fija en un 6% anual para los particulares y 8% para los comerciantes.

Al respecto el maestro Cristóbal Montes apunta, "en el Derecho Arcaico, Tácito nos dice: en primer lugar, la ley de las doce tablas establece que en adelante nadie pudiera ejercitar el foenus unciarum, cuando es lo cierto que antes de dicha ley, los ricos llevados a su avaricia hicieron de este sector cuanto les vino en gana, Anales 6, 16." (10)

(9) Bravo González Agustín y Bravo Valdés Beatriz.Op.Cit. Pág. 133

(10)Montes Cristóbal.Op.Cit.Pág. 284

De lo anterior podemos deducir que antes de la promulgación de las doce tablas no existió una fijación pública sobre las tasas de interés, aunque algunos autores llegaron a sostener que en esta época arcaica se había prohibido toda usura.

El tratadista antes citado considera que la opinión generalizada es la que sostiene que fueron los decenviros los que ante la angustiosa situación de los plebeyos estorcionados por altos intereses establecieron límites a los préstamos a interés y fue así que la ley de las doce tablas fue la primera ley limitativa de los mismos.

Sobre el mismo tema Iglesias, después de considerar que en la época clásica no se aplicaba ningún límite fijado por la legislación nos dice: "en el Derecho Justiniano se establece, sin embargo, el tope máximo del 12 por 100 anual". (11)

Por su parte el maestro Floris Margarant considera -- que "en tiempos de las XII Tablas, el rédito máximo era, probablemente, del diez por ciento anual" (12), pero insistimos la opinión generalmente aceptada es en el sentido de que en tiempos de las XII Tablas (VIII.18a) la tasa estaba fijada en 1% mensual como máxima: ne quis unciario fenore amplius excerceret. (13)

(11) Iglesias Juan.Op.Cit.Pág.408

(12) Floris Margarant.Op.Cit.Pág. 389

(13) Les lois des Romains.7a.Ed.par un groupe de romanistes des "Textes de Droit Romain" Tome II de Paül --- Frédéric Girard et Félix Senn. Jovene editore 1977.

Con el transcurso de los años, las situaciones reinantes en determinada época y lugar, las diversas concepciones económicas, morales y religiosas han hecho de la tasade interés un elemento sumamente variable en el préstamo mercantil, hasta llegar a nuestros días en donde podemos hablar de las siguientes tasas de interés.

A).- EL INTERÉS LEGAL.- Se encuentra íntimamente ligado en nuestra legislación con el interés moratorio, todavez que el mismo se aplica en ausencia del interés pactado a los deudores que demoren en el pago de sus deudas (artículo 362 del Código de Comercio), pero debemos recordar -- que el préstamo mercantil según hemos analizado, es de carácter eminentemente oneroso y por lo tanto en nuestro concepto el interés legal perfecta y jurídicamente, puede --- aplicarse a partir de la fecha del otorgamiento del préstamo mercantil siempre y cuando las partes no hayan convenido un interés diverso el cual de acuerdo a nuestras leyes puede estipularse en un porcentaje mayor o menor al interés legal.

Apuntábamos anteriormente que en materia mercantil el interés legal asciende a la tasa del 6% anual de conformidad con lo dispuesto por el artículo 362 del Código de Comercio, en este sentido difiere del Código Civil vigente - en cuyo artículo 2392 establece "el interés legal es el 9% anual".

Esta diferencia, obedece a que en la fecha en que entró en vigor nuestro actual Código de Comercio regía en materia común el Código Civil de 1884 el cual en su Artículo 2696 establecía que el interés legal sería en todo caso --

del 6% anual.

El actual Código Civil, no solamente aumentó los puntos porcentuales del interés legal en un 50% en relación a la anterior tasa, sino que además con una mejor técnica-jurídica nos habla del interés legal sin referirlo forzosa-mente a la mora del deudor como lo hace el Código de Comercio, no quedando lugar a duda que en el caso de que se demuestre expresa o presuncionalmente que el mutuo se pactó con intereses, y que la tasa no se haya estipulado, se --- aplicará el interés legal a partir del otorgamiento del referido mutuo.

En este sentido se expresan los tratadistas franceses Mazeud quienes comentan "pero la cuantía del tipo de interés debe ser demostrada por escrito, a falta de documento, se aplica el tipo legal." (14)

Este interés legal del 6% en materia mercantil y del 9% en operaciones civiles, en nuestro concepto debe ser actualizado por dar lugar a situaciones verdaderamente injustas como es el caso de las letras de cambio que muchas personas actuando de buena fe prestan su dinero considerando que con la aceptación por el deudor de una letra de cambio en su favor, está garantizada la devolución de su dinero, pero llegado el momento en que pretenden hacer efectivo el pago judicialmente, se encuentran con la sorpresa de que -- únicamente pueden exigir el 6% anual por concepto de inte-

(14) Henri, Léon y Jean Mazeud. Lecciones de Derecho Civil. Parte Tercera. Volumen IV. Los Principales Contratos. Traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Pág. 450. Ediciones Jurídicas. Europa-América. Buenos Aires 1962.

reses, lo que no compensa el tiempo en que se ven privados del dinero que legítimamente les corresponde, intereses -- que entre paréntesis podemos apuntar son inferiores al 1% mensual que ya en la antigua Roma se estipulaba.

Y no sólo se afecta a los particulares de buena fe, -- sino también a las instituciones de crédito en las operaciones de descuento de documentos, las cuales se ven ante la misma limitación al tratar de hacer efectiva la letra -- de cambio frente al aceptante del documento descontado, lo cual ha originado que poco a poco se limite esta fuente de crédito.

El fijar un porcentaje mayor al interés legal actual, tendría el inconveniente de que con el transcurso del tiempo la situación económica cambiara y dicho porcentaje resultara nuevamente insuficiente o por el contrario exagerado en perjuicio ahora de los deudores. En consecuencia, -- lo más adecuado sería que dicho porcentaje fuese variable -- y que estuviere ligado al índice inflacionario del país, -- al costo promedio porcentual del dinero (C.P.P.) o al incremento de los salarios mínimos, de tal suerte que la tasa -- de interés legal se ajustaría a la denominada por la doctrina tasa de interés corriente, es decir, la aplicable comúnmente a determinado tipo de préstamo, en la inteligencia que aún cuando se fijara un porcentaje igual al índice inflacionario, de hecho estaríamos ante un préstamo gratuito toda vez que el poder adquisitivo de la suma originalmente prestada y la suma pagada más estos intereses, sería prácticamente el mismo.

B)- EL INTERÉS ORDINARIO.- La tasa de interés -nos dice Rodríguez Azuero- "puede concebirse respecto a dos momentos de la vida del contrato" la que se cobra durante la vigencia del contrato y con la que se sanciona al deudor - en virtud del incumplimiento en el pago. (15)

Por ahora, nos avocaremos al estudio del interés ordinario, es decir de la tasa que se cobra durante la vigencia del contrato.

Durante siglos que bien pudieran abarcar la historia de la humanidad, el hombre ha tratado de justificar esa parte adicional que el deudor está obligado a entregar (no devolver puesto que nunca la recibió) al acreedor, pues es así que el propio tratadista colombiano Rodríguez Azuero - considera que este interés ordinario "corresponde al precio del dinero o, si se quiere, a la remuneración por el sacrificio que hace el acreedor al privarse durante un -- cierto tiempo de la disponibilidad de los recursos." (16)

Para el autor Luis Muñoz, en el mutuo deben considerarse cuatro prestaciones simétricamente contrapuestas, -- por un lado la entrega y la restitución, y por el otro el plazo y el interés, es decir que en el plazo se justifica la contraprestación del interés. (17)

El mismo tratadista, en otra de sus obras nos habla de los intereses como la retribución del plazo, y expone la teoría de la fructificación según la cual los intereses son el fruto del capital equiparando al capital a un fundo

(15) Rodríguez Azuero Sergio.Op.Cit,Pág. 172.

(16) Rodríguez Azuero Sergio.Op.Cit.Pág. 306.

(17) Muñoz Luis. Derecho Bancario Mexicano. Págs.347 y sigs.

productor de renta, asimismo, nos expone la teoría del agio o del cambio que básicamente se funda en que en los contratos de crédito existe un cambio -trueque- entre bienes actuales y bienes futuros la diferencia del valor entre ambos bienes es precisamente el interés. (18)

Más actualizado, el tratadista Ramón Sánchez Medal -- considera que hoy en día el factor que justifica moralmente el pacto de intereses "(estriba en la pérdida incesante del poder adquisitivo de la moneda)". (19)

De lo anterior, podemos resumir que el interés ordinario se genera durante la vida normal del préstamo, es decir, desde su otorgamiento hasta el día de su vencimiento, el -- monto de este interés podrá ser pactado por las partes o en su defecto se aplicará el porcentaje previsto por la ley, y su justificación la encontramos en la compensación por el -- riesgo a que se ve expuesto el acreedor y como contrapresta-- ción al plazo otorgado al deudor.

