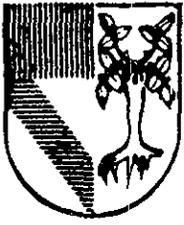


308909



UNIVERSIDAD PANAMERICANA 62

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

2e1

**APLICACIÓN DE COVENANTS EN EL SISTEMA
MEXICANO DE GARANTÍAS BANCARIAS.**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

PEDRO RAMÍREZ MOTA VELASCO

DIRECTOR DE TESIS:
LIC. GONZALO GARCÍA VELASCO

MÉXICO, D.F.

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

263667



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

Principalmente a Cristo, con
infinita gratitud.

A mis padres, por los que
siento inigualable orgullo y
admiración

A Moira con todo mi amor

A mis hermanas, abuelos y
demás familiares, por su
apoyo, bondad e inspiración.

Agradeciendo especialmente
al Lic. Gonzalo García
Velasco por su tiempo y
dedicación

ÍNDICE

Introducción	I
I Garantías en el Derecho Mexicano	
A. Conveniencia de la utilización de garantías para acreedores y deudores	1
B. Garantías legales.	3
C. Naturaleza jurídica de las garantías	4
D. Objeto de las garantías	6
E. Fin de las garantías	8
F. Clasificación de las garantías.	10
G. Inconvenientes generales para las instituciones de crédito en la utilización de garantías reales	14
II. Sistema Mexicano de Garantías Bancarias	
A. Régimen legal aplicable a las garantías bancarias	16
B. Figuras más utilizadas en el sistema mexicano de garantías bancarias	16
1. Hipoteca	17
a. Hipoteca civil	21
b. Hipoteca sobre unidad	24
c. Hipoteca mercantil	25
d. Inconveniencias para las instituciones de crédito y para sus clientes	30
2. Prenda mercantil	39
3. Caucción bursátil	45
4. Endoso en garantía	48
5. El fideicomiso de garantía.	54
6. Fianza	59
7. Aval	62
8. Garantías específicas de los créditos de avío y refaccionario.	67
9. Garantía de participación de impuestos federales	
III Imposiciones legales a las Instituciones de Crédito Referentes a las Garantías de sus Operaciones	
A. La Ley de Instituciones de Crédito	70
B. Importancia del estudio de la viabilidad de los proyectos	71
C. Distinción entre prestamista y financiero	75

IV Covenants

A. Naturaleza jurídica de los <i>covenants</i> .	79
B. Clasificación	79
C. Finalidad de los covenants	84
D. ¿Por qué covenants y no obligaciones?	94
E. Determinación de los covenants aplicables para cada caso	94
F. Incumplimiento de los covenants	95
G. Limitaciones de los covenants	99
H. Precaución de las partes al momento de pactar los covenants	100
I. Consideraciones sobre las condiciones económicas necesarias para la aplicación de los covenants	106
J. Covenants mas comunes	108
1. Covenants positivos.	109
a) Proporcionar información financiera.	109
b) Preservar propiedades	116
c) Seguros	118
d) Inspección	122
2. Covenants negativos	123
a) Limitaciones al endeudamiento	123
b) Decreto y reparto de dividendos	124
c) Venta de activos	125
d) Arrendamientos.	129
e) Ventas con el fin de arrendar el bien vendido (leasebacks).	129
f) Fusiones, transformaciones, escisiones y compra o venta del total o de la mayoría de los activos de otra empresa o del acreditado ("cambios fundamentales")	130
g) Inversiones.	134
h) Limitaciones a otorgar garantías.	136
3. Covenants financieros	138
a) Capital de trabajo.	138
b) Activo circulante	142
c) Capital contable	142
d) Gastos de capital	144
K. Operaciones tendientes a garantizar el cumplimiento de los covenants	146

V Conclusiones	148
----------------	-----

Bibliografía	150
--------------	-----

Introducción.

Primeramente se realizará un estudio general sobre las garantías, su naturaleza, objeto, fin, etc , para que posteriormente sean analizadas las figuras mas utilizadas que ofrece nuestro sistema jurídico para garantizar créditos bancarios

Con esto el lector tendrá una visión general sobre el sistema mexicano de garantías bancarias, el cual tratará de complementarse con las diferentes consideraciones, prácticas y legales, que el banco debe de tomar en cuenta al momento de otorgar un crédito y solicitar una garantía para su pago.

Solo habiendo realizado el estudio anterior se podía entrar al estudio de las obligaciones ya sea de dar, de hacer o de no hacer incluidas en los contratos de crédito conocidas en el medio jurídico-financiero como *covenants*. Empezando por su análisis general, siguiendo con una serie de consideraciones que les son aplicables, y terminando con el estudio de algunos de los *covenants* que se pactan con mas frecuencia

Este trabajo no pretende dar a conocer aspectos desconocidos sobre los *covenants*, sino que se caracteriza principalmente por ser un compendio de la información que hay sobre éstos, con el fin de tratar de comprobar su efectividad y proponer sean utilizados con mayor frecuencia.

Sin dejar de reconocer que este trabajo es principalmente una recopilación informativa, se realizó sin olvidar introducir los diferentes puntos de vista que tiene el autor de los temas que se analizan en el transcurso de su exposición.

I Garantías en el Derecho Mexicano.

A) Conveniencia de la utilización de garantías para acreedores y deudores.

Es totalmente incuestionable la utilidad de las garantías, pues al no estar asegurada una obligación el acreedor corre diferentes riesgos. Por una parte el deudor puede enajenar sus bienes, y si lo hizo en situaciones normales, es decir, no incurriendo en fraude de acreedores, el acreedor no tendrá mas derecho que sobre los bienes que sigan en propiedad del deudor, el acreedor no podrá “perseguirlos” ya que carece del derecho de persecución.

El acreedor podría estar tranquilo sin una garantía determinada que garantice la obligación, ya que en nuestro derecho existe el principio de que el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes¹, lo que doctrinariamente se denomina “derecho de prenda general” sobre el patrimonio del deudor. Pero en la práctica se presentan graves inconvenientes, ya que el acreedor tendrá derecho, como quedó señalado con anterioridad, únicamente sobre los bienes que se encuentran en el patrimonio de su deudor en el momento de exigir la ejecución forzada de la obligación, que generalmente se tendrá que conseguir poniendo en movimiento a la autoridad jurisdiccional.

¹ Art. 2964 del Código Civil.

El poner en movimiento en México al poder judicial para conseguir el cumplimiento forzoso de una obligación, y está por demás decirlo pues es conocido y comprobado, tiene otros tantos inconvenientes

Es de especial importancia tener presentes los múltiples vicios que sufre nuestro poder judicial y las ineficacias que éstos provocan como la dilación en la impartición de justicia, ya que si los juicios donde existen garantías determinadas llegan a ser procesos que dilatan en resolverse años, ahora bien, en los juicios donde éstas no existen, donde el acreedor no goza de los derechos de persecución, prelación o preferencia, el deudor con un buen asesor legal dilatará la emisión de una resolución definitiva por otros años mas En nuestro país, este retraso o dilación en la impartición de justicia trae consigo un evidente perjuicio causado al acreedor, aunado a los ya típicos procesos inflacionarios, que por cierto no se desarrollan con ninguna dilación, sino que son bastante prestos, sin dejar atrás la conjunción con los demás vicios que sufre nuestro poder judicial como es el de la corrupción.

Por otro lado el acreedor, al no existir a su favor derecho de persecución, preferencia o prelación, compite con otros acreedores los cuales sí pueden tener estos derechos, afectándole también en este caso la dilación y demás vicios del poder judicial, pues si son resueltos con anterioridad los juicios del deudor con los otros acreedores, habrá algún acreedor que aunque le sea favorable la resolución de su juicio, por la dilación con que fue emitida ya no tenga bienes suficientes sobre los cuales pueda trabar ejecución

En la desafortunada situación en la que el comerciante acreditado fuera declarado en estado de quiebra, el acreedor sin privilegio alguno quedaría clasificado en el cuarto o quinto grado, correspondiente respectivamente a los acreedores comunes por operaciones mercantiles y a los acreedores comunes por operaciones civiles, teniendo que esperar el remanente de lo que dejasen los acreedores de los grados anteriores que muchas veces no resultan ser grandes cantidades, sumado a que se pagará en moneda de quiebra lo que reduce toda vía mas la cantidad a percibir. En cambio, si se tiene alguna garantía que otorgue privilegios como puede ser el caso de una prenda o una hipoteca, el crédito se verá garantizado con el bien pignorado o hipotecado. Incluso el acreedor tiene la ventaja de que correrán intereses en esos créditos, pero su cobro solo será exigible hasta donde alcance con el producto de la venta del bien dado en garantía².

El deudor, si ofrece a su acreedor buenas garantías del cumplimiento de la obligación, y éste está seguro y tiene plena confianza de que le será cumplida la obligación, conseguirá sin duda mejores condiciones del crédito como mejor tasa de interés, un mayor plazo, etc., es decir, las condiciones del crédito serán cada vez mas favorables mientras mejor esté garantizada la obligación

B) Garantías Legales.

En el presente trabajo no se ignoran de ninguna manera las distintas garantías legales que pueden ser muy útiles, traducidas en derechos que la ley confiere al acreedor para

² Art. 128. Fracción II de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

protegerse del incumplimiento del deudor por el simple hecho de colocarse en la hipótesis contemplada en algún precepto legal, como el mencionado “derecho de prenda general”, u otros como el derecho de retención, la solidaridad pasiva impuesta por la ley en ciertos casos³, o en los contratos bilaterales la excepción dilatoria de contrato no cumplido, o la rescisión o cumplimiento forzado de las obligaciones a cargo del deudor incumplido. Tampoco dejan de tener importancia las diferentes acciones que la ley le concede al acreedor cuando su deudor haya cometido fraude de acreedores, como son el caso de las acciones oblicuas⁴, las paulianas⁵, y las de simulación⁶.

Este conjunto de garantías se da por un hecho que se tienen y no se discutirá la eficacia o ineficacia de ellas en la práctica, por no ser ese el objeto de este trabajo. Simplemente se hace la aclaración que todos los que se coloquen en las diferentes hipótesis normativas aplicables gozarán de estas garantías al ser otorgadas por la ley, pasando al estudio de las garantías fruto de los convenios, que bien podemos llamar contratos de garantía.

C) Naturaleza de las Garantías.

Se puede afirmar que la naturaleza jurídica de las garantías se determina dependiendo de la garantía en concreto que sea escogida. De tal forma si se escoge alguna de las

³ Artículos 2580 y 2622 del Código Civil

⁴ Artículo 29 Código de Procedimientos Civiles

⁵ Artículos 2163 a 2179 del Código Civil

⁶ Artículos 2180 a 2184 del Código Civil

garantías consignadas en las leyes mercantiles, la garantía gozará de esta misma naturaleza, este sería el caso de la caución bursátil.

Si se llega a escoger una garantía consignada en las leyes civiles se tiene que estudiar si influye o no que en el acuerdo de voluntades para darle nacimiento a la garantía intervenga algún comerciante (como es el banco), pues si la intervención de el comerciante no afecta la naturaleza de la figura jurídica, ésta gozaría de una naturaleza civil, como podría ser el caso del otorgamiento de una hipoteca para garantizar un crédito bancario otorgado para la compra de una casa habitación.

Específicamente las garantías bancarias, donde el banco interviene en el acuerdo de voluntades que les da nacimiento, por lo general gozan de una naturaleza mercantil Mercantilidad que le deviene ya sea del objeto o del sujeto.

Por el objeto, el Código de Comercio en su artículo 75 reputa en su fracción XIV como acto mercantil las operaciones de los bancos, y en la fracción XXI, reputa igualmente mercantiles los actos entre banqueros y comerciantes *si no son de naturaleza esencialmente civil*.

Por lo que hace al sujeto no hay duda de que los bancos sean comerciantes, por encuadrar en la definición que de éstos hace la ley en el artículo tercero del Código de Comercio.

Así se llega a la conclusión que la naturaleza jurídica de las garantías depende de la interrelación de dos elementos:

- 1) La figura específica que se utilice para garantizar la obligación del cliente con la institución de crédito, dependiendo si es mercantil o civil.
- 2) Si en el acuerdo de voluntades que de origen a la garantía interviene o no un comerciante, como puede ser un banco (Si se trata de un acto entre banqueros y comerciantes, pero éste es esencialmente civil no influirá la intervención bancaria en la naturaleza jurídica del acto, pues mantendrá su naturaleza civil).

D) El Objeto de las Garantías Bancarias.

Del acuerdo de voluntades que da nacimiento a las garantías bancarias, surgen diferentes obligaciones.

El objeto directo es el crear o transferir derechos y obligaciones. Hay que recordar que si en la figura específica que se utilice lo que se transmite es un derecho real, respecto de una cosa cierta y determinada, la transmisión *opera por efecto del mismo contrato*⁷.

⁷ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De Los Contratos Civiles, Porrúa, 13ª Edición, México, 1994, pag. 35.

El objeto indirecto, es el objeto de las obligaciones engendradas por el acuerdo de voluntades que pueden implicar un dar, un hacer, o un no hacer.

En el caso de que el contrato de garantía tenga por objeto una obligación de dar, la cosa debe existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie, y estar en el comercio.

En el caso de garantías que tengan por objeto un hacer o un no hacer, estos hechos o abstenciones deben ser posibles (jurídica y naturalmente) y lícitos. En el caso de hechos o abstenciones físicamente imposibles, cabe distinguir si la imposibilidad es objetiva o subjetiva, por que no habrá imposibilidad si ésta deviene del sujeto garante y es posible que sea cumplida por otra persona en su lugar⁸.

Si las obligaciones que se derivan son de hacer, pueden clasificarse en obligaciones *de medio o actividad*, y obligaciones *de resultado*. Las garantías están dentro del segundo grupo, y es importante el ubicarlas pues en esta clase de obligaciones la responsabilidad se presume a cargo del deudor, quien en última instancia si pretende eximirse de su responsabilidad debe de acreditar el caso fortuito o fuerza mayor que provocaron el incumplimiento de la obligación principal. El acreedor no está obligado a comprobar el dolo, la negligencia o la impericia por la que el deudor no cumplió con su obligación principal, hechos que tendría que probar si fuese una obligación de actividad o de medio. En otras palabras el deudor tiene a su cargo una obligación de resultado, que se traduce en el

⁸ Artículos 1829 y 2027 del Código Civil

cumplimiento de la obligación principal (del hecho o contrato garantizado), y si el acreedor no obtiene ese resultado, entonces podrá exigir el cumplimiento del contrato de garantía sin que sea necesario la comprobación de los hechos o situaciones por los que fue incumplida la obligación principal, simplemente tiene que comprobar que la obligación principal se incumplió

El objeto se puede entender también como la cosa misma que se da, el hecho o la abstención concreta.

E) Fin de las Garantías Bancarias.

Actualmente para las instituciones de crédito el fin primordial de las garantías bancarias, es que estas instituciones tengan un respaldo para el caso de incumplimiento de una obligación vencida por parte del deudor, este fin no se desvincula con la disminución del riesgo que corre la institución de crédito al no ser pagada.

Pero no hay que olvidarse de la importante función social y económica que tienen las instituciones de crédito en nuestro tiempo, pues si bien éstas otorgan créditos a sus clientes con varios fines, siendo uno de ellos la lícita ganancia o el lucro que obtendrán con motivo de intereses, diferenciales, etc , por su trascendencia el mas importante y por lo tanto el que se debe tener mas presente es que de los créditos y de las condiciones de éstos depende en gran parte el desarrollo de un país, al menos en su parte económica, con todas las

consecuencias sociales que trae consigo el concepto de *desarrollo económico*. Así de los créditos bancarios depende en gran parte el crecimiento de la planta productiva, con los consecuentes beneficios como la creación de mas fuentes de empleo, etc

Las consideraciones sobre la finalidad que tienen las operaciones cotidianas de las instituciones de crédito no es vana dentro de este subcapítulo sobre el fin de las garantías bancarias, pues el fin de unas y otras está íntimamente vinculado.

Se considera que es totalmente licito, ético, moral y necesario que las instituciones tengan garantizados los pagos de las obligaciones contraídas por sus deudores, pero esas garantías deben de enfocarse directa y principalmente a la obtención del éxito del negocio o empresa a la cual se le otorgó un préstamo, y no solamente enfocarlas al caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor. Si de los créditos de las instituciones bancarias depende en gran parte el desarrollo económico de un país, éstas tienen la responsabilidad de invertirlo en empresas o negocios que tengan garantizado un éxito, y es responsabilidad conjunta de la institución de crédito y de su cliente establecer distintos mecanismos para asegurar ese resultado

La institución al otorgar préstamos corre el riesgo de no ser pagada, y el acreditado corre un doble riesgo, no solamente el que su negocio o empresa no funcione, sino que además tendrá que pagarle a la institución el dinero del que haya dispuesto sin tener fuente de riqueza alguna de donde obtener ese dinero pues su negocio no funcionó. Es en esa situación en la que mas solían fijar su atención los departamentos jurídicos de muchas

instituciones de crédito al momento de pedir la constitución de múltiples garantías, desatendiendo en muchos casos el fondo del asunto, que es plantearse la cuestión de cómo garantizar el éxito de la empresa o negocio del cliente del banco.

Es entonces evidente que las garantías bancarias como fin principal deben de tener el establecimiento de mecanismos por los cuales se garantice el éxito del negocio o empresa del acreditado, pues este éxito se traduce incuestionablemente en.

- 1) El pago a la institución de crédito de las obligaciones contraídas por su deudor; y,
- 2) En el cabal cumplimiento de la función social de la institución

F) Clasificación de las Garantías.

Las Garantías pueden ser legales, convencionales, personales, reales, generales o especiales, generalmente serán unilaterales y gozarán de naturaleza accesorio.

Según la fuente que tengan las garantías, se pueden clasificar en legales y convencionales. Será legal si su fuente se encuentra en la ley, la que da a determinado acreedor un cierto derecho o una situación privilegiada, sin necesidad de que las partes manifiesten su voluntad. Este es el caso del derecho de retención, o las garantías naturales o específicas de las que goza una institución de crédito en los créditos refaccionarios o de habilitación. Las garantías legales pueden ser incluidas en el convenio, formando parte del

convenio principal, pero en caso de omitirlas en el contrato serán igualmente obligatorias, pues la obligación emana de una fuente extracontractual que es la ley

Serán convencionales si su fuente se encuentra en la voluntad de las partes, siendo éstas las mas comunes.

Las garantías pueden ser personales o reales, dependiendo de la seguridad emanada de las personas, en el primer caso, o de los bienes en el segundo

Históricamente surgen primero las garantías personales, éstas aseguran el cumplimiento de la obligación mediante la creación de una pluralidad de deudores, reduciendo, con ello, el riesgo que corre el acreedor de no ser pagado, teniendo la posibilidad de ir contra los demás codeudores. Por parte del deudor esta clase de garantías en general tienen la ventaja de prescindir de la necesidad de afectar o gravar un bien en concreto. Como ejemplo de esta clase de garantías podemos citar al Aval

Al evolucionar las garantías personales surgen las reales, que tratan de subsanar los obstáculos e inconvenientes de las personales, como podría darse el caso de la insolvencia de los deudores (que podría presentarse con cierta facilidad en crisis económicas nacionales).

De esta forma las garantías reales gravan un bien del patrimonio del deudor dotando al acreedor de un derecho real sobre el mismo de tal manera que, en casos de incumplimiento, pueda obtener el pago de su crédito del producto de la venta del bien, con preferencia a

todos los demás acreedores de su deudor. Por esta razón a muchos juristas les parece preferible esta clase de garantías “que permiten al acreedor el pago con preferencia sobre los bienes que hayan sido afectados a la garantía de su crédito y cuyo valor ha podido apreciar en el momento en que haya contratado”⁹ punto de vista que no comparto del todo por los motivos que se expresarán en el siguiente apartado

Las garantías reales por excelencia son la prenda e hipoteca, ya sea civiles o mercantiles, pero no hay que descartar otras que en ocasiones tienen mayor eficacia en casos determinados como la garantía específica emanada de los créditos refaccionarios y de habilitación o avío, o diferentes clases de fideicomiso como el de garantía, pago, etc.

Dependiendo de los bienes sobre los que recaen las garantías, se clasifican en garantías especiales o generales, dependiendo si recaen en el primer caso en un bien determinado, o en el segundo, sobre el conjunto de bienes, o sobre todos los muebles, o sobre todos los inmuebles, presentes o futuros del deudor. Las garantías generales pueden ser otorgadas al acreedor únicamente por la ley, por lo tanto siempre que se otorguen garantías convencionales serán especiales.

Dependiendo de la figura jurídica utilizada, la garantía puede estar consignada en un contrato real o consensual, en un contrato nominado o innominado, o en uno típico o atípico.

⁹ MAZEAUD, Henri, León y Jean, Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa América, Parte tercera, volumen I, Buenos Aires, 1962, pag 12

En el caso de ser nominado, es importante para la institución que se cumpla con todos los dispositivos legales, así como con los usos y costumbres bancarias, reguladoras de la garantía. Si fuese innominado debe de quedar claro que no representa para la institución de crédito problema o impedimento legal alguno, mientras se encuentren bien establecidas en el contrato las intenciones de los contratantes y las reglas aplicables.

Por lo general las garantías se derivan de convenios unilaterales, por que generan obligaciones para una de las partes, mientras que la otra no asume compromiso alguno. Pero no se puede descartar que puedan llegar a ser bilaterales como es el caso de la fianza onerosa, pues en ese caso si habría obligaciones reciprocas entre las partes.

Las garantías bancarias son por regla general un convenio accesorio, del cual emana una obligación que asegura a la institución financiera el pago de la obligación derivada de una operación activa o de servicios, y solo excepcionalmente son derivadas de una imposición legal, en los casos determinados en que la ley así lo establezca.

Son un acuerdo de voluntades accesorio, pues no tienen existencia independiente, es decir, solo se explican referidas a otro contrato o acto, como parte complementaria de él. Solo se explican referidas a la operación activa o de servicios, de la cual ha surgido para el cliente de la institución de crédito una obligación que deberá pagar, y la cual está garantizando

Actualmente sigue vigente la discusión doctrinal¹⁰ sobre la posibilidad y conveniencia que representa para los bancos la utilización de “garantías abstractas independientes” Los que están a favor de esta corriente, con esto quieren decir, que es mas conveniente rechazar el carácter accesorio de las garantías y suplantarlos por una obligación independiente de la obligación asegurada, es decir, una garantía que se traduzca en una obligación que subsista con independencia de las vicisitudes de la relación jurídica subyacente¹¹

G) Inconvenientes para las Instituciones de Crédito en la Utilización de Garantías Reales.

A reserva de que posteriormente sean estudiadas las inconveniencias que presenta cada una de las figuras jurídicas mas utilizadas por las instituciones de crédito como garantías, respecto a las garantías reales se pueden mencionar varios inconvenientes generales presentes en todas ellas. Para ello, es menester que primero se entienda la mala actitud y costumbre que en ocasiones tienen algunas instituciones de crédito pues hay veces que se sienten protegidas únicamente si tienen a su favor una garantía real (o en otros casos que desgraciadamente son los menos, garantías personales de clientes favorecidos por distintas circunstancias como su solidez, liquidez o historial dentro de la propia institución). Lo anterior es causa de que el estudio de las garantías reales es una de las principales

¹⁰ Al respecto consultar el artículo Las bases dogmáticas de las garantías bancarias, de K. Jochen Albiez Dohrmann, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, Año LXXII, Num 636 Sept- Oct, 1996, Madrid, España, pp 1799-1866.

¹¹ Como podría ser el Aval

preocupaciones de los bancos al momento de otorgar un crédito, fijando menos su atención en la manera de implementar garantías que aseguren la viabilidad del negocio acreditado.

Actualmente en los créditos que no han podido ser pagados por los acreditados, las instituciones de crédito se han visto legítimamente forzadas a quedarse con los bienes afectados por garantías reales que respaldaban el pago de los diferentes créditos, pero el costo financiero que representa para las diferentes instituciones el regularizar los bienes, mantenerlos en buenas condiciones y venderlos es sumamente alto. Por otra parte éste no es el fin de una institución de crédito, no es su negocio, ni esta especializada para hacerlo por lo que sus costos se elevan aún mas.

A nuestro parecer la imposición de garantías reales sobre cualquier otro tipo de garantía con el único fin de asegurar al banco el pago del crédito, es conveniente únicamente si se olvida o no se toma en cuenta la misión o función social que tienen las instituciones de crédito, así como que éstas deben estar preparadas, y mas en México, para el caso en que se de un incumplimiento mas o menos generalizado de las obligaciones de los acreditados, caso en el que las garantías reales no van a ser la panacea de las carteras vencidas, como ha quedado demostrado de sobra en estos últimos años

II SISTEMA MEXICANO DE GARANTÍAS BANCARIAS.

A) Régimen legal aplicable a las garantías bancarias.

El régimen legal aplicable dependerá de la naturaleza de garantía que se escoja para garantizar la obligación principal. Y como ya se dijo en el apartado correspondiente, la naturaleza de la garantía dependerá de la figura específica utilizada y de que intervenga o no un comerciante, como puede ser un banco, en el acuerdo de voluntades que de origen a la garantía (si se trata de un acto entre banqueros y comerciantes, pero éste es esencialmente civil no influirá la intervención bancaria en la naturaleza jurídica del acto, pues mantendrá su naturaleza civil).