C)- EL INTERÉS MORATORIO. - El maestro Agustín Bravo - González nos dice al respecto "se llama mora, al hecho de no ejecutar la obligación en el tiempo fijado en la conven-- ción." (20)

El mismo autor considera que también el acreedor puede incurrir en mora -mora creditoris- cuando retrasa por -- dolo o culpa la ejecución de la obligación rechazando los-- ofrecimientos de su deudor, tal circunstancia la analiza--

(18) Muñoz Luis. Derecho Comercial Contratos. Págs. 39 a 42.

(19) Sánchez Medal Ramón, Op. Cit. Pág. 187.

(20) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés, Op. Cit. Pág. 70.



mos en el pago por consignación, por lo que ahora sólo nos ocuparemos de la mora en que incurre el deudor al incumplir en su obligación en el término pactado por las partes o -- bien en el previsto por la ley.

Ya en el Digesto encontramos referencia a los intereses moratorios como sanción por no cumplir con la obligación dentro del plazo establecido "prometi que pagaré además, como pena por el retraso, un denario por cada mes y -- cada cien denarios" (21) es decir, se estipulaba un interés moratorio a razón del 1% mensual.

Por su parte el autor Felipe de J. Tena nos decía: "entendemos por morosidad o, más técnicamente, por mora en el cumplimiento de una obligación el retardo de ese mismo cumplimiento, pero en cuanto constituye una falta de parte del obligado, que produce en su contra las responsabilidades civiles consiguientes." (22)

A este respecto, el artículo 362 del Código de Comercio establece que los deudores que se demoren en el pago -- deberán satisfacer desde el día siguiente al del vencimiento el interés pactado para este caso, o en su defecto el 6% anual.

Observamos que el artículo de referencia nos habla -- del interés pactado para este caso, es decir, que este interés moratorio es diverso al interés ordinario, el cual -- como hemos visto corre desde el día del otorgamiento del --

(21) D.12.1,40.

(22) Tena Felipe de J. Derecho Mercantil Mexicano, Décima -- Edición, Pág.278. Editorial Porrúa, S.A. México 1980.

préstamo a la fecha de su vencimiento, y precisamente al día siguiente en caso de que no se realice el pago empezarán a correr los intereses moratorios.

La práctica bancaria de convenir con los acreditados de que en caso de mora el interés ordinario se incrementará en determinados puntos porcentuales, y el hecho de que los intereses ordinarios se cobren por anticipado, da lugar a confusiones de considerar como intereses moratorios únicamente la cantidad correspondiente a estos puntos porcentuales con los que se adiciona la tasa ordinaria, lo cual es erróneo, pues a partir del vencimiento de la obligación el capital genera exclusivamente intereses moratorios.

D)- EL INTERÉS VARIABLE.- Apuntábamos que en un principio la propia iglesia católica prohibía el cobro de intereses, pero con el tiempo fueron justificando el cobro de los mismos en razón al riesgo que afrontaba el prestador o como contraprestación al plazo que se otorgaba al deudor, término durante el cual el acreedor se veía privado de su patrimonio.

En la actualidad, ante los procesos inflacionarios, las partes recurren a las llamadas cláusulas de estabilización, índice o escala móvil mediante las cuales de acuerdo con el tratadista Sánchez Medal, "las deudas de dinero hacen depender el monto de la suma a pagar por el deudor, de las fluctuaciones que experimenta, por ejemplo el valor del trigo, el índice en el costo de la vida, el monto del salario mínimo, el tipo oficial de cambio de dólar, el valor -

del oro." (23)

A esta misma variación en la tasa de interés, se refiere el autor argentino Luis Muñoz al distinguir entre -- los intereses netos y los intereses brutos, los primeros -- llamados también intereses puros, son la contraprestación del plazo y se ven incrementados con un elemento variable -- consistente en la falta de estabilidad, peligro de inflación, etc., dando como resultado los intereses brutos. (24)

En la actualidad, en la práctica bancaria se utiliza la llamada cláusula de interés variable, la cual se encuentra compuesta por dos elementos como su nombre lo indica variables y que son los siguientes :

1).- La base o costo financiero que equivale al llamado C.P.P. que proporciona el Banco de México y que se define como el Costo Promedio por concepto de Tasa y, en su caso, sobretasa de interés, de los pasivos en moneda nacional correspondientes a préstamos de empresas y particulares y depósitos a plazo, excepto de ahorro, del conjunto de la banca.

Esta base variará en cuanto el Banco Central altere dicho C.P.P., en otras palabras, podríamos decir que este elemento consiste en el costo que el dinero tiene para las instituciones de crédito.

2).- El margen financiero, corresponde a los puntos porcentuales que se adicionen al C.P.P., este margen finan

(23) Sánchez Meda! Ramón. Op. Cit. Pág. 188.

(24) Muñoz Luis. Derecho Comercial. Contratos, Pág. 44.

ciero también es variable y responde a los lineamientos y bases que determina la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o el Banco de México.

En síntesis, podemos decir que la tasa de interés se integrará del costo del dinero más un margen financiero -- que permita a las instituciones de crédito operar satisfactoriamente.

En esta cláusula de intefes variable, las partes convienen que las modificaciones se llevarán a cabo sin necesidad de convenio posterior, obligándose la acreditada a pagar la tasa de interés modificada haciéndose el ajuste correspondiente con la periodicidad que las propias partes convengan, es decir, en forma diaria, mensualmente, etc.

Por último queremos agregar que no existiendo limitación o prohibición alguna a este respecto en nuestra Legislación Mercantil ni en el Derecho Común, y por otra parte la costumbre mercantil sobre la cual el tratadista Joaquín Rodríguez y Rodríguez nos dice "la costumbre, como ley, es la exteriorización de una norma jurídica; pero, en vez de ser una creación deliberada y reflexiva de organismos competentes, es un producto espontáneo de las necesidades del comercio." (25) Costumbre mercantil a la que el Código de Comercio hace constantes referencias y a la que la propia Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se refiere como usos bancarios en su artículo segundo haciéndolos obligatorios.

(25) Rodríguez y Rodríguez Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Pág. 20. Décima Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1972.

Apuntábamos que en consecuencia al permitirlo los usos bancarios y comerciales y no prohibirlo la ley, la cláusula de interés variable es perfectamente válida en nuestro derecho.

E) TASAS LIBOR Y PRIME RATE.- Manifestábamos en la introducción del presente trabajo que se da el caso de que la tasa de interés es determinada por situaciones mundiales, como son las tasa Libor y Prime Rate a las cuales las partes se someten pero no intervienen directamente en su variación.

Sobre el tema nos habla el autor Ramón Sánchez Medal quien comenta que Prime Rate "es la tasa prima o tasa preferencial a la cual los bancos americanos otorgan préstamos a sus prestatarios de mayor crédito y sin garantía específica, cuyo tipo ordinariamente lo fijan en Nueva York el City Bank y varía no solo de día a día sino a veces durante las horas del mismo día de acuerdo a las disponibilidades de fondos de dicho banco". (26)

Consideramos conveniente ampliar el anterior comentario, para dejar claramente establecido que hablar de una tasa de interés equivalente al Prime Rate es un término incompleto, pues dicha tasa preferencial debe referirse a un banco o conjunto de bancos perfectamente determinados, toda vez que cada uno de ellos tiene su propia tasa prima o preferencial. Por tal motivo cuando las partes contratantes se sujetan a esta tasa como base para determinar el interés que regirá su préstamo mercantil, la refieren al porcentaje

(26) Sánchez Medal Ramón, Op. Cit. Pág. 187.

que resulte de promediar por lo general la tasa preferencial de tres de los principales bancos de la Unión Americana, pero insistimos, es necesario especificar qué bancos se tomarán en cuenta para determinar el Prime Rate y cuáles son los puntos porcentuales que en su caso se adicionarán a dicha tasa preferencial.

Por lo que se refiere a la tasa Libor (London Inter-Bank Offered Rate) no existe mayor problema, pues consiste en la tasa de oferta entre bancos en Londres para depósitos en dólares y por lo tanto no es necesario hacer referencia alguna a determinado banco, y, al igual que el Prime Rate, la tasa Libor sufre variaciones constantes a las cuales las partes también suelen someterse.

Ambas tasas de interés Libor y Prime Rate, suelen utilizarse principalmente para préstamos en divisas, bien sea entre particulares, entre instituciones de crédito o entre gobiernos.

Precisamente la mayor parte de nuestra enorme deuda externa pública estaba sujeta al Prime Rate, por lo que el incremento de dicha tasa afectaba grandemente a la deteriorada economía nacional. (Según datos proporcionados por el Reporte Económico sobre México editado por Bancomer, S.N.C., correspondiente al primer trimestre de 1985, de 63,378 millones de dólares de la deuda externa pública, 43,000 millones estaban contratados a la tasa Prime Rate). Posteriormente tras negociaciones de nuestras autoridades se logró convenir que parte del adeudo generará intereses en relación a la tasa interbancaria de Londres o a la tasa de

los certificados de depósito del mercado americano que es semejante a la Libor, por ese tiempo inferior al Prime Rate, pero al poco tiempo la tasa de Londres aumentó afectando nuevamente nuestra situación financiera, para posteriormente tender nuevamente a la baja, de donde podemos observar la variabilidad de estas tasas de interés, las cuales por no estar prohibidas en nuestra Legislación y por ser una práctica usual bancaria y mercantil, es lícito a las partes someterse a ellas.

3.- LA PENA CONVENCIONAL (STIPULATIO POENAE). Hemos dejado apuntado que el préstamo mercantil como todo contrato, genera obligaciones para los celebrantes, por una parte el prestador se obliga a entregar una suma de dinero u otro bien fungible, y el prestatario a restituir en cierto plazo otro tanto del mismo género y calidad más el interés convenido o en su defecto el previsto por la ley.

En el supuesto caso de que una de las partes no cumpliera con su obligación, la parte afectada se vería en la necesidad de probar que el incumplimiento le había causado perjuicios y tendría que demostrar la cuantía de los mismos.

Ante esta situación ya prevista en las Instituciones de Justiniano que establecía que "la estipulación puede tener por objeto no solo cosas, sino también hechos; de tal modo que podemos estipular que alguna cosa será hecha o no será hecha. En semejante estipulación será muy oportuno añadir una cláusula penal, por temor de que la cantidad de bienes del estipulante no quede incierta y que es-

te no se vea obligado a establecerla por pruebas... por consiguiente si alguno estipula que se hará alguna cosa, deberá añadir : ¿Si esto no se hace, prometes darme diez sueldos - de oro a título de pena?". (27)

Los mismos autores Bravo González y Bravo Valdés, sostienen que "la utilidad de la stipulatio poenae era manifiesta, pues fijaba el importe de la condena para caso de incumplimiento. Unida a un pacto que no fuera civilmente obligatorio, aseguraba su ejecución, pues si el deudor no ejecutaba voluntariamente lo prometido, incurría en la pena estipulada." (28)

Nuestro Código de Comercio en su artículo 88 dispone que "en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra".

En relación al anterior precepto, el tratadista Felipe de J. Tena considera que el incumplimiento de una obligación puede ser total, o bien tratarse de un cumplimiento imperfecto en cuanto a las modalidades de tiempo, lugar -- etc., en consecuencia apunta que en este sentido el artículo 1846 del Código Civil viene a complementar la trunca -- disposición del Código de Comercio y del artículo 1840 del propio Código Civil, al establecer que la pena podrá exigirse al igual que el pago en caso de que se haya estipula

(27) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés, Op, Cit. Págs. 72 y 73.

(28) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés, Op, Cit. Pág. 73.



do por el simple retardo en el cumplimiento de la obligación o porque ésta no se preste de la manera convenida. (29)

Estamos totalmente de acuerdo con el anterior criterio, toda vez que resultaría injusto que un deudor que incumpliese en el pago se le condenara exclusivamente a cubrir la suerte principal o bien sólo la pena convencional, cuando lo correcto es que se le condene a restituir el bien recibido en préstamo más la pena estipulada por el retraso en el cumplimiento de su obligación.

En relación al monto de la pena convencional, el Código de Comercio no limita su monto, pero el Código Civil en su artículo 2117 preceptúa que la estipulación del pago de daños y perjuicios por incumplimiento cuando consiste en dinero, no podrá exceder al interés legal (9% anual) pero el mismo artículo permite convenio en contrario, y precisamente a este convenio en contrario, el artículo 1843 le establece un límite al disponer "la cláusula penal no podrá exceder en valor ni en cuantía a la obligación principal".

Estando la pena convencional ligada al cumplimiento de la obligación, si ésta última se cumple parcialmente, la pena se modificará en la misma proporción (artículo 1844 del Código Civil).

4.- LA USURA.- En primer término, deseamos dejar aclarado que no empleamos el término usura como sinónimo de interés tal y como lo utilizó Aristóteles en la antigüedad, o diversos tratadistas como Iglesias "interés-usurae" (30)

(29) Tena Felipe de J.Op.Cit.Págs.281 y 282.

(30) Iglesias Juan.Op.Cit.Pág.407.

sino en la acepción que se le ha dado a partir del renacimiento como sinónimo de interés excesivo, esto no significa que antes de dicha época no existiese la usura toda vez que como atinadamente comenta Luis Muñoz, "(la historia de la usura es la del mutuo con interés)". (31)

Para Plinio, la creación de la moneda abrió un nuevo camino para la avaricia, mediante la usura: modo éste de ganar sin hacer nada, sin trabajar, o sea que atribuye directamente a la moneda el origen mismo de la usura, como medio lucrativo de ganar.

El maestro Agustín Bravo González nos comenta al respecto: "los acreedores poco escrupulosos, solían cobrar intereses elevados a los deudores, intereses que descontaban de antemano de la cantidad estipulada. Para combatir un tanto esa costumbre y dar protección a los deudores, Caracalla les concedió a éstos la exceptio non numeratae pecuniae". (32)

Para el filósofo Aristóteles, la crematística o actividad acumuladora de riquezas, era criticable, sobre todo el préstamo de dinero ya que llevaba consigo la usura, considerando antinatural que el dinero generara dinero toda vez que el objetivo de su creación fue el de servir de medio de cambio.

La iglesia sobre todo la católica dedicó espacio importante de sus obras a los préstamos usurarios, considerándolos como un problema social de importancia.

(31) Muñoz Luis, Derecho Comercial, Contratos, Pág. 44.

(32) Bravo González Agustín y Beatriz Bravo Valdés, Op, Cit, Pág. 105.

En relación a este tema Ramón Sánchez Medal cita que "hubo época en los siglos pasados en que moralistas y cano-  
nistas condenaban como pecado de usura el cobro de réditos  
en el mutuo". (33)

La Ley Mahometana, condenó y sigue condenando la usu-  
ra bajo penas severas estableciendo el Corán que Alá prohí-  
be la usura. Al respecto al hablar de los antecedentes del  
interés analizabamos la manera tan peculiar que tienen los  
bancos islámicos de generar utilidades y beneficios a sus-  
depositantes sin recurrir aparentemente al cobro de intere-  
ses.

Esta posición de la iglesia católica y de las leyes sa-  
gradas musulmanas, permitieron sobre todo a partir de  
la Edad Media a los judíos consolidar el monopolio virtual  
de la usura hasta que intervinieron en esta actividad los-  
banqueros lombardos, posteriormente los calvinistas y los-  
miembros de las demás iglesias denominadas genéricamente  
protestantes, surgiendo así el llamado hombre de negocios.

En virtud de lo anterior, podemos considerar a la usu-  
ra como el cobro excesivo por el préstamo de un capital.

Si bien la usura es un problema de índole legal, no  
deja de tener su fundamento en principios de moralidad so-  
bre todo si consideramos que en el mutuo o préstamo es el  
deudor la parte más débil, y por lo tanto no puede dejarse  
al acreedor la puerta abierta para que a su arbitrio y en-  
forma excesiva señale la tasa de interés que resulte por  
su monto, una carga inequitativa para el mutuuario.

(33) Sánchez Medal Ramón. Op. Cit. Pág. 187.

Como referencia próxima a nuestra actual Legislación, encontramos que "la ley del 15 de marzo de 1861 expedida - por el Presidente Juárez, derogó todas las disposiciones - contrarias al libre interés pactado entre los contratantes" (34)

Nuestros actuales Códigos Civil y de Comercio, siguiendo este principio no establecen ningún límite porcentual a la tasa de interés, sin embargo el artículo 2395 del Código Civil que establece el interés legal del 9% anual, permite a las partes establecer un porcentaje mayor o menor al mismo, "pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal".

Esta disposición no es congruente con lo previsto por el artículo 17 del propio Código Civil en el cual se establece que el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato, o la reducción equitativa de su reducción, más el pago de daños y perjuicios, es decir, que el principio general es mucho más amplio que la regla específica para el mutuo con interés, la cual limita al mutuario a pedir solo la reducción equitativa del interés.

La anterior no es la única medida que tiende a proteger al prestatario, toda vez que nuestra Legislación se caracteriza por ser un sistema en "el que estimado lícito el

(34) Lozano Antonio de J. Op.Cit. Pág. 898.

convenio por el cual se pactan intereses, establece ciertas medidas protectoras del mutuuario." (35)

En efecto, en el mutuo civil es lícito pactar intereses (artículo 2393 del Código Civil), el préstamo mercantil lleva implícita una prestación adicional en favor del acreedor que se reputa como interés (artículo 361 Código de Comercio) en ambos ordenamientos no existe limitación alguna respecto al porcentaje de intereses que las partes puedan pactar, pero establecen la medida protectora antes mencionada en el artículo 2395 del Código Civil.

Adicionalmente a esta medida, el artículo 2396 del Código Civil prevé la posibilidad de que el deudor pueda adelantar el pago del capital si han transcurrido seis meses a partir de la operación, en el caso de que se haya pactado un interés superior al legal y previo aviso al acreedor con dos meses de anticipación.