Dependiendo de lo anterior, los dispositivos legales más utilizados son el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley del Mercado de Valores y diferentes circulares de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores y del Banco de México como la 2019/95.

B) Figuras más utilizadas en el Sistema Mexicano de Garantías Bancarias.

Los clientes de las instituciones de crédito para asegurar sus obligaciones con la institución se sirven de diferentes garantías reales, personales o la combinación de ambas, entre las que destacan particularmente la hipoteca civil, la hipoteca sobre unidad, la prenda mercantil, la fianza, el aval, el fideicomiso de garantía y el endoso en garantía. Por el alcance de este trabajo y por los fines del presente apartado, no se pretende realizar en él un examen exhaustivo de estas figuras, solamente se expondrán los aspectos mas importantes de cada una y sus posibles particularidades al ser utilizadas por las instituciones de crédito en sus operaciones activas, salvo el caso de la hipoteca que por ser considerada por las instituciones de crédito como la mas segura se estudiará mas a detalle.

1) La Hipoteca.

a) La Hipoteca Civil.

La hipoteca civil esta regulada en el Código Civil del Distrito Federal en sus artículos 2893 a 2943, el primero de los cuales contiene su definición estableciendo que *es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a éste en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la ley.*

El derecho real que tiene el acreedor, encuentra su origen generalmente en el acuerdo de voluntades por el que el deudor o un tercero concede al acreedor ese derecho real. Aunque es menos frecuente, el derecho real también puede nacer de una declaración unilateral de voluntad.

La hipoteca puede ser voluntaria o necesaria. Será *voluntaria* si se constituye por voluntad espontánea del deudor celebrando un contrato o realizando una declaración unilateral de la voluntad¹². Será *necesaria* (siendo una garantía legal) cuando se constituye en los casos que así lo disponga la ley para asegurar los bienes que se administran o para garantizar los créditos de determinados acreedores¹³, lo que puede hacerse celebrando un contrato, mediante la declaración unilateral de la voluntad, o cuando el deudor se niegue a otorgarla, se puede pedir al juez que la constituya o la firme en sustitución al deudor renuente¹⁴. Como casos de hipoteca necesaria tenemos a los consignados en los artículos 2919, 2931 y 2935 del Código Civil.

Es un derecho real accesorio, por lo que no puede existir cuando se haya extinguido la obligación garantizada, es decir, extinguida la obligación principal, la hipoteca debe extinguirse. Habiendo según Sánchez Medial dos excepciones, en que a pesar de que la obligación principal “se haya extinguido por dación en pago (2492) o por novación (2220 y 2221), puede subsistir o renacer la hipoteca, según se indica al señalar las causas indirectas

¹² La Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio que LA HIPOTECA VOLUNTARIA. PUEDE CONSTITUIRSE POR DECLARACIÓN UNILATERAL DE LA VOLUNTAD (Amparo directo 1338/75 Ricardo Carrillo Valenzuela. 2 de julio de 1976. Unanimidad de 4 votos Ponente Salvador Mondragón Guerra Seminario Judicial de la Federación. Séptima época Vols 91-96 Cuarta parte. Julio-Diciembre. 1976 Tercera Sala. No 25, Pág 46)

¹³ Artículo 2935 C C

de extinción de la hipoteca”¹⁵ También se puede señalar como excepción la hipoteca para garantizar obligaciones futuras, en cuyo caso la hipoteca nace antes de la obligación principal

Adicionalmente al carácter accesorio de la hipoteca ésta se ve caracterizada por su especialidad, que se traduce simplemente a que los bienes sobre los que recae deben estar determinados, mientras que la obligación principal que garantiza puede ser determinada o determinable, como sería el caso de una hipoteca que garantice una obligación futura. Esto está en concordancia con las disposiciones que prohíben la hipoteca general¹⁶ y tácita

El constituyente de la hipoteca, requiere no tener limitada su capacidad, al igual que tener el derecho de disposición sobre el bien que se dará en garantía. Según el artículo 2906 del código civil *solo puede hipotecar el que puede enajenar, y solamente pueden hipotecar los bienes que pueden ser enajenados*, por lo que no podrán hipotecarse los bienes estrictamente personales. Si se constituyese por medio de un apoderado o mandatario éste deberá contar con un poder o mandato para actos de dominio o especial para hipotecar.

En las “Reglas básicas para la operación de las Arrendadoras financieras” publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 31 de julio de 1989, se establece que “Los préstamos hipotecarios sólo podrán otorgarse para inversiones relacionadas con actividades productivas y deberán someterse a la autorización previa de la Comisión Nacional Bancaria

¹⁴ Artículo 517 V C P C.

¹⁵ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, De Los Contratos Civiles, Porrúa, 13ª Edición, México, 1994, pag 479.

¹⁶ Hipoteca general, se daría en el caso en que ésta recayese sobre todo el patrimonio del deudor hipotecario

y de Seguros.¹⁷ Se podrán constituir garantías reales adicionales sobre bienes muebles e inmuebles, o sobre la unidad industrial, agrícola o ganadera.”

En el caso en que la hipoteca sea otorgada por un tercero y éste pagara al acreedor hipotecario, nacerían para él dos acciones contra el deudor principal, una de reembolso¹⁸ y otra de subrogación¹⁹

La forma en que se otorga dependerá del valor, según avalúo, que tenga el bien hipotecado. Si no excede del equivalente a trescientos sesenta y cinco veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal en el momento de la constitución, se podrá otorgar en escrito privado firmado por ambas partes ante dos testigos, cuyas firmas se ratifiquen ante notario, juez competente o Registro Público de la Propiedad. Si el valor excede a esa cantidad (como generalmente ocurre) se otorgará mediante escritura pública. Si el constituyente está casado bajo el régimen de sociedad conyugal deberán de firmar el contrato los dos cónyuges. En cualquiera de los dos casos para que surta efectos contra terceros deberá inscribirse en el Registro Público de la Propiedad

La hipoteca generalmente recae sobre bienes inmuebles, pero es posible que recaiga sobre muebles. Se podrá constituir sobre bienes muebles, en el caso en que por su naturaleza o por disposición de ley éstos sean considerados como inmuebles, como cuando los muebles sean incorporados permanentemente por el propietario de la finca y que no puedan separarse

¹⁷ Actualmente Comisión Nacional Bancaria y de Valores.

¹⁸ Artículos 2828 y 2829 C.C

¹⁹ Artículos 2058 IV y 2830 C.C

sin menoscabo de ésta o deterioro de esos objetos²⁰, la hipoteca marítima²¹, o bien la hipoteca de aeronaves. También se podrán constituir hipotecas sobre muebles en el caso de la hipoteca sobre unidad.

La hipoteca abarca las accesiones, las mejoras, los muebles incorporados permanentemente y las nuevas construcciones del bien hipotecado²². Comprende también los frutos que produzca el bien hipotecado desde el momento en que se hizo exigible la deuda y se ha promovido ya un juicio, por que el deudor a partir del emplazamiento se constituye por ley en depositario judicial de la finca y de sus frutos²³. Pudiendo abarcar también los frutos producidos desde el momento de la constitución de la hipoteca si es que así lo pactaron las partes.

Pueden garantizarse créditos puros y simples o créditos sujetos a condición o a termino, créditos ya existentes o créditos futuros.

b) Hipoteca sobre unidad.

Consignada en el Artículo 67 de la Ley de Instituciones de Crédito, que señala que es lo que ésta comprende y que a continuación se transcribe:

²⁰ Artículo 2896 C.C.

²¹ Artículos 90 al 94 de la Ley de Navegación.

²² Artículo 2896 C.C.

²³ Artículo 481 y 482 C.P.C.

Art 67. Las hipotecas constituidas en favor de instituciones de crédito sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios, deberán comprender la concesión o autorización respectiva, en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación, considerados en su unidad. Podrán comprender además, el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones sin perjuicio de la posibilidad de disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario.

Las instituciones de crédito acreedoras de las hipotecas a que se refiere este artículo, permitirán la explotación de los bienes afectos a las mismas conforme al destino que les corresponda, y tratándose de bienes afectos a una concesión de servicio público, las alteraciones o modificaciones que sean necesarias para la mejor prestación de servicio público correspondiente. Sin embargo las instituciones acreedoras podrán oponerse a la venta o enajenación de parte de los bienes y a la fisión con otras empresas, en caso de que se origine con ello un peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios.

Las hipotecas a que se refiere este artículo deberán ser inscritas en el Registro Público de la Propiedad del lugar o lugares en que estén ubicados los bienes.

Será aplicable en lo pertinente a las hipotecas a que se refiere este artículo, lo dispuesto en el artículo 214 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Como ya se expuso esta clase de hipoteca comprende no solamente bienes inmuebles o muebles considerados por la ley como inmuebles, también puede comprender bienes muebles afectos a la explotación, el dinero, los derechos de crédito cuya titularidad corresponda a la empresa, inclusive los derechos derivados de la concesión o autorización con la que opere ésta.

Por lo anterior algunos autores consideran a esta clase de hipoteca como una garantía de naturaleza real y personal, constituida a favor de un banco, para garantizar las obligaciones derivadas de los préstamos y créditos bancarios

Las instituciones de crédito para la debida constitución de esta clase de hipotecas generalmente piden a sus clientes los siguientes requisitos:

- Relación pormenorizada de los activos fijos (número de serie, de motor, de inventario, etc.) , quedando comprendidos todos los bienes que forman parte de la garantía. La relación deberá estar firmada por apoderados generales de la empresa con facultades para actos de dominio

- Cuando existan inmuebles propiedad de la empresa acreditada, se recomienda hipotecarlos en forma expresa, para lo cual se requerirá la documentación a que se refiere el párrafo precedente.

- La hipoteca sobre la unidad se deberá inscribir en el Registro Público de la Propiedad y del Comercio y, adicionalmente los inmuebles se inscribirán en el Registro Público de la Propiedad del lugar o lugares en que estén ubicados.

- Avalúo de los bienes dados en garantía, practicado generalmente por la institución que otorga el crédito.

- Se nombra un responsable ante la acreditante de los bienes materia de la hipoteca industrial, consignándose en el contrato sus derechos, obligaciones y consecuencias de derecho.

- Se realiza una estipulación expresa en el contrato en el sentido de que el acreditado para poder disponer o sustituir sus activos, deberá obtener previamente la autorización de la institución de crédito.

c) Hipoteca Mercantil.

Hay autores que consideran que una hipoteca es mercantil cuando está consignada dentro de las leyes de esta naturaleza, como por ejemplo la hipoteca sobre unidad, la

constituida sobre buques, la hipoteca como garantía de una emisión de obligaciones contenida en el artículo 214 de la LGTOC o la constituida a favor de sociedades financieras y de la banca múltiple consignada en el artículo 124 de la LIC.

d) Inconvenientes para las instituciones de crédito y para sus clientes.

Es indiscutible la ventaja que tiene el acreedor hipotecario al gozar de los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago para el caso de incumplimiento de la obligación principal, pero en la práctica se pueden dar algunos inconvenientes graves como los que se mencionan a continuación.

Casos en que erróneamente se constituyan hipotecas sobre bienes de los cuales no es propietario, como es el caso en que la persona inscrita en el Registro Público de la Propiedad hipoteque un bien y posteriormente se anule su título de propiedad²⁴, o el caso en que el heredero hipoteque un bien y posteriormente se declare su incapacidad para heredar²⁵.

Otra inconveniencia se presenta cuando la hipoteca no es inscrita en el Registro Público de la Propiedad, pues no produce efectos contra terceros y operan los principios registrales de nuestro derecho, lo que le daría a la institución bancaria desventaja sobre posteriores hipotecas, que se hayan inscrito antes

²⁴ Artículo 3009 C.C.

²⁵ Artículo 1343 C.C.

En la práctica bancaria cuando la hipoteca recae sobre varios bienes inmuebles generalmente las instituciones de crédito piden a sus clientes que en los contratos renuncien al derecho de división de hipoteca que les confiere el artículo 2912 del C.C. que a la letra dice:

Art. 2912. Cuando se hipotequen varias fincas para la seguridad de un crédito, es FORZOSO determinar por qué porción del crédito responde cada finca, y puede cada una de ellas ser redimida del gravamen, pagándose la parte del crédito que garantiza.

Es cuestionable en la doctrina si este derecho es renunciable, autores como Rafael Rojina Villegas que opinan que la división en ese caso sería forzosa, pues con ese carácter la establece la ley, debiéndose determinar la división del crédito desde que se otorga la escritura.

El inconveniente se presentaría cuando derivado del incumplimiento de dicho precepto o si posteriormente no se pusieran de acuerdo en la división, el constituyente podría pedir por vía judicial que se determinara la división mediante sentencia. Este derecho le es conferido a cualquiera de las partes en el Código de Procedimientos Civiles en su artículo 468, que establece que “se tratará en vía especial hipotecaria todo juicio que tenga por objeto... o división... de una hipoteca...”

Por lo anteriormente expuesto el mismo autor, considera que los preceptos que consagran la divisibilidad de la hipoteca en cuanto a los bienes gravados son de interés público, lo que haría irrenunciable este derecho. Es entonces discutible en un litigio la legalidad de esta renuncia de derechos.

Algunos bancos con base en el artículo 65 de la Ley de instituciones de crédito piden a sus acreditados múltiples requisitos, cuya adquisición por parte del acreditado toma tiempo y en ocasiones es costosa, y cuya revisión por parte de la institución de crédito igualmente toma tiempo y no garantiza en lo absoluto que el negocio acreditado tendrá los flujos de capital suficientes para pagar el crédito. En la práctica algunos de los requisitos que se estilan pedir por las instituciones de crédito son.

- Testimonio notarial o copia certificada del título de propiedad del inmueble que quedará hipotecado, debidamente inscrito en el Registro Público de la Propiedad

- Si el título de propiedad ampara al terreno únicamente y sobre él ya existen construcciones, se requerirá adicionalmente: la licencia de construcción, el aviso de terminación de obra original, la autorización de alineamiento y número oficial original, y una manifestación del acreditado bajo protesta de decir verdad en el sentido de que las construcciones son de su propiedad.

- Boletas de contribuciones prediales y derechos por servicios de agua, correspondientes a los últimos cinco años anteriores a la fecha de celebración del contrato de crédito.

- Certificado de libertad de gravámenes, expedido por el Registro Público de la Propiedad, por veinte años anteriores a la fecha de expedición, con una antigüedad no mayor de treinta días naturales.

- Avalúo bancario de la garantía, que por regla general lo practica la misma institución de crédito que otorga el financiamiento

- Seguro sobre las construcciones e instalaciones

- Escrito por el constituyente, mediante el cual manifieste quién y con qué calidad tiene la posesión del inmueble

Del principio de que solo pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados, se desprende que no pueden ser hipotecados bienes futuros. Lo que trae consigo una gran inconveniencia para el deudor pues si en ese momento no tiene ningún bien pero está en lo cierto que lo tendrá en un futuro, no podrá hipotecar éste hasta que entre en su patrimonio.

Hay que tomar en cuenta que a una persona que pretenda ser acreditada de una institución bancaria no le sirve cualquier inmueble para otorgarlo como garantía real, y esto puede traducirse en que no le sea otorgado ningún crédito aun teniendo inmuebles y teniendo un concepto de negocio viable. En otras palabras, no por tener inmuebles que afectar en garantía se otorgará el crédito, pues puede darse el caso en el que los inmuebles provengan de “informaciones ad perpetuum”, inmatriculaciones administrativas o judiciales, de diligencias de apeo y deslinde, o sean inmuebles con alguna limitación al dominio como el usufructo y la servidumbre. Pues los inmuebles que encuadren en cualquiera de los casos enumerados por regla general no son tomados en garantía.

2) La Prenda.

La prenda mercantil está regulada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito de su artículo 334 al 345, pero en ausencia de una definición de prenda en esta ley nos tenemos que remitir al artículo 2856 del Código Civil. Del conjunto de estos numerales se deduce que la prenda es un derecho real que se constituye a favor del acreedor, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sobre un bien mueble (enajenable), propiedad del deudor o de un tercero. Por lo que el contrato se podrá celebrar con el deudor o con un tercero, y con el acreedor o con un tercero. En virtud de la adquisición de este derecho real, el acreedor tiene el derecho de obtener, con preferencia con respecto a los demás acreedores, el pago del adeudo con el importe de la venta del bien pignorado.

En el caso de que la prenda sea constituida por, o en favor de un comerciante o de sociedades mercantiles, como es el caso de las instituciones de crédito, se reputará de naturaleza mercantil y por tanto aplicables las disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, o bien la Ley de Instituciones de Crédito que en sus artículos 111 y 112, consigna respectivamente la prenda sobre bienes y valores, y la prenda en el descuento de crédito en libros. Interpretando lo anterior y confirmando el carácter mercantil de la prenda, el artículo primero de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito reputa expresamente como actos de comercio a todas las operaciones de crédito que reglamenta, entre las cuales se encuentra la prenda.

Las instituciones de crédito lo que buscan en esta clase de garantías es la fácil convertibilidad en dinero de los bienes pignoralados, y para lograrlo, se debe procurar que estos bienes sean de los que gozan de un valor de mercado constante, es decir que no sea normal que se presenten grandes oscilaciones en su precio, que estén bien determinadas las calidades y los respectivos precios para cada una de ellas, pero a demás es necesario que los bienes pignoralados no sean susceptibles de deteriorarse gravemente mediante el solo hecho de mantenerlos almacenados por mucho tiempo, pues podría darse fácilmente el supuesto de que el bien perdiera parcial o totalmente su valor quedándose el banco sin garantía del crédito concedido, además de que el banco como poseedor de la prenda tiene obligación de custodiarla de acuerdo con su naturaleza y si los bienes son muy delicados se dificultará mas su custodia y conservación.

De tal manera que como productos pignoralables que le sean convenientes al banco podríamos mencionar a los metales preciosos, cereales, azúcar, café, aceite, petróleo, y muchos de los llamados “commodities”

No está de mas mencionar que dependiendo del bien objeto de la prenda se establecen en la ley diversas formas para su constitución, las cuales no se detallarán en este trabajo por no ser esa su finalidad. Sí en cambio se estudiará a detalle el proceso de ejecución de la prenda, por tener gran importancia, ya que según las instituciones de crédito -de conformidad con el texto de la ley- en caso del incumplimiento de la obligación garantizada, la ejecución puede llevarse acabo de dos maneras

a) Extrajudicialmente a través del pacto comisorio expreso, previsto en el artículo 344 del mismo ordenamiento, sobre el cual no se opina nada en contrario; o,

b) A través del procedimiento judicial de ejecución de prenda mercantil en los términos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sobre el cual actualmente hay diversas disquisiciones jurídicas en las que es discutida su justicia y constitucionalidad, pues algunos argumentan que este procedimiento es violatorio de la garantía de audiencia²⁶ consagrada en el artículo 14° de la Constitución.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha cambiado reiteradamente su criterio. En un principio tendió a pronunciarse por la constitucionalidad de este procedimiento de ejecución, dictando ejecutorias como la siguiente:

PRENDA, CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO QUE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO PARA LA VENTA DE LA Aun cuando es presupuesto de la acción de amparo el perjuicio a los intereses de un particular, derivado de la ley que se dice inconstitucional, para decidir si ésta es contraria al artículo 14 de la Carta Magna es preciso atender al espíritu que informa el precepto y las consecuencias que en el ámbito jurídico derivarían de la declaración de su anticonstitucionalidad. Las necesidades del crédito justifican la tramitación de juicios ejecutivos que se inician mediante procedimientos de ejecución, cuya constitucionalidad está incorporada a la tradición jurídica en el país. Ahora bien, son tales necesidades ingentes del crédito mercantil las que justifican la institución de un procedimiento muy breve para la venta de la prenda, que es, en efecto, uno de los instrumentos más familiares del crédito. De conformidad con el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, puede, el deudor, desde luego, oponerse a la venta y evitarla, exhibiendo el importe del adeudo; pero si la venta se

²⁶ Pues afirman que hay que recordar que la garantía de audiencia protege a todas las personas. Por lo tanto los comerciantes gozan también de esta garantía, pues la constitución no excluye en ningún momento a personas que tengan la mencionada calidad.

efectúa por que el deudor no exhiba su importe, el producto de esa venta se substituye a los bienes o títulos vendidos, conservándolo, el acreedor, en prenda; esa venta no impide al deudor que promueva juicio en el que se juzgue la exigibilidad de la operación principal, sobre la nulidad, prescripción, pago parcial o total, o parcialmente aplazado; es por eso por lo que **el precio de la venta no lo recibe el acreedor, de inmediato, en pago, sino que lo conserva en prenda, para que su destino se decida resuelto el pleito**, esto es, una vez dilucidadas las cuestiones hubiese planteado. Así, se conserva, en principio, incólume, **la garantía de PREVIA audiencia**; por lo tanto, el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no puede conceptuarse inconstitucional.

AR 821/88, Cerámica Ladritec, S.A de C.V 23/VIII/1988 Mayoría de 10 votos de los señores ministros Cuevas Mantecón, Alba Leyva, Fernández Doblado, Pavón Vasconcelos, Rodríguez Roldán, Gutiérrez de Veasco, González Martínez, Villagorda Lozano, Moreno Flores, y Presidente del Río Rodríguez, en contra de los emitidos por los señores ministros: López Contreras, Azuela Guitrón, Díaz Infante, Adato Green, Martínez Delgado, Suárez Torres, Díaz Romero y Schmill Ordoñez

Ponente: Anastasio González Martínez. Secretario. Guillermo David Vázquez Ortiz.

AR 1435 /83. Recubridora Villanueva de Tijuana, S A. 26/X/1984. Mayoría de 15 votos. Ponente. María Cristina Salmorán de Tamayo. Disidentes. Mariano Azuela Guitrón y Carlos de Silva Nava Séptima Época: vols. 187-192, primera parte, pág. 77.

AR 3129/83. Alberto Mérida Márquez 10/IV/1984. Mayoría de 16 votos. Ponente: Jorge Olivera Toro. Séptima Época: vols. 181-186, primera parte, pág. 147.

Véase: Séptima Época, vol. 4, cuarta parte, pág. 73.

Posteriormente con el fallo de juristas renombrados la Suprema Corte comenzó a determinar la inconstitucionalidad de este artículo, dictando criterios en ese sentido, como el que por su claridad y trascendencia se transcribe a continuación

PRENDA, EL ARTÍCULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO ES INCONSTITUCIONAL POR VIOLACIÓN A LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.- El procedimiento establecido en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por virtud del cual el acreedor prendario puede obtener la autorización judicial para la venta del bien dado en prenda, con el propósito de sustituir dicho bien por su valor en numerario, **es contrario a la garantía da audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional, por que sólo permite al deudor**

oponerse a la venta mediante la exhibición del importe del adeudo, sin darle oportunidad de oponer y acreditar todas las defensas y excepciones que le asistan para demostrar la improcedencia de la solicitud del acreedor, sin que sea el caso de considerar que esta deficiencia de la norma de que se trata pueda ser colmada mediante la aplicación supletoria de las reglas del Código de Comercio que establecen las formalidades propias de un juicio, pues los términos empleados por el legislador revelan con clauda su intención de establecer un procedimiento privilegiado incompatible, por su propia naturaleza, con las normas aplicables a los juicios mercantiles. La violación a la garantía de audiencia se produce aunque el acreedor adquiera un derecho real sobre la cosa dada en prenda, pues el contrato de prenda no le transfiere la propiedad del bien, sino que ésta permanece en la esfera del deudor quien conserva para sí los poderes de dueño, excepto el de la tenencia material de la cosa cuando así se pacte, e incluso puede, el deudor, enajenar la cosa a un tercero, conservando la garantía, en este sentido, de acuerdo con el artículo en cuestión, la autoridad judicial autoriza al acreedor a vender una cosa ajena, sin darle oportunidad al dueño de ser oído y vencido en juicio antes de ser privado del derecho a disponer de la cosa de su propiedad y, como consecuencia, del derecho de usar y disfrutar de la misma, lo cual significa una violación a la garantía de audiencia considerando que dicha privación no podría ser reparada mediante el juicio que eventualmente se promoviera en relación con el cumplimiento y pago de la obligación principal garantizada, pues, aun si el fallo fuera favorable al deudor, éste no recuperaría la cosa, sino sólo el producto de su venta.

Amparo en revisión 161/94 Jorge Amado López Estolano 6 de noviembre de 1995. Mayoría de seis votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario. José Luis Alducín Presno

Amparo en revisión 1742/94. María del Refugio Fragoso Valenzuela. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de 6 votos. Ponente Guillermo I Ortiz Mayagoitia. Secretario: Homero Fernando Reed Orleans

Amparo en revisión 184/95 Felipe Gutiérrez Seldner. 6 de noviembre de 1995 Mayoría de 6 votos. Ponente Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz

Amparo en revisión 1201/95. Artemisa Velázquez Verdín de Velasco. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de 6 votos Ponente José de Jesús Gudiño Pelayo Secretario: Jorge Carenzo Rivas.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el 23 de noviembre en curso, por unanimidad de 11 votos de los Ministros. presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Guitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I Ortiz Mayagoitia, Humberto Roman Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N Silva Meza, aprobó con el número CXXI/1995 (9ª) la tesis que antecede, y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, D F , a 23 de noviembre de 1995.