Asimismo el artículo 2397 del Código Civil y su correlativo 363 del Código de Comercio, establecen que los intereses vencidos no generan intereses aún cuando faculta a las partes a capitalizarlos según analizaremos más adelante.

Por último, el artículo 1958 del Código Civil dispone que el plazo se presume establecido en favor del deudor.

Si bien es cierto que los Códigos Civil y de Comercio no establecen límites a los intereses que pueden pactar

(35) Lozano Noriega Francisco. Op. Cit. Pág. 324.

las partes, la Ley Federal del Consumidor si reglamenta la materia, al establecer en su artículo 22 que será la Secretaría de Industria y Comercio -hoy Secretaría de Comercio y Fomento Industrial- la dependencia autorizada para fijar las tasas máximas de interés que pueden fijarse al consumidor, oyendo para ello la opinión de una comisión consultiva integrada por un representante del Banco de México, del Instituto Nacional del Consumidor y de las Confederaciones de las Cámaras Industriales y Nacionales de Comercio.

Esta misma ley en su artículo 23 dispone que el interés moratorio no podrá exceder al fijado conforme al artículo anterior y que de haberse omitido la fijación relativa, será del 25% de los intereses ordinarios estipulados, y por último en el artículo 26 determina que la contravención a lo dispuesto por los artículos anteriores se considerará como usura o ventaja usuraria para los efectos legales a que hubiere lugar.

Las anteriores disposiciones como la mayoría de los preceptos de la ley que nos ocupa, no hacen sino crear confusión al reglamentar aspectos ya previstos por otras leyes, además de que su redacción deja mucho que desear creando nuevas interrogantes, que lejos de proteger como se pretende al consumidor llegan incluso a perjudicarlo.

Por otra parte, la experiencia nos ha demostrado que los controles ejercidos por la Secretaría de Industria y Comercio, ahora Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, han sido más perjudiciales que benéficos desde el punto de vista económico, aún cuando políticamente hayan tenido al-

guna utilidad que por ahora no está a discusión,

En tal virtud, tratar de establecer un control sobre los intereses, comisiones y otros cargos adicionales al -- consumidor, viene a ser una medida impráctica y prueba de ello es que a la fecha, no obstante el tiempo transcurrido de estar en vigor esta disposición, no se han fijado los -- porcentajes y más aún tampoco se ha integrado la supuesta-comisión consultiva cuya opinión debiera ser oída (más no-acatada) por la Secretaría de Industria y Comercio.

En resumen la citada ley lejos de aportar los elementos para determinar cuando estamos rebasando el límite del interés para llegar a la usura, nos confunde al reglamentar, no muy claramente por cierto, aspectos ya previstos -- por otras leyes.

De lo anterior podemos resumir que, de conformidad -- con el artículo 2395 del Código Civil, estaremos ante un caso de usura cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado :

- a)- De un apuro pecuniario.
- b)- De la inexperiencia del deudor.
- c)- De la ignorancia del deudor.

En nuestra opinión, la anterior disposición es de --- aplicación supletoria al Código de Comercio y por lo tanto aplicable a los préstamos mercantiles y deja a criterio del juzgador el reducir equitativamente el interés hasta el -- tipo legal.

La Suprema Corte no lo consideró así en el Amparo Directo 7833/1957 al determinar que "en materia mercantil, - respecto de intereses moratorios convenidos en títulos mercantiles, no es supletorio de la ley de la materia, el Código Civil". (Tercera Sala. Boletín 1959, Pág. 183.). El -- Señor Ministro García Rojas, estimó que aún cuando elevados los intereses moratorios, no se hubiesen causado si el deudor hubiera cumplido oportunamente con su obligación.

Independientemente de lo anterior, no encontramos inconveniente alguno en aplicar supletoriamente a los préstamos mercantiles el artículo 2395 del Código Civil tratándose de intereses ordinarios.

Por otra parte el Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 387 fracción VIII en relación con el artículo 386, reputa como fraude y sanciona "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".

Al margen podemos apuntar que el Código Penal para el Estado de México tipifica específicamente el delito de usura en forma autónoma, sin equipararlo al fraude.

Del texto del artículo transcrito se desprende que no se refiere sólo a los contratos de mutuo o préstamo sino a cualquier otra operación que reporte réditos o lucros superiores a los usuales, y hace referencia a la persona en general y no al deudor, vendedor, comprador, etc.



Por lo que respecta al préstamo, podemos considerar que el Código Penal toma dos elementos del artículo 2395 - del Código Civil que son la ignorancia y el aspecto económico del deudor, no mencionando la inexperiencia que en -- última instancia podría equipararse a la ignorancia, pero agrega un elemento más consistente en las ventajas desproporcionadas -usurarias- en favor del prestador, elemento a que hace referencia el artículo 17 del Código Civil que -- nos habla del lucro excesivo evidentemente desproporcionado.

Uniéndolo estos criterios, nuestro máximo Tribunal ha -- sostenido que se debe considerar como interés excesivo --- -usura- el pactado con motivo de contratos en los que se -- demuestre que fueron aceptados por ignorancia o inexperiencia o bien que se hubiese abusado de un apuro económico. (Amparo Directo 621/1974 Beatriz Isac de Lizárraga. 5 Votos. Ministro Arturo Serran R. Tercera Sala, Séptima Epoca. Volumen 79. Cuarta Parte).

Resumiendo lo anterior, podemos concluir que para con siderar que el interés es excesivo y por lo tanto usurario, debe atenderse no sólo a los puntos porcentuales de interés pactados por las partes, sino que es necesario demostrar que el deudor haya aceptado este porcentaje en atención a su ignorancia o inexperiencia, o que el acreedor -- hubiere abusado de la situación económica del acreditado, -- de tal suerte que el interés resulte desproporcionado al -- beneficio recibido, siendo precisamente este último aspecto de difícil apreciación, pues debe tomar en consideración el juzgador los antecedentes de la operación, la actividad

de los contratantes y el destino del crédito, lo que no deja de presentar un riesgo sobre todo en materia penal en lo referente a la tipificación del delito.

En efecto, en un préstamo mercantil en el que por lo menos una de las partes es comerciante, esta no podrá alegar ignorancia o inexperiencia, puesto que por tener el carácter de comerciante debe ejercer el comercio como ocupación ordinaria, o bien ser una sociedad nacional o extranjera (artículo 3° Código de Comercio) y por lo tanto existe la presunción de que cuenta con la experiencia necesaria para contraer préstamos mercantiles.

Decíamos también que el juzgador debe atender al destino que se dará al crédito, toda vez que si el préstamo se otorga para concluir los acabados de lujo de una finca, no puede estarse en el supuesto de que el deudor requirió el préstamo para cubrir una necesidad inaplazable que lo colocara en situación de aceptar las condiciones fijadas por el prestador.

Por último, es conveniente hacer notar que hacia el año de 1973 las controversias sobre intereses excesivos planteadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se referían a intereses moratorios del 18 o 24% anual mientras que en la actualidad hablar de intereses moratorios a la tasa del 90% anual es cosa común, y por lo tanto se confirma que el concepto de usura no está en relación a los puntos porcentuales pactados por las partes, sino a diversos factores económicos, sociales, culturales y aún políticos del país en un momento dado, motivo por el cual nues-

tras leyes aplican en nuestro concepto correctamente el -- criterio de limitarse a establecer principios generales y dejar al juzgador su aplicación a los casos concretos que conozca, principio del que únicamente se aparta la Ley Federal de Protección al Consumidor con fines en nuestro concepto más políticos que sociales, pues pretender limitar -- las tasas de interés a un porcentaje determinado no es la solución adecuada en un régimen como el nuestro de supuesta libre competencia, y como ejemplo podemos citar el caso de las leyes de usura en el estado de Nueva York, USA, las cuales fueron derogadas en el año de 1980 época en la cual las tasas máximas permitidas para préstamos con tarjeta de crédito era del 18% anual, y a la fecha la tasa si bien no bajó por la libre competencia, únicamente se incrementó al 19.8% según cifras del The New York Time reproducidas por el Diario Excelsior el 3 de junio de 1985, de donde se desprende que las tasas de interés no deben determinarse por leyes o decretos.

5.- LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES, - El pacto de anatocismo -nos dice el Doctor Francisco Lozano Noriega- "consiste en el pacto por virtud del cual se celebra un contrato de mutuo a interés compuesto; es decir, los intereses vencidos se capitalizan para producir nuevos intereses". (36)

Froylan Bañuelos Sánchez por su parte define el anatocismo como "el pacto por el cual se acumulan los intereses vencidos y no satisfechos pagando intereses por ellos o -- sea, intereses de intereses". (37)

(36) Lozano Noriega Francisco, Op.Cit. Pág. 328.

(37) Bañuelos Sánchez Froylán, Op.Cit. Pág. 679.

Al respecto Sergio Rodríguez Azuero comenta sobre el anatocismo como "la posibilidad de capitalizar los intereses para que éstos se agreguen a la suma mutuada y produzcan nuevos réditos". (38)

Sobre esta materia existen diversos criterios y algunas legislaciones extranjeras la prohíben, otras la limitan y en otros casos se permite su práctica.

Nuestro Código Civil la prohíbe pero no en forma absoluta, toda vez que en su artículo 2397 establece "las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses".

Esta medida que tiende a proteger al mutuario, en nuestro concepto ha dejado de cumplir totalmente su finalidad al convertirse el contrato de mutuo en un contrato consensual.

En efecto, el Doctor Lozano Noriega considera que -- "no se puede convenir de antemano, simultáneamente con la celebración del contrato; pero sí a posteriori." Y estima que la razón de esta medida obedece "por que el deudor -- que está necesitado aceptaría las condiciones por duras y onerosas que pusiera el mutuante. En cambio cuando el contrato ha sido ya celebrado, el mutuario tiene libertad, -- desde el punto de vista económico, para no convenir en ese pacto si lo considera que lesionará sus intereses". (39)

Decíamos que al tornarse el contrato de mutuo de real a consensual, esta medida protectora del mutuuario ha per

(38) Rodríguez Azuero Sergio. Op.Cit. Pág. 308.

(39) Lozano Noriega Francisco. Op.Cit. Pág. 328 y 329.

dido en gran medida su eficacia, toda vez que el contrato puede celebrarse el 1° de junio con la obligación para el mutuante de transferir al mutuuario la suma mutuada con fecha 15 del mismo mes y posteriormente a la celebración del contrato, supongamos el día 8 de junio convenir la capitalización de los intereses, pacto que será perfectamente válido conforme a lo dispuesto por el artículo 2397 del Código Civil, y si bien es cierto que el mutuuario podría negarse a este convenio y exigir el cumplimiento del contrato el día 15 del mismo mes, lo cierto es que la necesidad económica del deudor a que se refiere el Doctor Lozano Noriega lo forzaría a aceptar este pacto desvirtuándose -- así la medida protectora que nos ocupa.

Por su parte, el Código de Comercio no establece esta limitación al pacto de capitalización de intereses toda vez que en su artículo 363 determina "los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos."

Es decir, nuestro Código de Comercio establece el principio general de que los intereses no devengarán intereses, pero faculta a las partes para capitalizarlos y así generar nuevos intereses, no estableciendo limitación alguna respecto a la época de este pacto, por lo cual legalmente puede convenirse desde la fecha de celebración del contrato respectivo.

Esta posibilidad de capitalizar intereses desde la fecha de celebración del contrato es utilizada por las instituciones de crédito quienes siguen la práctica de cobrar intereses anticipados, los cuales a su vencimiento quedan capitalizados por tanto generan nuevos intereses. Es así-

como los pagarés que utilizan contienen los siguientes conceptos :

- a) Líquido Producto
- b) Intereses Ordinarios
- c) Importe Total del Pagaré

El líquido producto es la suma que realmente recibe - el acreditado, los intereses ordinarios son cobrados por - anticipado y el deudor se obliga a pagar a su vencimiento - el importe total del pagaré, con lo cual los mencionados - intereses ordinarios se capitalizan al vencimiento del do- cumento y a partir de esa fecha se suman al capital y gene- ran ambos intereses moratorios en caso de que el acredita- do no cumpla con su obligación de pago.

Independientemente de que nuestra Legislación Mercan- til permite la capitalización de intereses, la justificación doctrinal de esta práctica la encontramos en la Jurispru- dencia Argentina citada por el tratadista Luis Muñoz del - siguiente tenor : "La Jurisprudencia entiende que si el -- deudor está obligado a hacer entrega del capital e intere- ses, cada entrega representa una suma total sobre la que - computará los intereses punitarios pactados para el caso - de incumplimiento." (40)

Como observamos, este criterio podría considerarse -- similar al sostenido por la Tesis de nuestro máximo Tribu- nal que anteriormente hemos citado, referente al monto exce- sivo de los intereses moratorios y así podemos resumir que por muy altos que dichos intereses moratorios se pacten, y se convenga su capitalización, ni una cosa ni la otra suce- dería si el deudor cumpliera oportunamente con su obligación de pago.

(40) Muñoz Luis. Derecho Comercial. Contratos. Op. Cit. Pág. 54.

## **CAPITULO IV**

### **EL MUTUO CIVIL Y EL PRÉSTAMO MERCANTIL**

## CAPITULO IV

## EL MUTUO CIVIL Y EL PRÉSTAMO MERCANTIL

1.- EL MUTUO CIVIL EN EL DERECHO VIGENTE. A)- DEFINICIÓN. - B)- ELEMENTOS. C)- CARACTERÍSTICAS. 2.- DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL MUTUO CIVIL Y EL PRÉSTAMO MERCANTIL.

1.- EL MUTUO CIVIL EN EL DERECHO VIGENTE. De nueva cuenta, antes de entrar al estudio de los temas de este capítulo, estimamos conveniente en breves líneas referirnos a nuestro Código Civil vigente expedido con base en los Decretos de 7 de enero y 6 de diciembre de 1926, y 3 de enero de 1928 publicado en el Diario Oficial del día 26 de marzo de ese mismo año y en vigor a partir del 1° de octubre de 1932 según Decreto publicado en el mencionado Diario Oficial del 1° de septiembre de ese mismo año de 1932.

Encontramos en la exposición de motivos, que el pensamiento capital del proyecto fue el de "armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el Código Civil de 1884" así mismo, se siguió el principio de que "al individuo sea que obre en interés propio o como miembro de la sociedad y en interés común, no puede dejar de considerársele como miembro de la colectividad" y por lo tanto resulta "infundada la opinión de que el derecho civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad" pues como hemos manifestado salvo por excepción siempre existe repercusión en el interés social.



Respecto al contrato de mutuo que nos ocupa, en la exposición de motivos se manifiesta: "Las reformas al contrato de mutuo tienden a proteger al deudor contra las exigencias indebidas del acreedor, y a evitar que aproveche ésta la aflictiva situación de aquél al solicitar el préstamo, - pactándose anticipadamente la acumulación de intereses que, por producir una utilidad immoderada del capital, fomentan la negligencia del acreedor para reclamar oportunamente el pago y causan ruinoso perjuicio al deudor.

Para facilitar el pago se previno que éste se haga en el domicilio del deudor, que las alteraciones del valor de la moneda extranjera sean en beneficio o daño del mutuuario, y se dispuso que no sean declaradas nulas las deudas contraídas por el menor para proporcionarse los alimentos que necesite, cuando su representante legítimo se encuentre ausente".

Por nuestra parte consideramos que las reformas respecto del mutuo fueron más allá de lo manifestado en la exposición de motivos, pues no sólo se amplió la protección del deudor y se prevee lo relativo a los préstamos en moneda extranjera ampliando el criterio anterior que en este sentido sólo atendía a la especie de moneda, sino que también el -- nuevo Código de una manera más técnica sustituye el vocablo "concesión", por el de "transferir", toda vez que como ya lo hemos visto en el mutuo la cosa cambia de dueño, es decir, se transfiere su propiedad y no sólo se concede su uso.

Asimismo, introduce un cambio radical al dejar de ser

el mutuo un contrato real, al retornar a lo establecido en el Código de 1870 en cuanto al principio consensualista, y es así que en el artículo 1796 se dispone que, "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley..."

Más adelante el artículo 1832 establece "en los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley".

Al respecto Bernardo Pérez Fernández del Castillo nos dice: "Si bien de la exposición de motivos del Código y del contenido de los artículos 1796 y 1832 se podría concluir que la regla en materia de formalismo es la libertad de forma o consensualismo, sin embargo, en materia de contratación el Código deroga el principio al establecer formalidades para muchos contratos". (1)

Por lo que respecta al contrato de mutuo, insistimos, el cambio fue determinante al tornarse en un contrato consensual en oposición al real. Estos aspectos y algunos más serán materia de estudio del presente capítulo.

A)- DEFINICIÓN.- La problemática de falta de definición legal que observamos en el préstamo mercantil, no se presenta en el mutuo, toda vez que nuestro actual Código Civil en su artículo 2384 nos da la siguiente definición:

(1) Pérez Fernández del Castillo. Derecho Notarial. Pág. 73. Primera Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1981.

"El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad".

Uniendo lo dispuesto por los artículos 2384 y 2393 del Código Civil, el Doctor Francisco Lozano Noriega nos da la siguiente definición de mutuo: "Podemos definir al mutuo -- como un contrato por virtud del cual uno de los contratantes llamado mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles de manera gratuita u onerosa, al otro contratante que se llama mutuuario - (o también mutuario), quien se obliga a restituir otro tanto de la misma especie y calidad". (2)

La anterior definición del Doctor Lozano Noriega al referirse a la obligación del mutuario, sustituye el vocablo "devolver" por el término "restituir", al respecto algunos autores consideran que la palabra devolver significa volver una cosa al estado que tenía, lo cual no acontece en el mutuo toda vez que generalmente la cosa se ha consumido y por tanto el término más adecuado es el de restituir. Por nuestra parte consideramos que el contrato que nos ocupa tiene aspectos más importantes que el meramente gramatical mismo al que sin restarle importancia, para efectos prácticos utilizaremos en este trabajo el término devolver por ser el empleado por el legislador.