En el mismo ambiente de indefinición los Tribunales Colegiados pronunciaron los criterios contradictorios que a continuación se transcribirán²⁷, y de los cuales la Suprema Corte determinó que debía prevalecer el segundo, pero no se tiene la certeza de que en un futuro cambie su opinión.

PRENDA, SOLICITUD DE LA VENTA DE LOS BIENES DADOS EN. NO CONSTITUYE UN ACTO QUE PUEDA RECLAMARSE EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO La solicitud de la venta de los bienes dados en prenda, con que se inicia el procedimiento, que establece el artículo 341 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y los actos que de dicho procedimiento se deriven, no pueden considerarse ejecutados fuera de juicio, ni tal ejecución es de imposible reparación dado que dicha solicitud es una consecuencia que deriva de la celebración del contrato de prenda, cuando se vence la obligación y el deudor no cubre el importe del adeudo y por ello a tal contingencia, se obliga dicho deudor al celebrar el contrato de mérito, **debiendo señalarse que el referido deudor no puede ser oído ni vencido en ese procedimiento, por no existir juicio, ya que en el mismo no puede ofrecer pruebas, ni se da contienda**, y en consecuencia no se dicta ningún fallo que resuelva el fondo del negocio, por no plantearse ninguna litis, **al tener como único objeto el procedimiento, la venta de los bienes dados en prenda, no aplicándose el monto de la operación al pago, sino que viene a sustituir la garantía otorgada, y el multicitado deudor, solo puede oponerse a tal venta exhibiendo el importe del adeudo**, siendo ésta la razón por la cual, los actos reclamados, no pueden ser analizados en el juicio de amparo, por que la violación de garantías, emanará en todo caso del juicio que promueve el deudor, en el que se juzgue sobre la exigibilidad de la obligación principal, la nulidad, la prescripción, pago parcial o total de cualquier otra causa que la hubiese extinguido total o parcialmente o aplazado, conservando de esta manera el mencionado deudor incólume la garantía de previa audiencia, sin que se contraponga a ello la circunstancia de que el artículo 46 de la Ley General de Organización y Actividades de Crédito, autorice a las organizaciones auxiliares a conservar en su poder el precio que cubra las responsabilidades del deudor, que podrá aplicarse en compensación del crédito, una vez que se haya realizado la venta de bienes dados en prenda, dado que tal hecho no le impide al deudor hacer las reclamaciones conducentes en un juicio que en su caso promueva, según se dijo con antelación **Ahora bien, aun cuando es verídico que no se verá en un nuevo juicio lo**

²⁷ Se transcribirán los criterios resaltando las partes que revelan cuestiones importantes para este estudio

relativo a si estuvo o no bien la citación que se hizo en el procedimiento de venta, también lo es que sí podrá demandar el deudor el pago de los daños y perjuicios que se le hubieren causado por venta de los bienes dados en prenda, motivo por el cual se considera correcto el sobreseimiento en el juicio, emitido por el juez federal, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 114 fracción III y IV, 73, fracción XVIII y 74, fracción III de la Ley de Amparo.

A.R. 372/88, Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Tomo VII del Semanario Judicial de la Federación Octava Época. Enero 1991. Pág. 356

PRENDA MERCANTIL, VENTA JUDICIAL DE LA PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN QUE PONE FIN AL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 341 DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO De conformidad con lo dispuesto por el artículo 114, fracción III, de la Ley de Amparo, es procedente el juicio de amparo que, en la vía indirecta se intente en contra de la resolución que ponga fin al procedimiento dispuesto en el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la cual se autorice o niegue la venta de la prenda, toda vez que se trata de actos que no provienen de particulares sino de tribunales judiciales, que son los órganos estatales a quienes dicha ley encomienda **resolver sobre la petición del acreedor para que se sustituya el bien dado en prenda por el importe del efectivo que resulte de su venta, y que, además, se dictan fuera de juicio,** por cuanto el trámite dispuesto en el precepto citado no constituye de ningún modo un contradictorio, **ni permite que las partes deduzcan los derechos que les asistan en relación con la prenda y el cumplimiento de la operación garantizada;** actos que son reclamables hasta el juicio que se proponga en contra de la resolución definitiva que pone fin al trámite respectivo, en el cual podrán aducirse tanto las violaciones cometidas durante el procedimiento como las producidas en la resolución misma, considerando que debe aplicarse en esta materia el mismo principio que rige, en general, la procedencia del juicio de amparo en contra de actos de autoridades administrativas (fracción II del artículo 114 de la Ley de Amparo) y de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo dictados dentro de juicio (fracción IV), como después de concluidos en el caso de ejecución de sentencia y remates (fracción III), conforme al cual, tratándose de actos dictados dentro de un procedimiento, así sea brevísimo, debe reservarse la precedencia de la acción constitucional para combatir aquellos que le pongan fin, para evitar la promoción sucesiva e innecesaria de juicios de garantías.

Contradicción de Tesis 3/94. Pleno, por mayoría de 6 votos de los señores Ministros Castro y Castro, Díaz Romero, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Silva Meza y Presidente Aguinaco Alemán, los señores Ministros Azuela Güitrón, Góngora Pimentel y Sánchez Cordero votaron en contra.

En el debate realizado en la Suprema Corte de Justicia sobre esta cuestión, pocas son las intervenciones con criterios jurídicos sostenibles. Varios Ministros olvidando que su labor principal en su función era la disquisición jurídica sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo, esgrimieron “razones prácticas” o de “repercusión social” por las cuales votaron por la constitucionalidad del procedimiento en boga.

Lo cierto es que como está contemplado en la ley, el procedimiento judicial de ejecución de prenda se inicia con la solicitud que hace el acreedor al juez para que se proceda a la venta de los bienes dados en prenda cuando se haya vencido al obligación principal. Con esta petición se corre traslado al deudor para que en el plazo de tres días pueda oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo, si el deudor no lo exhibe en ese término, *“...el juez mandará que se efectúe al precio de cotización en bolsa, o, a falta de cotización, al precio del mercado, y por medio de corredor o de dos comerciantes con establecimiento abierto en la plaza. En caso de notoria urgencia, y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez podrá autorizar la venta aun antes de hacer la notificación al deudor...”*

Es injusto que la ley únicamente le de al deudor el derecho de oponerse a la venta mediante la exhibición del importe del adeudo, y que en ningún momento de oportunidad al deudor prendario de oponer excepciones y defensas básicas en cualquier litigio, máxime que se trata de un procedimiento en el que está en juego parte del patrimonio de una persona. No se da ni siquiera oportunidad de oponer excepciones de estricta justicia, como podría ser la excepción de pago.

En efecto el artículo 14 constitucional en su parte conducente establece que “*Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho*” Si no se aducen otras cuestiones y únicamente se estudia la constitucionalidad del procedimiento judicial de ejecución de prenda, se puede decir que es evidente su inconstitucionalidad al no cumplir con los requisitos del numeral transcrito, pues en el procedimiento que se cuestiona no se observan de forma alguna las formalidades esenciales que éste debe tener, ni tampoco se presenta un juicio anterior a la privación²⁸.

En el caso que se presente una *notoria urgencia* la inconstitucionalidad es del todo manifiesta, pues el deudor no tendrá el menor conocimiento de la ejecución, aunado a la consecuente inseguridad jurídica que implica este supuesto, pues no se establece en la ley algún tipo de parámetro para que el juzgador pueda determinar que en un caso concreto se está en presencia de una *notoria urgencia*.

Por otra parte, y dejando atrás la discusión sobre la constitucionalidad del procedimiento, podemos agregar que éste no siempre le convendrá al acreedor, pues lo único que obtiene es el cambio de un bien mueble por efectivo, del cual podrá disponer hasta que demuestre en juicio posterior su derecho a hacerlo, por haberse tornado exigible y no haber sido pagada la obligación principal

En tal caso, si en el país se presentan índices inflacionarios elevados, será mas conveniente para el acreedor conservar la cosa y no el efectivo, pues los intereses que en su caso éste llegara a producir podrían ser intereses negativos en términos reales²⁹, mientras que el bien conservará su valor, hasta que un juez le de el derecho de ser pagado con el importe de la venta de dicho bien. Venta que le conviene al acreedor se realice lo mas cercano posible a la resolución judicial de referencia, lo cual no sucede si utiliza este procedimiento.

3) La Caución Bursátil.

No obstante el mercado de valores en México se vio instrumentado como un mercado formal desde la segunda mitad del siglo pasado³⁰, en las últimas décadas este mercado ha tenido especial auge por ser una de las fuentes predilectas de financiamiento para las grandes empresas. Por esta razón el derecho bursátil ha creado diferentes figuras jurídicas para ser implementadas en la resolución de los distintos casos que se presentan, así como para cubrir las nuevas necesidades. Una de estas figuras jurídicas relativas o aplicables a los valores, es la caución bursátil.

²⁸ Se remite al lector a la última parte del segundo de los cuatro criterios transcritos en este apartado, por ser suficientemente claro para determinar la inconstitucionalidad del procedimiento en estudio.

²⁹ Como de hecho se ha llegado a presentar en nuestro país muchas veces.

³⁰ Para 1895 México tiene ya su primera Bolsa de Valores. operando como un mercado organizado con reglas propias

Según lo establece la Ley del Mercado de Valores en su artículo 99, en principio podemos definir a la caución bursátil como el contrato por el cual se constituye una garantía sobre valores que las casas de bolsa mantengan en guarda y administración, para asegurar el cumplimiento de las operaciones que celebren las casas de bolsa con o por cuenta de sus clientes

De la anterior definición se podría pensar que esta figura solo es utilizable para garantizar obligaciones de la clientela inversionista derivadas de la operación bursátil, pero el artículo 77 del ordenamiento precitado abre las puertas para que sea utilizada en otros situaciones como de hecho se utiliza la mayor parte de las veces en que se instrumenta. En efecto el mencionado precepto a la letra establece:

Artículo 77.- Cuando dentro de su régimen autorizado, los depositantes distintos a las casas de bolsa celebren operaciones con o por cuenta de sus clientes, cuyo cumplimiento se asegure con valores depositados mediante contrato de caución bursátil, se estará a lo señalado en el artículo 99 de esta ley.

De esta forma especialistas bursátiles, bolsas de valores, instituciones de crédito, de seguros y fianzas, sociedades de inversión, sociedades operadoras de estas últimas, así como entidades financieras del exterior (todos ellos depositantes distintos a las casas de bolsa³¹) cuando celebren operaciones con o por cuenta de sus clientes dentro de su régimen

³¹ Artículo 57 fracción I. LMV.

autorizado, podrán asegurar su cumplimiento afectando en garantía valores mediante un contrato de caución bursátil

En el caso de una institución de crédito que haya otorgado un crédito, el acreditado o el otorgante de la caución³² afectará en garantía valores que alguna casa de bolsa mantenga en guarda y administración, en favor del banco, para asegurar a éste el pago del crédito. Precisamente este es el caso de mas interés para el presente estudio, pues es muy socorrido por la clientela de las instituciones de crédito que tienen valores que alguna de las casas de bolsa mantiene en guarda y administración

Con toda lógica en la exposición se analiza la caución bursátil después de haber sido analizada la prenda, puesto que como se verá mas adelante durante la explicación de esta figura, su naturaleza jurídica no es mas que la de una prenda sobre acciones con reglas especiales derivadas de la materia bursátil.

Estas reglas especiales establecidas por la propia Ley del Mercado de Valores son

- a) Debe constar por escrito.
- b) No requiere endoso, entrega material del título ni anotación en el libro del emisor.
- c) Se puede pactar la venta extrajudicial de los valores, así como el procedimiento para efectuar ésta.

³² Se hace esta aseveración por que se puede dar el caso en el que el que otorgue la caución no sea el mismo que el acreditado. El caso en que no coincidirían estas dos personas sería el caso de garantizar obligaciones de terceros

La ley en el mencionado artículo establece que “. Se podrá convenir en los contratos de caución bursátil la venta extrajudicial de los valores dados en garantía siempre que, cuando menos, se observe el siguiente procedimiento de ejecución. ”

En este caso la venta extrajudicial se pacta por las partes formando parte del contrato, pero como indica el dispositivo legal, el procedimiento que se pacte para esta venta tendrá que observar el procedimiento de ejecución que establece el mismo Este procedimiento es muy simple pero contiene una desventaja y esta es que éste goza del mismo vicio que tiene el procedimiento de ejecución de la prenda mercantil En efecto el procedimiento que establece la ley en la parte conducente nos dice que:

...II. Si al vencimiento de la obligación garantizada o cuando deba reconstituirse la caución bursátil, el acreedor no recibe el pago o se incrementa al importe de la caución, según sea el caso, éste podrá solicitar al ejecutor que realice la venta extrajudicial de los valores afectos en garantía.

III. De la petición del acreedor, el ejecutor dará vista al otorgante de la caución, el que podrá oponerse a la venta, únicamente exhibiendo el importe del adeudo o el comprobante de su entrega al acreedor, o aportando la garantía faltante. De esta petición el ejecutor también dará vista a la institución para el depósito de valores a la que se haya remitido el contrato de caución bursátil, para efecto de que ésta inmovilice los valores afectos en garantía; y

IV. Si el otorgante de la garantía no exhibe o acredita el pago incrementa la caución en cantidad suficiente, según sea el caso, el ejecutor ordenará la venta de los valores materia de la caución a través de bolsa de valores y a los precios del mercado, hasta el monto necesario para cubrir el principal y accesorios pactados, los que entregará al acreedor

Lo anterior pone en evidencia que la discusión sobre la inconstitucionalidad del procedimiento de ejecución de la prenda mercantil se ve reflejada en el de la caución bursátil y se esté o no a favor de la constitucionalidad o inconstitucionalidad declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, definitivamente el acreedor corre el peligro de que esa tesis sea la que prospere en los tribunales y de esa manera se vea perjudicado, pues si bien es cierto que no quedará en estado de indefensión, su defensa y labor de cobranza se toparán con las desventajas procesales del procedimiento judicial para hacer efectiva la prenda sobre títulos de crédito el cual será largo y costoso.

Por otro lado uno de los productos financieros en los que pueden invertir sus recursos los inversionistas son las llamadas sociedades de inversión. Actualmente las sociedades de inversión son de entre la variedad de los productos financieros a elegir de las más socorridas por el público inversionista por ser una de las alternativas que más rendimientos otorga.

El problema se presenta cuando se da una caución bursátil sobre acciones representativas del capital de sociedades de inversión y se desea realizar la ejecución

extrajudicial Para entender el problema hay que decir que comúnmente en México las acciones de las sociedades de inversión no se venden a través de bolsa, una vez que esto sea comprendido será fácil comprender la ilegalidad, pues el multicitado artículo 99 establece un mínimo de formalidades que el procedimiento extrajudicial de ejecución debe contener y entre esos requisitos encontramos que la venta se debe de realizar a través de bolsa de valores y a los precios de mercado

Este comentario sobre la ilegalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución que eventualmente se pueda dar sobre acciones de sociedades de inversión, no es ocioso sino que se apoya en que pudiera pensarse que tener como garantía acciones de esta clase de sociedades sea muy bueno y de hecho lo es pero hay que tener en cuenta que no se podrá pactar es este caso en específico la venta extrajudicial.

Casos similares al anterior son contemplados por nuestra ley, pues ésta admite la constitución de cauciones bursátiles que no son susceptibles de ejecución extrajudicial, o que en caso de ser ejecutadas extrajudicialmente, dicho procedimiento sería ilegal, tal es el caso de las cauciones sobre títulos que con posterioridad al perfeccionamiento del contrato pierden su registro en bolsa, y que por supuesto pueden ser ejecutadas judicialmente

Aunque en este caso hay que apuntar que existe la práctica viciosa de establecer en los contratos que en caso de no poderse realizar la ejecución extrajudicial, la caución será considerada prenda y se ejecutará como tal.

Las desventajas de la caución bursátil ya quedaron manifiestas, las ventajas se traducen a que en este caso, de operar como se prevé en la ley, se trata de una garantía segura que se podrá hacer efectiva con mucha rapidez por que el objeto de la caución, es decir los valores, son fácilmente convertibles a dinero, lo cual para el banco supone tener una garantía muy cercana a un depósito de dinero que garantizara la obligación de su deudor

Vale la pena apuntar que el procedimiento extrajudicial de ejecución es potestativo y no obligatorio por disposición de la propia ley, lo cual hay que tomar en cuenta al momento de elaborar y firmar el contrato de caución

4) Endoso en garantía.

Esta clase de garantía es buena para el banco cuando se tiene la certeza de que el suscriptor y/o avales del título dado en garantía tienen liquidez o tienen suficientes bienes para garantizar el adeudo; situación que en ocasiones no se podrá asegurar con el paso del tiempo, pues en el caso de créditos destinados a implementar o mejorar un negocio generalmente pasa bastante tiempo a partir de que se endosan los títulos de crédito y el acreditado dispone del dinero, al momento en que acreditado inicia a incumplir sus obligaciones para con el banco, por lo que puede el suscriptor (y en su caso el aval) durante ese lapso de tiempo pasar por momentos difíciles y quedarse sin bienes que garanticen el adeudo

No se tiene que hacer mención de los ya conocidos inconvenientes como la dilación procesal a la que se ven sujetos miles de procedimientos mercantiles en nuestro sistema jurídico, sin embargo esta garantía no se debe de ver olvidada por los bancos, pues como afirma Garrigues³³, no está muy alejada del descuento de letras financieras, procedimiento que si es utilizado muy frecuentemente por las instituciones financieras a nivel mundial

De esa forma, quien posea un título de crédito suscrito o avalado por una persona de solvencia reconocida, podrá otorgar al banco ese título, quien después de verificar la mencionada solvencia puede otorgar el crédito solicitado. Transacción que se ve reflejada y explicada a detalle en la siguiente ejecutoria de los Tribunales Colegiados

ENDOSO EN GARANTÍA DE UN TÍTULO DE CRÉDITO SI ÉSTE SE DEVUELVE A SU PROPIETARIO UNA VEZ QUE CUMPLIÓ CON LA OBLIGACIÓN RELATIVA, PUEDE EJERCITAR LA ACCIÓN EJECUTIVA EN CONTRA DE SU SUSCRIPTOR. Es cierto que sólo mediante el endoso pueden transmitirse los derechos que se contienen en un documento crediticio; sin embargo la circunstancia de que se hubiere endosado en garantía a un tercero ese título valor, no priva al endosante de la propiedad del documento base de la acción. En efecto, en términos de lo dispuesto por los artículos 31 y 33 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los títulos nominativos son transmisibles por medio del endoso, el cual puede ser en propiedad, en procuración y en garantía, este último confiere el derecho y la obligación de un acreedor prendario con las facultades inherentes al endoso en procuración. Por tanto, si el propietario del documento base de la acción, en términos del artículo 23 de la ley en cita, endosó en garantía el pagaré a una institución bancaria y ésta, una vez cumplida la obligación contraída que motivó dejar en prenda el documento, lo regresa al poder de su propietario, es él quien tiene acción y personalidad para ejercitar la acción ejecutiva en contra del suscriptor. Lo anterior se robustece, si se toma en cuenta que el pagaré sólo fue puesto en circulación hasta que su original propietario y tenedor lo endosó en procuración y al cobro; en consecuencia, tratándose de títulos de crédito que no han circulado, la legitimación para exigir del suscriptor el pago de la prestación consignada en el documento la tiene la persona a favor de quien se expidió y es su tenedor conforme al artículo 23, en relación con el diverso 38,

³³ GARRIGUES, Joaquín, Contratos Bancarios. España, 1958, p 311

ambos de la citada ley, ya que es incuestionable que resulta suficiente la posesión del título, por la persona a favor de quien se expidió, para ejercitar la acción correspondiente, sin que fuere necesario que la institución bancaria a quien fue endosado en garantía lo devolviera mediante en endoso.

A.D. 352/97. Francisco Xavier Torreblanca y teresa Rojas Yañez 11 de julio de 1997. Unanimidad de votos Ponente: Juan Manuel Martínez Martínez. Secretaria Leticia Mena Cardeña.

Novena Época. Tribunal Colegiado del 6° Circuito Tomo VI, septiembre 1997, Pág. 680

Una forma de utilizar esta clase de endosos, que proporciona bastante seguridad al acreedor, se da cuando éstos se realizan sobre títulos de crédito representativos de mercancías, como es el caso de un certificado de depósito, en cuyo caso, el acreedor podría pedir la entrega material de las mercancías, esto si previamente realizó el pago de las obligaciones que tuviere anteriormente el endosante con el fisco y con el almacén, así como el depósito en dicho almacén de las cantidades de numerario amparadas por los bonos de prenda respectivos.

El planteamiento anterior se fortalece con la interpretación que ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas ocasiones, una de las cuales, debido a su claridad e importancia, nos permitimos transcribir a continuación.

CERTIFICADO DE DEPÓSITO, ENDOSO EN GARANTÍA DE. CONFIERE AL ENDOSATARIO EL DERECHO DE SOLICITAR LA ENTREGA DE LAS MERCANCIAS DEPOSITADAS SIN NECESIDAD DE ADQUIRIR PREVIAMENTE LA PROPIEDAD DE LOS CERTIFICADOS.-

El artículo 36, primer párrafo, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, estatuye que el endoso con las cláusulas “en garantía”, “en prenda”, u otra equivalente, atribuye al endosatario todos los derechos y obligaciones de un *acreedor prendario respecto del título endosado* y los derechos a él inherentes, confiriendo las facultades que confiere el endoso en procuración Por su parte, el

artículo 240 del mismo ordenamiento legal, dispone que el que sólo sea tenedor del certificado de depósito tiene dominio sobre las mercancías o efectos depositados, pero no podrá retirarlos sino mediante el pago de las obligaciones que tenga contraídas para con el fisco y los almacenes, y el depósito en dichos almacenes de la cantidad amparada por el o los bonos de prenda respectivos. Estas prevenciones conducen a concluir que el endoso en garantía de los certificados de depósito, confiere al endosatario todos los derechos y obligaciones de un acreedor prendario, con facultades para ejercitar los derechos inherentes a tales títulos, entre los cuales se encuentra el relativo a la entrega de las mercancías o bienes depositados. De aquí que el endosatario en garantía, en su calidad de acreedor prendario, si esté en aptitud de reclamar la entrega material de las garantías depositadas, condicionada la misma al pago, por parte de la actora, de las obligaciones contraídas por el endosante para con el fisco y el almacén demandado con motivo del contrato de depósito, (SIC) así como el depósito en dicho almacén de las cantidades de numerario amparadas por los bonos de prenda respectivos, y la sentencia que condicione la procedencia de la acción a la previa adquisición de la propiedad del certificado de depósito por parte del endosatario en garantía, es violatoria de garantías individuales. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amaro directo 34/92. Nacional Financiera, S N C 18 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente. Leandro Fernández Castillo. Secretario Juan Manuel Rodríguez Gámez.

5) Fideicomiso de Garantía.

Como concepto de fideicomiso de garantía podemos mencionar la definición a la que Pablo Álvarez Herrejón llegó después de compilar las diferentes definiciones de los doctrinólogos, diciendo que es un contrato mercantil, accesorio, mediante el cual una persona denominada fideicomitente, afecta ciertos bienes, de manera irrevocable, ante otra persona denominada fiduciario, con el fin de garantizar el cumplimiento de una obligación

diferente a la del fideicomiso, contraída con un tercero, denominado fideicomisario, que será el titular de los derechos que deriven del fideicomiso³⁴

Así podemos decir que esta clase de fideicomisos, son contratos que se caracterizan por ser accesorios, de garantía, mercantiles, formales, consensuales y por último se establece que son irrevocables, por que dejaría de ser una garantía para el fideicomitente acreedor si el fideicomiso pudiera ser revocado en cualquier momento por su deudor o fideicomitente.