Por su parte el tratadista Luis Muñoz, haciendo referencia al artículo 2240 del Código Civil argentino nos dice:

(2) Lozano Noriega Francisco. Op. Cit. Pág. 302 y 303.

"Habrá mutuo o empréstito de consumo, cuando una parte entregue a la otra una cantidad de cosas que esta última está autorizada a consumir, devolviéndole en el tiempo convenido - igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad", y - enseguida hace referencia a la crítica al legislador por emplear la palabra "entregue", y que sería preferible utilizar la voz "transferir". (3)

En primer término, observamos que a diferencia de los Códigos anteriores de 1870 y 1884, el Código actual separa al mutuo del comodato, es decir, hace a un lado la clasificación general de préstamos y ubica al mutuo entre los contratos traslativos de propiedad y al comodato dentro de los traslativos de uso.

En efecto, nuestro actual Código Civil en la Segunda Parte del Libro Cuarto de las Obligaciones, reglamenta las diversas especies de contratos, iniciando por los que se caracterizan por ser traslativos de la propiedad como son la compraventa, la permuta y el mutuo, para posteriormente regular los traslativos de uso como son el arrendamiento y el comodato.

En otro cambio fundamental que experimenta la reglamentación del contrato de mutuo, está su transformación de contrato real a contrato consensual al establecer que a virtud de este contrato el mutuante se obliga a transferir la propiedad de la cosa mutuada, lo cual viene a constituir un cambio de fondo respecto a las legislaciones anteriores y a los orígenes mismos del mutuo.

(3) Muñoz Luis. Derecho Comercial. Contratos. Op. Cit. Pág. 9.

Este cambio, nos dice el tratadista Ramón Sánchez Medal no fue "una idea original de nuestro actual legislador, sino que reproduce el concepto del proyecto del Código Civil Español de 1851". (4)

En efecto, tanto en el Código de 1870 como el de 1884, se consideraba al mutuo al igual que la prenda, el depósito y el comodato, como un contrato real es decir, que para su perfeccionamiento se exigía la entrega de la cosa, lo que ya no acontece en el Código actual de 1928 en el que únicamente la prenda se conserva como contrato real y aún en ella se permite que ésta entrega sea real o jurídica (artículo - 2858 del Código Civil).

Es así, que el contrato de mutuo pasa a ser un contrato consensual que sólo requiere para ser válido la exteriorización del acuerdo de voluntades, bien sea éste de una manera verbal, por escrito privado, o bien por escritura pública.

B)- ELEMENTOS.- En el capítulo II inciso 1), subinciso b), analizamos los elementos o requisitos tanto de existencia como de validez del préstamo mercantil, para lo cual -- siendo la Ley común supletoria a la legislación mercantil, -- estudiamos el artículo 1794 del Código Civil que establece que para la existencia de todo contrato se requiere; I.- Consentimiento y II.- Objeto que pueda ser materia del contrato.

Respecto al consentimiento, apuntábamos que el Doctor

(4) Sánchez Medal Ramón. Op. Cit. Pág. 178.

Francisco Lozano Noriega, considera que "no existe ninguna-regla especial" (5), y por lo que hace al objeto, de acuerdo a la definición del contrato puede consistir en una suma de dinero o cualquier otro bien fungible.

Por lo que se refiere a los elementos de validez, interpretando a contrario sensu el artículo 1795 del Código Civil, encontramos que dichos requisitos son los siguientes: 1.- Capacidad, 2.- Consentimiento exento de vicio, 3.- Objeto y motivo o fin lícitos, y 4.- Forma.

Estudiamos las consecuencias de la falta de alguno de estos elementos, es decir, lo relativo a la inexistencia y a la nulidad bien sea esta relativa o absoluta.

En relación a la capacidad, recordemos que el mismo Doctor Lozano nos dice que no es suficiente la capacidad general de que nos habla el artículo 1798 del Código Civil, pues es necesaria "una capacidad especial, la capacidad de disposición respecto de las cosas que son materia del contrato de mutuo". (6)

Hablamos anteriormente del consentimiento como elemento de existencia del contrato, ahora analizaremos el consentimiento exento de vicio como el segundo de los elementos de validez, y sobre él apuntaremos que es necesario que en el mutuo como en todo contrato, no existan vicios en el consentimiento como son el error, la violencia o el dolo, los cuales producirían la nulidad relativa, la cual permite que el

(5) Lozano Noriega Francisco. Op. Cit. Pág. 306.

(6) Lozano Noriega Francisco. Op. Cit. Pág. 308.

contrato produzca provisionalmente sus efectos, y desaparece por confirmación o prescripción.

Del tercero de los elementos de validez o sea el objeto, manifestamos en su oportunidad que de acuerdo al artículo 1825 del Código Civil la cosa objeto del contrato debe existir en la naturaleza, ser determinado o determinable, - y estar en el comercio, y el motivo o fin ser lícito.

Y por último, en cuanto a la forma como elemento de validez del contrato de mutuo, debemos remitirnos al artículo 1832 del Código Civil que establece que para la validez del contrato no se requieren formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la Ley.

En virtud de lo anterior, estamos de acuerdo con el autor Ramón Sánchez Medal quien nos dice: "el mutuo es un contrato consensual en oposición a formal, dado que no es necesaria la firma de ningún documento, ni llenar ninguna otra formalidad para la celebración del contrato". (7)

C)- CARACTERÍSTICAS.- De lo hasta aquí analizado, encontramos que en el contrato de mutuo reglamentado por nuestro actual Código Civil, se reúnen las siguientes características:

1).- Es un contrato consensual para cuyo perfeccionamiento basta el acuerdo de voluntades de las partes, sin mediar la entrega de la cosa.

(7) Sánchez Medal Ramón.Op.Cit.Pág.184.

2).- Es un contrato traslativo de propiedad y por lo tanto el mutuante debe tener la calidad de dueño de la cosa mutuada, es decir, la capacidad de disponer de la misma, -- por su parte el mutuario adquiere la propiedad de dicha cosa mutuada con todos los derechos y obligaciones inherentes a ella.

3).- Es un contrato por naturaleza y origen gratuito y solo mediante pacto expreso las partes pueden estipular intereses, bien sea en dinero o en especie.

4).- La devolución de la cosa mutuada deberá efectuarse en el plazo fijado, y en caso de omisión se establecen normas especiales si el mutuario fuese labrador y el préstamo consistiere en frutos del campo, en los demás casos se estará a las reglas generales del cumplimiento de las obligaciones que establece el artículo 2080 del Código Civil.

El artículo antes citado se refiere tanto a las obligaciones de dar como a las obligaciones de hacer, por lo que es necesario remitirnos al artículo 2011 en cuya fracción - III establece dentro de las obligaciones de dar la consisten- te en el pago de la cosa debida. En consecuencia, volviendo al artículo 2080 del Código Civil encontramos que si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago, solo podrá exigirlo el acreedor es decir el mutuante después de 30 días de haber interpelado al deudor (mutuario) judicial o - extrajudicialmente, y en este último caso ante un notario o ante testigos.

5).- Por lo que respecta a la obligación del mutuante-



de transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, en la reglamentación del mutuo no se prevee en qué momento deba efectuarse dicha transferencia, en tal virtud deberá estarse a la voluntad de las partes, es decir, que la transferencia se realizará en el plazo convenido, pero en caso de no haberse estipulado plazo para ello, se estará a lo dispuesto por el artículo 2080 del Código Civil antes analizado, por tratarse también de una obligación de dar conforme a lo previsto por la fracción I del artículo 2011 del mencionado ordenamiento civil, de tal suerte que de no haberse estipulado plazo para la transferencia, el mutuuario solo podrá exigirla del mutuante, 30 días después de haberlo interpelado judicial o extrajudicialmente.

6).- Otra característica del mutuo la encontramos en lo previsto por el artículo 2388 del Código Civil que prevee el caso de que el mutuuario no pueda restituir el género recibido y en tal caso, satisfará su obligación pagando el valor que la cosa prestada tenía en el tiempo y lugar en que se hizo el préstamo.

Tomando en consideración que estamos ante un contrato gratuito, la solución del legislador nos parece adecuada, toda vez que utiliza como referencia el valor de la cosa al momento y lugar del préstamo, lo que equivale al precio de dicha cosa al momento y lugar de efectuarse el pago según lo analizamos en el capítulo II del presente trabajo.

Las restantes características del mutuo civil como son los aspectos relativos al lugar de la restitución, los inte

reses ordinarios y moratorios y su capitalización, son temas que han sido tratados en los capítulos correspondientes por lo que consideramos repetitivo el abordarlos nuevamente.

2.- DIFERENCIAS Y SIMILITUDES ENTRE EL MUTUO CIVIL Y EL PRÉSTAMO MERCANTIL.- Teniendo el préstamo mercantil su origen y reglamentación supletoria en el mutuo civil, estimamos conveniente iniciar este tema con las similitudes que encontramos en ambos contratos, para posteriormente tratar las diferencias entre los mismos.

#### SIMILITUDES :

a).- Como primer similitud, encontramos que ambos contratos son consensuales, toda vez que en tanto no exista de finición y reglamentación propia y total del préstamo mercantil en el Código de Comercio, deberá estarse a lo dispuesto por el Código Civil, siendo así que el contrato de préstamo mercantil de real se tornó en consensual al entrar en vigor el Código Civil de 1928 precisamente el 1° de octubre de 1932.

b).- El objeto del contrato como elemento esencial del mismo, también es similar en ambos contratos consistiendo - en los dos casos en una suma de dinero o cualquier otro bien fungible.

En efecto, tanto el artículo 2384 del Código Civil, como el artículo 359 del Código de Comercio, hace referencia al objeto del contrato, el cual consiste en una suma de dinero, o cualquier otra cosa fungible (préstamos de título

los o valores o préstamos en especie),

c).- Por lo que se refiere a los elementos de validez del contrato, encontramos similitud por lo que hace al consentimiento exento de vicios -error, violencia, dolo-; y la presencia de cualquiera de estos vicios del consentimiento, ocasiona tanto en el mutuo civil como en el préstamo mercantil la nulidad relativa, misma que es susceptible de desaparecer por confirmación o por prescripción.

También es similar el requisito de la forma, ya que en ambos contratos no se requiere formalidad alguna, salvo excepciones como sería el caso de un mutuo civil con garantía hipotecaria, o un préstamo mercantil de títulos nominativos, aún cuando en última instancia la formalidad se requeriría en cuanto a lo accesorio del contrato, como sería en el primer caso la garantía hipotecaria, y en el segundo para efectos de ejercitar los derechos consignados en el título.

d).- En los casos en que no se haya estipulado plazo para la restitución de la cosa mutuada o prestada, el acreedor no podrá exigir en ambos contratos la restitución de la cosa sino transcurridos 30 días de la interpelación al deudor, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2080 del Código Civil y el artículo 360 del Código de Comercio, estableciéndose en los dos casos que la interpelación será judicial o extrajudicialmente ante un notario y dos testigos.

e).- En ambos contratos el mutuante o el prestador transfieren la propiedad de la cosa mutuada o prestada al

mutuatario o prestatario, y por lo tanto los primeros deben tener "la capacidad especial de disposición" de que nos habla el doctor Francisco Lozano Noriega. (8)

f).- Tratándose de pagos al capital en los cuales no se reserve expresamente el derecho a los intereses, tanto en el mutuo civil como en el préstamo mercantil se extingue la obligación del deudor respecto de los mismos atento a lo dispuesto por el artículo 2090 del Código Civil por lo que hace al mutuo, y primer párrafo del artículo 364 del Código de Comercio por lo que se refiere al préstamo mercantil.

Como excepción a este principio general estudiamos en su oportunidad los créditos refaccionarios, de habilitación o avío y la apertura de crédito, en los cuales observamos que la renuncia a los intereses pactados debe ser expresa.

g).- También en ambos contratos los pagos se aplican primero a intereses y después a capital, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 2094 del Código Civil y 364 segundo párrafo del Código de Comercio.

h).- En caso de que el acreedor se rehusare a recibir el pago, el deudor tanto en el mutuo como en el préstamo mercantil puede proceder a consignar la cosa y posteriormente promover el juicio liberatorio correspondiente de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 2097, 2098 y 2100 del Código Civil, y siguiendo para ello el procedimiento previsto en los artículos 225, 226, 227 y siguientes del -

(8) Lozano Noriega Francisco. Op.Cit. Págs. 308 y 309.

Código de Procedimientos Civiles, tal y como lo analizamos en el inciso 3 del Capítulo II del presente trabajo.

i).- En ambos contratos independientemente de la extinción natural de la obligación por medio del pago, puede también extinguirse por :

- La compensación, cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente (artículo 2185 del Código Civil).

- La confusión de derechos, cuando las calidades de acreedor y de deudor se reúnen en una misma persona (artículo 2206 del Código Civil).

- La remisión del adeudo, cuando el acreedor renuncia a su derecho y remite en todo o en parte las prestaciones que le son debidas (artículo 2209 del Código Civil).

- La novación, cuando las partes alteran substancialmente el contrato sustituyendo una obligación nueva a la antigua (artículo 2213 del Código Civil).

- La dación en pago, cuando las partes admiten que el deudor pague con un objeto distinto al debido inicialmente (artículo 2063 del Código Civil).

Por lo que se refiere a los aspectos en que difieren ambos contratos, encontramos las siguientes :

## DIFERENCIAS :

1).- En la capacidad como elemento de validez encontramos una diferencia entre el mutuo civil y el préstamo mercantil, en el primer contrato son hábiles para celebrarlo toda las personas no exceptuadas por la ley, de conformidad con el artículo 1798 del Código Civil; en el segundo contrato por lo menos una de las partes debe estar actuando como comerciante y por lo tanto estar capacitada para ello, atento a lo dispuesto por los artículos 5° y 358 del Código de Comercio.

2).- En caso de imposibilidad para regresar la cosa en género, en el préstamo mercantil se toma en cuenta su precio a la fecha de la restitución ( artículo 362 del Código de Comercio ) mientras que en el mutuo, se considera el valor de la cosa a la fecha del préstamo ( artículo 2388 del Código Civil ). En nuestro concepto la solución que dan los Código Civil y de Comercio y que aparentemente son distintas, en el fondo las consideramos iguales o similares, toda vez que el valor de la cosa a la fecha de la constitución del mutuo, equivale al precio de la cosa al momento de la restitución de lo prestado, según lo hemos sostenido en temas anteriores.

3).- El mutuo civil es por naturaleza gratuito, mientras que el préstamo mercantil por el contrario es oneroso. En efecto, los autores que hemos comentado, coinciden en clasificar al mutuo dentro de los contratos gratuitos, por el contrario en el préstamo mercantil según lo hemos analizado en su oportunidad, existe la presunción de que se pactaron intereses, toda vez que en este contrato interviene -

por lo menos un comerciante, cuya actividad es por naturaleza lucrativa; el objeto del contrato se destina al comercio; cualquier prestación pactada en favor del acreedor se reputa interés; y por último al deudor se le da un plazo más amplio que el previsto en la regla general para que le sea exigible el pago, en el caso en que el préstamo sea por tiempo indeterminado.

4).- Tratándose de mutuos o préstamos en los que se pacten que el pago deba hacerse en moneda extranjera, existe una aparente diferencia, toda vez que el artículo 2389 del Código Civil establece que la alteración que la moneda experimente en valor será en daño o beneficio del mutuario, mientras que el artículo 359 del Código de Comercio dispone que el daño o beneficio será para el prestador, lo cierto es que lo anterior más que una diferencia es una similitud, toda vez que el daño para el prestador será un beneficio para el mutuario y viceversa lo que daña al mutuario es un beneficio para el prestador.

5).- Por lo que se refiere al objeto del contrato no como elemento de existencia sino como elemento de validez, encontramos la siguiente diferencia: en el mutuo basta que el objeto exista en la naturaleza, sea determinado o determinable y esté en el comercio de acuerdo a lo previsto por el artículo 1825 del Código Civil, pero tratándose de un préstamo mercantil dicho objeto deberá además destinarse a actos de comercio y no para necesidades ajenas a éste según lo dispuesto por el artículo 358 del Código de Comercio.

6).- En el mutuo civil se conserva el principio origi-

nal del derecho romano de reintegrar otro tanto de la misma especie y calidad, y sólo como excepción se permite la substitución que prevee el artículo 2388 del Código Civil. Por el contrario en el préstamo mercantil el Código de Comercio en su artículo 359 con un criterio más liberal o amplio, en todos los tipos de crédito que en su oportunidad analizamos, faculta al deudor para liberarse entregando bienes equivalentes o su valor en efectivo.

7).- Por lo que se refiere al lugar de pago encontramos una nueva diferencia toda vez que tratándose del mutuo, el artículo 2082 del Código Civil establece que por regla general el pago debe hacerse en el domicilio del deudor, -- por su parte el artículo 83 del Código de Comercio dispone que las obligaciones mercantiles deberán de cumplimentarse en el lugar determinado por el contrato o en caso contrario en el lugar que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado.

8).- En el préstamo mercantil la tasa de interés legal es del 6% anual, mientras que en el mutuo civil se eleva en un 50% esta tasa o sea a razón del 9% anual.

La razón aparente de esta diferencia la podemos encontrar en el hecho de que al entrar en vigor el actual Código de Comercio regía en materia común el Código Civil de 1884 el cual establecía en su artículo 2696 que el interés legal sería en todo caso del 6% anual.