En un principio se utilizaron esta clase de fideicomisos para garantizar el pago al fiduciario de las deudas contraídas por los acreditados del mismo banco, de esta manera se le podía otorgar un crédito a una persona con la condición de que en el mismo banco constituyera un fideicomiso afectando determinados bienes en garantía de pago del crédito otorgado. Sin embargo posteriormente, en el artículo 348 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, se prohibió que el fideicomisario y fiduciario fuesen la misma persona, imponiendo como sanción la nulidad del fideicomiso, lo cual provocó que se siguieran realizando pero con otra institución fiduciaria

Las instituciones de crédito viendo que en muchas ocasiones el procedimiento de ejecución de la prenda mercantil era muy rápido, decidieron implementar un procedimiento similar dentro de un fideicomiso para poder ejecutar bienes inmuebles con la misma

³⁴ ÁLVAREZ HERREJÓN. El fideicomiso de garantía, Tesis, Universidad Panamericana, México. 1994. p 75 (concepto surgido de la compilación de las definiciones de Hernández Pérez, Octavio Hernández y Bernal Molina).

celeridad que en la prenda, con la ventaja de que en el fideicomiso podrían pactar un procedimiento que se pudiera ajustar a las demandas de cada caso

Con las modificaciones pertinentes de cada caso el procedimiento pactado es el siguiente:

a) Se establece la obligación principal que está garantizada con el patrimonio fideicomitado. Esta obligación puede ser presente o futura, como podría ser el caso de una apertura de crédito en donde el acreditado aún no haya dispuesto del crédito.

b) De igual manera se establecen las condiciones que determinarán el tipo de fin que se le dará al patrimonio fideicomitado. Básicamente son dos condiciones, y por tanto dos fines que el fiduciario se compromete a realizar. Ya sea devolver los bienes al fideicomitente deudor (que será el fideicomisario en segundo lugar), si se cumple la condición en la que el acreditado le pague al banco (fideicomisario en primer lugar) el total de su adeudo al tiempo convenido; o bien, el fiduciario tendrá la consigna de vender el patrimonio fideicomitado y pagar a la institución crediticia el resto o el total de la deuda del acreditado, si se cumple la condición en la que éste no le pague a tiempo o el total de su adeudo al banco.

c) Las reglas especiales para la eventual venta del patrimonio fideicomitado en el caso de incumplimiento de la obligación principal garantizada mediante el fideicomiso. Que se resume en:

i. La obligación del banco acreedor de notificar al fiduciario el incumplimiento de la obligación garantizada, solicitándole que proceda a la venta del patrimonio fideicomitado.

ii. El fiduciario tendrá entonces la obligación de notificarle al fideicomitente la solicitud del fideicomisario, haciéndole saber que dispone de cierto tiempo para dar cumplimiento a sus obligaciones o acreditar el pago.

iii Si el fideicomitente no acredita el pago o no lo realiza en el plazo concedido, el fiduciario procederá a la venta de los bienes y aplicará su producto en el orden acordado en el propio fideicomiso. Generalmente se pacta como primer destino del dinero el pago de todos los gastos impuestos y derechos que se generen con motivo de la ejecución fiduciaria; en segundo lugar, al pago de las comisiones del fiduciario; en tercero, el pago del crédito garantizado; y en caso de haber algún remanente, el fiduciario asume la obligación de regresarlo al fideicomitente

Con el paso de los años en el artículo 83 de la Ley de Instituciones de Crédito se estableció que para los fideicomisos de garantía en cuyo acto constitutivo haga falta un procedimiento convenido en forma expresa por las partes, se aplicará el procedimiento establecido en los dos primeros párrafos del artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, a petición del fiduciario.

El referido artículo 341 es precisamente el que regula el procedimiento de ejecución de la prenda, y al tenor de sus dos primeros párrafos, al presentarse el incumplimiento del fideicomitente deudor, el fiduciario tendrá que pedir al juez que autorice la venta del patrimonio fideicomitado. De esta petición se correrá traslado al fideicomitente deudor quien en un termino de tres días, podrá oponerse a la venta exhibiendo el importe del adeudo, pues de no hacerlo así, el juez mandará que se dé cumplimiento a lo establecido en el acto constitutivo del fideicomiso o sus modificaciones.

En la teoría la indiscutible ventaja que esta clase de garantía ofrece al acreedor es el poder pactar a su conveniencia el procedimiento de ejecución del patrimonio fideicomitado, siendo innecesario llegar a una autoridad judicial para que se llegue a tal ejecución. Sin embargo en la práctica no se da así pues en los tribunales se ventilan asuntos de esta naturaleza ya que en opinión de algunos autores como Cervantes Ahumada la ejecución del fideicomiso de garantía es inconstitucional pues constituye una violación a las garantías individuales del fideicomitente, pues se procede a la venta de sus bienes sin mediación de autoridad judicial, o bien, que es un fideicomiso tendiente a encubrir un pacto comisorio.

Otro sector de autores como Hernández Pérez, Vázquez Arminio o Rodolfo Batiza, tienen opiniones tendientes a justificar la constitucionalidad de la ejecución del patrimonio realizada por el fiduciario, pues el fiduciario no hace mas que cumplir con sus obligaciones para con su patrimonio, y afirman que no es un pacto comisorio pues se contempla un procedimiento a seguir para la ejecución de esos bienes.

En los tribunales ha habido resoluciones favorables para las dos tendencias con lo cual es aún mas incierto que algún día se opte por fallar en cierto sentido y otro día cambien las opiniones de los jueces y se falle en el sentido opuesto. Por la importancia que implica y por coincidir con el contenido de ella, se transcribe a continuación una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

FIDEICOMISO DE GARANTÍA. EFECTOS PARA EL FIDEICOMITENTE.

Una vez constituido y registrado un fideicomiso de garantía, el fideicomitente queda privado de toda acción o derecho de disposición sobre los bienes fideicomitidos

Amparo directo 3285/70. Guillermo Hernández Hurtado. 9 marzo 1973. Mayoría de tres votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas. Disidentes: Mariano Ramírez Vázquez y Ernesto Solís López. Sexta Época, Cuarta Parte
Amparo directo 171/65. José Refugio Dévora Mojarro. 13 de abril de 1967. Mayoría de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela. Volumen CXXVI, Pág. 20

FIDEICOMISO, NO ES NECESARIA LA INTERVENCIÓN DE UN ORGANO JURISDICCIONAL PARA LA REALIZACIÓN DEL FIN EN EL. Dada la naturaleza legal del fideicomiso, no es exigible establecer, para el caso de su ejecución, la intervención de un órgano jurisdiccional, si en razón de su esencia jurídica, se tiene presente que en este negocio jurídico se da una afectación patrimonial destinada a un fin, cuyo logro se confía a las gestiones de una institución fiduciaria, que en nuestra legislación solo puede ser una institución bancaria expresamente autorizada para ello, afectación que priva al fideicomitente de toda acción y de todo derecho de disposición de los bienes fideicomitidos, cuyo único titular es la fiduciaria, para llevar al cabo el fiel cumplimiento del objeto lícito que se le encomendó.

A.D 45/71. Crédito Algodonero de México, S.A. 16 de marzo de 1977. 5 votos. Ponente: Gloria León Orantes
Séptima Época. Sala Auxiliar. Tomo 97-102 Séptima parte. Pág. 106.

La opinión que se puede manifestar consiste en que es totalmente legal y constitucional este fideicomiso y su ejecución, pues el fiduciario debe de hacer con el

patrimonio fideicomitado lo que le haya sido consignado cuando fue constituido. Pero a mi juicio, siendo legal no es del todo justo. Para subsanarlo nos parece que sería necesario únicamente que se le de oportunidad al fideicomitente de interponer las excepciones que tenga que lo hayan orillado a no realizar el pago

Las ventajas y desventajas que estos fideicomisos comparten con la hipoteca es que generalmente el deudor conserva la posesión de los bienes fideicomitados y el costo que implica la forma, pues si son inmuebles los bienes afectados se tendrá que constituir mediante escritura pública

6) Fianza

Como concepto de la fianza el artículo 2794 del Código Civil establece que ésta es un contrato por el cual una persona se compromete con el acreedor a pagar por el deudor, si éste no lo hace, cuando la obligación se torna exigible (art.2794 C.C.) Es importante que la obligación sea exigible, pues si es condicional se requerirá que se haya cumplido la condición o si es a plazo que ya haya llegado el término previsto.

De lo anterior podemos afirmar que lo que caracteriza a la de fianza de empresa es que es un contrato de garantía, accesorio, bilateral y oneroso. Sin embargo a diferencia de las fianzas civiles, las fianzas de empresa de acuerdo con la ley no gozan del beneficio de orden ni excusión, y sus fianzas no se extinguen inclusive si el acreedor no requiere judicialmente

al deudor del cumplimiento de la obligación principal, por lo que podemos decir que es una obligación solidaria

Del carácter accesorio de la fianza se desprende que para que ésta exista debe de existir previamente una obligación principal a la cual garantice. En el caso de garantizar un contrato de apertura de crédito el carácter accesorio de la fianza provoca a simple vista pensamientos contradictorios, pues al momento de la firma del contrato no se sabe si el acreditado hará o no uso del crédito que se le concedió, y en caso de que lo hiciese tampoco se sabe en que medida dispondrá de él. Pero la solución se encuentra en la figura de afianzamiento de deuda futura, pues el pago de la fianza solamente se podrá reclamar hasta que la deuda sea líquida y exigible. Será una obligación condicionada a que el deudor principal disponga del dinero y no lo pague cuando sea exigible.

La fianza era en el derecho mexicano una operación típicamente civil, sin que hubiese referencia alguna a ella ni en el código de comercio ni en ninguna legislación especial. Con excepción de algún precedente sin importancia, fue la Ley de Instituciones de Fianzas de 1943 la que vino a cambiar radicalmente esta situación, al establecer que las operaciones que se practiquen por las instituciones de fianzas, se considerarán mercantiles para ambas partes (art.123), que para dedicarse a la práctica habitual de operaciones de fianzas a título oneroso en cualquier ramo se requiere de autorización del gobierno federal (art.1) y que las fianzas onerosas se registrarán por las disposiciones especiales contenidas en los artículos transitorios de la propia ley, y, en su defecto, por la legislación mercantil y por el Código Civil del

Distrito Federal, subrayando que el contrato de fianza a título oneroso es un acto de comercio

Así que sin entrar a la discusión de los doctrinólogos sobre la existencia o inexistencia de otras fianzas mercantiles además de la fianza de empresa³⁵, se expondrán algunos efectos y algunas ventajas y desventajas del garantizar mediante una fianza de empresa un crédito otorgado por una institución bancaria

En las garantías que hasta aquí hemos estudiado la seguridad adicional de pago que recibe el acreedor tiene directamente un fundamento objetivo, puesto que hay una afectación de bienes especiales y determinados destinados a dicho fin. Dichos bienes siendo bienes muebles, pueden en ciertas ocasiones pasar al poder del acreedor, otras, quedan en poder del deudor y otras se transmiten en dominio a un tercero, que será el encargado de hacer efectiva la garantía como en el caso del fideicomiso. En la fianza no sucede lo anterior, pues siendo una garantía personal, descansa en la confianza que la persona del fiador representa por sí. En este caso la eficacia de la garantía resulta en definitiva de la solvencia patrimonial del fiador, en virtud del principio de que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, pero hay aquí una responsabilidad difusa, sobre todo el patrimonio, y no sobre bienes específicos del mismo.

Por lo anterior generalmente se cree que es absolutamente inconveniente que una persona (física o moral, comerciante o no comerciante) distinta a una institución de fianzas

otorgue como garantía de un crédito una fianza, pues se estaría supeditado a la solvencia de la persona determinada, mientras que la fianza otorgada por una institución especializada, garantiza al banco plenamente la solvencia del fiador, puesto que por diferentes disposiciones legales es obligación de las instituciones afianzadoras el establecer ciertas reservas de capital (integradas por la reserva de contingencia y otros conceptos) suficientes para garantizar la solvencia y liquidez que les permita hacer frente en todo momento a las obligaciones que han adquirido.

Cabe recordar que la obligación del fiador comprende el pago de la deuda íntegra, tanto en lo principal como en los accesorios que sean debidos, lo que es completamente conveniente para el banco cuando se presentan intereses elevados.

Desde el punto de vista procesal si la afianzadora no cumple voluntariamente, el beneficiario puede optar entre acudir ante la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas o ante los tribunales competentes. En el caso de acudir a la comisión de referencia y no llegar a una solución conciliatoria quedarán expeditos los derechos del acreedor para ocurrir ante los tribunales competentes. Para fortalecer el papel de la autoridad desde la instancia conciliatoria la ley faculta a la Comisión para multar a la institución que no asista a la misma o no rinda los informes correspondientes

Por otra parte, el legislador siendo consciente de la dificultad procesal que representaba hacer efectiva una fianza con rapidez, estableció en protección de los

³⁵ Algunos autores afirman que la naturaleza de la fianza derivará del contrato principal del cual dependa.

beneficiarios de las fianzas la obligación de cubrir a éstos un interés moratorio cuya tasa anual se calcule en relación a al costo porcentual promedio de captación de las instituciones de crédito del país.

La desventaja es la dilación procesal que se tiene que afrontar cuando se quiere hacer efectiva una fianza, desventaja que continua siendo la principal, pese a los esfuerzos del legislador por crear figuras que la inhiban. Un ejemplo de esta desventaja es el plazo convencional que establece la ley para que las instituciones se alleguen de elementos necesarios para resolver las reclamaciones que se les presenten, el cual puede ser bastante largo, aunque en este caso en una época de elevados intereses no le convendrá a la afianzadora retrasar el pago si sabe que lo tendrá que realizar en un futuro sumándole los intereses.

En el caso de que se disputara en un litigio la procedencia del pago de una fianza la institución afianzadora tendrá que constituir una reserva especial para garantizar el pago de la fianza exigida, lo que financieramente tampoco le conviene si sabe que finalmente tendrá que pagarla.

Otra ventaja que tiene el beneficiario de la fianza en la nueva ley es que está obligado a recibir pagos parciales que la afianzadora considere procedentes dejando a salvo los derechos del beneficiario por la diferencia de lo reclamado

del cual sea accesorio.

La transacción celebrada entre el fiador y el acreedor aprovecha pero no perjudica al deudor principal. Mientras que la realizada entre el acreedor y el deudor principal aprovecha al fiador pero no le perjudica. El banco debe de estar muy consciente de lo anterior al momento de realizar una reestructura con el acreditado.

Una cuestión importante relativa al punto anterior, es que la renuncia voluntaria que hiciese el deudor de la prescripción de la deuda, o de toda otra causa de liberación, o de la nulidad o rescisión de la obligación no impide que el fiador haga valer seas excepciones.

Aunque la obligación del fiador es pagar en defecto del fiado, debe de tenerse en cuenta que para la fianza mercantil basta para esto con el simple requerimiento de pago, puesto que las empresas afianzadoras carecen de los beneficios de orden y excusión que son propias a la fianza civil.

El costo de la fianza, podrá traducirse en una desventaja o ventaja para el acreditado, pero esto dependerá de cada caso concreto. Pues es un hecho que el costo de las fianzas es elevado pero quizá un acreditado no tenga inmuebles que gravar, pero su negocio si cuenta con mucha liquidez por lo que no tendrá inconveniente alguno para pagar el costo de la fianza. Caso contrario sería el de un acreditado que contase con muchos bienes y poca liquidez

7) El Aval.

Jurídicamente el aval consiste en la firma consignada en un título de crédito (o en hoja que se le adhiera) para garantizar total o parcialmente su pago, en el caso de no realizarlo el que así esté obligado a hacerlo.

Las clases de aval que existen son.

a) Por la persona avalada puede ser aval del aceptante, del librador o del endosante.

b) Por la amplitud de la garantía puede ser limitado o ilimitado. En el primer caso puede limitarse a una persona determinada o la cantidad garantizada; en el segundo caso el avalista responde en los mismos términos que el avalado

Hay autores como Pedro Labariega, que afirman que el aval es para el derecho cambiario lo que la fianza es para el derecho civil³⁶, lo que no está apartado de la lógica pues constituyen las dos figuras garantías personales con las cuales se amplían las posibilidades del acreedor de obtener el cumplimiento de la obligación por parte de una pluralidad de personas que con frecuencia tendrán conocida solvencia o liquidez. Sin embargo como atinadamente señala Cervantes Ahumada, la diferencia principal con la fianza es que en ésta se aplica el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, mientras que en el aval lo accesorio no sigue la suerte de lo principal, es decir ambas obligaciones, la del

³⁶ Garrigues afirma que el aval no es más que una “fianza cambiaria”. Las diferencias en las que algunos otros coinciden son que el aval es una garantía cambiaria, abstracta y objetiva en contraste con la fianza que es común, casual y subjetiva

avalista y la del avalado, son principales, autónomas e independientes, por las razones que se explicarán a continuación

Las tres principales ventajas que tiene el beneficiario del título son:

a) El avalista que puede ser un tercero que no haya intervenido en el título de crédito o cualquiera de los signatarios de éste, adquiere una obligación comprometiendo incluso la totalidad de su patrimonio. Esto significa que si el avalista tiene solvencia el acreedor puede estar bastante tranquilo de que su deuda será saldada

b) El tenedor legítimo del título puede indistinta y simultáneamente proceder contra el avalista y el avalado.

c) La figura del aval está caracterizada principalmente por su autonomía e independencia, ya que subsiste independientemente de la obligación garantizada. Esto se traduce a que si la obligación cambiaria avalada se llegara a nulificar judicialmente, la obligación del avalista se mantiene vigente, esto se debe a que, según Dávalos Mejía, puede ser probable “que el título haya circulado merced a la aparición en su texto, de la firma del aval”.

Esta autonomía se ve de cierto modo cuartada, pero la ley sigue la lógica cambiaria al establecer que la acción contra al avalista estará sujeta a los mismos términos y condiciones a que esté sujeta la acción contra el avalado.

Esta garantía por la seguridad que otorga es muy requerida por las instituciones de crédito a sus deudores para garantizar sus obligaciones

En la práctica hay ocasiones en se solicita a la persona que pretende garantizar el adeudo que firme, pero no como aval, sino como cosuscriptor de la letra, habiendo así dos firmas como suscriptores de personas de reconocida solvencia. A nuestro juicio esto es totalmente innecesario, pues en cierto caso puede llegar a complicar o a dilatar un procedimiento judicial tendiente a recuperar ese dinero, además de que la firma como aval al ser una obligación independiente garantiza de manera muy segura el pago del adeudo Otro supuesto diferente sería en que el “fiador cambiario” suscriba un título a su propio cargo, caso similar al de los pagarés causales que se firman para disponer de algún crédito.

8) Garantías específicas de los créditos de Avío y Refaccionario.

La importancia de estas clases de crédito radica en que se enfocan hacia la productividad de diferentes ramas de la economía (principalmente a la agropecuaria) cuyo desarrollo es elemental para el desarrollo del país Suponiendo que su concepto y la diferencia ente ellos son del conocimiento del lector, a continuación se analizarán los esquemas con los que son garantizados.

El marco legal que regula esta clase de créditos se conforma por la sección quinta del título segundo de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (arts. 321 al 333) y los

artículos 46 fracción VI y 66 de la Ley de Instituciones de Crédito. Adicionalmente hay gran cantidad de jurisprudencias que les son aplicables.

La propia Ley de Títulos y Operaciones de Crédito en sus artículos 322 y 324 establece las garantías inherentes a estos créditos. Por la fuente de la que emanan éstas se puede decir que son de las llamadas garantías legales. Estos artículos establecen lo siguiente:

Artículo 322 Los créditos de habilitación o avío estarán garantizados con las materias primas y materiales adquiridos, y con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque éstos sean futuros o pendientes.

Artículo 325 Los créditos refaccionarios quedarán garantizados, simultánea o separadamente, con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo.

Sin satisfacer mas formalidades que las establecidas por la ley para la celebración de los contratos de esta clase de créditos³⁷, además de las garantías legales, se pueden pactar en el contrato de crédito garantías reales adicionales, tal como lo menciona la fracción II del artículo 66 de la Ley de Instituciones de Crédito que a la letra dice

³⁷ Según convenga a las partes y cualquiera que sea su monto, se consignará en póliza ante corredor público titulado, en escritura pública o en contrato privado, que en este último caso se firmará por triplicado ante dos testigos y se ratificará ante notario público, corredor público titulado, juez de primera instancia en funciones de notario o ante el encargado del registro público correspondiente (art 66. I LIC)

II *Sm satisfacer mas formalidades que las señaladas en la fracción anterior, se podrán establecer garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, además de los que constituyen la garantía propia de estos créditos.*

Hay autores como Dávalos Mejía que mencionan que “es importante hacer notar que la garantía convencional que autoriza el art 66, fracción II de la Ley de Instituciones de Crédito, no puede ser la fianza, precisamente por que ni esta Ley, ni la LGTOC autorizan más garantías que las reales, tal como lo sostuvo en una tesis el maestro Rojina Villegas³⁸, que por la importancia que reviste para el presente trabajo nos permitimos transcribirla a continuación

CRÉDITOS REFACCIONARIOS CON GARANTÍA HIPOTECARIA DEL ACREDITADO Y FIANZA DE UN TERCERO QUE ADEMÁS OTORGA HIPOTECA. Como las instituciones de crédito y Organizaciones Auxiliares, conforme al artículo 340 del Código de Comercio, se rigen por su ley especial, al precisar el artículo primero de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que esa Ley entró en vigor el 2 de junio de mil novecientos cuarenta y uno, sin que sea aplicable por lo mismo lo dispuesto por el Código Civil, y si por otra parte, aquella ley, en sus artículos 26, Fracción X, 28 fracción VIII, y 125, solamente les permite otorgar créditos refaccionarios con garantía hipotecaria o fiduciaria y en los términos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sin que ninguna de éstas contenga la posibilidad de que los créditos concedidos se puedan otorgar mediante garantía de fianza constituida por un tercero, debe entenderse que en la comparecencia de un tercero en la escritura de prórroga de crédito concedido al acreditado por la institución de crédito constituyéndose fiador, pero al mismo tiempo otorgando garantía hipotecaria sobre inmueble, en los términos del artículo 124 de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, la mención de que ese tercero era fiador, no debió ser tomada en cuenta, por no permitirlo el artículo primero transitorio de dicha ley, sino que simplemente debió atenderse a la garantía hipotecaria que era la

³⁸ DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, Títulos y Contratos de Crédito, Quebras, Tomo II Derecho Bancario y Contratos de Crédito, México. HARLA. 2da Edición. 1992, p 329

que si admitían ambas leyes (26, fracción X, de la de Instituciones de Crédito y 326, fracción IV, de la de Títulos y Operaciones de Crédito); garantía hipotecaria que no pudo darse por extinguida, con base en que en los recibos que se le otorgaron por la acreedora al deudor, por el pago de capital, no se hizo reserva de intereses, puesto que esta exigencia, señalada por el artículo 364 del Código de Comercio, no opera en el caso, pues éste se rige por el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, conforme al cual, la renuncia al cobro de los intereses debe ser expresa, no tácita

AD 4690/71, Financiera y Fiduciaria de Torreón, S.A 22 de Nov 1974. 5 votos.
Ponente: Rafael Rojina Villegas. Tercera Sala, séptima época, cuarta parte, vol. 71, pág 21

Esta tesis, así como el criterio de Dávalos Mejía, a nuestro juicio es correcta si se entiende en el sentido de que solamente se podrán constituir garantías reales sin realizar mas formalidades que las previstas en el multicitado artículo 66, quedando bien claro que ese mismo crédito puede ser garantizado adicionalmente mediante una garantía personal, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos formales que sean necesarios para la constitución de la garantía personal seleccionada

Una ventaja para los bancos, es la preferencia que gozan cuando son acreedores en esta clase de créditos, pues así lo establece la ley cambiaria en su artículo 328 que establece que los créditos de habilitación se pagarán con preferencia a los refaccionarios y ambos con preferencia a los hipotecarios inscritos con posterioridad De igual manera, mas adelante el mismo numeral beneficiará al banco en el caso en el que la propiedad o negocio para cuyo fomento se haya otorgado el crédito sea traspasado sin el consentimiento previo del banco, pues en ese caso éste tendrá el derecho de rescindir el contrato o dar por vencida anticipadamente la obligación y a exigir su pago inmediato.

Para los acreditados en estos casos una de las ventajas mas importantes, es que se podrá garantizar el crédito con los bienes que se vayan a adquirir y con los productos que se obtengan en un futuro. Esto hace posible que personas que no podrían ser sujetas de crédito (pues no tendrían con que garantizarlo) lo sean, ya que en este caso, aunada a la garantía natural del crédito, la pericia del acreditado en determinada rama industrial, agropecuaria, comercial, etc es la que en mayor parte le garantiza al banco que sus recursos serán devueltos.

Otra de las ventajas que goza el acreditado es que en el caso en el que otorgue algún bien en prenda como garantía, éste podrá quedar en su poder, en cuyo caso el deudor se considerará como depositario judicial (para los fines de responsabilidad civil o penal).

Es importante que el banco tome en cuenta algunas consideraciones para proteger sus intereses. Una de ellas es que estos gravámenes se deben de inscribir en el registro público pues los efectos contra terceros surtirán desde el día de dicha inscripción. Otra consideración es referente a la labor de vigilancia que debe de realizar el banco, para cerciorarse que el importe del crédito se invierta en los objetos determinados en el contrato, pues si se prueba que se le dio otro destino a sabiendas del banco, éste perderá las garantías naturales del crédito³⁹

³⁹ Primer párrafo del artículo 327 LGTOC

9) Garantía de participación de Impuestos Federales.

En muchas ocasiones los diferentes Estados de la República con el fin de obtener recursos para solventar las diversas necesidades que se presentan en cada uno de ellos, solicitan créditos a las instituciones bancarias del país

No importando que su acreditado sea una entidad federativa es obligación de los bancos estudiar la viabilidad del negocio en el que se invertirá el crédito, y en el caso resultar viable por lo general no habrá problemas para que se otorgue el crédito

Otra es la situación que se presenta cuando de antemano se sabe que el fin para el que se usará el crédito no producirá los recursos necesarios para su pago, algo que en el caso de entidades federativas puede ser muy frecuente, pues parte de su actividad se enfoca al otorgamiento a la población de múltiples satisfactores, que por lo general son muy costosos y su periodo de amortización es muy largo, como un ejemplo podemos mencionar a las carreteras. Este tipo de obras no podrían ser vistas como un negocio, ya que anticipadamente se sabe la dificultad que se tendrá para recuperar los recursos que se hayan invertido en su implementación

Pedir un crédito a los bancos con este esquema sería irrisorio y las Entidades lo saben, por eso con el fin de garantizar bien los créditos que no cuenten con una viabilidad tangible tienen la posibilidad de afectar en garantía su participación de impuestos federales, con lo cual las instituciones bancarias verán asegurado totalmente el pago del crédito

Para mayor claridad del concepto y del mecanismo con el cual opera este tipo de garantía, se transcribe a continuación el artículo de la ley que la prevé

LEY DE COORDINACION FISCAL

CAPITULO I DE LAS PARTICIPACIONES DE LOS ESTADOS, MUNICIPIOS Y DISTRITO FEDERAL EN INGRESOS FEDERALES.

Artículo 9.- Las participaciones que correspondan a las entidades y municipios son inembargables, no pueden afectarse a fines específicos, ni estar sujetas a retención, salvo para el pago de obligaciones contraídas por las Entidades o Municipios, con autorización de las Legislaturas locales e inscritas a petición de dichas Entidades ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el registro de obligaciones y empréstitos de Entidades y Municipios, a favor de la Federación, *de las instituciones de crédito que operen en territorio nacional*, así como de las personas físicas o morales de nacionalidad mexicana.

Las obligaciones de los Municipios se registrarán cuando cuenten con la garantía solidaria del Estado, salvo cuando a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tengan suficientes participaciones para responder a sus compromisos

Las Entidades y Municipios efectuarán los pagos de las obligaciones garantizadas con la afectación de sus participaciones, de acuerdo con los mecanismos y sistemas de registro establecidos en sus leyes estatales de deuda. En todo caso las Entidades Federativas deberán contar con un registro único de obligaciones y empréstitos, así como publicar en forma periódica su información con respecto a los registros de su deuda.

No estarán sujetas a lo dispuesto por el primer párrafo de este artículo, las compensaciones que se requieran efectuar a las Entidades como consecuencia de ajustes en participaciones o descuentos originados del incumplimiento de metas pactadas con la federación en materia de administración de contribuciones. Así mismo, procederán las compensaciones entre las participaciones federales e incentivos de las Entidades y los Municipios y las obligaciones que tengan con la federación, cuando exista acuerdo entre las partes interesadas o esta ley así lo autorice.

El gobierno Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y los gobiernos de las Entidades que se hubieren adherido al sistema nacional de coordinación fiscal podrán celebrar convenios de coordinación en materia de información de finanzas públicas. En el reglamento que expida el Ejecutivo Federal

se señalarán los requisitos para el registro de las obligaciones de entidades y municipios ”

Se debe de tener presente que existe la limitante constitucional para los Estados en el sentido de que solamente podrán contratar créditos cuando se destinen a inversiones públicas productivas, y deberán ser aprobados por el congreso local respectivo, tal y como lo dispone la Constitución en su artículo 177, fracción VIII in fine, que a la letra dice

“Artículo 117.- Los Estados no pueden en ningún caso

VIII

Los Estados o Municipios no podrán contraer obligaciones o empréstitos sino cuando se **destinen a inversiones públicas productivas**, inclusive los que contraigan organismos descentralizados y empresas públicas, conforme a las bases que establezcan las legislaturas en una ley y por los conceptos y hasta por los montos que las mismas fijen anualmente en los respectivos presupuestos Los Ejecutivos informarán de su ejercicio al rendir la cuenta pública, y

IX .”

III Imposiciones legales a las Instituciones de Crédito Referentes a las Garantías de sus Operaciones.

A) La Ley de Instituciones de Crédito y circulares aplicables.

El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito a la letra dice

“Artículo 65. Para el otorgamiento de sus financiamientos, las instituciones de crédito deberán estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de éstos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Los montos plazos regímenes de amortización, y en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados.

La comisión Nacional Bancaria (y ahora de Valores) vigilará que las instituciones de crédito vigilen debidamente lo dispuesto en el presente artículo.

Así, las circunstancias en las que las instituciones por ley están obligadas a fijar su estudio para el otorgamiento de créditos son según el artículo en estudio las siguientes:

- 1) La viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos
- 2) Los plazos de recuperación de las inversiones
- 3) Las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados
financieros

- 4) La situación económica de los acreditados.
- 5) La calificación administrativa y moral de los acreditados.
- 6) Las garantías otorgadas en caso de ser necesarias.

En el artículo transcrito se resaltó que el legislador contempló la implementación de garantías “en su caso”, es decir, las garantías jamás fueron consideradas como algo substancialmente importante para el otorgamiento de los créditos, pues en una actitud mas inteligente se enfocó mas a la viabilidad del proyecto y como cuestión secundaria, para cubrir eventuales riesgos, se previeron las garantías, pues evidentemente el banco estaria de sobra garantizado con la seguridad de la viabilidad del negocio acreditado y su consecuente éxito.

En nuestra opinión, no es ocioso el legislador al establecer como primer concepto a estimar la viabilidad del proyecto acreditado, pues de ésta se derivan muchas de las demás estimaciones.

B) Importancia del Estudio de la Viabilidad de los Proyectos (implicación de la palabra crédito).

De las diversas actividades que realiza una institución de crédito se dice que hay dos partes esenciales, a saber, la parte que agrupa a las operaciones activas y la parte que agrupa a las operaciones pasivas

en adición a ser mencionado en la exposición de motivos, se incluyó en el propio artículo octavo de la Ley. Y por lo tanto los bancos en el estudio de las circunstancias particulares de cada crédito tendrán que enfocarse en las circunstancias que propicien no solo una garantía de pago del crédito concedido, sino también que propicien el desarrollo económico de la nación.

Como veremos posteriormente el estudio de la viabilidad del proyecto debe de dividirse en dos etapas. En la primera de ellas el banco debe de asegurarse mediante el estudio del proyecto presentado que éste sea viable en ese momento y por tanto es procedente el otorgamiento del crédito, pero este estudio no necesariamente le asegura al banco que el proyecto será viable en un futuro por lo que es necesario entrar al estudio de la segunda etapa que consiste en analizar los diferentes medios propuestos para que el proyecto mantenga su viabilidad en un futuro y esta es precisamente la labor de los "covenants".

Por lo tanto, de las circunstancias que por ley deben de estudiar los bancos para el otorgamiento de sus créditos a la que deben de poner mas atención, por ser la mas importante para el impulso del desarrollo económico, es que la institución de crédito este en gran parte segura y confiada de la viabilidad del negocio acreditado, y no solamente de las garantías que otorgue el acreditado al banco para asegurar el pago del crédito otorgado, pues esta es una visión que corresponde mas a un prestamista como veremos a continuación

C) Distinción entre prestamista y financiero (La intermediación).

Cuestión elemental para hacer la distinción de estos conceptos es la de la intermediación, entendiéndola como el medio por el cual se pone en contacto al oferente y al demandante de algún bien o servicio

De la anterior definición de la intermediación se desprenden tres elementos, la oferta de recursos, la demanda de recursos y el medio que es precisamente la intermediación. Que en elementos personales se traducirían en.

- 1) Oferente o depositante de los recursos.
- 2) Demandante o solicitante de crédito.
- 3) Intermediario por medio del cual el demandante recibiría el crédito, de los recursos que con anterioridad haya captado del oferente.

En tratándose de intermediación financiera es claro que el bien es el dinero, y el servicio, el de banca y crédito. El oferente, la persona depositante o inversionista de sus recursos dentro de la institución financiera; el demandante, la persona a quien le hace falta ese dinero y lo pide prestado para invertirlo, es decir, para aplicarlo en la producción de mas recursos, debiendo ser suficientes para pagar el préstamo y quedarse con un activo de cualquier tipo, el cual constituye su utilidad.

En la intermediación financiera, es precisamente el financiero quien desempeña esta función, pudiendo ser de dos tipos, masiva o individualizada. En la primera el intermediario contacta indistintamente oferentes y demandantes, repartiendo a su juicio los recursos, mientras que en la segunda, el intermediario contacta oferentes y demandantes concretos, actividad realizada principalmente por las Casas de Bolsa.

Básicamente el negocio de los intermediarios financieros, radica en el diferencial de tasas de interés que les pagan a sus depositantes y las que les cobran a sus acreditados, sin ignorar la conjunción de otro tipo de operaciones activas, pasivas y de servicios que les traen consigo utilidades adicionales, como las comisiones, etc.

Es importante la estabilidad y la seguridad que brinden las personas o instituciones en las cuales una persona deposita su dinero, o bien las personas o instituciones a las cuales se les pide dinero prestado. En el caso de intermediarios financieros, estos cuentan con medidas contables de seguridad que toman por su propia iniciativa o por disposición de ley, consecuentemente brindan al público altos niveles de seguridad y estabilidad. Un ejemplo de estas medidas es la constitución de varias reservas con diversos fines, como podrían ser las reservas destinadas a disminuir el riesgo para el caso en que le llegaran a solicitar el retiro de recursos que excedieran a su capacidad de disposición en caja.

La diferencia esencial entre el prestamista y el financiero y de donde derivan todas las demás, como podrían ser las diferencias existentes en cuanto a responsabilidad (tanto en sentido social como jurídico), estriba en que el prestamista no es un financiero debido a que

le falta el carácter de intermediario, ya que en su persona se presenta tan solo uno de los tres elementos de la intermediación, a saber el elemento del oferente

El prestamista se ve forzado a cobrar altas tasas de interés sin poder reducirlas, pues el interés es la única fuente de utilidades que tiene. El dinero que está invertido en préstamos, queda inmóvil por mucho tiempo en tanto le paga el prestatario, con lo cual el prestamista pierde la liquidez en todo ese lapso de tiempo, por lo que las tasas recibidas de los créditos vencidos tienen que ser utilidad suficiente para tener liquidez en dichos periodos.

El prestamista no recibe depósitos en grandes cantidades, constituyendo esto un riesgo adicional de quedarse sin liquidez, lo que no ocurre con las instituciones financieras que ofrecen a sus depositantes o inversionistas tasas de interés atractivas. Con estas operaciones las instituciones efectivamente reciben grandes cantidades de depósitos (que aun que en muchos casos son de pequeñas cantidades de dinero, por el volumen de operaciones que captan se vuelven cantidades muy importantes) subsanando así la falta de liquidez, depósitos que colocará a través de diferentes operaciones, y que se traducirán en un activo para la institución financiera.

Aun en el supuesto de que el prestamista de alguna forma recibiera depósitos, éste difícilmente tendría la capacidad para constituir medidas que le proporcionaran estabilidad y seguridad a los depositantes e inversionistas que llegara a tener, medidas que en los intermediarios financieros son un hecho, pues muchas de ellas son exigidas por la ley.

Viendo la otra cara de la moneda, por parte de los acreditados de las instituciones financieras, por los volúmenes de capital que éstas manejan y por las medidas de seguridad que implementan pueden negociar mas con un acreditado, que por diferentes circunstancias no haya podido cubrir el pago al vencimiento de su obligación. Mientras que un prestamista no podría hacer esta clase de negociaciones por que no tendria capacidad. De tal forma los deudores del prestamista tampoco cuentan con gran seguridad y estabilidad.

En suma se podría decir que mientras el financiero otorga servicios de banca y crédito, el prestamista únicamente otorga el “servicio de crédito”, con las consecuencias que esto acarrea y que fueron puestas en evidencia en las líneas anteriores. Con independencia de la función social que representa la labor de las instituciones financieras, pues en ella se ven beneficiados los depositantes, con los rendimientos que se les otorgan, y con el consecuente beneficio del País al tener mayor ahorro interno; los acreditados, quienes incrementaran con su inversión tanto su activo, como la fuerza productiva del País, y por último la propia institución la cual percibe también un legitimo beneficio.

IV. COVENANTS.

A. Naturaleza Jurídica de los Covenants.

Para las personas que viven bajo sistemas jurídicos basados en el derecho romano, el entender la naturaleza jurídica de los covenants no representa problema alguno pues no son mas que obligaciones, de las cuales surgirán diferentes deberes ya sea de dar, de hacer o de no hacer

Toda obligación para que sea aceptada en un sistema jurídico requiere tener una fuente respaldada por éste, y en el caso de las obligaciones en estudio su fuente no es mas que el acuerdo de voluntades plasmado en el propio contrato de crédito

Conforme lo anterior podemos decir en un principio que, para fines del derecho bancario, los covenants son obligaciones establecidas en el contrato de crédito, con finalidades específicas, mediante las cuales alguna de las partes (generalmente el acreditado) se compromete ya sea a dar algo, o bien, a realizar o a abstenerse de realizar determinada acción.

B. Clasificación de los covenants.

Los covenants en el derecho norteamericano se utilizan con diferentes fines y en diferentes negocios jurídicos por lo que hay múltiples clasificaciones. Al estudiar las diferentes clasificaciones se puede observar que hay algunas similitudes con la clasificación de las obligaciones en nuestro derecho, y otras propias de un sistema jurídico diferente. Así por ejemplo en el Common Law se reconocen covenants positivos, negativos, financieros, absolutos o condicionales, declaratorios u obligatorios, dependientes, concurrentes e independientes, alternativos, ejecutados o a ejecutar, tácitos o expresos, generales o específicos, etc.

Para los efectos del derecho bancario los covenants en los contratos de crédito se clasifican en:

- Positivos,
- Negativos, y
- Financieros.

1) Covenants Positivos y Negativos.

Se le llamará un covenant positivo o “affirmative covenant” al que estipule la realización de una acción, lo que se traduciría a lo que en nuestro derecho se conoce como una obligación ya sea de hacer o de dar. Mientras que un covenant que establezca actividades o acciones prohibidas para alguna de las partes se le llamará un covenant

negativo o “negative covenant”, lo que sería traducido a lo que en lo que en nuestro derecho se conoce como una obligación de no hacer.

Se podrá decir que cualquier obligación tiene dos caras y que por lo tanto cualquier obligación puede establecerse desde el punto de vista positivo o negativo, por ejemplo, podría decirse que el acreditado está obligado a mantener en caja por lo menos \$50,000 (obligación de hacer), o bien, que el acreditado se abstendrá de realizar retiros de caja cuando en ésta no haya mas de \$50,000.00 (obligación de no hacer). El resultado de este pacto sería el mismo en cualquiera de las dos opciones, pues obligaría al acreditado a mantener por lo menos \$50,000 en caja.

La solución se encuentra en la costumbre, pues en la práctica en los contratos de crédito se acostumbra establecer ciertas obligaciones en sentido positivo y ciertas obligaciones en sentido negativo

Los covenants positivos se enfocan en la operación del negocio acreditado, requiriendo que se cumpla con un manejo prudente del negocio. Piden al acreditado que realice acciones que por lo general tomaría en la administración ordinaria de su negocio, manteniendo registros apropiados y satisfaciendo los requisitos de información

En contraste los covenants negativos prohíben acciones que el acreditado podría haber realizado si el contrato de crédito no estuviera vigente, y que podrían radicalmente alterar su

estructura o la operación de su negocio, como fusiones o escisiones, incurrir en deuda, gravar activos, o pagar dividendos

2) Covenants Financieros.

Entrando al estudio de los covenants financieros podemos decir que son obligaciones enfocadas en la posición financiera del acreditado, y por lo tanto, están basadas en la información financiera contenida en los estados financieros que el acreditado le entrega al banco.

En general los covenants financieros se fijan principalmente de dos maneras

- Los que se establecen como una cantidad determinada de dinero, estableciendo mínimos y/o máximos a determinadas partidas financieras.
- Los que se establecen como una debida proporción entre dos conceptos.

a) Los que se establecen como una cantidad determinada de dinero, estableciendo mínimos y/o máximos a determinadas partidas financieras.

En este caso puede determinarse ya sea refiriéndose a un concepto específico dentro de una partida, o bien, mediante la suma y resta de varios conceptos o grupos de conceptos contenidos en los estados financieros

Un covenant típico de este tipo pudiera requerir al acreditado que mantenga en todo tiempo por lo menos \$1 millón de capital de trabajo. Que mantenga su capital de trabajo es importante para el banco por que es un indicador de la liquidez del acreditado. El capital de trabajo se obtiene restando el pasivo circulante del activo circulante.

Es también muy común requerir que se mantengan diferentes montos en diferentes tiempos, mientras el contrato de crédito esté vigente. Se le puede requerir al acreditado que mantenga un mínimo de capital de trabajo de \$1 millón durante el primer año de vigencia del contrato de crédito, por ejemplo, y un mínimo de \$2 millones durante el segundo año.

b) Los que se establecen como una debida proporción entre dos conceptos.

Los covenants financieros basados en la relación entre varios conceptos se pueden expresar mediante una proporción entre los conceptos, proporción que se puede establecer ya sea mediante un porcentaje o mediante un número específico. El escoger un porcentaje o un número concreto se decidirá a elección de quien realice el contrato.

La razón circulante se obtiene dividiendo el activo circulante entre el pasivo circulante. La razón circulante es importante para el análisis que realiza el banco para determinar la capacidad de pago del acreditado en créditos a corto plazo. Un covenant financiero muy común es el que requiere al acreditado que mantenga una razón de no menos de 2 a 1 en su razón circulante; e igualmente la proporción puede cambiar durante los diferentes periodos.

del contrato de crédito. Por ejemplo, se le puede requerir al acreditado que mantenga una razón circulante de por lo menos 2 a 1 durante el primer año y de por lo menos 2.5 a 1 del segundo año en adelante.

Es conveniente saber que es común que los covenants financieros cubran restricciones del acreditado que estén cubiertas al mismo tiempo por los covenants positivos o negativos y es por esto que hay personas que argumentan que para el banco bastaría con la existencia de los covenants financieros. Independientemente de que con posterioridad se analizarán las limitaciones de los covenants basados en información financiera, se puede decir, que la fuerza de los covenants no financieros es que son específicos y están diseñados para restringir al acreditado con el fin de que no tome acciones cuyos efectos adversos subsecuentemente se vean reflejados como violaciones de los covenants financieros.

C. Fin de los covenants.

Los tres tipos de covenants que se han estado mencionando comparten cinco fines principales que se analizarán en este apartado, la diferencia se presenta en la forma en que se cada uno busca esos fines.

- Establecer directrices para la operación del negocio acreditado, con el fin próximo de alcanzar su éxito, y con el fin último de proteger la inversión que ha realizado el banco al otorgarle el crédito a su cliente.

- Asegurar la permanencia durante la vigencia del crédito de las cuestiones que llevaron al banco a prever la viabilidad del negocio acreditado.
- Ayudar al banco a obtener información del acreditado.
- Alertar al Banco la posibilidad de pérdida de viabilidad de su acreditado.
- Permitir al banco conservar el derecho de poder extinguir su obligación de poner a disposición del acreditado el dinero del que todavía no dispone o su obligación de realizar créditos adicionales y requerir el pago de todos los créditos pendientes cuando el acreditado falle en el cumplimiento de algún covenant pactado

1) *Establecer directrices para la operación del negocio acreditado, con el fin próximo de alcanzar su éxito, y con el fin último de proteger la inversión que ha realizado el banco al otorgarle el crédito a su cliente.*

Los covenants en un contrato de crédito se establecen con el fin principal de marcar ciertas directrices para la operación del negocio acreditado, con el fin de asegurar que la conducción del negocio se realizará de tal manera que durante la vigencia del crédito la viabilidad del negocio mantenga la solidez necesaria para que el crédito sea pagado.

Las directrices marcadas al acreditado por los covenants generalmente son convenientes para él, pues mediante su cumplimiento es mas probable que mantenga su solidez, teniendo su negocio mas posibilidades de alcanzar y mantener no sólo la capacidad productiva necesaria para el pago de crédito, sino también, las utilidades que se hayan fijado previamente que variarán en cada caso

La conveniencia para el banco es evidente, pues al establecer directrices protege sus intereses, ya que con éstas se intentan aumentar las posibilidades de que el acreditado sea capaz de pagar el crédito con sus accesorios tal y como se haya establecido en el contrato de crédito

Con este fin, por ejemplo, los covenants positivos obligarán al acreditado a mantener su existencia, a mantener la calidad de sus activos o a asegurarse debidamente.

Por otro lado, como se dijo anteriormente, los covenants financieros establecen un mínimo o un máximo a uno o varios de los conceptos financieros que se incluyen dentro de los estados financieros que se le entregan al banco, también pueden establecer la obligación de mantener uno o varios conceptos dentro de un parámetro, o establecer la obligación de mantener una proporción entre determinados conceptos

De esa forma, se puede decir que los covenants financieros establecen al acreditado ciertas limitaciones que irán, tarde o temprano, marcando directrices al negocio, pues en

ocasiones el acreditado no podrá realizar determinada acción por que ésta traería como consecuencia la violación de un covenant financiero

Es decir, se deja al acreditado la libertad de actuación siempre y cuando no actúe en contradicción a los covenants pactados. Por ejemplo puede pactarse en el contrato de crédito que los egresos de caja en determinado tiempo no puedan ser mayores a \$500,000. Si ese acreditado quiere expandirse a nuevos mercados requiriendo para el efecto nuevo equipo y para comprarlo requiere realizar un egreso de la caja de \$700,000, no podrá comprarlo sin violar la restricción de egresos de caja

2) Asegurar la permanencia durante la vigencia del crédito de las cuestiones que llevaron al banco a prever la viabilidad del negocio acreditado.

El que un banco otorgue un crédito depende de que éste otorgue su beneplácito después de haber revisado los datos y antecedentes del acreditado así como los diferentes estudios que aseguran la viabilidad del proyecto a acreditar. Todos estos datos y circunstancias son de gran importancia pues son ellos los que llevan al banco a contratar con su cliente, por lo que el acreditado debe asegurarse que toda la información sea lo mas precisa posible.

De esta forma, el acreditado presenta al banco para su revisión información sobre sus antecedentes, su posición actual, la posición que prevé en un futuro, así como los estudios de viabilidad de su proyecto. Si toda la información está bien realizada y es convincente solo

le garantizará al banco que el proyecto será viable bajo las circunstancias que se prevén en los diferentes estudios, y que por lo general son las circunstancias presentes al momento de solicitar el crédito.

El problema es que con los estudios de viabilidad y demás información, el banco no asegura en un futuro la viabilidad del proyecto, pues las condiciones para que sea posible ésta se dan en ese momento, pero es incierto si se seguirán presentando en un futuro

Precisamente son los covenants los que establecen las obligaciones del acreditado en el futuro, con el fin de asegurar que la solidez del crédito no se deteriore con el paso del tiempo y las condiciones de viabilidad del proyecto se sigan presentando hasta que el crédito sea pagado.

Un ejemplo de la relación entre las circunstancias determinantes de la viabilidad del proyecto y los covenants se relaciona con los covenants que aseguran la existencia de la persona moral acreditada. Un contrato de crédito incluye declaraciones en las que el acreditado dice estar debidamente constituido de acuerdo a la ley. Generalmente se incluirá también en el contrato un covenant positivo en el que el acreditado se compromete a realizar las acciones necesarias para mantener su existencia legal como persona moral, de esta manera el banco se asegura de estar tratando con una asociación o sociedad legal mientras el crédito esté vigente. Otros ejemplos de covenants que se relacionan con el mantenimiento en un futuro de las condiciones determinantes de la viabilidad del proyecto son el pago de los impuestos, el asegurarse adecuadamente, y las limitaciones de endeudamiento.

En ocasiones el banco buscando la mejoría de la posición financiera del acreditado, le solicita a éste que cumpla con ciertos covenants financieros que serán causantes de la mejoría deseada

Por ejemplo, el banco puede acceder a otorgar un crédito a un acreditado que mantenga una razón entre sus deudas y su capital contable de 3 a 1 en el día de la firma del contrato de crédito, pero puede requerir que la mencionada razón sea reducida a 2 a 1 en un periodo de un año

El acreditado entrega su información al banco, quien confía en su veracidad. Por lo tanto, si el acreditado desea realizar una acción con la que vaya a variar esa información debe de requerir y obtener una excepción o una limitación al punto determinado de la información que vaya a variar con la acción deseada

Es importante tomar en cuenta que si el acreditado obtiene la excepción o limitación que requirió, esa excepción o limitación será requerida también en el covenant que se relacione con el punto específico que se modificará, pues de otro modo, el acreditado incumplirá el covenant el primer día que produzca efectos

Un ejemplo aplicable puede ser el caso de un acreditado que declara que no se endeudará más, pero en ese momento está en negociaciones con otro banco para el otorgamiento de un crédito diverso. Si bien es cierto, el acreditado está en negociaciones y

no sabe si se le otorgará el otro crédito, debe de incluir esta posible excepción al momento de declarar que no se endeudará mas. Al incluir esta excepción, se deberá de prever también en el covenant en el que el acreditado se obliga a no endeudarse, pues de lo contrario, si se le otorga el otro crédito, el covenant se vería violado

3) *Ayudar al banco a obtener información del acreditado*

Al ser negociados los diferentes covenants y las excepciones o limitaciones a éstos, el banco obtiene información adicional acerca del acreditado, que muchas veces en circunstancias normales no la obtendría. Al banco le servirá, pues alguna de la información revelará acciones que el acreditado desea realizar en el futuro concernientes a su estructura o a la operación del negocio.

Por ejemplo, es común que se establezca un covenant positivo por el que el acreditado se obligue a mantener su existencia jurídica como persona moral así como la de cada una de sus subsidiarias. Si el acreditado está contemplando la fusión de una subsidiaria, requerirá una excepción a ese covenant positivo para cubrir anticipadamente la operación que piensa realizar. En este caso, con la solicitud de la excepción que realiza el acreditado el banco puede prever cambios en la estructura u operación del negocio.

Lo mismo opera con los covenants financieros, pues el acreditado puede anticipar cambios en su negocio que conducirán a un cambio en su posición financiera. Si esos cambios pueden llevar a la violación de covenants financieros, el acreditado deberá de avisar

al banco de los pretendidos cambios anticipadamente. Entonces el banco estará en aptitud de poder utilizar esa información adicional del acreditado para decidir si otorga o no el crédito, o si ya lo otorgó, podrá decidir si autoriza las excepciones, dependiendo de la aceptabilidad o inaceptabilidad del grado de riesgo que éstas provoquen.

Por ejemplo, si el acreditado planea expandirse hacia un nuevo mercado y esa expansión será financiada mediante deuda, podría violar una restricción de egresos de capital o de proporción entre sus activos y deudas. El acreditado en ese caso deberá de exponer anticipadamente sus planes para negociar los covenants financieros y que éstos sean acordes con la expansión deseada. El banco podrá decidir si las excepciones a los covenants crearán un grado de riesgo aceptable o inaceptable.

4) Alertar al Banco la posibilidad de pérdida de viabilidad de su acreditado.

El incumplimiento de un covenant se traduce inevitablemente en que las variables financieras no se están comportando como se había previsto. Por lo que podemos decir que el incumplimiento de algún covenant sirve como un indicador de alerta tanto para el banco como para el acreditado. Sin embargo, dos cosas pueden ser reflejadas por esta alerta. La primera, es que el incumplimiento es causa de un pacto demasiado rígido para el acreditado y que por tanto no pudo sostenerlo, pero continua siendo viable, y la segunda, se traduce en la presencia de dificultades financieras trascendentes para la viabilidad del acreditado.

El banco al recibir la alerta deberá de estudiar el caso particular para encontrar las causas y soluciones a las dificultades presentadas, y así estar en condiciones de limitar su riesgo. Para que el banco pueda tener flexibilidad en su posición frente al acreditado es recomendable que los covenants sean pactados de tal manera que accionen la alerta antes de que el acreditado se encuentre en una dificultad financiera seria, es decir, mucho antes de que esté en condiciones en que el único camino sea su quiebra, suspensión de pagos o liquidación.

Establecer covenants financieros que se accionen en esta etapa asegurará al banco que el acreditado todavía tendrá suficientes activos para pagar el crédito, si esta es la opción que elige el banco; o bien, protegerá al banco en el caso de la quiebra o suspensión de pagos del acreditado, pues en ese momento pueden realizarse diferentes acciones tendientes a mejorar la posición del banco, relativa al orden y preferencia, en el eventual proceso concursal del acreditado, y que éste seguramente aceptará pues de lo contrario el banco reclamará el pago del crédito.

Por su parte, el acreditado al percatarse de la alerta implementará planes y estrategias para hacerla desaparecer, intentando recuperar cuanto antes la solidez de su viabilidad.

- 5) *Permitir al banco conservar el derecho de poder extinguir su obligación de poner a disposición del acreditado el dinero del que todavía no dispone o su obligación de realizar créditos adicionales y requerir el pago de todos los créditos*

pendientes cuando el acreditado falle en el cumplimiento de algún covenant pactado.

A reserva de estudiar mas a fondo los efectos del incumplimiento de los covenants, en este apartado podemos mencionar que por regla general en el contrato de crédito el banco buscará por lo menos reservarse los siguientes derechos para el caso del incumplimiento de los covenants.

- a) El derecho de extinguir su obligación de poner a disposición de su acreditado la parte del crédito de la que no haya dispuesto.
- b) El derecho de extinguir (en su caso) su obligación de otorgar nuevos créditos.
- c) El derecho de exigir el pago lo antes posible de la parte del crédito que se haya dispuesto.

Este es un fin de los covenants tendiente a la protección de los intereses del banco, pues con estos recursos el banco fortalece su posición en caso de un incumplimiento. Sin embargo esto no quiere decir que al presentarse un incumplimiento el banco deba de ejercitar todos los recursos que tenga a su favor, sino que por el contrario deberá (como de hecho sucede frecuentemente en la práctica) buscar salidas como la reestructura del crédito con obtención de garantías adicionales de pago

D. ¿Por qué covenants y no obligaciones?

En el apartado de la naturaleza jurídica de los covenants se determinó que éstos no son mas que obligaciones, pero entonces ¿Por qué llamarles covenants? ¿Por que llamarles diferente, si son obligaciones?

En efecto, son obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, y quien les llame así no esta equivocado. Pero estas obligaciones se distinguen de las demás por la finalidad que persiguen.

Sin descartar que nuestro idioma es lo suficientemente basto para darle nombre a estas obligaciones, y quien así lo hiciere tendría una labor respetable, en la actualidad el término *covenant* es entendido en el medio jurídico financiero y goza de cierto arraigo, por lo tanto para fines prácticos y didácticos creemos que es conveniente que se adopte este anglicismo (término como un anglicismo) para referirse específicamente a estas obligaciones distinguiéndolas del resto.

E. Determinación de los covenants aplicables para cada caso.

Si bien es cierto que los covenants que se pacten dependen del acreditado y del crédito, no hay una regla que determine pactar determinados covenants con determinados acreditados o en determinados créditos.

Así que dependerá de las negociaciones en los casos específicos. Negociaciones cuyo punto de partida es el monto y tipo de crédito, la solidez y experiencia del acreditado, el giro de sus negocios, si el acreditado es una compañía privada o es parte del Estado, si ha emitido valores que se coticen en bolsa, etc

F. Incumplimiento de los Covenants.

1) Incumplimiento de covenants en general.

Dentro del contrato de crédito se establecerán los momentos específicos en los cuales el acreditado debe cumplir con cada una de las obligaciones emanadas de los covenants. También cabe la posibilidad de establecer en el mismo contrato un plazo de gracia para que las cumpla. Este plazo sirve tanto para el banco como para el acreditado. El primero, puede otorgarle este plazo adicional a su acreditado para facilitarle el cumplimiento de una obligación que de antemano sabe que es demasiado rígida; para el segundo, en ocasiones el ganar tiempo para realizar determinada obligación es determinante para su cumplimiento

De esta forma, la negociación de la manera en que se pactarán los covenants en el contrato, se extenderá a la forma de establecer en él los efectos que producirán los eventuales incumplimientos. De tal manera que en el contrato se pactarán los diferentes efectos para los casos en los que el acreditado cumpla su obligación en el momento determinado, para cuando la cumpla dentro del plazo de gracia y para cuando la incumpla

Si el acreditado cumple con su obligación en el momento específico establecido en el contrato para ese efecto, no tendrá problemas pues no realizará sino lo que es debido.

Si el acreditado no cumplió en el momento establecido en el contrato, pero se pactó un plazo de gracia a su favor, y éste todavía no llega a su término, el banco no estará obligado a otorgar nuevos créditos, pero no tendrá del derecho de exigir el pago anticipado de la parte del crédito que ya dispuso el acreditado. Sin embargo si dentro del plazo de gracia es cumplida la obligación, el acreditado podrá exigir al banco que cumpla con sus obligaciones, pudiendo solicitar nuevas disposiciones o nuevos créditos según lo pactado.

En caso de incumplimiento cuando no se haya pactado plazo de gracia, o cuando vencido éste no se haya cumplido con la obligación, por regla general, el banco buscará pactar diferentes recursos a su favor que le permitan tomar acciones para disminuir su riesgo. El acreditado por su parte buscará que aun en caso de incumplimiento le sea entregado el dinero suficiente para impulsar su negocio, es decir, que no le sea retirado el apoyo financiero.

En caso de incumplimiento, como se dijo anteriormente, el banco se reservará por lo menos el derecho de extinguir su obligación de poner a disposición de su acreditado la parte del crédito de la que no haya dispuesto, de otorgarle nuevos créditos y la posibilidad de exigir el pago lo antes posible de la parte del crédito que se haya dispuesto

Por lo que se establece en este apartado, es importante resaltar que para que se otorgue un nuevo crédito es indispensable que los covenants se hayan cumplido en el momento establecido para ese efecto, o bien se hayan cumplido dentro del plazo de gracia. De nuevo, podemos decir que esto no se traduce en que al presentarse un incumplimiento el banco ejercerá forzosamente todos los recursos legales o contractuales que tenga a su favor. Por el contrario, en la práctica el banco preferirá reestructurar el crédito incluyendo la obtención de garantías adicionales de pago.

2) Consideraciones sobre el incumplimiento de Covenants Financieros.

Los covenants financieros usualmente impondrán obligaciones que el acreditado tenga que cumplir en todo momento hasta que se pague el crédito. En este caso si falla en su cumplimiento, cualquiera que sea el momento, pondrá en acción una causal de incumplimiento, cuyas consecuencias ya se estudiaron. Por ejemplo si el contrato de crédito establece que se debe de mantener en todo tiempo un mínimo de \$1 millón de capital de trabajo, el acreditado no puede realizar acciones que pudiesen desembocar en la violación a ese covenant.

Pero los covenants financieros también se pueden traducir en condiciones para que al acreditado le sea posible realizar una determinada acción. De tal manera que se le permitirá realizar al acreditado determinadas acciones si demuestra que después de realizarlas seguirá

cumpliendo con los covenants. Por eso se dice que son actos condicionados a que se sigan cumpliendo los covenants.

Por ejemplo, se la permitirá al acreditado decretar y repartir dividendos si aún después de hacerlo demuestra que mantendrá un activo fijo de por lo menos \$2 millones. En este caso el covenant opera como una condición, pues el decretar y repartir dividendos está sujeto a la condición de que el activo fijo no disminuya de \$2 millones.

Si el covenant financiero opera como una condición, la concordancia con ésta se determinará al tiempo en que el acreditado propone realizar la acción. Si el acreditado en ese momento cumple con la condición establecida, entonces podrá realizar la acción.

En este caso el problema se presenta principalmente en los casos en los que la causal del incumplimiento no esté dentro de la esfera de control del acreditado, por eso se establece que si posteriormente a que se realice la acción ocurren eventos que indiquen o propicien que el acreditado incumpla con la condición establecida por el covenant, el banco no tendrá acción contra su acreditado.

Por ejemplo, el acreditado podría haber sufrido pérdidas después de haber repartido los dividendos que redujeran su activo fijo a menos de \$2 millones, en cuyo caso, el acreditado no estaría violando el covenant que restringe el reparto de dividendos si cumplió con la condición al momento que los pagó.

Otras acciones cuya realización puede estar sujeta a que se verifiquen ciertos condiciones pueden ser el incurrir en nuevos endeudamientos, pagar dividendos o realizar otras distribuciones referentes a las acciones o los procedimientos de fusión o escisión.

G. Limitaciones de los covenants.

La comprobación del cumplimiento de gran parte de los covenants está basada en el estudio de los estados financieros y por lo tanto los covenants (principalmente los financieros) están sujetos a dos importantes limitaciones

1) Los estados financieros se preparan periódicamente y toma tiempo prepararlos. La concordancia con los covenants solamente podrá ser verificada cuando los estados financieros estén preparados, por lo que puede haber transacciones que no concuerden con los covenants y que sean descubiertas meses después.

2) La concordancia con los covenants puede estar sujeta a cierta manipulación por parte del acreditado, puesto que es él mismo el que toma las decisiones relativas a la preparación de los estados financieros y podría hasta cierto punto ajustar sus estados financieros así como el día en que los estados financieros son preparados.

Habiendo pactado en el mismo contrato el sistema contable que se utilizará para la entrega de los estados financieros, el acreditado no podrá clasificar y reconocer partidas

arbitraria e inconsistentemente, pero aun siguiendo los lineamientos establecidos, cabe la posibilidad de que el acreditado realice decisiones importantes que afecten los estados financieros

El acreditado también es capaz de manejar la forma en que se presenten sus estados financieros en determinado día. Por ejemplo, si el acreditado tiene activos circulantes por \$100,000 y pasivo circulante por \$50,000, manejará una razón de 2 a 1. Si el acreditado paga \$40,000 de pasivo circulante, usando \$40,000 de sus activos circulantes, tendrá \$60,000 en sus activos fijos y \$10,000 en su pasivo circulante, y entonces manejará una razón de 6 a 1. No obstante este ejemplo es exagerado, ilustra que el acreditado si puede manejar hasta cierto punto las proporciones que le son requeridas, y que puede prever cuando realizar sus transacciones financieras para presentarse al final del periodo en que debe reportarse al banco en una posición financiera muy favorable.

Por estas razones es conveniente que se tenga en cuenta la verdadera naturaleza de los estados financieros, teniendo presente que éstos no son reflexiones infalibles de la posición del acreditado. Por lo que hay que fijar la atención los tres tipos de covenants, puesto que como ya se dijo antes, la fuerza de los covenants no financieros es que son específicos y están diseñados para restringir al acreditado para que no tome acciones cuyos efectos adversos se vean reflejados posteriormente como violaciones de los covenants financieros

H. Precaución de las partes al momento de pactar los covenants.

1) Consideraciones especiales para el pacto de covenants financieros.

Puesto que los covenants financieros están basados en los estados financieros, en el contrato se debe establecer bajo cual sistema contable van a ser entregados éstos.

Hay sistemas contables basados en principios que están en constante cambio, y si es escogido uno de estos sistemas para conformar los estados financieros del acreditado pueden presentarse algunos problemas pues un cambio en estos principios puede traer consigo un efecto material sobre los estados financieros.

Por lo tanto, es recomendable que el contrato de crédito establezca si el cumplimiento con los covenants financieros debe de establecerse sobre estados financieros realizados de acuerdo a los principios de determinado sistema contable que estén vigentes al momento en que se firmó el contrato de crédito o se irán tomando en cuenta y aplicando los diferentes cambios que sufran dichos principios.

El sistema contable elegido puede clasificar ciertos conceptos de determinada manera que no se adecuan a las intenciones de contratación ni del acreditado ni del banco. En ese caso, ciertos términos deben de ser definidos con precisión en el contrato para asegurarse que se les dará el tratamiento deseado

Por ejemplo, bajo las reglas del GAAP, durante el último año de un crédito a plazo fijo, la cantidad entera del crédito que no se haya pagado al banco se contabiliza dentro del pasivo circulante, puesto que la cantidad debida se deberá pagar a más tardar en el lapso de un año. El incluir esta cantidad dentro del pasivo circulante, puede ser la causa de la violación, durante el último año del crédito, al covenant referente al capital de trabajo. Por lo que el banco puede permitir expresamente que esa cantidad sea excluida del pasivo circulante durante el último año del crédito.

Las expresiones o términos contables pueden tener varios significados. Para que no se presenten confusiones, es recomendable que estos términos se definan en el contrato de crédito. Por ejemplo el término “capital de trabajo”, es comúnmente definido en los contratos de crédito como el exceso del activo circulante sobre el pasivo circulante, pero pudiera darse el caso en el que dentro de un mismo sistema se pudiera realizar de otra manera, por lo que es mejor definirlo.

Puesto que en la práctica se aceptan varios términos o expresiones que tienen el mismo significado, el uso que el acreditado les da en sus estados financieros debe de ser referido al que se utilizó al realizar el contrato de crédito y debe ser usado de la misma manera durante toda la relación con el banco.

El tiempo preciso en que se le requiere al acreditado que cumpla con las covenants financieros debe de ser perfectamente establecido en el contrato de crédito. La concordancia de los estados financieros del acreditado con los covenants financieros puede ser pedida en

todo tiempo, trimestralmente o anualmente. Hay que recordar como cuestión práctica que la falta de concordancia del acreditado con los covenants financieros generalmente solo puede ser detectada cuando los estados financieros están debidamente preparados, y usualmente éstos se preparan trimestral o anualmente. Sin embargo, generalmente se le requiere al acreditado que cumpla con los covenants financieros en todo momento. Esto limita la habilidad que pudiese tener el acreditado de realizar ciertas acciones para hacer concordar sus estados financieros con los covenants financieros en las fechas deseadas, pero en la realidad no sea capaz de cumplir con éstos en todo momento. Y aún mas importante, el pedir la concordancia mencionada, da la posibilidad al banco de ejercitar los derechos nacidos del incumplimiento, sin tener que esperar al final del trimestre.

Otras consideraciones deben de tomarse en cuenta al momento de realizar el contrato de crédito cuando se ven involucradas varias personas morales. El contrato de crédito debe de establecer de forma específica la manera en que se deberá de cumplir con los covenants financieros, por ejemplo deberá de decir si los estados financieros que se tomarán en cuenta serán los consolidados o bien solo los de la empresa acreditada.

Si se establece que los estados financieros deben de ser consolidados, debe de establecerse cuales son las subsidiarias que incluirán. El banco y el acreditado deben determinar si la concordancia con los covenants debe de darse con los estados financieros combinados o bien con base individual.

2) Control excesivo del banco sobre el acreditado.

En este apartado no se olvida que es una práctica común y recomendable que el acreditado pueda obtener del banco excepciones a la aplicación de determinados covenants cuando presente buenos motivos para dejar de realizar la acción que tendría obligación de hacer o para realizar la acción que en un principio estaría prohibida. Principalmente se otorgarán excepciones cuando la acción a tomar va a derivar en un fortalecimiento de la posición financiera del acreditado, y por lo tanto, en un beneficio para el banco. Sin embargo, es importante que el banco tome en cuenta diferentes consideraciones al momento de negociar e imponer los covenants.

Los covenants de alguna u otra manera representan restricciones a las actividades del acreditado y si bien es cierto que los covenants que se logren pactar en el contrato serán producto de negociaciones entre el banco y su cliente, por lo general el cliente estará dispuesto a aceptar restricciones por diferentes motivos que variarán en cada caso (ej. el reconocimiento de la obligación del banco de proteger sus intereses, la premura en la necesidad de los recursos, etc.).

El banco debe de buscar pactar en el contrato únicamente los covenants que se enfoquen a los fines que ya se estudiaron, pues no hay que descartar que los departamentos jurídicos de los bancos, por querer obtener mas ventajas en una negociación, pacten covenants que traigan consigo el entorpecimiento de la operación del negocio. Pues puede

llegar a presentarse el caso en el que se pueda argüir el ejercicio de un control excesivo del banco sobre el acreditado.

Para determinar si el banco esta o no ejerciendo un control excesivo hay que tomar en cuenta todo el contrato en su conjunto y no únicamente fijar la atención en cada una de las cláusulas por separado

Dos tipos de cláusulas son especialmente peligrosas en este tema

- a) El pacto por el que el acreditado se compromete a mantener una administración aceptable para el banco; y,
- b) Cualquier otro pacto que provea al banco algún derecho de voto en los órganos de administración del acreditado.

Lo anterior se puede resumir en que el banco debe buscar pactar los covenants para obtener los fines propios de éstos. Y en el último de los casos, buscar pactar únicamente los covenants suficientes para que sus intereses se encuentren protegidos, es decir, pactar los covenants que garanticen el pago del crédito, ni uno mas.

El peligro de ejercer un control excesivo impuesto por el banco, sería el que éste podría ser responsable frente al acreditado, sus accionistas, frente a otros acreedores u otras personas puesto que el acreditado no estaría en aptitud de ejercer libremente la operación de su negocio. Y tal vez, la causa del daño propiciado a alguna persona, sea precisamente

alguna acción que el acreditado se haya visto forzado a realizar debido a un covenant impuesto por el banco.

I. Consideraciones sobre las condiciones económicas necesarias para la aplicación de los covenants.

Ya se estudió que los covenants le irán trazando al acreditado directrices para operar su negocio, y de esta operación dependerá el cumplimiento o incumplimiento de los covenants. Por ejemplo, del manejo del acreditado dependerá que su empresa se fusione o no la haga.

Sin embargo un covenant también puede ser violado debido a causales que no estén dentro de la esfera de control del acreditado, es decir, no hay que olvidar que el acreditado puede sufrir pérdidas por razones fuera de su control y consecuentemente incumplir con un covenant.

Por ejemplo, si el contrato de crédito obliga al acreditado a mantener en todo tiempo un activo fijo de por lo menos \$2 millones y el acreditado sufre pérdidas que reducen su activo fijo a menos de \$2 millones, el acreditado estaría violando este covenant, y tal violación constituiría una causal de incumplimiento, con lo cual el banco estaría en la posición de utilizar los recursos que tenga a su favor.

Por esto hay quien pueda pensar que los covenants son inaplicables en créditos a negocios que estén sujetos a economías nacionales inestables, lo cual en nuestra opinión es totalmente falso, pues la utilidad de los covenants no esta condicionada directamente por la economía, sino que las variables financieras que tienen impacto sobre la viabilidad de los negocios a acreditar condicionarán únicamente la forma en que se pacten los covenants

No hay que olvidar que la utilidad de los covenants radica en su efectividad para asegurar la presencia de las condiciones necesarias para la viabilidad del negocio acreditado. Lo que implica que el tipo de economía lo único que determinará será el tipo de covenants necesarios para mantener la viabilidad del negocio, de tal manera que si se está sujeto a una economía estable, se requerirán covenants aplicables a ese tipo de economías, pero si se está sujeto a una economía en la cual se puedan prever grandes desajustes entonces los covenants serán sin duda mas exigentes, pues la viabilidad del negocio será mas difícil de asegurar.

Si el incumplimiento no es causado por los malos manejos del acreditado, sino por corrientes de la economía nacional de las que no puede escapar, el banco debe de adoptar una posición en la que trate de asegurar sus intereses, pero sobre todo que trate hasta donde sea posible de completar el impulso económico que necesita su acreditado. Siempre asegurándose que los créditos sean canalizados a empresas que mantengan su viabilidad o que la hayan recuperado mediante la implementación de diferentes estrategias aplicables para cada caso.

J. Acuerdos mas comunes.

Algunas de las obligaciones a cargo del acreditado que mas usualmente se pactan en los contratos de crédito y que se analizarán a continuación son

- Las referentes a la información que el acreditado debe de dar al banco,
- Un monto mínimo de capital de trabajo, así como de activo circulante y de capital contable que el acreditado debe de mantener,
- Limitaciones a poder otorgar en garantía alguno de sus activos, o a endeudarse,
- Restricciones a decretar dividendos, a vender activos o arrendarlos,
- Restricciones para fusionarse o escindirse

Por regla general antes de empezar a desglosar los covenants en el contrato de crédito se establece que el acreditado acepta comprometerse en los términos en que sean establecidos los covenants hasta que queden extinguidas todas sus obligaciones con el banco, a menos que el banco lo consienta de otra manera *por escrito*

Con esto se tiene la flexibilidad de la que ya se habló, con la cual el banco puede autorizar excepciones a determinados covenants para que se realice una acción específica.

Durante el estudio de los diferentes covenants, se podrá observar que en ocasiones algunos contemplan restricciones que otros ya contemplan siendo un poco repetitivos, esto se debe a que en un contrato de crédito se pueden incluir unos y otros no, todo dependerá del caso concreto

1) **Covenants Positivos.**

a) *Proporcionar al banco información financiera.*

El acuerdo requiriendo al acreditado para que reporte periódicamente su información financiera al banco, es quizá una de las obligaciones no monetarias a cargo del acreditado mas utilizadas.

Comúnmente los estados financieros son la principal fuente de información del banco acerca de su acreditado. Analizándolos el banco puede determinar la tendencia del negocio acreditado, su capacidad de pago, la posición financiera que irá guardando su acreditado hasta que pague el crédito, y si el acreditado está o no cumpliendo con los covenants financieros establecidos en el contrato de crédito. Con esto el banco podrá estar en aptitud de detectar o prever incumplimientos e implementar diferentes remedios que varían dependiendo del caso concreto de cada acreditado.

Otro aspecto positivo de esta obligación se traduce en que el acreditado se ve vigilado por el banco de una manera muy cercana, por lo que será mas difícil que desvíe los recursos hacia otras actividades

Dependiendo de las características de cada caso, para cumplir con esta obligación en el contrato de crédito usualmente el acreditado se comprometerá a proporcionar al banco la siguiente información.

i) Dentro de los noventa días posteriores al cierre de cada ejercicio fiscal

- Copias de los balances del acreditado (incluyendo sus subsidiarias, en su caso).
- Declaraciones de ingresos y utilidades repartidas y no repartidas
- Declaraciones de flujos de caja del acreditado (y de sus subsidiarias) del mismo año

Todo ello certificado por un auditor externo autorizado independiente que escoja el acreditado con aprobación del banco.

Esto es conveniente pues el auditor externo para realizar este trabajo tendrá que realizar una auditoria completa del acreditado

ii) Dentro del los treinta días posteriores al final de la primera mitad de cada ejercicio fiscal:

- Copias de los balances del acreditado (y de sus subsidiarias)
- Declaraciones de flujos de caja del acreditado (y de sus subsidiarias) de esos seis

meses

Todo ello certificado por el auditor externo autorizado independiente que escoja el acreditado con aprobación del banco

iii) Dentro de los treinta días posteriores al final de los primeros tres trimestres del ejercicio fiscal:

- Copias de los balances del acreditado (y de sus subsidiarias) al momento del final del trimestre correspondiente.
- Declaraciones de flujos de caja del acreditado (y de sus subsidiarias) desde que empezó el año hasta el final del trimestre correspondiente

Todo ello certificado por el auditor externo autorizado independiente que escoja el acreditado con aprobación del banco.

iv) Dentro de los diez días posteriores al final de cada mes calendario.

- Análisis histórico de todas las cuentas por cobrar del acreditado, con tantos datos que las respalden como el banco razonablemente pida, para comprobar su veracidad y evitar que el acreditado “sane” sus fianzas con supuestas cuentas por cobrar.

v) Dentro de los noventa días siguientes al final de cada año calendario

- Declaraciones financieras personales actualizadas de cada uno de los avales;

vi) Se pactará con un auditor externo autorizado independiente que dentro de los noventa días posteriores al cierre del ejercicio fiscal expida un documento en el que manifieste si en su opinión a esa fecha existe algún incumplimiento de obligaciones derivadas

del contrato, o si en su opinión esté presente alguna situación que con el solo paso del tiempo traerá consigo un incumplimiento de las obligaciones

De igual forma se pactará con el auditor que en el caso de encontrar que existe algún incumplimiento de las obligaciones, manifestará de manera razonada, según su opinión, quien incumplió y quien originó tal incumplimiento, si no cuenta con suficientes elementos para emitir su opinión así lo manifestará razonándolo. De igual forma, en el caso en que se encuentre alguna situación que se prevé desembocará en un incumplimiento del contrato, establecerá su opinión sobre cual de las partes es la responsable de la presencia de esa situación. Todo esto le dará al banco la posibilidad de tomar las medidas que considere necesarias

vii) Dentro de los treinta días posteriores al final de cada uno de los tres primeros trimestres del ejercicio fiscal un documento expedido por un especialista financiero, manifestando su opinión sobre la presencia o ausencia de las circunstancias mencionadas en el inciso anterior.

De igual forma que el auditor externo y el especialista financiero también establecerá de manera razonada en su opinión cual de las partes es a su juicio la responsable ya sea del incumplimiento o de la presencia de la situación que desembocará en un incumplimiento.

viii) El banco puede requerir en cualquier momento información mas detallada referente al negocio, las relaciones y la condición financiera del acreditado, de sus subsidiarias y de sus avales.

Las anteriores obligaciones aceptan cambios en la práctica, pues como se afirmó, la información financiera que el banco necesita dependerá de cada acreditado. Se requerirán diferentes informes tomando en cuenta el monto y tipo de crédito, la solidez del acreditado, el giro de sus negocios, si constituye parte del Estado o es una compañía privada, si ha emitido valores que se coticen en bolsa, etc. Por ejemplo los incisos a 4), a 5) y a 6) no son muy comunes en créditos pequeños debido a los costos que implican.

La frecuencia con la que los estados financieros son requeridos dependerá de los factores que se mencionaron además de tomar en cuenta, la relación del acreditado con otras compañías (como subsidiarias), la estructura del crédito, la necesidad de verificar que los covenants financieros se estén cumpliendo y el costo de preparar los estados financieros.

Cuanto más sólido sea el crédito, con menor frecuencia serán requeridos los estados financieros. Como mínimo se le requerirá al acreditado que entregue al banco sus estados financieros anualmente, pero usualmente en el caso de créditos muy bien respaldados bastará con la entrega de estados financieros trimestralmente, mientras que para los créditos con menor solidez se requerirán tales estados mensualmente.

Como se ha venido reiterando en el desarrollo de este trabajo, dentro del contrato es conveniente que se establezca el formato y el sistema contable bajo el cual debe de ser entregada al banco toda la información contable y financiera con el fin de prevenir cualquier tipo de confusiones o retrasos en la interpretación de su contenido.

En EUA en un contrato de crédito, comúnmente “el acreditado” incluye todas sus subsidiarias, pero en muchos contratos esta situación se remarca para dejarlo mas claro. En México, si los activos de una de las subsidiarias constituyen una consideración importante en el otorgamiento del crédito, pensamos que por seguridad se debe de incluir a dicha subsidiaria expresamente en el contrato ya sea como parte del mismo acreditado o como aval.

Una medida de la información que el banco necesita recibir es la que sea necesaria para la verificación del constante cumplimiento de los covenants financieros. Por ejemplo, si el acreditado se obliga a mantener un mínimo de activos netos independientemente de los demás miembros del grupo, en consecuencia se requerirán los estados financieros solamente del acreditado y no los estados financieros consolidados, pues de esa forma no se podría verificar el cumplimiento del covenant, pues no muestran al acreditado de manera independiente de los demás miembros del grupo (debido al gasto que representa, en la practica, los bancos no suelen pedir las certificaciones por separado).

El banco debe de requerir información que no esté incluida en los estados financieros pero que pueda afectar o reflejarse en las fianzas del acreditado o su posición financiera

como proyecciones, flujos de caja, planes, pronósticos de ventas, notificaciones de litigios, copias de información que se le entreguen a otros acreedores, y notificaciones de incumplimientos a contratos de crédito. Adicionalmente, si el banco lo cree necesario puede pedir la documentación necesaria para comprobar que el acreditado mantiene buena relación con sus trabajadores y sindicatos. En EUA es común que se pida la documentación en la que conste que tanto como el acreditado como el negocio a acreditar cumple con las leyes concernientes a la ecología, pues existe la posibilidad de un pasivo contingente debido a la eventual imposición de una multa de este tipo que generalmente son muy cuantiosas y pueden afectar la posición acreedora del banco

Esta información adicional también dependerá de la situación de cada acreditado, pues por ejemplo si éste es una compañía pública, el banco deberá requerir copias de la documentación relacionada con la debida colocación de los valores en la bolsa

Aunque con el inciso h) anterior el banco queda respaldado para cualquier información que desee requerir en un futuro, es recomendable que se incluya en el contrato de crédito una obligación específica para asegurar que el acreditado le entregará la información adicional que el banco sepa de antemano que necesitará.

La importancia de esta obligación no debe de ser menospreciada por los jurídicos de los bancos, pues de ésta depende la comprobación del cumplimiento de los covenants financieros y la posibilidad de detectar anticipadamente la posibilidad de algún incumplimiento. Pero tampoco debe de ser tomada por el banco caprichosamente, por el

contrario, el banco deberá de intentar considerar la manera en que el acreditado lleva usualmente su contabilidad, y tomar en cuenta los costos adicionales de preparar estados financieros adicionales o el costo de que sean certificados por un auditor externo

Si el acreditado no realiza mensualmente sus estados financieros, el banco podría estar poniendo una carga muy significativa al acreditado al pedirle esos estados financieros. No hay que olvidar que la certificación por auditores externos, que usualmente requieren los bancos es tardada y costosa, y que en el caso en el que el acreditado sea una compañía pequeña, es probable que auditores externos no tengan interés en certificar sus estados financieros anuales, y de tener que hacerlo supondrá al acreditado un alto costo

b) *Preservar las propiedades.*

Este covenant impone la obligación al acreditado de mantener en propiedad los bienes necesarios para la operación del negocio y darles el mantenimiento apropiado. El término “propiedades” incluye tanto bienes tangibles (como edificios o equipo), e intangibles (como patentes, licencias y derechos de autor). Si ciertos bienes intangibles son esenciales para el negocio del acreditado puede ser de interés para el banco el que se identifiquen específicamente y que se le requiera al acreditado que los mantenga

La restricción de este covenant se extiende solamente a aquellos bienes necesarios o útiles para la operación del negocio. Si un bien en particular es obsoleto o está desgastado

de tal forma que haya perdido la utilidad para el negocio del acreditado, éste puede deshacerse del mismo

El covenant requiere que el acreditado mantenga sus bienes en buen estado, mantenimiento que implica reparaciones periódicas, y reemplazos periódicos de determinados bienes, así como reparaciones mayores en casos de accidentes tales como incendios. Sin embargo al realizar este covenant debe de reconocerse que tan solo por el uso, aun cuando se le de el mantenimiento adecuado, el equipo se desgasta y eventualmente se descompone

Para que el acreditado pueda operar su negocio competitivamente es necesario que posea los bienes necesarios para operarlo y que éstos estén en buen estado. Cumpliéndose esto es mas probable que el acreditado mantenga la solidez y la capacidad de pago que haya demostrado tener

Esto es a tal grado importante que el banco debe de tomar en cuenta los bienes del acreditado y no solo los flujos de caja en los que se basa el pago del crédito. Ya pensando en el último de los casos, en los que se tuviesen que vender los activos de acreditado para pagarle al banco, con este covenant se asegura que se venderán en un mejor precio, pues estarán en buenas condiciones

Este covenant se complementa con el que regula la forma de conducir el negocio, así como con el covenant que regula la venta de bienes. El primero especifica el tipo de negocio

realizado por el acreditado, mientras que el segundo requiere al acreditado mantener en propiedad los bienes necesarios para la operación del negocio sin especificar el tipo de negocios que realizará el acreditado. Bajo este covenant le es permitido al acreditado que cambie su giro siempre y cuando mantenga los bienes requeridos para la operación del negocio. Por lo tanto, si se desea incluir algún tipo de restricción en el tipo o giro del negocio se tendrá que incluir un covenant especificándolo.

El covenant negativo que restringe la venta de activos prohíbe la venta de todos los bienes del acreditado, mientras que este covenant positivo prohíbe la venta tan solo de aquellos bienes necesarios o útiles para la operación del negocio.

Los bancos generalmente aceptan la limitación a este covenant por la cual se le permite al acreditado determinar cuales propiedades son necesarias y útiles para conducir y operar su negocio. El razonamiento para esto es que el acreditado entiende y conoce su negocio mejor que cualquier otra persona.

Por otra parte el acreditado buscará no necesitar la aprobación del banco cada vez que desee disponer de un bien que no esté catalogado dentro de los útiles o necesarios para la operación del negocio, o cuyo valor no exceda de determinada cantidad de dinero.

c) *Seguros.*

Aunque es (o debiera ser) costumbre de todo buen negocio mantenerse asegurado, el banco frecuentemente incluirá un covenant positivo en el contrato de crédito requiriendo al acreditado que asegure su negocio. Pues de no estar asegurado, si se llegaran a dañar o a destruir sus activos, la solidez tanto del negocio acreditado como del crédito se verían seriamente afectadas, mas aún si el acreditado no tiene la capacidad para reparar los daños o reemplazar las pérdidas.

En la manera de pactar este covenant existen dos corrientes opuestas, la primera, con la que coincidimos, sostiene que el banco no es apto para imponer al acreditado el tipo de seguro, la cobertura y el monto por el que debe de asegurarse, la segunda afirma que es el banco quien debe de establecer estas condiciones.

Por lo anterior este covenant establecerá la obligación general del acreditado de mantener asegurado su negocio como se acostumbra tener asegurado un negocio del mismo giro en la misma posición. No se especificará el tipo de seguro, la cobertura ni el monto por el que deba asegurarse.

Esta obligación tan general, es apropiada por diversas razones:

i) No es práctico para el banco determinar el seguro que el asegurado debe mantener. El banco tiene la infraestructura para valorar el riesgo crediticio, no el riesgo de la aseguradora. Los analistas de las aseguradoras en virtud de su conocimiento especializado estarán mejor capacitados para determinar que cobertura es apropiada.

ii) La evaluación de la cobertura es parte del manejo cotidiano del negocio, y el banco no desea operar el negocio acreditado

iii) El banco colocará al acreditado en una posición competitivamente desventajosa si le requiere mantener seguros que su competencia no está manteniendo

Dependiendo de cada caso, en lugar de la obligación general o además de ella, se le podrá requerir al acreditado otras obligaciones como por ejemplo:

i) Si el banco pide una opinión a una compañía aseguradora sobre la clase de seguros que acostumbra contratar determinada clase de negocios, el banco basado en esa opinión puede pedir que se contraten seguros específicos. Por ejemplo, si en el mismo giro la mayoría de los negocios acostumbran asegurarse contra incendio y por responsabilidad civil, entonces el banco podrá requerir que se contraten estos dos seguros. El primero dará la seguridad al banco de que en caso de la pérdida del activo por incendio, el acreditado tendrá la liquidez para poder reemplazarlo y seguir trabajando. El segundo dará la seguridad al banco de que el acreditado tendrá el dinero suficiente para pagar los eventuales daños a terceros y que éstos no demandarán al acreditado pudiendo quedarse con los activos necesarios para la operación del negocio.

ii) Avisar al banco de las cancelaciones de cualquiera de las pólizas de seguros.

Hay algunos bancos que piden que se incluya en la póliza la obligación de la aseguradora de avisar al banco determinados días antes de que el seguro sea cancelado o reducido

iii) Si el acreditado mantiene en su posesión bienes ajenos en garantía o que se utilicen en la operación del negocio, se le podrá pedir que los mantenga asegurados.

iv) Hay ocasiones que los bancos piden que si se está asegurando un bien inmueble, la póliza deba de contemplar al banco como primer beneficiario.

En ocasiones, se le requerirá al acreditado que contrate los seguros con cualquiera de las cuatro compañías aseguradoras líderes del mercado, o con la que sea de su preferencia con el previo visto bueno del banco, lo cual en nuestra opinión es totalmente prudente

Sobre este punto es importante recordar que no es conveniente que se obligue al acreditado en el contrato a contratar con una compañía aseguradora específica, ya que se podría caer en una “venta atada” sancionada como práctica monopólica por la Ley Federal de Competencia Económica. Se hace este recordatorio pues en el departamento jurídico de la institución bancaria que realice el contrato de crédito podrían llegar a pensar que la mejor alternativa sería que se contratara el seguro con la compañía aseguradora que sea parte del mismo grupo financiero, algo que no es ilegal pero no se recomienda en lo absoluto pactarlo

así en el contrato, pues estarían obligando al cliente a contratar con su propia aseguradora, lo cual si sería ilegal

Por último se le podrá pedir al acreditado que al momento de la firma del contrato entregue copia de sus pólizas de seguros o algún otro documento expedido por su aseguradora donde ésta certifique los tipos de seguros, las coberturas y los montos por los que se está asegurando el acreditado

d) *Inspección.*

Este covenant autoriza al banco, o a quien éste designe, a realizar inspecciones periódicas a las instalaciones y registros del acreditado (como libros o estados financieros), a tomar copias o extractos de éstos y a discutir con los directivos, contadores y asesores del acreditado la posición que guarda éste

Permitirá al banco obtener información del acreditado de varias fuentes cuando el acreditado falla en su obligación de entregar su información al banco o si las juntas periódicas indican que alguna información adicional es necesaria. Además será de especial utilidad para el banco cuando su acreditado este atravesando dificultades financieras.

Este covenant no se debe de catalogar como un problema para el acreditado, pues entre mas entienda el banco a su acreditado, mejor será el consejo que le pueda dar el banco. Usualmente, también el acreditado suele reconocer que el banco necesita obtener cierta

información para poder operar su negocio Sin embargo, el acreditado puede requerir que el contrato contemple algunas excepciones a este covenant que generalmente aceptará el banco como las siguientes:

i) Todas las inspecciones del banco a cualquier registro, propiedad, o cualquier otra inspección o visita, se realizara previa notificación, debiendo ser en horas de trabajo y en cumplimiento de las normas internas de seguridad del acreditado.

ii) El acreditado siempre estará presente cuando el banco discuta asuntos con los asesores o auditores externos del acreditado

iii) El banco no tendrá acceso a la información que constituya secretos industriales aplicados en líneas de producción

2) Covenants Negativos.

a) Limitaciones al endendamiento.

Este covenant tiene la finalidad de limitar las posibles demandas que se pudiesen presentar en contra de los activos del acreditado, y evitar que el acreditado asuma mas obligaciones de las que es capaz de cumplir

El banco debe estar consciente de que no puede prohibir tajantemente al acreditado que se endeude, pues se pueden presentar situaciones en las que se paralicen la operaciones del negocio. Por esto inicialmente se suele establecer que el acreditado no permitirá su endeudamiento, y posteriormente se en listaran las excepciones en las que le es permitido endeudarse, que variaran dependiendo del acreditado y del monto del crédito

Es de especial importancia el monto y la finalidad del crédito, por ejemplo, no se puede estipular lo mismo en un crédito de habilitación y avío, que en un crédito refaccionario en donde se contempla otorgar al acreditado todo el dinero necesario para la construcción e iniciación de funciones de la extensión de una fábrica. En el primer caso, si el acreditado cuenta con una estructura muy sólida tal vez sería una posición demasiado rígida pretender obligarlo a que no se endeude mas; pero en el segundo caso, sería muy conveniente que se estableciera esta limitación. Consecuentemente en el primer caso las excepciones al covenant en estudio serían muy laxas, mientras que en el segundo convendría que se estipularan excepciones muy estrictas

Por lo general dentro del mismo contrato de crédito se establecerá cual es el concepto de deuda para efectos del contrato, por ejemplo, usualmente se establecerá que se considerarán deuda los prestamos de dinero, las obligaciones derivadas de arrendamientos...

b) *Dividendos.*

Mediante este covenant se suele prohibir al acreditado que decrete y reparta dividendos, o autorice la distribución de activos entre sus accionistas mediante cualquier otra vía (como por ejemplo, reducciones de capital).

Esta prohibición se extiende a todas las series de acciones, ya sea actuales o que se emitan posteriormente (que estén en circulación al momento de firmar el contrato o que se pongan en circulación más adelante)

Con esto se impide que el acreditado transfiera cualquiera de sus activos a cualquiera de sus accionistas, con lo que es más probable que el acreditado mantenga su solidez y por lo tanto que sea capaz de pagar el crédito

Dependiendo de cada caso, en este covenant también se suelen incluir excepciones, como pagar obligaciones ya adquiridas al momento de firmar el contrato de crédito derivadas de series preferenciales de acciones, o repartir dividendos siempre y cuando el total de activos de la sociedad y el activo circulante no disminuyan de determinadas cantidades.

c) Ventas de activos.

Este covenant prohíbe al acreditado a transferir mediante ventas, arrendamientos, cesiones o mediante cualquier otro modo sus activos a terceras personas, incluyendo ambos

activo circulante (como inventario o cuentas por cobrar) y activo fijo (como terrenos y maquinaria)

Si el acreditado está pasando por una dificultad financiera, podría empezar a vender sus activos para pagar sus deudas y el producto de las ventas podría canalizarse primero al pago de otras deudas. Por lo que este covenant también prohíbe al acreditado vender sus activos con el fin de pagar a sus acreedores. Esto ayudará a que el acreditado no prefiera pagar a otros acreedores antes que al banco.

Otro de los propósitos de este covenant es asegurar que el acreditado mantenga los activos necesarios para la operación de su negocio, y por lo tanto mantenga la capacidad de pago del crédito.

Hay otro covenant, que analizaremos posteriormente, que prohíbe las fusiones, escisiones, o la compra o venta, del total o de la mayoría de los activos de una empresa. En este momento nos limitaremos a afirmar que aquel covenant es menos rígido que el covenant que estamos estudiando, puesto que este no permitiría vender una parte del negocio si ésta, por ejemplo, constituye el 10% del total de activos del acreditado, mientras que la restricción impuesta por el otro covenant usualmente permitiría la venta.

En su caso esta obligación se extenderá a la subsidiaria, pues al banco no le convendrá que el acreditado pierda el control de la subsidiaria, especialmente cuando ésta es la que genera los flujos de capital, pues reduciría considerablemente la capacidad de pago

del crédito. El acreditado tampoco podrá traspasar o ceder de ninguna manera deuda de la subsidiaria a una tercera persona, esto para reducir las demandas que se puedan llegar a traducir en la pérdida de activos.

Ocasionalmente, un covenant prohibiendo que las subsidiarias vendan sus acciones, es incluido en el contrato de crédito. Una típica cláusula de este tipo se leería así:

“El acreditado no permitirá que ninguna subsidiaria emita o venda a ninguna persona cualquier acción”.

Este covenant junto con la prohibición de las subsidiarias a vender sus activos asegura al banco que la estructura corporativa de su acreditado con la que le otorgó el crédito permanecerá en el mismo estado hasta que se pague el crédito. El acreditado no podrá reducir su participación en las subsidiarias y las subsidiarias no podrán diluir la participación del acreditado mediante la venta de acciones a terceros. Si el acreditado es dueño de el 90% de las acciones de una subsidiaria, estos covenants trabajarán juntos para asegurar que esa proporción se mantendrá hasta que se pague el crédito. Los covenants restringiendo las ventas y los llamados *leasebacks* (que son ventas en las que el vendedor después de haber vendido su bien lo toma en arrendamiento), también complementan el covenant que restringe las ventas de activos por que ambos prohíben al acreditado a vender sus activos.

Para que el acreditado pueda operar adecuadamente su negocio dos excepciones a este covenant son normalmente requeridas.

i) Debe de permitirse la venta del inventario de acuerdo a las prácticas que el acreditado acostumbre en la operación normal de su negocio, ya que las ganancias necesarias para operar el negocio y pagar el crédito se generarán precisamente de esas ventas

ii) El que el acreditado mantenga activos obsoletos (que no sean usados y que no sean útiles para el negocio) es una practica imprudente, y por lo tanto debe de permitirle al acreditado vender dichos bienes.

Otras excepciones dependerán de la naturaleza, la solidez y la forma de operación del negocio acreditado, así como de la estructura del crédito. Por ejemplo, si usualmente el acreditado destina a factoraje financiero sus cuentas por cobrar, entonces se incluirá una excepción permitiendo esta acción, especialmente si el acreditado es incapaz de financiar sus cuentas por cobrar

Si el crédito está muy sólido el banco puede aceptar pactar una excepción donde se le permita al acreditado vender determinada cantidad de activos al año.

Finalmente si el covenant que restringe las fusiones, consolidaciones, y la compra o venta del total o de la mayoría de los activos de una empresa contiene excepciones, entonces éstas se deben de prever también en este covenant.

d) *Arrendamientos.*

Este covenant con el mismo fin que el anterior prohíbe al acreditado asumir de cualquier forma alguna obligación derivada de un contrato de arrendamiento, que no sea derivada de las obligaciones que se susciten en el curso ordinario de las operaciones de la empresa

e) *Ventas con el fin de arrendar el bien vendido (leasebacks).*

Este covenant prohíbe al acreditado vender sus bienes para posteriormente arrendar al comprador ya sea esos mismos bienes u otros similares, por ejemplo, bajo este covenant el acreditado no podría vender su computadora para luego rentar una diferente de la misma calidad.

Restringiendo los arrendamientos este covenant ayuda a asegurar que el acreditado no asumirá mas obligaciones de las que es capaz de soportar, y que los activos necesarios para la operación del negocio no estarán a expensas de los deseos de una tercera persona, como es el arrendador

Además, restringiendo la venta de activos este covenant da al banco la seguridad de que los activos necesarios para producir el dinero suficiente para el pago del crédito se mantendrán en propiedad del acreditado

Los covenants independientes que regulan la venta de activos y las restricciones a arrendar activos son covenants que generalmente se pactan en el contrato de crédito, por lo que usualmente el covenant en estudio no se incluye en el contrato. Pero hay ocasiones que en lugar de los dos primeros únicamente se pacta éste. O bien, se pueden observar casos donde se incluyen los tres (decisión casi siempre ociosa), en cuyo caso se tendrán que considerar en cada uno de los covenants las excepciones contempladas para los demás

f) *Fusiones, transformaciones, escisiones y compra o venta del total o de la mayoría de los activos de otra empresa o del acreditado ("cambios fundamentales")*.

Antes de otorgar el crédito, el banco invierte tiempo y esfuerzo analizando la viabilidad y solidez del crédito. Analiza las proporciones entre sus activos y pasivos, la forma en que acostumbra administrar el negocio, la habilidad enfrentar a la competencia, etc.

Este covenant busca en la medida de lo posible mantener el mismo esquema con el que se expidió el crédito prohibiendo al acreditado transformarse, formar parte de cualquier fusión o escisión, vender todos sus activos o la gran parte de ellos, o comprar bienes que constituyan todos los activos o gran parte de ellos de otra empresa

Aun cuando la fusionante adquiriera todos los activos y asuma todos los pasivos incluyendo los que tenía el acreditado con el banco⁴⁰, es probable que la estructura corporativa sufra cambios significativos, además de que el banco no tendrá la seguridad de que su nuevo deudor mantendrá la capacidad de pago que tenía su deudor original

Lo mismo se puede decir en el caso de la escisión, con la salvedad de que en este caso la Ley General de Sociedades Mercantiles en su artículo 228 bis, inciso b), establece que se deberán de determinar las obligaciones que por virtud de la escisión asuma cada sociedad escindida, además de que “.. si una sociedad escindida incumpliera alguna de las obligaciones asumidas por ella en virtud de la escisión, responderán solidariamente ante los acreedores que no hayan dado su consentimiento expreso, la o las demás sociedades escindidas, durante un plazo de tres años contado a partir de la última de las publicaciones a que se refiere la fracción V, hasta por el importe del activo neto que les haya sido atribuido en la escisión a cada una de ellas; si la escidente no hubiera dejado de existir, ésta responderá por la totalidad de la obligación; y ..”, lo cual podría aplicarse en beneficio del banco acreedor, con el inconveniente de que este beneficio tendría un término perentorio a los tres años.

⁴⁰ Ley General de Sociedades Mercantiles. Artículo 224. (IN FINE).. Transcurrido el plazo señalado (tres meses) sin que se haya formulado oposición, podrá llevarse a cabo la fusión, y la sociedad que subsista o la que resulte de la fusión, tomará a su cargo los derechos y las obligaciones de las sociedades extinguidas.

En el caso de fusiones, el artículo 67 de la Ley de Instituciones de Crédito, le da al banco acreedor de un crédito garantizado con hipoteca sobre unidad, el derecho de oponerse a la fusión de su deudora con otras empresas en caso en el que se origine con ello un peligro para la seguridad de los créditos hipotecarios. Sin embargo, la mención de este caso específico no desvirtúa el derecho general de oposición que se tiene en todos los casos de fusión, escisión y transformación, pues no hay que olvidar que el banco tendrá la oportunidad de oponerse judicialmente a su implementación, y aunque el banco se puede enterar de estas operaciones mediante las publicaciones exigidas por la ley para realizarlas, realmente es incierto si se llegará a enterar a tiempo o si la autoridad judicial considerará la oposición infundada, por lo que también es conveniente pactar este covenant

En el caso de que el acreditado tuviese subsidiarias, para que funcione adecuadamente este covenant se tendrá que extender a éstas, pues de lo contrario una tercera sociedad se podría fusionar con una subsidiaria del acreditado y los accionistas de la tercera pudiesen recibir en pago acciones del acreditado, ya que este covenant no prohíbe que el acreditado ofrezca sus acciones a cambio de las acciones de la sociedad que será adquirida. Esto no se considerará como una fusión, escisión o venta de activos del acreditado, puesto que las acciones representativas del propio acreditado no son consideradas como parte de sus activos. Si se desean prohibir esas transacciones se deberá de mencionar así en el covenant que restringe las inversiones

Este covenant también prohíbe la venta de todos los activos del acreditado o la mayoría de ellos, ya sea en una o en varias transacciones. La venta de los activos del acreditado no implica cambios en el ámbito corporativo del acreditado, pero hay probabilidades de que no pueda seguir operando y pierda la capacidad de pago.

Sin embargo, no prohíbe al acreditado a vender activos importantes, si éstos no constituyen todos sus activos o la mayor parte de ellos. Puesto que las acciones que tiene el acreditado se consideran como cualquier otro activo, este covenant no prohíbe la venta de las acciones de sus subsidiarias, cuando éstas no constituyan todos sus activos o la mayor parte de ellos. Con esto, el acreditado podría vender las acciones de una subsidiaria insignificante, o bien, parte de las acciones de una subsidiaria importante. Si se desean prohibir esas ventas, se requerirá incluir en el contrato de crédito un covenant ya sea que obligue al acreditado a mantener la propiedad de las acciones de las subsidiarias, o bien, un covenant que le prohíba la venta de cualquier acción.

Finalmente este covenant limita al acreditado para impedirle que compre todos o la mayor parte de los activos de otra sociedad, esencialmente prohíbe al acreditado adquirir otro negocio que puede traducirse en un cambio significativo en la forma de administrar el negocio acreditado.

Los problemas que presenta esta parte del covenant son dos:

i) Se puede presentar el caso en el que el acreditado compre materia prima u otros bienes que constituyan todo el activo de su proveedor. No es el propósito de este covenant prohibir esas compras, pues son necesarias para la operación del negocio acreditado y no se traducen en la compra de otro negocio. Si esa situación se puede traducir en un problema, el covenant debe de ser modificado para que sea posible realizar esas transacciones

ii) Este covenant no prohíbe al acreditado comprar a otra sociedad bienes si es que éstos no constituyen el total o la mayoría de sus activos. Pero puede darse el caso en el los bienes que adquiera el acreditado constituyan el 10% de los activos de la empresa vendedora pero que ese 10% sea mucho mayor que el tamaño del acreditado. Por lo que en ocasiones se pacta que el acreditado no podrá comprar activos de otra empresa que tengan un valor superior a determinada cantidad.

El covenant positivo que requiere al acreditado para que mantenga su existencia legal complementa este covenant.

g) *Inversiones.*

El acreditado tendrá prohibido, a menos que se le permita por escrito, realizar cualquier préstamo a cualquier persona, o comprar o adquirir de cualquier otra manera, acciones, activos, obligaciones, hacer contribuciones de capital , o de cualquier otro modo invertir en otra sociedad, o participar en alguna *joint venture* con otra persona. Impide al

acreditado realizar préstamos a sus empleados, crear nuevas subsidiarias e incluso realizar nuevas inversiones en sus subsidiarias existentes.

Si el acreditado realiza inversiones en una tercera persona, ya sea mediante compra de acciones o mediante el otorgamiento de un préstamo, los activos en los que el banco se enfocaría para asegurar el pago del crédito se convertirían en la parte que le correspondería a su acreditado por ser propietario de las acciones o en una deuda de una tercera persona

Un banco acepta realizar un crédito con base en los actuales activos del acreditado y los que se pueden anticipar, y no acepta proveer fondos al acreditado para que éste posteriormente tome sus activos y los invierta en entidades que el banco no haya revisado y aprobado. Pues las inversiones en otras entidades presentan riesgos que no se evaluaron por el banco cuando éste realizó el préstamo, como por ejemplo, la posibilidad de una rápida conversión de la inversión en liquidez, o la posibilidad de que la inversión pierda su valor. Si el acreditado tiene en caja efectivo de sobra, el banco en ciertos casos puede preferir que se utilice en el pago del crédito

Pero al mismo tiempo que el banco deseará restringir las inversiones del acreditado, también deberá asegurarse que los activos del acreditado estén correctamente utilizados. Las excepciones a este covenant, por lo tanto, usualmente permitirán al acreditado destinar el exceso que tenga en activos líquidos a inversiones muy sólidas de alto rendimiento como obligaciones emitidas por instituciones de crédito, CETES, BONDES u otros instrumentos gubernamentales.

El alcance de las otras excepciones que se puedan presentar en este rubro, dependerán de muchos factores, incluyendo la naturaleza del negocio acreditado, la solidez del acreditado, la relación entre el acreditado y sus subsidiarias, etc. Las excepciones mas comunes incluyen inversiones en las subsidiarias, inversiones recibidas en dación en pago como pago de alguna obligación, inversiones necesarias para emitir acciones, préstamos a empleados, e inversiones anuales hasta determinada cantidad. Hay excepciones que se incluyen para cubrir acciones contempladas por el acreditado al momento de firmar el contrato de crédito, como la compra de acciones de determinada sociedad

h) Limitaciones a otorgar garantías.

En este caso el acreditado se obliga a no otorgar en garantía ninguno de sus activos ya sea presentes o futuros. Con ello la institución de crédito tiende a asegurar que su acreditado y el crédito conserven su solidez.

En ocasiones dentro del contrato para restringir la posibilidad de que existan diversos puntos de vista en los que alguna figura sea considerada o no como garantía, se establece un listado de lo que se considera por las partes como garantía

Como es obvio no se le puede prohibir tajantemente al acreditado que otorgue en garantía sus bienes, pues en muchos casos dentro del desempeño de las actividades cotidianas de la empresa se requiere el otorgamiento de diversas garantías, mas aún, no se le

podría prohibir al acreditado que otorgue alguno de sus bienes en garantía si la misma ley así se lo exige en determinado caso. Por esto se prevén diferentes excepciones bajo las cuales el acreditado estará en posibilidad de gravar alguno de sus activos.

Las excepciones varían en cada caso, debiendo estudiar si existen otros créditos otorgados por otros bancos, etc. pero a grandes rasgos las excepciones a este covenant que generalmente se incluyen en el contrato son

i) Gravámenes a favor del banco. Pues puede darse el caso en el que el banco requiera al acreditado alguna garantía adicional, ya sea para garantizar algún crédito adicional que requiera el acreditado, o bien, para garantizar alguna de las vías de rescate del negocio que se hayan negociado entre las partes.

ii) Gravámenes en favor de proveedores, para garantizar impuestos u otras obligaciones similares que se susciten en el curso de las operaciones del negocio.

iii) Gravámenes sobre activos del acreditado cuyo valor no exceda de determinada cantidad de dinero. Debiéndose establecer que el valor deberá ser computado ya sea a partir del valor en libros o del precio de mercado, tomando en cuenta el valor que sea más bajo; y solamente para garantizar deudas contempladas como excepciones en la cláusula en la que se limite el poder de endeudamiento del acreditado.

3) Covenants Financieros.

a) Capital de Trabajo.

Es importante que el banco trate de asegurarse que en todo momento el acreditado cuente con la liquidez que le permita realizar las operaciones cotidianas necesarias para el funcionamiento de su negocio, para que no se presente el caso, como de hecho se presenta muchas ocasiones, en el que el acreditado no puede seguir operando por falta de liquidez

Tomando en cuenta que dentro del activo circulante quedan comprendidos el efectivo y otros activos de fácil recuperación y convertibilidad en efectivo, es decir, que el activo circulante es la medida de liquidez del acreditado, podemos decir que el mecanismo para que el acreditado tenga un remanente disponible que le permita continuar sus operaciones se encuentra regulando su activo circulante. De tal manera, que si se asegura un activo circulante superior al pasivo circulante de la empresa, se podrá asegurar que ésta cuente con la liquidez necesaria para realizar su ciclo de operaciones las cuales le traerán mayor liquidez

Por lo anterior, para cumplir con esta obligación en el contrato el acreditado se comprometerá a mantener en todo tiempo un excedente de sus activos circulantes por encima de sus pasivos circulantes de por lo menos cierta cantidad de dinero. Ese excedente es precisamente el que constituye el capital de trabajo. El monto en el que el activo circulante será superior al pasivo circulante, es decir, el monto del capital de trabajo que se

requerirá en cada caso se determinará según la viabilidad del negocio acreditado y el riesgo que implica el crédito.

En el caso en el que alguna subsidiaria tenga importancia, y se decida incluir en el contrato como acreditada, se recomienda pactar las siguientes obligaciones:

i) El acreditado y su subsidiaria se comprometerán a mantener determinado excedente tomando en cuenta sus estados financieros consolidados, y

ii) El acreditado sin la subsidiaria se comprometerá a mantener cierto excedente; o bien,

iii) Cuando el acreditado no se comprometa a mantener un excedente individualmente y únicamente se pacte un excedente tomando en cuenta estados financieros consolidados, se suele incluir otra obligación en la que tanto el acreditado como sus subsidiarias se comprometan a que en todo tiempo mantendrán una razón de uno a uno entre su activo circulante y su pasivo circulante.

Si bien este covenant puede ser redactado para ser referido únicamente al acreditado o puede referirse a estados financieros consolidados del acreditado y su subsidiaria, en ocasiones el incluir ambos provee protección adicional. El pactar la obligación dirigida únicamente al acreditado (a.2) o bien pactar la obligación de una paridad mínima (a.3), se

hace con el fin de evitar el caso en el que se estuviese cumpliendo con el covenant en los estados consolidados pero el acreditado individualmente no cumpliera con él

Si bien los contadores comúnmente usan el termino “capital de trabajo” para referirse a exceso de los activos circulantes sobre los pasivos circulantes, para evitar confusiones, es preferible ser muy específicos en el contrato de crédito y requerir al acreditado que mantenga una diferencia específica entre sus activos circulantes y sus pasivos circulantes

Dependiendo de la habilidad del acreditado al momento de negociar los covenants, a menudo, los términos activo y pasivo circulante son definidos en el contrato de crédito para incluir o excluir de ellos determinados tipos de activos o pasivos,

El mantener en buenos niveles el capital de trabajo indica la habilidad del acreditado para pagar sus deudas (incluyendo las que tiene con el banco) cuando se tornan exigibles. Revela la solidez del acreditado a corto plazo. Un capital de trabajo sólido también refleja que el acreditado tiene suficientes recursos para operar su negocio eficazmente y su capacidad para absorber algunas deudas. También provee de un margen de protección en el caso de una liquidación de los activos del acreditado en la que no se recupere completamente el valor de los activos. Finalmente, un fuerte descenso en el capital de trabajo es comúnmente una alerta de la posibilidad de futuras dificultades financieras.

Estableciendo un mínimo de capital de trabajo el banco asegura que el acreditado destinará suficientes activos a la operación de su negocio y que no invertirá excesivamente

en activos fijos. También restringe la habilidad del acreditado para expandirse hacia nuevos mercados o negocios que requieran la compra de activos fijos. Esta obligación de igual manera limitará indirectamente el reparto de dividendos, pues generalmente los dividendos son pagados en efectivo y por lo tanto reducen los activos circulantes.

El covenant de capital de trabajo no debe de ser redactado demasiado rígido puesto que este capital cambia constantemente. Tanto el acreditado como el banco deben de tomar en cuenta las características especiales del negocio acreditado, incluyendo la facilidad de previsión de cambios en el capital de trabajo. Cambios en el capital de trabajo pueden ser a largo plazo, o a corto plazo, como por ejemplo en un negocio de temporada.

Los cambios en el capital de trabajo puede ser que no estén bajo el control del acreditado, como la baja del valor del inventario, la quiebra de un cliente potencial o un accidente considerable.

Si bien es cierto que hay ocasiones en las que los cambios en el capital de trabajo son resultado directo de acciones del acreditado, como por ejemplo la construcción de una nueva planta, el reparto de dividendos o el incremento de salarios sin que haya un incremento en el precio que sirva para compensar el aumento, hay ocasiones en las que esta situación se puede originar por muchas razones ajenas al control o a la dirección del negocio acreditado, como podría ser la quiebra de un cliente potencial, la pérdida de valor del inventario o un accidente considerable. Por esto, con este covenant no se asegurará que el

acreditado tenga liquidez en todo momento y bajo cualquier circunstancia, y por mas cláusulas que se contemplen en el contrato la falta de liquidez se puede presentar.

Lo que si es posible es pactar que al momento en que se incumpla este covenant el acreditado tendrá que dar aviso inmediato al banco, con lo cual se puede volver a estudiar la viabilidad del negocio en su nueva situación y prever remedios con el fin de recuperar la viabilidad del crédito

b) *Activo Circulante*

El que el acreditado tenga en un momento dado la liquidez para poder cumplir con sus obligaciones monetarias, es también la razón por la cual se establece que el acreditado no permitirá en ningún momento que el total de su pasivo exceda de su activo circulante por mas de determinada cantidad de dinero

De nuevo el monto de la excedencia dependerá del acreditado y del monto del crédito.

c) *Capital Contable.*

Mediante este covenant el acreditado se comprometerá a mantener en todo tiempo un capital contable de por lo menos determinada cantidad de dinero (adicionalmente, en su caso se comprometerá a mantener un capital contable de por lo menos cierta cantidad, tomando en cuenta los estados financieros consolidados de él y sus subsidiarias)

La diferencia entre todos los activos del acreditado (circulantes y a largo plazo) y todos sus pasivos (circulantes y a largo plazo) es el capital contable. El contrato de crédito comúnmente incluye una definición del capital contable donde se suelen excluir activos intangibles como patentes, marcas, franquicias, etc por que usualmente no pueden ser utilizadas para pagar pasivos y el método para su valuación puede variar demasiado. La definición del capital contable por lo general elimina activos como los activos que se encuentren fuera del país, créditos exigibles de subsidiarias, etc

Este covenant asegura al banco que el acreditado mantendrá una especie de reserva de activos con los que se verá garantizada el pago de la deuda con el banco. Capital contable representa los activos que mantendrá el acreditado después de haber pagado todas sus deudas, incluyendo la deuda con el banco. Por lo tanto, puesto que el banco en su calidad de acreedor tendrá preferencia a los accionistas en una liquidación, capital contable representa los activos del acreditado disponibles para pagar al banco antes de que se pague algo a los accionistas. Por ejemplo, si el acreditado sufre pérdidas, éstas reducen el capital contable del acreditado y por lo tanto reducirán los activos remanentes para los accionistas. Aunque el monto total de activos se reduce, todavía habrá activos suficientes para pagar al banco, a menos que las pérdidas sean tan grandes que se traduzcan en un capital contable negativo.

El establecimiento de un mínimo de capital contable también restringe la capacidad del acreditado para repartir dividendos, puesto que el repartirlos reducirá los activos del acreditado, y con esto hay una reducción al capital contable. Por lo tanto el acreditado no

podrá pagar dividendos si esa acción se traduce en reducir el capital contable a niveles inferiores al establecido por el covenant en estudio.

d) *Gastos de Capital.*

El acreditado bajo este covenant no podrá realizar ningún gasto para adquirir activos fijos sin previa autorización del banco

Dentro de los activos fijos se pueden incluir un grupo numeroso de activos que.

- i) Tienen vida útil de por lo menos un año, desde que fueron adquiridos, y
- ii) Son usados en la producción y distribución de bienes o servicios vendidos o ofrecidos por el acreditado, o bien
- iii) Gastos cuyos beneficios se obtengan en un plazo mayor de un año (por esto en ocasiones se incluye como gasto de capital el arrendamiento de activos del acreditado)

Estos activos no se compran para venderse dentro del curso ordinario de las operaciones del negocio. El covenant que regula los gastos de capital del acreditado limita la cantidad de dinero que el acreditado puede gastar cada año fiscal para la compra de activos fijos estableciendo un máximo anual

Un método alternativo es limitar los gastos de capital a la suma de:

i) Un máximo anual, (un tope), y

ii) la suma de la depreciación que realizó el acreditado durante el año en la que el desembolso de capital es realizado.

Este covenant asegura al banco que el acreditado no colocará demasiados de sus activos en activos fijos, con los cuales no podría pagar el crédito, a menos que se llegará a una liquidación

Este covenant puede ser utilizado indirectamente para regular la expansión del acreditado, pues en la mayor parte de las expansiones el acreditado requerirá adquirir nuevos activos fijos.

Como se dijo, las obligaciones contraídas por el acreditado que se estudiaron en este capítulo son algunas de las mas comunes, y varían en cada caso. Es decir, el banco queda en total libertad de acordar con el acreditado cualquier tipo de obligaciones a cargo de éste, siempre y cuando no obstruyan las operaciones cotidianas del negocio, pues de esta manera estarían obstaculizando el éxito del negocio. Adicionalmente a los estudiados hay covenants que establecen que el pago de impuestos se realizará con preferencia a cualquier pago de obligaciones del acreditado con el banco; que exigen al acreditado dar aviso anticipado al banco cuando se desee cambiar a uno de los directores del negocio acreditado, etc.

K. Operaciones tendientes a garantizar el cumplimiento de los covenants.

En un principio el banco deberá de confiar en su acreditado y en una labor conjunta deberán de establecer los covenants que aseguren el éxito del negocio y el consecuente pago del crédito. Ahora, si después de haberlos negociado y aceptado, el acreditado incumple alguno de los covenants deliberadamente, adicionalmente a los efectos (que ya se estudiaron) que producirá el incumplimiento, el banco puede pactar penas convencionales o contemplar dentro del contrato de crédito cualquier tipo de gravamen para garantizar el cumplimiento de los covenants.

Por otra parte, en este trabajo no se ignora que en México en los contratos de crédito muchas veces se incluyen covenants (aunque tal vez en ocasiones, sin la metodología apropiada), pero los bancos durante la vigencia del crédito, deben de poner el interés a los covenants que estos merecen por la serie de consideraciones vertidas en este trabajo. La única manera de poderlo hacer, es asegurarse de tener la infraestructura necesaria para realizar una minuciosa labor de vigilancia del cumplimiento de los covenants en cada contrato de crédito, así como para dedicar el tiempo suficiente a cada acreditado para resolver las solicitudes de excepciones o limitaciones en la aplicación de determinados covenants.

No se debe de menospreciar este trabajo y no se debe de asignar a áreas del banco que tengan otros encargos, pues éstos serán la causa de distracciones y de que eventualmente se

descuiden los covenants, lo que traería como consecuencia el que no se alcancen los fines para los que fueron pactados los éstos.

V. Conclusiones.

En la práctica se ha demostrado que la aplicación de garantías reales no es la panacea para garantizar créditos bancarios

Se demostró que no hay ninguna figura que contemple nuestro sistema jurídico que sea totalmente eficaz, pues todas presentan algún problema. Ya sea su costo, su efectividad al momento de su ejecución, las múltiples defensas que en ocasiones puede hacer valer el acreditado en su favor, etc

Se dejó claro que las instituciones de crédito tienen que tener presente la gran importancia de su actividad para el desarrollo del país

Al momento de otorgar un crédito, los diferentes departamentos de los bancos deben de poner todo su empeño para determinar si el proyecto a acreditar es viable o no. Si no lo es deberán de exponerle al acreditado la razón por la que no lo es, para que éste esté en aptitud de corregirse y lograr su viabilidad.

La aplicación de los covenants tampoco se plantea en esta tesis como la panacea para garantizar el pago de créditos bancarios, pero creemos que coadyuvará de manera importante para que el crédito sea pagado

Creemos que la aplicación de los covenants involucra más el sentido social que deben de tener las instituciones de crédito, pues éstos buscarán como fin próximo el éxito del negocio acreditado y como fin último (que será consecuencia forzosa del próximo) el pago del crédito al banco

Se deben pactar los covenants estrictamente necesarios para lograr el fin que éstos persiguen.

No se deben de tomar en cuenta los covenants aisladamente, sino que por el contrario, se debe de analizar el efecto que tendrán en la práctica al momento de interrelacionarse.

Los covenants pueden ser aplicados en créditos destinados a proyectos que estén sujetos a economías nacionales inestables. Pues lo que determina la utilidad de los covenants, no es el tipo de economía nacional sino su efectividad para lograr el éxito del negocio y el consecuente pago del crédito.

Para que funcionen los covenants el banco debe de tener la infraestructura necesaria para vigilar su cumplimiento y resolver las solicitudes de excepciones o limitaciones en la aplicación de determinados covenants.

Bibliografía.

- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Nuevo Derecho Bancario*, México, Porrúa, 1995 (5ª Ed.)
- AGUILASOCHO RUBIO, Ricardo, *La Hipoteca Bancaria*, México, Pereznieto Editores, 1995.
- ALBIEZ DOHRMANN, K Jochen, "Las bases dogmáticas de las garantías bancarias", *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Año LXXII, Num. 636, Sept.- Oct. 1996
- ÁLVAREZ HERREJÓN, *El fideicomiso de garantía*, México, Tesis, Universidad Panamericana, 1994.
- BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, México, HARLA, 1992 (3ª Ed.)
- CASASUS, Joaquin D., *Las Instituciones de Crédito. Estudio sobre sus funciones y organización*, México, Secretaría de Fomento, 1890
- CONCHA MALO, Ramón, *Fianza Civil, Mercantil y de Empresa*, México D.F., 1977.
- CHÁVEZ, Omar R., *Origen, Crecimiento y Destino de las Carteras Vencidas*, México, Editorial PAC, S.A. de C.V., 1995.
- DÁVALOS MEJÍA, Carlos Felipe, *Derecho Bancario y Contratos de Crédito*, México, HARLA, 1995 (2ª Ed.).
- DUEÑES, Heliodoro, *Evolución Bancaria*, México, CVLTVRA, 1935.
- GARRIGUES, Joaquin, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1958.
- GINEBRA I, Xavier, "Comentario a una ejecutoria sobre la embargabilidad de los bienes dados en fideicomiso", *Revista de Derecho Privado*, México D.F., Año 4, Num. 11, Mayo - Agosto 1993.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Puebla, Editorial Cajica, 1961 (81ª Ed.).
- HEMMENDINGER, Thomas S., *Hillman on Commercial Loan Documentation*, Nueva York, Practising Law Institute, 1994 (4ª Ed.)
- HERNÁNDEZ, Octavio A., *Derecho Bancario Mexicano, Instituciones de Crédito*, México, Asociación Mexicana de Investigaciones Administrativas, México, 1956.
- LEXIS, Wilhelm, *El Crédito y la Banca*, Barcelona, Labor, 1939 (3ª Ed.)

- LISOPRAWSKI, Silvio, *Fideicomiso, Dominio Fiduciario; Securitización*, Buenos Aires, Depalma, 1995.
- MANERO, Antonio, *La Reforma Bancaria en la Revolución Constitucionalista*, México, Biblioteca del Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1958.
- MANERO, Antonio, *La Revolución Bancaria en México, Una contribución a la historia de las Instituciones de Crédito*, México, 1957.
- MARTÍNEZ SOBRAL, Enrique, *Estudios Elementales de Legislación Bancaria*, México, 1911
- MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho Civil (Parte tercera, volumen I)*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962.
- MUÑOZ, Luis, *Comentarios a la Ley General de Sociedades Mercantiles de 28 de julio de 1934*, México, Ediciones Lex, 1947.
- NASSBERG, Richard T., *The Lenders Handbook*, American Law Institute, 1986.
- PÉREZ GÜEMES, Jesús, *Solo Para Deudores. Teoría, práctica y jurisprudencia, Medios de Defensa*, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1996.
- PLANIOL, Marcelo y RIPERT, Jorge, *Tratado práctico de derecho civil francés (Tomo 12)*, La Habana, Cultural S.A., 1946.
- PUGLIESE, Mario, *Instituciones de Derecho Financiero, Derecho Tributario*, México, Fondo de Cultura Económica, 1939
- RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquin, *Derecho Bancario*, México, Porrúa, 1945
- ROYO PROVENZO, Juan José, "Problemática de los contratos de crédito bancarios", *Memoria Judicial*, Año 3, Num. 6, Dic. 1995.
- RUIZ TORRES, Humberto, *Elementos de Derecho Bancario*, México, McGraw-Hill, 1997.
- GRECO, Paolo, *Curso de Derecho Bancario*, México, Editorial Jus, 1945
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, México, Porrúa, 1994 (13ª Ed.).
- SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, *La Crisis Económica en México*, México, CVLTVRA, 1933.
- SLAKOPER, Zvonimir, "Recent Cases on Bank Guarantees in Croatian Courts", *Review of Central and East European Law*, Netherlands, Vol. 22, Num 6, 1996

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Prenda Mercantil. Inconstitucionalidad del Artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, México, Editorial Temis, 1996.

VALDEZ ABASCAL, Rubén (coordinador), *La Modernización del Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 1994 (2ª Ed.).

VIDAL SOLÁ, Arturo, *Crédito Documentado Irrevocable*, Barcelona, Librería Bosch, 1958.

YARZA OCHOA, Carlos, *EL derecho de Propiedad en el Fideicomiso*, México, Tesis Profesional UNAM, 1949