9).- En el mutuo civil no pueden las partes bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capi-



talicen, por el contrario, en el préstamo mercantil no existe limitación alguna respecto a la época del pacto de capitalización.

En efecto el artículo 2397 del Código Civil sanciona con pena de nulidad el convenio previo de las partes para capitalizar intereses, por su parte el artículo 363 del Código de Comercio aún cuando prevee como regla general que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, el propio artículo faculta a los contratantes para capitalizarlos, sin establecer limitación alguna respecto de la época de celebración de este pacto de anatocismo, por lo que las partes pueden legalmente convenirlo desde la fecha misma de la celebración del contrato de préstamo mercantil.

## CONCLUSIONES

1.- Desde su origen en el Derecho Romano hasta nuestro actual Código Civil el mutuo se ha considerado como un contrato gratuito, y sólo por excepción se admite el pacto de intereses. Por su parte el préstamo mercantil en nuestro Código de Comercio vigente es un contrato oneroso en el que se presume la existencia de intereses.

2.- Sería conveniente que el préstamo mercantil tuviese su definición propia en el Código de Comercio, la cual podría ser la siguiente: Contrato generalmente oneroso por el cual el mutuante se obliga a transferir al mutuario una suma de dinero o de otras cosas fungibles, para destinarse a operaciones o actos de comercio, obligándose éste último a devolver otro tanto de la misma especie y calidad más sus intereses en un plazo determinado.

3.- Tomando en consideración nuestros antecedentes legislativos que inclufan dentro del término préstamo tanto el de consumo (mutuo) como el de uso (comodato), el Título Quinto del Código de Comercio actualmente denominado "Del Préstamo Mercantil" debió haberse denominado "Del Mutuo Mercantil".

4.- Siendo el préstamo mercantil un contrato oneroso, el prestatario para liberarse de su obligación, debe restituir además de la cosa recibida, el interés pactado o en su defecto el interés legal.

5.- Mediante el préstamo mercantil al igual que en el mutuo civil, se trasmite la propiedad de la cosa, y por lo tanto el mutuante y el prestador deben tener la capacidad de disposición, por su parte el prestatario o mutuario, se convierten en propietarios de la misma, con todos los derechos y obligaciones que esto implica.

6.- En el préstamo mercantil a diferencia del mutuo civil, las partes pueden pactar desde el momento mismo de la celebración del contrato, que los intereses se capitalicen, para de esta manera producir nuevos intereses.

Al respecto, la medida proteccionista del mutuario en el mutuo civil, quedó desvirtuada al convertirse el contrato de real en consensual.

7.- Para considerar que el interés es excesivo y por lo tanto usurario, debe atenderse no sólo a los puntos porcentuales de la tasa de interés pactados por las partes, sino que es necesario demostrar que el deudor haya aceptado este porcentaje en atención a su ignorancia o inexperiencia, o bien que el acreedor hubiere abusado de la situación económica del acreditado, de tal suerte que el interés resulte desproporcionado al beneficio recibido, siendo precisamente este último aspecto de difícil apreciación, pues se debe tomar en consideración los antecedentes de la operación, la actividad de los contratantes y el destino del crédito.

8.- En la mayoría de las operaciones de crédito reguladas por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, encontramos como base de ellas los principios del préstamo-

mercantil, en tal virtud, tratándose de préstamos mercantiles de dinero es válido utilizar el término crédito como sinónimo de préstamo.

9.- Considerando la actual situación económica tanto nacional como mundial, se estima conveniente la utilización de tasas variables de interés tanto para los intereses ordinarios como para los moratorios, igualmente sería recomendable el establecimiento del mismo sistema para determinar el monto del interés legal y sancionar la usura, indexando dichas tasas al índice inflacionario, al salario mínimo o al costo promedio ponderado de captación del sistema bancario nacional, a efecto de conservar siempre un punto de equilibrio que responda a las necesidades de la situación real del país en un momento dado.

10.- Tratándose de préstamos en moneda extranjera, el criterio de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación de atender primordialmente a la moneda recibida y no a la pactada, debe entenderse bajo la premisa de que la recepción es virtual, y por lo tanto deben tomarse en consideración los antecedentes y las circunstancias que mediaron en la operación del préstamo a efecto de que de este análisis en conjunto, se pueda obtener una resolución tanto legal como justa para ambos contratantes.

## BIBLIOGRAFIA IUS

- 1.- Acosta Romero Miguel      Derecho Bancario. Segunda Edición. Editorial Porrúa, S.A. México 1983.
  
- 2.- Aldrighetti Angelo      Técnica Bancaria. Versión Española de Felipe J. Tena y Roberto López. Cuarta Edición. Fondo de Cultura Económica. México 1956.
  
- 3.- Atwood Roberto      Diccionario Jurídico. Editor y Distribuidor Librería Bazan, México 1981.
  
- 4.- Bañuelos Sánchez Froylan      Derecho Notarial, Tercera Edición Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1984.
  
- 5.- Bravo González Agustín      Segundo Curso de Derecho Romano. Editorial Pax-México, Librería Carlos Césarman, S.A. Segunda Reimpresión de la Segunda Edición. México 1980.
  
- 6.- Floris Margadant S. Guillermo      El Derecho Privado Romano. Undécima Edición, Editorial Esfinge, S.A. México 1982.

- 7.- Giraladi Pedro Mario      Cuenta Corriente Bancaria y Cheques, Editorial Astrea, Buenos Aires 1973.
- 8.- Giraladi Pedro Mario      Introducción al Estudio de los Contratos Bancarios. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1963.
- 9.- Girard Paül Frederic, et Félix Senn      Les lois des Romains. Séptima Edición. par un groupe de romanistes des Testes de Droit Romain Tome II. Jovene editore 1977.
- 10.- Iglesias Juan      Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. Sexta Edición. Editorial Ariel. Barcelona 1972.
- 11.- Kozolchyk Boris      El Crédito Documentario en el Derecho Americano. Editorial-Cultura Hispana. Madrid 1973.
- 12.- Lozano Antonio de J.      Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Mexicanas. J. Balleca y Cía. Sucesores, Editores, México 1905.
- 13.- Lozano Noriega Francisco      Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos. Asociación del Notariado Mexicano, A.C. México - 1970.

- 14.- Mc Keon Richard      The Basic Works of Aristotle, Tercera Edición, Random House New York, 1941.
- 15.- Mazeud Henri, León y Jean      Lecciones de Derecho Civil.- Parte Tercera. Volumen IV. - Los Principales Contratos. - Traducción de Luis Alcalá- Zamora y Castillo. Ediciones Jurídicas Europa-América. -- Buenos Aires 1962.
- 16.- Messineo Francesco      Operaciones de Bolsa y de Banca. Versión Española de R. Gay de Montellá. Segunda Edición. Bosch Casa Editorial. Barcelona 1954.
- 17.- Montes Cristóbal      Curso de Derecho Romano. - Universidad Central de Venezuela. Caracas 1964.
- 18.- Muñoz Luis      Derecho Bancario Mexicano.. Primera Edición. Cárdenas,- Editor y Distribuidor. Méxi co 1974.
- 19.- Muñoz Luis      Derecho Comercial, Contratos Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires 1960.

- 20.- Pérez Fernández del Cas- Derecho Notarial, Primera --  
tillo Edición, Editorial Porrúa, --  
S.A. México 1981.
- 21.- Rodríguez Azuero Sergio Contratos Bancarios. Segunda  
Edición. Federación Latinoa-  
mericana de Bancos. Bogotá --  
1979.
- 22.- Rodríguez Rodríguez Joa- Curso de Derecho Mercantil.-  
quín. Tomo I. Décima Edición. Edit-  
orial Porrúa, S.A. México 1972.
- 23.- Rodríguez Rodríguez Joa- Curso de Derecho Mercantil.-  
quín. Tomo II. Décima Edición. Edi-  
torial Porrúa, S.A. México --  
1972.
- 24.- Rojina Villega Rafael Compendio de Derecho Civil.-  
Tomo II.-Bienes, Derechos --  
Reales y Sucesiones. Primera  
Edición. Antigua Librería Ro-  
breo. México 1963.
- 25.- Sánchez Medal Ramón De los Contratos Civiles. --  
Editorial Porrúa, S.A. Méxi-  
co 1979.
- 26.- Tena Felipe de J. Derecho Mercantil Mexicano.  
Décima Edición, Editorial --  
Porrúa, S.A. México 1980.



27.- Tozzi Glauco

Economistas Griegos y Romanos. Primera Reimpresión en Español. Editorial Fondo de Cultura Económica, México - 1974.

## L E G E S

Código Civil del Distrito Federal de 1870

Código Civil del Distrito Federal de 1884

Código Civil del Distrito Federal Vigente

Código de Comercio Vigente

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Código Penal para el Distrito Federal

Ley Federal de Protección al Consumidor

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares de 1941

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito

Ley Reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito