

371



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"ANALISIS JURIDICO DE LA EXISTENCIA O NO DEL
ANATOCISMO EN LOS CONTRATOS DE APERTURA
DE CREDITO"

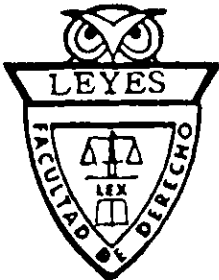
T E S I S

QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:

LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A :

MARIA TERESA MORA GUTIERREZ



ASESOR: LIC. GERARDO RODRIGUEZ BARAJAS

CIUDAD UNIVERSITARIA

2000.

284089



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.

DEDICATORIA:

**A DIOS, POR DARME LA OPORTUNIDAD DE
EXISTIR Y POR PERMITIRME LOGRAR MIS
METAS.**

**A MIS PADRES, POR SU AMOR Y APOYO
INCONDICIONAL.**

**A MIS HERMANOS, AGUSTIN, AURORA Y
PATRICIA, POR TODO SU CARIÑO.**

**A GERARDO, POR SER LA INSPIRACIÓN DE MI
VIDA.**

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO, POR ABRIRME SUS PUERTAS.**

**A LA FACULTAD DE DERECHO, POR
PERMITIRME SER PARTE DE ELLA.**

**AL LIC. GERARDO RODRÍGUEZ BARAJAS, POR
SU TALENTOSA Y BRILLANTE ASESORÍA, EN EL
DESARROLLO DE ESTA TESIS.**

**A MARIO, POR EL ENORME AMOR QUE SIENTO
QUE TIENE POR MI, POR SU CONFIANZA, POR
SU APOYO, POR ESTAR CERCA DE MI Y PORQUE
LO AMO.**

INDICE

"ANÁLISIS JURÍDICO DE LA EXISTENCIA O NO DEL ANATOCISMO EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO "

TEMA:	PÁGINA
-INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	
ANTECEDENTES DEL CRÉDITO Y DE LA BANCA.	
1.1 Historia del crédito.	3
1.2 Figura jurídica del crédito.	6
1.3 Operación bancaria y operación de crédito.	10
1.4 La banca en México.	12
1.5 El problema de la descapitalización de la banca en México.	
1.5.1 La expropiación de la banca.	16

1.5.2 La reprivatización de los bancos.	21
1.5.3 La actual situación económica del país.	23

CAPITULO II. EL CONTRATO MERCANTIL.

2.1 Concepto de contrato mercantil.	26
2.2 Naturaleza jurídica del contrato mercantil.	30
2.3 Elementos esenciales y requisitos de validez del contrato mercantil.	31
2.4 Contrato mercantil y su diferencia con el contrato civil.	53

CAPITULO III. CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

3.1 Concepto de contrato de apertura de crédito.	55
3.2 Naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito.	58
3.3 Clasificación del contrato de apertura de crédito.	61

3.4 Regulación jurídica del contrato de apertura de crédito.	64
3.5 Obligaciones y derechos del acreditante y del acreditado.	65

**CAPITULO IV.
LOS INTERESES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO.**

4.1 Concepto de interés.	71
4.2 La voluntad de los contratantes en el pacto de intereses.	74
4.3 La formalidad escrita del pacto de intereses.	76
4.4 Los intereses ordinarios.	82
4.5 Los intereses moratorios.	84

**CAPITULO V.
ANÁLISIS JURÍDICO DE LA EXISTENCIA O NO DEL ANATOCISMO
EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO.**

5.1 Concepto de anatocismo.	86
------------------------------------	-----------

5.1.1 Concepto de usura y su diferencia con el anatocismo.	90
5.2 Capitalización de intereses.	93
5.3 Interpretación jurídica del artículo 363 del Código de Comercio.	96
5.4 Efectos de la existencia del anatocismo en los contratos de apertura de crédito.	101
-CONCLUSIONES	106
-BIBLIOGRAFÍA	111
ANEXO	118

INTRODUCCIÓN.

En virtud de ser la capitalización de intereses un tema polémico hoy en día, se ha tenido a bien considerar el desarrollar el presente análisis de la existencia o no del anatocismo en los contratos de apertura de crédito, toda vez que el tema en sí mismo trae aparejado un sinnúmero de aspectos que trascienden en la vida social, política y principalmente económica.

Ahora bien, se parte en un primer término del surgimiento del derecho comercial y cómo a través de éste evoluciona el crédito hasta que surgen las instituciones de crédito, las cuales se han encargado de facilitar créditos a aquellas personas que los requieren, esta función se lleva a cabo a través de un contrato de apertura de crédito, el cual como en todos los demás contratos requiere para su existencia de elementos tales como la exteriorización de la voluntad por parte de los sujetos que en el intervendrán, así también se establecerá el objeto fin del contrato.

Así también para que dicho contrato de apertura de crédito sea válido requerirá para ello de otros requisitos tales como la capacidad de las partes que lo celebran y que el consentimiento que otorgaron se encuentre exento de vicios, de igual manera, se requiere que se lleve a cabo por escrito al igual en lo que se refiere a los intereses, para evitar laguna alguna con respecto a éstos.

El presente trabajo, establece que una vez celebrado el contrato de apertura de crédito, las partes que en el intervienen conjuntamente

quedarán obligadas, es decir, el banco acreditante a conceder un crédito al acreditado, creando así la obligación del acreditado de restituir en el plazo y término pactado la cantidad de dinero concedida en crédito.

Se ha considerado importante, la forma en que los intereses se estipularán, pero no hay que perder de vista que estos intereses pactados y “aparentemente” aceptados reeditarán a su vez otros intereses y una vez que han sido sumados al capital principal, originan una capitalización de intereses y por ende una práctica anatocista.

En ese sentido, se ha desarrollado el presente análisis en razón de que es indudable los cambios en las condiciones económicas y financieras que provoca el tema puesto a discusión.

CAPÍTULO I.

ANTECEDENTES DEL CRÉDITO Y DE LA BANCA.

1.1 HISTORIA DEL CREDITO.

Se ha observado que en todos los tiempos por lo que ha pasado la humanidad se han suscitado diversas vinculaciones comerciales entre los diversos grupos, pueblos, y sociedades, y a consecuencia de los cuales surgen diferentes situaciones mercantiles destacando de entre ellas el crédito como fuerza creadora de riqueza.

Por consiguiente, al desarrollarse el cambio se dio con frecuencia el caso de que un probable comprador se encontraba privado transitoriamente de moneda, y aún cuando requería de inmediato los satisfactores, no tenía con que pagar su precio, no obstante tener la seguridad de que contaría con moneda suficiente en breve plazo. Ante esta situación el vendedor accedía a entregar su mercancía a crédito, es decir, basado en la confianza que en un plazo determinado iba a recuperar lo que había prestado, por lo que ya se supone un acto de fe, un acto de confianza.¹

Pero si bien es cierto que el crédito aparece como fuerza creadora de riqueza, también es verdad que tuvo sus grandes limitaciones, ya que se llegaron a perfilar grandes conflictos para quienes lo otorgaban, como para quienes lo solicitaban, tan es así que las leyes trataron de evitar caer en esos

¹ Stuart Mill, John, *PRINCIPIOS DE ECONOMÍA POLÍTICA*, Editorial Fondo de Cultura Económica, Séptima Edición en Inglés 1871, Segunda Edición en Español 1951, Primera reimpresión 1978, p. 74.

riesgos por lo que se llegó a sanciones muy severas a los deudores que incumplían en sus pagos prometidos. En Roma a través del nexum el acreedor tenía a su disponibilidad tanto el cuerpo como la vida a placere del deudor incumplido.²

Esta figura existente en el antiguo derecho romano, como se ha observado contaba con un sistema muy estricto y riguroso que viene acabando como en el año 326 a. de C. cuando a través de la Lex, Poetia Papiria, suprime la figura del contrato del nexum acabando así con la práctica de la entrega de la persona en prenda por deudas civiles.³

En los últimos años de la época de la República el negocio de los créditos estaba presidido por los caballeros, a través de los préstamos tanto a los nobles como a los plebeyos, tasándose un interés que iba desde el 48 al 75 por ciento, lo que constituyó un verdadero gravamen a las actividades de la sociedad romana, que después de todo fueron paralizándose.⁴

Para la Edad Media es el origen del precepto evangélico, por el predominio que tuvo la iglesia sobre el gobierno, ese precepto de Mutuum date, nihil inde sperantes, fue lo que llegó a enumerar el préstamo con interés entre las causas de excomunión, por lo que se crearon innumerables estratagemas destinados a burlar esa prohibición y a raíz de ese conflicto Sixto V, equipara al préstamo usurario todas aquellas convenciones en las cuales no existía entre los contratantes la igualdad tanto de beneficios como de riesgos,

² Di Pietro, Alfredo, *DERECHO PRIVADO ROMANO*, Ediciones de Palma, Buenos Aires Argentina, 1996, p.181.

³ Ventura Silva, Sabino, *DERECHO ROMANO. CURSO DE DERECHO PRIVADO*. Editorial Porrúa, S.A., Décima Cuarta Edición, México 1997, p. 235, 236 y 271.

⁴ Di Pietro, Alfredo, ob. cit. p. 182.

por lo que todas éstas prohibiciones trajeron como consecuencia que tanto los nobles como los clérigos, recurrieran a los judíos, para intervenir en las actividades comerciales y hasta industriales en muchos países, para obtener los créditos necesarios.⁵

Para la época de las cruzadas la situación cambió fundamentalmente, mientras que en la etapa anterior los préstamos fueron tasados a una máxima legal del 43 por ciento, en esta época debido a la reactivación general del comercio, los teólogos que siempre habían aceptado intereses moratorios, después lo comenzaron a justificar con la indemnización del lucro cesante, siendo esto los intereses comunes, esto se da en la mayoría de los casos.⁶

A raíz de la nueva distribución de fuerzas, llega el momento en que la iglesia ya no puede imponerse a los gobiernos como lo había hecho antes. Con el nacimiento del derecho comercial, es aceptado el mutuo oneroso con la sola limitación de lo que a tasas de interés se refiere.

Debido al surgimiento del derecho comercial, éste trae como consecuencia una gran modificación en las estructuras económicas en toda Europa como la desaparición del feudalismo y con el descubrimiento de América, da un paso agigantado el crédito, ya que tanto las empresas colonizadoras como las actividades gubernamentales centrales, necesitan grandes sumas de dinero y es así como surge el crédito público. Debido al éxito comercial y del crédito los bancos comienzan a practicar el descuento de

⁵ L. Petit y R. Veyrac, *EL CRÉDITO Y LA ORGANIZACIÓN BANCARIA*, Editorial Compañía Nacional, México 1945, p. 85.

⁶ *Ibid.* p. 97.

documentos, hecho posible por el endoso, que sustituía la cesión de créditos.⁷ Por el nacimiento de los bancos de emisión se difunde el crédito hasta nuestra época, por ser gran auxiliar del comercio.

También es conveniente señalar la importancia que logra el crédito a partir de la revolución industrial con el gran suministro de capitales que es requisito indispensable para la producción; estos capitales requeridos hacen la creación de los bancos de depósito, acumulándose los capitales para financiar la industria; se difunden los títulos de crédito, movilizándose así la riqueza y lo más importante que se contempla es la internacionalización del crédito.

1.2 FIGURA JURÍDICA DEL CRÉDITO.

CRÉDITO. Es un vocablo derivado del latín credo; que significa creencia o confianza en que el deudor satisfará sus deudas u obligaciones íntegramente.⁸

En sentido general el crédito significa confianza en alguien “creencia en la capacidad de pago del deudor”.⁹

⁷ L. Petit y R. Veyrac, ob. cit., p. 123.

⁸ Crew, Albert, ECONOMÍA PARA ESTUDIANTES DE LAS ESCUELAS DE COMERCIO Y HOMBRES DE NEGOCIOS, Editorial Labor, S.A., Traducción de la Décima Edición por Sagura P., Segunda Edición, Barcelona 1944, p. 212.

⁹ Idem.

El economista Gide dice que el crédito es el cambio de una riqueza presente por una riqueza futura.¹⁰

Si bien se sabe que el crédito no crea capital, porque por sí mismo no puede crearlo, no deja también de ser cierto que el crédito es el medio hábil para que quien carece de capital pueda conseguir el uso de un capital que es la propiedad ajena. De aquí que la banca, como propiedad del capital, pueda crear créditos.¹¹

Es importante señalar que el crédito es realmente el canje de mercaderías presentes por mercaderías futuras, desde el punto de vista económico, en ese orden de ideas el crédito significa el cambio de un bien o servicio presente por un bien o servicio futuro.

Es muy importante no olvidar que se está de acuerdo que el crédito es realmente el canje de mercaderías presentes por mercaderías futuras, tal como lo aprecia el teórico Crew,¹² ya que en ese mismo orden de ideas lo contemplan el economista Joseph A. Schumpeter, al decir “el crédito en sentido económico significa el cambio de un bien o servicio presente por un bien o servicio futuro”.¹³

Así mismo por ser la economía un proceso dinámico, es a través del tiempo que el crédito se configura por ser el enlace entre el presente y el

¹⁰ Gide, Charles, CURSO DE ECONOMÍA POLÍTICA, Editorial Ateneo, Sexta Edición, Buenos Aires 1972, p. 272.

¹¹ Crew, Albert, ob. cit. p. 213

¹² Ibid. p. 216.

¹³ Villegas, Carlos Giberto y Schujman Mario S., INTERESES Y TASAS, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1990, p. 44.

futuro; entre la producción y la colocación en el mercado, es así, que con el factor del tiempo a parece el riesgo que lleva implícito el crédito.

Además no hay que olvidar que el crédito se exterioriza en documentos, papeles que lo representan y se expresan en dinero, siendo éstos la letra de cambio, el pagaré, el cheque, etcétera, en los que se exhiben créditos y se expresan en dinero.¹⁴

De los diversos comentarios y definiciones sobre el crédito, cuando el jurista Cervantes Ahumada menciona que “existe crédito cuando el acreditante haga la transferencia de un valor económico al sujeto pasivo o acreditado, para luego ser devuelto el mismo valor o su equivalente”,¹⁵ pone de manifiesto elementos como la transferencia, esto es, la transmisión de un valor económico por un tiempo determinado, pero no hay que perder de vista que el tiempo juega un papel muy importante, porque a través de él, será devuelto otro valor o su equivalente.

Se ha contemplado la transferencia de un valor económico, del tiempo, pero es muy importante resaltar lo que se refiere a la promesa de reembolso del capital, más sus intereses, siendo esto una retribución por el uso del valor económico, esto pone de manifiesto otro elemento que es la confianza.¹⁶

¹⁴ Villegas, Carlos Giberto y Schujman Mario S., ob. cit. p. 44.

¹⁵ Cervantes Ahumada, Raúl, *TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO*, Editorial Herrero. Segunda Reimpresión México 1996, p. 208.

¹⁶ Villegas, Carlos Giberto y Schujman Mario S., ob. cit., p. 45.

En sentido jurídico, crédito indica el derecho subjetivo que deriva de cualquier relación obligatoria y se contrapone al débito que incumbe al sujeto pasivo de la relación.¹⁷ Mientras que para unos juristas el crédito es un negocio jurídico por el cual se traslada un valor económico, otros dicen que existe cuando se entrega una cosa presente o futura, como lo dice muy acertadamente el jurista José Gómez Gordoa cuando menciona que el crédito aparece como un factor que lo distingue del cambio y que como elemento indispensable para que lo haya es el tiempo, que la entrega de la cosa habrá de ser correspondida hasta después de cierto tiempo o plazo con devolución de la cosa entregada o de alguno otro bien que lo sustituya.¹⁸

En lo que se está de acuerdo con lo que señala el jurista mencionado, es cuando señala que “en el crédito ha de transcurrir cierto tiempo para que se cumpla con la obligación, en el que se da concomitantemente también el elemento de confianza que, asimismo, lo hace diferente del cambio”.¹⁹ A lo que se puede opinar que si bien es cierto que es necesaria la transferencia o la entrega de un valor o de una cosa como lo es manifestado, también es cierto que los diferencia el elemento de la confianza que menciona autor citado anteriormente. Pero bien puede existir el crédito sin que necesariamente sea a través de la confianza.

Lo que sí parece muy acertado es lo que señala el teórico Arwed Kotch, cuando a través de la doctrina se ve en el crédito la confianza en la voluntad de cumplir una promesa hecha, o bien la creencia en la capacidad de pago del deudor, agregando que la confianza y la creencia no abarcan en la

¹⁷ Voz Francisco Osorno Cortés, DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1992, p. 772.

¹⁸ Gómez Gordoa, José, TÍTULOS DE CRÉDITO, Editorial Porrúa, S.A., México 1997, p. 4.

¹⁹ Idem.

práctica el concepto de crédito, pueden ser supuestos más no se identifican con él, e incluso pueden faltar y no por ello se podrá efectuar la operación de crédito.²⁰

1.3 OPERACIÓN BANCARIA Y OPERACIÓN DE CRÉDITO.

En un sentido más estricto el Doctor Cervantes Ahumada menciona que la operación de crédito es: "un negocio jurídico, en el que el crédito existe "²¹ Mientras que en sentido más amplio nos dice el maestro Joaquín Rodríguez que la operación de crédito implica una transmisión actual de la propiedad de dinero o de títulos, por el acreedor, para que la contrapartida se realice tiempo después por el deudor.²²

Toda operación de crédito cuenta con ciertos rasgos característicos tales como: plazo, confianza en la capacidad de contratación y transmisión actual de dominio o cambio de una prestación diferida.²³

Las operaciones del crédito son consideradas como actos de comercio en función de la intervención de Bancos en su celebración.²⁴

Por lo que corresponde a las operaciones que son realizadas por empresas bancarias, cabe mencionar la concepción que tiene para ello el

²⁰ Kotch, Arwed, citado por Astudillo Ursua, Pedro, TÍTULOS DE CRÉDITO, Editorial Porrúa, S.A., México 1996, p. 39.

²¹ Cervantes Ahumada, Raúl, ob. cit. p. 208.

²² Rodríguez Rodríguez, Joaquín, DERECHO MERCANTIL, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México 1997, p. 59.

²³ Ibid. p. 19.

²⁴ Barrera Graf, Jorge, DERECHO MERCANTIL, Editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, U.N.A.M., México 1991, p. 100.

maestro Joaquín Rodríguez cuando enuncia que “la operación bancaria es una operación de crédito realizada por una empresa bancaria, es decir, en masa y con carácter profesional”.²⁵

Al mencionar que son operaciones de crédito, ya que cuenta con las características tales para ser considerada como tal y que si es realizada por una empresa bancaria obedece a que los bancos practican diversas operaciones de crédito y que éstas son realizadas con las personas que ofrecen sus capitales y otras con individuos que necesitan tenerlos. Menciona también que las operaciones bancarias se caracterizan en ser operaciones de crédito masivamente realizadas, dando así la base para concebir la empresa bancaria; es la que realiza profesionalmente operaciones de crédito en conjunto, en masa.

Así como se señaló que la operación de crédito se considera como un acto jurídico, también se acepta la idea de que la operación bancaria lo es, y por ende se considera acertadamente lo que apunta el jurisconsulto Garrigues, al decir que, hay una relación jurídica y por tanto un contrato y explica que la operación bancaria “es un negocio jurídico, normalmente bilateral; es decir un contrato concluido por el banco en desenvolvimiento de su actividad profesional y para la consecución de sus propios fines económicos”.

26

En resumen se entiende que la operación de crédito es una consecuencia de que éste existe, como lo menciona el primer tratadista que

²⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, ob. cit., p. 21.

²⁶ Garrigues, Joaquín, CONTRATOS BANCARIOS, Editorial: Porrúa, S.A., México 1997, p. 29.

enunciamos, pero no hay que olvidar la existencia de la disponibilidad del sujeto acreditante; de hacer la transmisión de una prestación económica al acreditado y que éste a su vez adquiriera la obligación de devolver tal prestación en un plazo convenido, y así ambos sujetos de ser partícipes de la celebración de un contrato de crédito o mejor dicho de una operación de crédito.

Por lo que se concluye, la operación de crédito es producto de un acto jurídico (contrato), con la característica de tener efectos reales en un plazo convenido.

1.4 LA BANCA EN MÉXICO.

Los primeros antecedentes de la Banca en México los establece la etapa de la colonia, que no fue lo que se llamó propiamente Bancos, sino que fue a través de los comerciantes que se operaba el crédito.

Posteriormente con la autorización del gobierno español que, Pedro Romero de Terreros, crea el monte de piedad de las animas cuyo objeto era otorgar préstamos prendarios a los desprotegidos.²⁷

Para la época de la independencia a la instauración de la república la práctica bancaria fue mínima pues ésta se seguía rigiendo por los comerciantes de los que hablamos en la colonia.

²⁷ Giorgana Frutos, Víctor Manuel, citado por Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, LECCIONES DE DERECHO BANCARIO, Textos Jurídicos, México 1997, p. 37.

Es en esta época Independiente, en que en México es establecida la primera institución bancaria que llevaba por nombre Barclay's Bank, obteniendo fondos de Francia, Alemania e Inglaterra por la cantidad de \$ 8'400,000.00 pesos, con una tasa anual del 8 por ciento a un plazo de diez años.²⁸

Sin embargo, para la etapa del imperio ya había el antecedente de un Banco de Avío para el Fomento de la Industria Nacional y el Banco Nacional de Amortización del Cobre, y entonces se establece el Banco de Londres, México y Sudamérica.

Durante la dictadura del general Porfirio Díaz, en Chihuahua se funda el banco Santa Eulalia, con facultades para emitir sus propios billetes con circulación en el norte del país, luego se le llamó Banco Comercial Mexicano y que hasta hace poco lo que conocimos como Multibanco Comermex.²⁹

La actual institución bancaria Banamex tuvo su origen con capital francés, a lo que antes se le llamaba Banco Nacional Mexicano fusionado éste con el Banco Mercantil.

Debido a la aparición de nuevas instituciones de crédito y a la importancia de éstas; se les es expedida una legislación especial por el Congreso de la Unión en 1897; corroborando así la existencia de varios bancos

²⁸ Vergara Tejeda, Moisés, DEFENSA LEGAL CONTRA LOS BANCOS, Editorial Angel Editor, México 1997, p. 4.

²⁹ *Ibid.* p. 5.

de emisión "Ley de Instituciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de marzo de 1897".³⁰

Las instituciones de crédito que se consideraban dentro de ese cuerpo normativo fueron las siguientes: los bancos de emisión, los bancos hipotecarios, y los bancos refaccionarios.³¹

Es en 1924 cuando aparece un banco único de emisión, con el que se adicionan entre otros; bancos agrícolas, industriales, de depósito, de descuento y bancos de fideicomiso; con la promulgación de la nueva Ley de Instituciones de Crédito y establecimientos bancarios en el gobierno presidido por Elías Calles.

- Con esta ley se adhieren:
- El Banco Unico de Emisión,
- Los Bancos Hipotecarios,
- Los Bancos Refaccionarios (Bancos Industriales y Agrícolas),
- Los Bancos de Depósito y de Descuento,
- Los Bancos de Fideicomiso,
- Los Bancos o Cajas de Ahorro,
- Los Almacenes Generales de Depósito, y
- Las Compañías de Fianzas.

³⁰ LEGISLACIÓN BANCARIA, editado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, citado por LEGISLACION BANCARIA, Mendoza Martell, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, ob. cit. p. 41.

³¹ Ibid. p. 43.

Como consecuencia de la reclasificación de las instituciones de crédito en 1932 se elimina el Banco Unico de Emisión, para ser reglamentado por una ley especial.

Destaca por el tiempo de vigencia la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1941,³² partiendo con la denominada “Banca Especializada” debido a las concesiones otorgadas por el gobierno federal, refiriéndose a algunos de los siguientes grupos de operaciones de banca y crédito:

- a) El ejercicio de la Banca de Depósito,
- b) Las operaciones de depósitos de ahorro,
- c) Las operaciones financieras de emisión de bonos generales y comerciales,
- d) Las operaciones de crédito hipotecario con emisión de bonos y garantías de cédulas hipotecarias,
- e) Las operaciones de capitalización,
- f) Las operaciones fiduciarias.

En la misma ley mencionada se aduce como organizaciones auxiliares de crédito a los almacenes generales de depósito, cámaras de compensación, bolsas de valores y uniones de crédito.

³² LEGISLACIÓN BANCARIA, editado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, citado por LEGISLACION BANCARIA, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, ob. cit. p. 45.

El Diario Oficial de la Federación del día 29 de diciembre de 1970 vuelve a hacer énfasis a la ley que antecede al adicionar a los grupos financieros, ³³ estableciéndose así vínculos comunes para manejar toda gama de operaciones bancarias.

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 22 de diciembre de 1978 el derecho bancario desarrolla la banca múltiple.

34

Por lo descrito en párrafos precedentes y siguiendo en ese orden de ideas en 1982, se inicia una nueva etapa, la de la banca nacionalizada, a la que abordaremos más ampliamente en el subsecuente apartado.

1.5 EL PROBLEMA DE LA DESCAPITALIZACIÓN DE LA BANCA EN MÉXICO.

1.5.1 LA EXPROPIACIÓN DE LA BANCA.

Es indudable los cambios y consecuencias económicas, políticas y jurídicas, debido a la expropiación de la Banca Privada por parte del Gobierno Federal mexicano, llevado a cabo con fecha primero de septiembre de 1982.

³³ LEGISLACIÓN BANCARIA, editado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, citado por LEGISLACION BANCARIA, Pablo E. y Preciado Briseño, Eduardo, op. cit. p.44.

³⁴ Idem.

Es conveniente ahora conocer como se desarrolla este acontecimiento, nosotros consideramos al igual que el tratadista Carlos Tello, citado por el Doctor Acosta Romero, en su libro de Derecho Bancario, cuando menciona que la decisión de nacionalizar la banca, no fue tomada como parte del programa de gobierno, sino más bien fue obligada por las circunstancias.³⁵

Como bien se sabe que el año al que se ha hecho referencia, hubo una sobreoferta mundial de petróleo, la cual originó que el principal modo de pago de México, bajara sus precios de manera muy violenta. Por otra parte, los intereses de los precios del exterior se elevaran muy alto, como medida para controlar la inflación, lo que trajo como consecuencia que nuestra deuda fuera cada vez más grande.

Sin embargo, el problema no se detuvo ahí, ya que por falta de visión financiera, no había producción industrial, ni agropecuaria y por consiguiente cada día México se hacía más cliente del extranjero y con la necesidad de contar con dólares, logrando con ello que hubiera así una demanda desproporcionada de esta moneda, por consecuencia hubo una gran fuga de divisas a diferencia de la poca entrada de las mismas, por concepto de petróleo, originando con ello una devaluación de la moneda mexicana, lo que generó una inflación al 100 por ciento. Ante esto, el gobierno al intentar controlar el problema, prohibió a los bancos la venta de dólares para provocar con esto un mercado negro, lo que antes ya habíamos mencionado una fuga de divisas y con ello la **descapitalización del país**. Por éstas y más razones en el último informe del Presidente López Portillo: anuncia que la banca

³⁵ Tello, Carlos, citado por Acosta Romero, Miguel, DERECHO BANCARIO, Editorial Porrúa, S.A., México 1991, p. 30.

privada se nacionalizaba, o mejor dicho se expropiaba, “por causa de utilidad pública”.³⁶

Es así como en 1982 comienza una nueva etapa para la vida de la banca en México, trayendo consigo una serie de problemas el decreto expropiatorio entre los que destacan: la falta de precisión terminológica, objeto de la expropiación, sujetos pasivos de la expropiación, entre otros.

Primeramente se abordará la falta de precisión terminológica en el decreto de expropiación, ya que se habló de nacionalización, expropiación, por lo que creemos conveniente hacer referencia a tales conceptos que nos ayudarán a desarrollar el presente apartado.

La nacionalización “es un acto por medio del cual se transfiere a la propiedad pública empresas o propiedades que se encontraban en manos de particulares, para que el Estado las explote en lo sucesivo, ya sea en forma directa o por medio de organismos descentralizados; o bien la asunción de actividades que antes eran realizadas por los particulares”.³⁷

Por lo que se refiere al concepto de expropiación éste “es el acto administrativo, por el cual el Estado de manera unilateral, impone a los particulares la transferencia de sus bienes para el cumplimiento de un fin de utilidad pública, mediante el pago de una indemnización”.³⁸

³⁶ Cfr. Vergara Tejeda, Moisés, p. 3-4, 9-11.

³⁷ Delgadillo Gutiérrez, Luis H., Lucero Espinoza, Manuel, ELEMENTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. SEGUNDO CURSO, Editorial Limusa, México, D.F. 1991, p. 114-115.

³⁸ *Ibid.* p. 99.

Por lo anterior se estima: que se expropiaron las acciones de las sociedades de crédito privadas que prestaban el servicio público de la banca y crédito; y se nacionalizaba la actividad de tales sociedades.³⁹

Es pertinente ahora entrar en comento de otro de los problemas del decreto, como el que se refiere al objeto de la expropiación, siendo éste un punto importante, ya que el artículo primero de este decreto enuncia, que serían expropiadas instalaciones, edificios, mobiliario, equipos, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, etcétera, y también todos los bienes muebles e inmuebles, en cuanto sean necesarios a juicio de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público.

Por consiguiente, todo lo que a juicio de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público decidiera cuales eran los bienes susceptibles de expropiar se expropiarían, por lo que aunado a esta contradicción está que el mismo decreto mencionaba en su siguiente artículo que por conducto de este órgano descentralizado, que previa entrega de acciones y de cupones por parte de los socios, se pagaría indemnización; la contradicción radica en lo que se refiere a que se expropió lo que señala todo el artículo primero del decreto o solo las acciones referidas el artículo segundo, en breve lo que se expropió fueron las acciones de los bancos.⁴⁰ Siguiendo en este orden de ideas, tampoco el decreto fue claro en lo que se refiere al sujeto pasivo de la expropiación, por lo que haremos referencia a los preceptos que señala esta figura; el artículo primero dice a la letra: "Por causas de utilidad pública se expropián a favor de la Nación las instalaciones, edificios, mobiliario, equipos, activos, cajas, bóvedas, sucursales, agencias, oficinas, inversiones, acciones o

³⁹Acosta Romero, Miguel, ob. cit., p. 26.

⁴⁰Acosta Romero, Miguel, LEGISLACIÓN BANCARIA, Editorial. Porrúa, S.A., México, D.F. 1982, 20 y 21.

participaciones que tengan en otras empresas, valores necesarios, a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, propiedad de las instituciones de crédito privadas a las que se les haya otorgado concesión para la prestación del servicio público de banca y de crédito”.⁴¹

El artículo segundo del mismo decreto enuncia que “El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, previa la entrega de acciones y cupones por parte de los socios de las instituciones a que se refiere el artículo primero, pagará la indemnización correspondiente en un plazo que no excederá de 10 años”.⁴²

Lo anterior pone de manifiesto la contradicción que se hace en cuanto al sujeto expropiado, ya que el numeral primero dice que son las instituciones de crédito concesionadas para la prestación de dicho servicio, por lo que se refiere a su activo patrimonial, respecto al artículo quinto del decreto; y el artículo segundo enuncia que son los socios, ya que éstos son los que reciben la indemnización.⁴³

En resumen se tiene que fue expropiado el activo patrimonial de las instituciones de crédito privadas, que la indemnización se daría a los socios con la entrega de las acciones y sus cupones, no a las instituciones de crédito, por consiguiente el sujeto pasivo de tal expropiación fueron los socios de las sociedades anónimas bancarias.⁴⁴

⁴¹ González Guzman, Víctor Manuel, *EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO BANCARIO MEXICANO*. Obra Jurídica Mexicana, Editado por la Procuraduría General de la República, México, D.F. 1985, p. 58.

⁴² *Ibid.* p. 59.

⁴³ Acosta Romero, Miguel, *ob. cit.*, pp. 18-19.

⁴⁴ *Idem.*

1.5.2. LA REPRIVATIZACIÓN DE LOS BANCOS

Después de los múltiples cambios y consecuencias que trajo consigo el sistema financiero mexicano en 1982, con la expropiación bancaria, se inicia para 1990 un proceso de desincorporación y privatización de la banca en México.⁴⁵

Así que con la reforma del artículo 28 constitucional, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, con fecha del 27 de junio de 1990, se reprivatiza la banca múltiple,⁴⁶ y por consiguiente los bancos pasan a manos de los particulares, comenzando así una inversión extranjera que logra grandes utilidades que sirvieron para la compra de los mismos bancos, intentando con ello que las cosas volvieran al estado que tenían antes de 1982.

En este orden de ideas, cabe señalar con el afán de un programa de modernización del Estado, el Presidente de México, Salinas de Gortari, promueve un cambio en el servicio mexicano de la banca, lo que consistía fundamentalmente como ya se había mencionado el reformar el artículo 28 de la Constitución, derogando su párrafo quinto; la propuesta de iniciativa que apoyaba el mandatario se sustentaba en tres razones: "primera, la impostergable necesidad de que el estado concentrara su atención en el cumplimiento de sus objetivos básicos, a saber, dar respuesta a las necesidades sociales de la población y elevar su bienestar sobre bases productivas y duraderas; segunda, que el cambio profundo de las realidades

⁴⁵ Acosta Romero, Miguel, *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1995, p. 527 y 528.

⁴⁶ González Guzman, Víctor Manuel, ob. cit. p. 59.

sociales en nuestro país, así como las estructuras económicas, el propio papel del Estado e, incluso, el sistema financiero mismo a modificado la raíz, las circunstancias que explicaron la expropiación de la banca, en septiembre de 1982; y, tercero el propósito de ampliar el acceso y mejorar la calidad de los servicios de la banca y del crédito en beneficio colectivo”.⁴⁷

Para el 18 de julio de 1990 es publicada la nueva Ley de Instituciones de Crédito, cuerpo normativo que reglamenta a las instituciones de banca múltiple y de desarrollo, mismo que da las bases para la transformación de los bancos múltiples, de sociedades nacionales de crédito a sociedades anónimas, también con esa misma fecha es publicada la ley de agrupaciones financieras.⁴⁸

Sé pensó que con la reprivatización de la banca se iniciaba un desarrollo económico-social de la Nación, lo cual representaba sin duda alguna un interés general, a lo cual no se podía dejar la actividad de la banca y del crédito al voluntario cumplimiento de los banqueros, a lo que bien se puede resumir en dos aspectos los fines que perseguía la reprivatización del sistema financiero: “primero, el servicio de la banca y crédito como una actividad de interés general y, segundo, que dicha actividad la seguiría rigiendo el Estado, vía organismos de vigilancia y el conjunto de normas aplicables estrictamente a esa actividad”.⁴⁹

El proceso de privatización de los 18 bancos múltiples, implica la transformación de las sociedades nacionales de crédito, instituciones de banca

⁴⁷ Vergara Tejeda, Moisés, ob. cit., p. 27-28.

⁴⁸ Mendoza Martell, Pablo E., Preciado Briseño, Edilberto, ob. cit. p. 44.

⁴⁹ Acosta Romero, Miguel, ob. cit., p. 35.

múltiple a sociedades anónimas, en el sentido que las sociedades nacionales de crédito, son sociedades mercantiles que realizan actos de comercio.

Consecuentemente, el proceso de privatización de los bancos múltiples, también ocasiona una serie de efectos como lo es la creación de un comité de desincorporación bancaria, que se constituye con representantes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Banco de México, la Comisión Nacional Bancaria; mismo que establece las bases y criterios generales para la venta de títulos representativos del capital de los bancos múltiples, así como propiciar una mayor capitalización, eficiencia y competitividad de las nuevas sociedades anónimas, el siguiente efecto de la desincorporación fue que sus trabajadores sin perjuicios de sus derechos se registrarán por el apartado A del artículo 123 constitucional y la Ley Federal del Trabajo cuando se conviertan en bancos privados.⁵⁰

1.5.3 LA ACTUAL SITUACIÓN ECONÓMICA DEL PAÍS.

En este último apartado del primer capítulo se abordará a la actual situación económica del país, cabe destacar que lo que interesa es lo que se refiere a la actual situación que prevalece tanto en la banca como al crédito.

Se había pensado que la reforma del artículo 28 constitucional era de gran acierto para la economía mexicana, ya que con la reprivatización de la banca múltiple estaba llegando a nuestro país un inmenso capital del

⁵⁰ Acosta Romero, Miguel , ob. cit. . 37-40.

extranjero y con ello una riqueza económica que por el transcurso del tiempo todos se iban a dar cuenta que se trataba de una riqueza un tanto efímera; internacionalmente México perpetra al Tratado de Libre Comercio y a otros organismos financieros internacionales, además de los factores externos, hay otros de carácter interno en lo que se refiere a la economía del país ya que todos los mexicanos se veían beneficiados, los impuestos se reducían categóricamente, pero no todo es eterno y la bonanza por la que pasaba nuestro país llegó a su fin y produjo grandes estragos, ya que los inversionistas que depositaron en México sus capitales en prevención de un estallido social deciden sacar sus inversiones, pero sus capitales ya no existían y no se logró renegociar el pago de los mismos y México estuvo a punto de declararse en moratoria, y es por esta razón que se tuvo que acudir a Estados Unidos de Norteamérica para lograr pagar a los inversionistas extranjeros, y para esto México garantizó con su petróleo.

Debido a todo esto la moneda mexicana perdía valor, y ante esto surge una fuerte devaluación en 1995 y que para la mitad del año ocasiona una inflación de más del 100 por ciento, por lo que el gobierno tenía que obtener más recursos, para sufragar los gastos, ya que se habían multiplicado con lo de la inflación, así que se tenían que elevar de nueva cuenta las contribuciones.

Aunado a lo anterior y debido al temor de que los inversionistas alejaran sus capitales de México, era necesario elevar los intereses aun cuando se encareciera el crédito interno, provocando así un estancamiento en la economía mexicana y por consecuencia un crecimiento en la inflación.

Con todo esto se resume que al utilizar capital prestado, al cual se le deben pagar intereses, era necesario aumentar las contribuciones y más aun cobrar altos intereses por préstamos bancarios, ya que miles de personas se convirtieron en sujetos de crédito. Así se demuestra la participación de la banca en la economía del país en obediencia del Estado, ya que éste cuenta con la rectoría del sistema financiero.⁵¹

⁵¹ Cfr. Vergara Tejeda, Moisés, ob. cit. p. 30-34.

CAPÍTULO II. EL CONTRATO MERCANTIL.

2.1. CONCEPTO DE CONTRATO

Para poder abordar el presente tema, es importante no olvidar, que al hablar del contrato civil y del contrato mercantil, ambos conceptos presentan muchas similitudes, esto es, dado que en esencia ambos contratos necesitan para su existencia de ciertos elementos y a su vez también contienen ciertos requisitos de validez.

Con respecto a esto el doctrinario Joaquín Garrigues, señala que al hablar de contrato mercantil la cuestión no está en el sustantivo mercantil, ya que se parte del concepto de contrato acuñado en derecho civil.⁵²

Lo anterior permite vislumbrar, que necesariamente para el estudio del contrato mercantil, no se tiene que perder de vista lo que el derecho común menciona al respecto de la conceptualización del contrato, en ese sentido, se analizarán algunos conceptos desde ese punto de vista, ello permitirá conocer algunas diferencias o similitudes que se presentan en ambas materias.

⁵² Garrigues Joaquín, *CURSO DE DERECHO MERCANTIL*, Novena Edición, Segunda Reimpresión, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1998, p. 12.

En ese orden de ideas, en un primer momento, la legislación civil mexicana aduce lo siguiente: “convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir derechos y obligaciones”, señalándolo así el artículo 1792 del Código Civil Federal.

De lo anterior se argumenta que el contrato es una especie de convenio, haciéndolo más claro el siguiente precepto de la ley invocada, cuando señala que “los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos”.

En ese mismo sentido, por exclusión los que modifican o extinguen derechos y obligaciones son los convenios.⁵³

Ahora bien la doctrina señala que el contrato es un acto jurídico por excelencia creador de obligaciones y que se define como “el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones”.⁵⁴

Se ha observado, que en los conceptos aducidos con antelación, se menciona tanto convenio, como contrato, esto sin olvidar lo que señala el jurista Bernardo Pérez Fernández del Castillo; “la distinción entre contrato y convenio como género y especie es inútil, toda vez que a ambos se les aplican las mismas reglas...”⁵⁵

⁵³ Bejarano Sánchez, Manuel, *OBLIGACIONES CIVILES*, Editorial Haría, México, D.F. 1992, p. 32.

⁵⁴ Gutiérrez y González, Ernesto, *DERECHO DE LAS OBLIGACIONES*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1996, p. 188.

⁵⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA DEL CONTRATO CIVIL*, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1999, p. 7.

De lo anotado con anterioridad el doctrinario Zamora y Valencia, señala, que efectivamente sí existe una diferencia entre convenio y contrato y que se considera al primero como el género y al segundo como la especie, pero concluye diciendo, “que ambos son a su vez, especies de actos jurídicos”.
56

El teórico Luis Muñoz, por su parte aduce, que el legislador mexicano habla de convenio (Artículos 1792 y 1793 del Código Civil Federal), mismo que es el género y el contrato la especie y concluye diciendo, que desde su punto de vista deben llamarse convenciones y no contratos ciertos negocios jurídicos bilaterales de contenido personal, como el matrimonio, y que el contrato no es el único negocio jurídico bilateral que contemplan las legislaciones, sino que es un negocio de contenido patrimonial y por tanto a las convenciones no le son aplicables las normas propias del contrato.⁵⁷

Por su parte el jurisconsulto de Pina Vara, menciona, que de acuerdo a la legislación civil (derecho común), contrato es el acuerdo de dos o más personas que produce o transfiere obligaciones y derechos. “Es una especie de género convenio, que es el acuerdo para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones”.⁵⁸

Una definición muy completa y en la que se está de acuerdo, es la que aporta el maestro Galindo Garfías, respecto del contrato, misma que aduce; “El contrato es un acto jurídico y como tal, es un acto de voluntad de las

⁵⁶ Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *CONTRATOS CIVILES*, Sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1997, p. 21.

⁵⁷ Cfr. Muñoz, Luis, *DOCTRINA GENERAL DEL CONTRATO*, Cárdenas Editores y Distribuidor Mexicanos, Primera Reimpresión, México, D.F. 1992, p. 1 y 2.

⁵⁸ De Pina Vara, Rafael, *DERECHO MERCANTIL MEXICANO*, actualizado por Juan Pina García, Vigésimo Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1996, p. 205.

partes que en él intervienen. Es un acto jurídico típico del derecho privado y se caracteriza porque las declaraciones de voluntad de las partes que lo celebran son concurrentes, convienen crear entre sí, relaciones jurídicas; forman un acuerdo de voluntades o consentimientos, lo que constituye propiamente, el elemento esencial del contrato".⁵⁹

Así las cosas y en la inteligencia que se han contemplado diferentes puntos de vista de distintos autores, se coincide que el contrato es por excelencia la fuente más importantes dentro de las obligaciones, a su vez también se considera, que los conceptos no difieren mucho en esencia, ya que ambos se forman por el acuerdo de voluntades y en ese sentido el jurista de Pina Vara señala, que el contrato mercantil, es la fuente más importante de las obligaciones mercantiles y que la actividad comercial consiste esencialmente en contratar.

Con base a todo lo estudiado con anterioridad, se concluye, que al hablar de contrato civil no diferimos en lo que se refiere al de naturaleza mercantil, ya que su importancia no estriba en el sustantivo de mercantil que se le da, sino en los efectos y consecuencias que cada contrato tiene, en ese sentido el maestro Bejarano Sánchez ofrece al respecto un concepto del contrato mercantil y dice que "los contratos mercantiles, las partes que en él intervienen están realizando un acto de comercio".⁶⁰

Por tanto al apoyarse en lo que menciona el jurista mencionado, se concluye, que el contrato mercantil es aquel en el cual, la relación

⁵⁹ Galindo Garfias, Ignacio, *TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1996, p. 38

⁶⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 32.

contractual, se establece entre sujetos que contempla la legislación mercantil, cómo los que realizan los actos de comercio contemplados en el artículo 75 del Código de Comercio.

2.2 NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO MERCANTIL

Partiendo de la idea, de que los contratos mercantiles al igual que los civiles sólo difieren por el sustantivo, más no por la esencia y es que sólo por circunstancias es que se les da la naturaleza de ser mercantiles. El anterior concepto que se manejó en el apartado precedente, permitía conocer, que el contrato mercantil se rige exclusivamente por la ley en la materia y esto a su vez conduce también que las partes que en ellos intervienen realizan un acto de comercio, sin embargo existen otros argumentos que llevan a darle esa connotación y que se basan independiente de la ley que también les da la denominación de contratos de crédito; también en los objetivos que persiguen.

61

Son contratos de crédito menciona el maestro Cervantes Ahumada y en el mismo sentido que lo dice el jurista Dávalos Mejía, basándose ambos al objetivo que persiguen los contratos, por ello se enuncia que "de crédito (la cuenta corriente, la apertura de crédito, de fideicomiso, etc. Y, en general, los contratos que están regulados por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y algunas otras que genéricamente, la práctica ha optado por denominar operaciones de crédito".⁶²

⁶¹ Cfr. Dávalos Mejía, Carlos Felipe, *DERECHO BANCARIO Y CONTRATOS DE CRÉDITO*. Segunda Edición, Editorial Harla, México, D.F. 1992, p. 285 a 289.

⁶² Cervantes Ahumada, Raúl, ob. cit. p.136.

También se puede mencionar que en el contrato mercantil o de crédito que otros autores se basan para argumentar que es de naturaleza mercantil por los sujetos, ya que éstos pueden ser privados o bancarios; los primeros se perfeccionan con cualquier persona capaz, mientras que los segundos al haber la participación de una institución bancaria.⁶³

A lo anterior se concluye, que si bien pueden participar en la celebración de un contrato de crédito o mercantil, dos tipos de sujetos, éstos son los que contempla el Código de Comercio, y que están dentro del artículo 75, realizando un acto de naturaleza mercantil.

2.3 ELEMENTOS ESENCIALES Y REQUISITOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO MERCANTIL.

Se ha constatado que de acuerdo al derecho común y al derecho mercantil, el estudio de las obligaciones civiles y mercantiles no difiere en fondo y menos aún en lo que se refiere a elementos de existencia y requisitos de validez.

Por lo anterior es importante resaltar lo que dispone el artículo 2 del Código de Comercio:

⁶³ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, ob. cit. p. 290.

“A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal”

En atención a lo antes aducido, cabe destacar que es precisamente que para el desarrollo del presente tema se ha considerado lo que dispone el Código Civil Federal, en virtud de que es en este ordenamiento donde se señala lo que se refiere a los elementos de existencia y de validez, para ello también se ha considerado lo que señala el artículo 81 del citado Código Civil, el cual expresa:

“Con las modificaciones y restricciones de este código serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos”.

Con respecto al numeral al que antes se ha hecho referencia, conviene advertir, que el mismo es aplicable en lo que corresponde a elementos de validez del contrato, es así que posteriormente al hablar de la capacidad se tendrá a bien analizarlo.

Lo anterior es así, en virtud de que se parte como base de la teoría general de las obligaciones del derecho común, y partiendo del estudio

de los elementos esenciales o de existencia y de los requisitos de validez del contrato, siendo éste por excelencia fuente de obligaciones y corroborando lo anterior, se estudiarán dichos elementos esenciales que dan nacimiento al contrato mercantil:

Se ha constatado que la mayoría de los autores mexicanos para realizar el estudio de los elementos esenciales y de validez, se han basado en lo que contempla el Código Civil Federal, en su numeral 1794, mismo que aduce a lo siguiente:

“Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;**

- II. Objeto que pueda ser materia del contrato.**

En ese sentido, el jurista Zamora y Valencia, señala como elementos esenciales del contrato al consentimiento, el objeto y la forma.⁶⁴

Así las cosas, se ha visto, que como elementos de existencia de todo contrato se encuentra tanto lo que contempla la legislación en la materia, como la doctrina, por lo que se aduce que sin la forma, el contrato no existe tampoco, para algunos autores, así también la solemnidad se considera otro de los elementos de existencia, así lo manifiesta el jurista Gutiérrez y González, quién menciona que para que pueda existir el contrato, es necesario el

⁶⁴ Zamora y Valencia, Miguel Angel, ob. cit. p. 27.

elemento de la solemnidad de manera excepcional, claro esta, la cual se estudiará en su momento.⁶⁵

EL CONSENTIMIENTO.

Por principio se abordará el primer elemento de existencia del contrato, el cual se refiere al acuerdo de voluntades o consentimiento, se está de acuerdo que todo acto jurídico, llámese contrato ya sea mercantil o civil o de cualquier otra naturaleza, el cual se efectúa a través de la exteriorización de la voluntad, misma que sin la cual no podría nacer a la vida jurídica y tener efectos; la voluntad es el eje primordial para la celebración de un contrato, la cual se le llamará consentimiento y que está formado por la integración de voluntades de quienes pretenden contratar.

“El consentimiento es el acuerdo o concurso de voluntades que tiene por objeto la creación de derechos y obligaciones”.⁶⁶

A su vez el consentimiento, dada su naturaleza, se forma por una oferta o policitud y por la aceptación de la misma.⁶⁷

El acuerdo de voluntades puede establecerse ya sea de manera expresa o tácita, la primera, consiste en dar su consentimiento por medio de la

⁶⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, ob. cit. p. 188.

⁶⁶ Rojina Villegas, Rafael, COMPENDIO DE DERECHO CIVIL III, TEORIA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES, Décimo octava Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1983, p. 52.

⁶⁷ Ibid. p. 55.

palabra, por la escritura o por signos inequívocos, la segunda que es la tácita se realiza a través de una conducta que revela la intención de contratar.⁶⁸

Se ha dicho que el consentimiento puede ser expreso o tácito, por lo que respecto a esto la legislación civil señala en el numeral 1803, que “el consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resulta de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio la voluntad deba manifestarse expresamente”.

Para la formación del consentimiento será necesario de dos declaraciones unilaterales que son; una oferta y una aceptación a la oferta. Es necesario no olvidar que en el momento en que se forma un contrato es cuando el aceptante da su consentimiento a la oferta del peticionario. Desde este punto de vista nos damos cuenta que tan importantes son estos dos requisitos, sin los cuales no habría consentimiento y por tanto no existiría el contrato; la oferta es una declaración unilateral de voluntad, “es una propuesta de celebrar un negocio jurídico, lo cual significa que se tiene el propósito de engendrar derechos y obligaciones”.⁶⁹

Por su parte el jurista italiano Ruggiero, citado por el teórico mexicano Martínez Alfaro, señala que el consentimiento es la coincidencia de dos declaraciones de voluntad que procediendo de dos sujetos diversos

⁶⁸ Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 55 y 56.

⁶⁹ Ibid. p. 55 y 58.

concurrir a un mismo fin común y se unen, dirigidas una de ellas a ofrecer y otra a aceptar.⁷⁰

En virtud a lo expresado en párrafos anteriores, se coincide con lo que expone por el doctrinario Moisés Vergara Tejeda, cuando éste indica, que “es indispensable el consentimiento para lograr la existencia jurídica de un contrato”.⁷¹

Se dice, que si tal manifestación de la voluntad, ha sido viciada, ya sea por error, violencia o dolo, el consentimiento no será válido, dichos conceptos a los que se hace referencia en el presente párrafo se analizarán más detenidamente en temas posteriores.

El otro requisito indispensable para que se dé el consentimiento es la aceptación de la oferta, que al igual que la anterior es una declaración unilateral de la voluntad.

Hay puntos importantes que no se deben de perder de vista, respecto del consentimiento; esto es, al aceptarse la oferta será necesario saber si cuenta con un plazo o si es sujeta a algún término, por lo que se observa que efectivamente cuenta con una duración, dado es el caso, que esta oferta sólo se extingue si el oferente muere y no se ha dado la aceptación.⁷²

⁷⁰ Ruggiero citado por Martínez Alfaro, Joaquín, *TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES*. Editorial Porrúa, S.A., S.A., México, D.F. 1994, p. 23.

⁷¹ Vergara Tejeda, Moisés, ob. cit. p. 481.

Es conveniente señalar que la aceptación al igual que la oferta también puede ser retirada, esto es, haciéndola llegar al proponente, antes que la acepte, a este hecho se le conoce como retractación.⁷³

Todo lo anterior deriva de un consentimiento para la celebración de un contrato sea éste de naturaleza mercantil o civil, entre presentes, pero puede darse el caso que el contrato se realice entre ausentes para ello el teórico Rojina Villegas nos dice la respecto: "Entre ausentes puede presentarse, cuando contratan, cuatro momentos posibles: en el primero, el contrato se forma, cuando el aceptante declara su conformidad con la oferta; en el segundo, cuando expide la contestación afirmativa (deposita carta o telegrama en la oficina receptiva); en el tercero, hasta que el oferente recibe la conformidad del aceptante y el cuarto hasta que se informa de la misma".⁷⁴

En el sistema jurídico mexicano se acepta a través de la recepción, es decir hasta que el oferente recibe en su domicilio la carta o telegrama con la aceptación, esto es, en el derecho común, es importante saber que en lo que se refiere al derecho mercantil y específicamente al contrato mercantil, no contempla el momento anterior, sino aquel cuando el destinatario de la oferta contesta al proponente y expide su carta por correo o por vía telegráfica, lo señala así el artículo 80 del Código de Comercio.

⁷² Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 59 y 60.

⁷³ Rojina Villegas, Moisés, ob. cit. p. 56 y 57.

⁷⁴ *Ibid.* p. 55.

El OBJETO.

El segundo elemento de existencia de los contratos mercantiles es el objeto, por lo que se sigue atendiendo al derecho común, en lo que a este elemento se refiere, es a través del objeto indirecto que el contrato es objeto de las obligaciones engendradas por él, y que puede consistir en dar, hacer o no hacer.

Respecto al objeto, el Código Civil Federal señala lo siguiente:

“... Son objeto de los contratos:

I.- La cosa que el obligado debe dar, y

II.- El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”.

En esa tesitura, el objeto de todo contrato es una cosa o un hecho; la cosa la debe de dar el obligado y el hecho lo debe de hacer o no hacer.⁷⁵

Con respecto a las obligaciones de dar, existen diferentes clases, tales como las traslativas de dominio, traslativas de uso, de restitución de cosa ajena y el pago de cosa debida. El objeto es la cosa cuyo dominio o uso se transmite, la cosa transmisible deberá ser física y jurídicamente posible, se dice, que el objeto es imposible físicamente al haber un impedimento por la

⁷⁵ Vergara Tejeda, Moisés, ob. cit. p. 486.

existencia de una ley natural, implicando ésta un obstáculo insuperable para su realización y jurídicamente será imposible cuando a través de una norma jurídica impida u obstaculice su realización.⁷⁶

A contrario sensu a lo expresado anteriormente el objeto debe tener posibilidad física, es decir deberá existir en la naturaleza, ya sea a través de imágenes gráficas, dibujadas, esculpidas, etc. “La imposibilidad física del objeto, provoca la inexistencia del contrato”.⁷⁷

Es necesario para que el contrato exista que el objeto tenga posibilidad jurídica, es decir que sea determinable en el comercio y en cuanto a su especie, y otros a su vez que no pueden ser comerciables ni enajenables o inalienables.

Con todo lo anterior se describe el objeto indirecto en las obligaciones de dar, pero ahora corresponde hablar de las obligaciones de hacer y no hacer; por principio de cuenta se deduce que en tanto las obligaciones de dar existe imposibilidad física y jurídica, misma imposibilidad que se da en las obligaciones de hacer y no hacer.

Se dice que es “físicamente imposible aquel hecho que no puede acaecer porque una ley natural, la cual debe necesariamente regirlo, impide su realización”.⁷⁸

⁷⁶ Rojina Villegas, Rafael, ob. cit, p. 63 y 64.

⁷⁷ Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 75.

⁷⁸ Idem.

Por otro lado tendrá imposibilidad jurídica el hecho de que no se pueda realizar por contradecir preceptos jurídicos, a lo cual impediría su realización. También es necesario precisar que existen hechos ilícitos, hechos que contradicen las normas de orden público y las buenas costumbres.⁷⁹

LA SOLEMNIDAD.

Otro de los elementos que se ha contemplado, es la existencia excepcional de la solemnidad, la importancia de ésta esgrima en la exteriorización de realizar actos jurídicos como es el contrato, pero con la realización de determinados ritos o formalidades que condiciona a la existencia de los mismos.

Por lo que se refiere a la materia mercantil, se puede hablar de que existe la presencia de algunos casos solemnes como en los títulos de crédito por presentar éstos declaraciones unilaterales de la voluntad o para la celebración de algunos actos jurídicos; como de los contratos de crédito que para su existencia se requiere del otorgamiento de un documento que cumpla con una serie de menciones y declaraciones precisadas por la ley, usos y costumbres.⁸⁰

⁷⁹ Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 7.

⁸⁰ Vergara Tejeda, Moisés, ob. cit. p. 79 y 80.

ELEMENTOS DE VALIDEZ DEL CONTRATO.

Se ha desarrollado en lo que a elementos de existencia o esenciales se refiere, corresponde ahora enumerar los requisitos de validez del contrato, ya que se considera muy importante para la comprensión de los temas abordados y de los que se estudiarán, ya que es importante conocer cada uno de ellos y la importancia que guardan, para la trascendencia jurídica de todo contrato, ya se hable de contrato civil o mercantil, desentrañando la importancia que tienen.

El derecho común enumera los requisitos de validez a través del artículo 1795 del Código Civil vigente, los cuales son necesarios para la validez de todo contrato:

1. La capacidad de las partes que intervienen en el acto.
2. La voluntad de las personas, libre o exenta de vicios.
3. Los contratantes se propongan alcanzar un objeto, motivo o fin lícito.
4. Observancia por las partes, de la forma que exija la ley, para externar la voluntad.⁸¹

LA CAPACIDAD.

El primer elemento que se estudiará es la capacidad, ya que ésta como elemento de validez es necesaria, pues en ella radica en parte la validez

⁸¹ Gutiérrez y González, Ernesto, ob. cit. p. 189.

de un contrato, en contrario sensu, la incapacidad es una causa de invalidez que origina la nulidad relativa del contrato o acto jurídico en general.⁸²

El doctrinario Bejarano Sánchez, menciona respecto de la capacidad que "es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones y para ejecutarlos".⁸³

Por su parte el jurista Joel Chirino Castillo menciona que "la capacidad jurídica es la aptitud para adquirir derechos y obligaciones y ejercitarlos", el mismo autor también señala que la capacidad implicados grados de la misma; la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.⁸⁴

Lo que para el autor citado anteriormente son grados para la capacidad, para el doctrinario Bejarano Sánchez son clases de la capacidad, por lo que de acuerdo a este criterio, se considera que la capacidad de goce, es la aptitud de ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de ejercicio es la aptitud para ejercitar o hacer valer por sí sus derechos.⁸⁵

Aunado a lo anterior, el mismo autor, aduce que siendo la capacidad un atributo de la personalidad, es considerada un verdadera vocación para tener derechos y ser titular de ellos.⁸⁶

⁸² Rojas Villegas, Rafael, ob. cit. p. 126.

⁸³ Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 130.

⁸⁴ Chirino Castillo, Joel, *DERECHO CIVIL III CONTRATOS CIVILES*, Mc. Graw Hill, Segunda Edición, México 1996. p. 24.

⁸⁵ Bejarano Sánchez Manuel, ob. cit. p. 130.

⁸⁶ Idem.

En ese razonamiento, la capacidad de goce es considerada como una aptitud con la que goza un individuo para realizar actos jurídicos, ejercer derechos y contraer obligaciones. No todas las personas cuentan con dicha capacidad, toda vez que ésta supone un pleno conocimiento y libertad para actuar, es por eso que la plena capacidad de actuar se adquiere con la mayoría de edad, es decir, al cumplir los 18 años.

A contrario sensu, existe incapacidad de goce cuando un derecho, concedido a la generalidad de las personas, le es negado a cierta categoría de ellas o a determinada persona.⁸⁷

“La capacidad de ejercicio puede ser total o parcial, y a su vez, la incapacidad puede ser total o parcial, sin afectar radicalmente a la personalidad jurídica. Tienen capacidad total de ejercicio los mayores de edad en pleno uso de sus facultades mentales; tienen capacidad parcial de ejercicio los menores emancipados, que pueden hacer valer sus derechos personales y sus derechos reales sobre bienes muebles”⁸⁸

Con respecto a lo anterior, se observa que es entonces, que la capacidad de ejercicio la adquiere el individuo con la mayoría de edad, siempre que éste se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales.

⁸⁷ Bejarano Sánchez Manuel, ob. cit. p. 130.

⁸⁸ Rojina Villegas, Rafael, ob. cit. p. 127.

La incapacidad de ejercicio, la tienen lo menores de edad, además de los casos contemplados por el numeral 450 de la Legislación Civil, mismo que aduce:

“Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad;**

- II. Los mayores de edad disminuidos o perturbados en su inteligencia, aunque tengan intervalos lúcidos; y aquellos que padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial o por la adicción a sustancias tóxicas como el alcohol, los psicotrópicos o los estupefacientes; siempre que debido a la limitación, o la alteración en la inteligencia que esto les provoque no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio.**

La incapacidad es un estado especial, en el que se halla el individuo que queda privado del ejercicio de su capacidad de actuar, por determinados supuestos que pueden limitar o aniquilar esa capacidad.

En consecuencia, se puede deducir que la incapacidad es de dos especies: natural o legal.

La incapacidad es natural, cuando el individuo no tiene suficiente madurez en su razón por falta de experiencia, como ocurre con los menores, o bien; porque su razón sufra algún trastorno o enfermedad que la debilite o destruya, como es el caso de los enfermos mentales, pero además, la ley, al reconocer y sancionar s estado, le niega la capacidad de actuar, por eso se convierte en incapaz natural y legal.

Ahora bien, por lo que se refiere a la incapacidad legal, es importante no olvidar que es una situación en la que se encuentra una persona, que a pesar de ser capaz naturalmente, tiene prohibido por la ley actuar en Derecho.

Es muy importante no olvidar que si la capacidad no afecta a la existencia del contrato, pero sí es un requisito que se refiere a un elemento esencial del mismo, el de naturaleza psicológica, llamado consentimiento, ya que éste se forma por el acuerdo de voluntades y para que sea perfecto, esa voluntades deben de ser de personas capaces, libre de error o de dolo y no estar afectadas de violencia.⁸⁹

En el párrafo precedente se enunció lo que se refiere a estar libre de error y dolo, y la forma libre de que no se esté afectado de violencia, todo ello respecto del consentimiento que otorgan las personas capaces para la

⁸⁹ Rojina Villegas, Rafael, ob. cit. p. 127.

celebración de un contrato; lo anterior se estima así de manera certera en la legislación mexicana como vicios del consentimiento, que es otro de los importantes requisitos de validez con los que cuenta el contrato, es entonces que en esa tesitura se analizará la ausencia de vicios en el consentimiento, ya que la voluntad de las personas en la celebración de todo contrato, deberá estar exenta y libre de vicios.

AUSENCIA DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO.

El jurista Zamora y Valencia, ofrece al respecto una definición acerca de los vicios del consentimiento, misma que aduce: "Los vicios del consentimiento son aquellas circunstancias particulares que sin suprimirlo, lo dañan." ⁹⁰ En ese mismo sentido, continúa señalando, que "cuando uno de los llamados vicios no sólo daña al consentimiento, sino que lo suprime, deja de ser vicio, para constituir una falta de consentimiento." ⁹¹

Derivado de lo anterior, sí los contratos requieren de que los sujetos que en ellos intervengan manifiesten o exterioricen su voluntad, misma que deberá estar exenta de vicios, toda vez que en supuesto de que así aconteciere dichas circunstancias podrían invalidar el contrato y provocaría la nulidad del mismo.

Se ha considerado como vicios del consentimiento: el error, el dolo, la lesión y la violencia, dichos conceptos se estudiarán a continuación.

⁹⁰ Zamora y Valencia, Miguel Angei, ob. cit. p. 40.

⁹¹ Idem.

EL ERROR.

Por error señala el teórico Zamora y Valencia "es el consentimiento equívoco de la realidad y no debe confundirse con la ignorancia, porque ésta es una falta de conocimiento.

También puede decirse que el error es el conocimiento inexacto de la realidad consistente en creer cierto lo que es falso o falso, lo que es cierto".⁹²

El maestro Bejarano Sánchez, apunta respecto del error, que éste es un concepto falso de la realidad, es una creencia no conforme con la realidad.⁹³

Continúa manifestando, que "ocasionalmente, el error sufrido por el autor de un acto jurídico vicia su voluntad y provoca la nulidad del acto, pero no todo error produce tales efectos jurídicos; es decir, no todo error tiene transcendencia para el Derecho".⁹⁴

En ese orden de ideas, es trascendente la opinión que brinda el doctrinario Rojina Villegas, al abordar grados para distinguir al error, y menciona; "a) el que destruye la voluntad, originando la inexistencia del acto jurídico o del contrato; b) el que simplemente vicia el consentimiento y motiva

⁹² Zamora y Valencia, Miguel Angel, ob. cit., p. 41.

⁹³ Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 95.

⁹⁴ Idem.

la nulidad relativa del negocio jurídico y, finalmente, c) el error que es indiferente a la validez del acto o contrato”.⁹⁵

En conclusión, el error, es un vicio del consentimiento que aduce a ser un concepto equívoco en lo que respecta a la realidad, así también al viciar el concurso de voluntades exteriorizadas para la celebración de un contrato, provoca la nulidad relativa del negocio jurídico, ya sea éste civil o mercantil.

EL DOLO.

El siguiente vicio del consentimiento es el dolo, en cuanto a este vicio la legislación civil federal contempla en su numeral 1815, que es cualquier sugestión o artificio que se emplee para inducir al error o mantener en él a alguno de los contratantes.

Por su parte el maestro Rojina Villegas aporta una pequeña clasificación, ya que contempla al dolo principal que nulifica el contrato y el dolo incidental que carece de efectos en cuanto a la validez del mismo.⁹⁶

El jurista Bejarano Sánchez señala, que “El dolo que no ha decidido contratar (dolo incidental) no produce nulidad, sino aquél que ha sido determinante para la realización y ejecución del acto (dolo principal).⁹⁷

⁹⁵ Rojina Villegas, Rafael, ob. cit. p.137.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 100.

De igual manera apunta, que “el dolo vicia la voluntad cuando procede del co-contratante. Si los artificios engañosos provienen de un tercero, no invalidarán el acto, a menos que fueran conocidos por el contratante”.⁹⁸

“Las sugerencias, los artificios o los medios legales, no constituyen prácticamente un vicio del consentimiento, sino que son los medios para obtener el resultado de inducir al error o mantener en él a una persona, y por tanto el vicio no es dolo, sino error. Sin embargo, el concepto es útil, en virtud de que puede ser más fácil probar la presencia de un dolo en el contrato por la materialización de los actos en las sugerencias o artificios, que probar el error y aún más cuando éste se desprende de circunstancias que no están declaradas en el contrato”.⁹⁹

“El dolo siempre supone una intención de dañar o engañar, por lo que el hecho de alabar las cualidades de una cosa para determinar a una persona a celebrar un contrato, sí no hay esa intención de daño, tradicionalmente se ha llamado dolo bueno”.¹⁰⁰

LA VIOLENCIA.

La violencia, es toda coacción grave, irresistible e injusta ejercida sobre una persona razonable con el objeto de determinarla, contra su voluntad, a aceptar una obligación o a cumplir una prestación dada.¹⁰¹

⁹⁸ Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 100.

⁹⁹ Zamora y Valencia, Miguel Angel, ob. cit. p. 42.

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Rojina Villegas, Rafael, ob. cit. p. 138.

La violencia como vicio de la voluntad, presupone dos requisitos:

1. Debe ser determinante: es decir, que haya sido la causa que indujo a aceptar la celebración del contrato.
2. Debe ser injusta: el apercibimiento o advertencia que se haga a otro sobre las posibles consecuencias legales de su conducta, sobre el uso de vías de derecho para forzarlo a realizar cierto acto, o sobre los perjuicios que puede sufrir, no constituye violencia; tampoco lo es el error reverencial, que es el deseo de no degradar a las personas a las que se debe respeto o sumisión".¹⁰²

LA LESION.

Por último, la lesión es considerada al igual que el error, el dolo y la violencia un vicio del consentimiento y como tales, traen como consecuencia la nulidad relativa del contrato, así entonces la lesión "consiste en la desproporción exagerada de las prestaciones que las partes se deben recíprocamente por el acto jurídico".¹⁰³

La lesión comprende dos tipos de elementos: un objetivo o material y un subjetivo psicológico; el primero se refiere cuando la desproporción exceda de cierta tasa legal y el elemento subjetivo, si la desproporción evidente provenga de la explotación de ciertas circunstancias de la víctima, las cuales motivaron la falta de equivalencia de las prestaciones.¹⁰⁴

¹⁰² Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 105.

¹⁰³ Ibid. p. 106.

¹⁰⁴ Ibid. p. 110.

Se asume lo expuesto por el maestro Bejarano Sánchez, respecto de que la lesión "es la consecuencia de la voluntad viciada y no del vicio mismo".¹⁰⁵

En consecuencia, la legislación civil federal mexicana sí contempla la lesión y es considerada ésta, como lesión subjetiva, derivado del estudio realizado al artículo 17 del Código Civil Federal; pero cabe aclarar, que en materia mercantil, el Código de Comercio, no contempla a la lesión, toda vez que así lo señala el artículo 385, al aducir, que las ventas mercantiles no rescindirán por causa de lesión.

LA FORMA.

La forma es considerada un requisito de validez para que el contrato sea válido, misma que en términos generales es la manera de exteriorizar el consentimiento en el contrato y la cual comprende todos los signos sensibles que las partes convienen y que también la ley establece, para que se logre la exteriorización.¹⁰⁶

Con respecto a esto el doctrinario Rojina Villegas, señala, que la forma, es una manifestación del consentimiento, toda vez, que éste debe exteriorizarse por cualquier medio que releve cuál es la voluntad de los contratantes. La exteriorización de la voluntad es indispensable para que se forme el consentimiento en los contratos, ya que dicha exteriorización puede

¹⁰⁵ Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 111.

¹⁰⁶ Zamora y Valencia, Miguel Angel, ob. cit. p. 31.

llevarse a cabo válidamente por distintos medios, ya sea mediante la palabra o la escritura, pero también señala que el derecho reconoce, además, el lenguaje mímico, la ejecución de ciertos gestos, señas o actos que también constituyen una forma válida en ciertos contratos para la exteriorización de la voluntad.¹⁰⁷

Es por esto, que en el derecho moderno en rigor, sólo son contratos formales aquellos que deben celebrarse por escrito, y los que pueden otorgarse verbalmente, ya no se reputan formales.¹⁰⁸

Existen diversos autores, que señalan que la forma es considerada como un requisito de existencia, situación en la que no se coincide, pero tal es el caso con respecto a esto, que el jurista Vergara Tejeda, señala que en materia mercantil, el requisito de formalidad es de existencia jurídica de los contratos, esto es, todo contrato de crédito deberá constar por escrito, ajustándose a las disposiciones de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, según lo contemplado en los artículos 65 y 66.¹⁰⁹

En ese mismo sentido continúa manifestando, que los contratos de crédito celebrados por el banco, sólo existirán jurídicamente y por ende producirán todos sus efectos jurídicos, cuando se hayan reunido legalmente los requisitos de consentimiento, objeto y forma, y que a contrario sensu, si alguno de éstos faltare, el contrato será inexistente.¹¹⁰

¹⁰⁷ Rojina Villegas, Rafael, ob. cit. p. 91.

¹⁰⁸ Ibid. p. 94.

¹⁰⁹ Vergara Tejeda, Moisés, ob. cit. p. 491.

¹¹⁰ Idem.

2.4 CONTRATO MERCANTIL Y SU DIFERENCIA CON EL CONTRATO CIVIL.

Anteriormente ya se ha hablado de que en esencia el contrato mercantil no difiere del contrato civil, toda vez que para la existencia de uno como del otro es necesario, de los elementos de existencia y de los requisitos de validez que ya se han contemplado en el análisis hecho con anterioridad.

Ahora bien, para poder distinguir a dichos contratos se acudirá a tantas discusiones, tales como, que los contratos mercantiles se regulan por la legislación comercial y no por el derecho común, que los sujetos que en ellos intervienen tienen el carácter de comerciantes y realizan uno de los actos de comercio contemplados en el artículo 75 del Código de Comercio.

De igual manera, existen otros criterios que se basan para dar sus distinciones en que los contratos mercantiles dan lugar a procedimientos judiciales más ágiles que en materia civil y que son mercantiles los contratos en que su objeto acusa más claramente en una finalidad económica.¹¹¹

Algunas de las diferencias que se han considerado entre el contrato mercantil y el contrato civil, estriban en que los sujetos que intervienen en los contratos mercantiles, son los que contempla el precepto 75 del Código de Comercio y en tal entendimiento, éstos son comerciantes, pero no se descarta la posibilidad que uno de éstos sea un particular, pero por el contrario

¹¹¹ Olvera Luna, Omar, CONTRATOS CIVILES, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1987, p. 1 y 2.

los sujetos que participan en la celebración de un contrato civil serán particulares, pero aún cuando no lo celebren particulares, éstos actuarán como tales.

Así mismo, el objeto que se persigue en los contratos mercantiles, lleva implícita una operación de crédito, situación contraria al derecho común.

CAPITULO III CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO.

3.1 CONCEPTO DE CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO.

El artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito hace referencia a una definición del contrato de apertura de crédito y señala:

“En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de las que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y e todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen”.

El contrato de apertura de crédito señala el jurista Dávalos Mejía "es aquel en virtud del cual un sujeto (acreditante), se obliga a poner a disposición de otro (acreditado), una determinada cantidad de dinero o bien a contraer durante ese tiempo, una obligación a su nombre; y, por su parte, el

acreditado se obliga a restituir ese dinero o a pagar la obligación contratada, en el término pactado".¹¹²

Coincide con lo anterior el jurisconsulto de Pina Vara, pero agrega que el contrato de apertura de crédito aduce tanto al sujeto acreditante que es quien se obliga a poner una suma de dinero a disposición de otro sujeto acreditado quien es el que se obliga, mismo que hará uso del crédito concedido en la forma y términos pactados y con la obligación de restituir las sumas de que disponga, conjuntamente con los intereses agregando también comisiones gastos y otras prestaciones, todas ellas estipuladas.¹¹³

Por su parte el doctrinario Joaquín Rodríguez, indica que "la apertura de crédito es un contrato mediante el cual una persona (el acreditante), banco o particular se obliga con otro (el acreditado) a poner a su disposición una cantidad de dinero determinada, o a emplear su crédito en beneficio de aquél."¹¹⁴

Es muy importante no olvidar que dentro de estas relaciones contractuales jurídicas de las que se ha estado haciendo referencia en los conceptos anteriores, se aduce al aspecto jurídico-privado del derecho bancario; es decir "estas relaciones jurídicas constituyen las operaciones de banca o contratos bancarios".¹¹⁵

¹¹² Dávalos Mejía, Carlos Felipe, ob. cit. p. 212.

¹¹³ De Pina Vara, Rafael, ob. cit. p. 339.

¹¹⁴ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, ob. cit., p. 85.

¹¹⁵ Garrigues, Joaquín, ob. cit., p. 160.

Así mismo estas operaciones bancarias dice el autor citado anteriormente, que dan lugar a las relaciones contractuales entre el banco y el cliente, que encarnan en los tipos de contrato ya conocidos como la apertura de crédito.¹¹⁶

De acuerdo a todo lo anterior se puede concluir que el contrato de apertura de crédito es una relación contractual en la cual intervienen dos sujetos; el acreditante y el acreditado, el primero concede al segundo una cantidad de dinero u otro tipo de prestación, la cual en un plazo convenido el segundo se obliga a devolver, conjuntamente con los intereses que aparecen como el precio del tiempo.¹¹⁷

Al estudiar el crédito y determinado su concepto y lo que la doctrina estima como operaciones activas y pasivas, cabe hacer alusión a lo visto en temas anteriores, de donde se desprende que el contrato de apertura de crédito, se encuentra dentro de las operaciones bancarias activas en las cuales los bancos conceden crédito, mismo que es pagadero a futuro a cualquier persona, con la utilización de un contrato.¹¹⁸

En una acepción personal de lo que al concepto de apertura de crédito se refiere, se tiene a bien manifestar que es un contrato por medio del cual el banco en su calidad de sujeto acreditante se obliga a poner a disposición del sujeto acreditado una cantidad de dinero, obligándose éste a restituirla en un plazo convenido, así como los intereses y prestaciones que se hubieran pactado en el cuerpo mismo del contrato.

¹¹⁶ Garrigues, Joaquín, ob. cit. p. 160.

¹¹⁷ Ibid. p. 162.

¹¹⁸ Acosta Romero, Miguel, ob. cit. p. 528 y 529.

3.2 NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

Atendiendo a lo que indica el jurisconsulto Cervantes Ahumada en cuanto a las teorías explicativas de la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito, éste enuncia las siguientes:

- a) Teoría del mutuo, la cual atiende a encarnar la figura del contrato de apertura de crédito dentro del marco del mutuo, considerando a la apertura de crédito como un préstamo condicional, de acuerdo a la jurisprudencia francesa, teoría inusual, toda vez que todo contrato mercantil por ser un contrato real, transfiere la propiedad de la cosa; existiendo así la transmisión del dominio.
- b) Teoría del mutuo consensual y de los actos ejecutivos, esta teoría no atiende a la naturaleza del mutuo y por ende no explica los efectos de la apertura de crédito.
- c) Teoría del mutuo-depósito, misma que desentraña dos tipos de mutuos, el primero en el cual el acreditante prestaría al acreditado el importe del crédito pactado; y el acreditado, en un segundo momento, prestaría el mismo importe al acreditante, y por lo que el depósito irregular es, en esencia el mutuo.

- d) Teoría del contrato preliminar, en esta teoría se atiende a la promesa del contrato de celebrar en el futuro un contrato de préstamo, también enuncia que en el contrato preliminar sólo se da el derecho de exigir la celebración de un futuro contrato, y en la apertura de crédito se producen efectos de un contrato definitivo.
- e) Teoría del contrato preliminar mixto, con esta teoría por un lado produciría el efecto de acreditar la suma del acreditado, y prepararía los actos de disposición, como contratos definitivos.
- f) Teoría del contrato especial, autónomo y definitivo, de contenido complejo. El contrato de apertura de crédito es un contrato especial, diverso de otros contratos, autónomo ya que por sí mismo produce sus efectos y de contenido complejo toda vez que produce un doble efecto, cuando el acreditante pone una cantidad a disposición del acreditado y que en las posteriores disposiciones del crédito haga el acreditado.¹¹⁹

De lo anterior se desprende que efectivamente destacan varias doctrinas reconocidas, ya que también el jurista Mario Bauche Garciadiego menciona que en cuanto al naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito existe la tesis del contrato preparatorio y la doble forma del contrato preliminar y del contrato normativo, a la tesis del contrato definitivo calificable como mutuo consensual, o como contrato típico, o a la operación compleja resultante de la combinación del mutuo y del depósito, a lo que agrega la disponibilidad que retoma del teórico Messineo que consiste en el poder de dar empleo de una suma ajena con el ejercicio de un derecho del crédito, ya que

¹¹⁹ Cfr. Cervantes Ahumada, Raúl, ob. cit. p. 246-248.

depende sólo de la voluntad de quien esta investido del mismo en la posibilidad de convertirse en derecho real.¹²⁰

Se ha hecho la referencia a algunas de las teorías explicativas respecto de la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito y cabe señalar la importancia, por lo que se considera lo que enuncia el maestro Cervantes Ahumada en su teoría respecto a que es un contrato especial, autónomo y definitivo, de contenido complejo, es así, toda vez que sobresale de los demás contratos existentes, efectivamente es autónomo, por tener existencia por sí mismo, sin necesitar de otro para sobresalir a la vida jurídica; definitivo por producir derechos y obligaciones tanto para el acreditado como para el acreditante y de contenido complejo por las situaciones que de él se originan, como lo de otorgar el crédito y las funciones que a este le den.¹²¹

Para concluir el maestro Joaquín Rodríguez señala, que se trata de un contrato consensual, bilateral, oneroso y principal.¹²²

Efectivamente se trata de un contrato consensual por la voluntad de los contratantes para la celebración del contrato; es bilateral porque necesariamente se necesitan de dos sujetos; el acreditante y el acreditado, activo o pasivo; sin duda es oneroso por los gravámenes que implica su celebración y por consiguiente es principal.

¹²⁰ Bauche Garciadiego, Mario, OPERACIONES BANCARIAS, Cuarta Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1981, p. 59.

¹²¹ Cervantes Ahumada, Raúl, ob. cit. p. 246.

¹²² Rodríguez Rodríguez, Joaquín, ob. cit. p. 87.

3.3 CLASIFICACIÓN DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

Se han abordado cuestiones tales como el concepto de contrato de apertura de crédito, que sin duda alguna no contravienen con lo señalado por la legislación mercantil, también se ha considerado, las teorías de algunos estudiosos del derecho para atender la naturaleza jurídica del contrato, es así que en virtud de lo anterior se considera importante lo que se refiere a la clasificación del contrato de apertura de crédito.

Atendiendo a lo que señala el maestro Cervantes Ahumada, en cuanto a las diversa clases de apertura de crédito, el autor señala la siguiente clasificación:

"a) Por el objeto: de dinero y de firma.

Respecto de esta clasificación, el autor señala: será apertura de crédito en dinero, cuando el acreditante se obligue a poner a disposición del acreditado una suma determinada en dinero, para que el acreditado disponga de ella en los términos pactados y será apertura de crédito de firma, cuando el acreditante ponga disposición del acreditado su propia capacidad crediticia, para contraer por cuenta de éste una obligación".¹²³

De igual manera el autor señala, que la apertura de crédito puede ser simple o en cuenta corriente y dice, "es simple, cuando el crédito se agota

¹²³ Cervantes Ahumada, Raúl, ob. cit. p. 248.

por la simple disposición que de él haga el acreditado, y cualquiera cantidad que éste entregue al acreditante, se entenderá como dada en abono del saldo, sin que el acreditante tenga derecho, una vez que ha dispuesto del crédito, a volver a disponer de él, aunque no se haya vencido el término pactado; y por último agrega, en la apertura de crédito en cuenta corriente, el acreditado podrá disponer del crédito en la forma convenida, y se hace remesas del abono del saldo, podrá volver a disponer del crédito, dentro del plazo pactado".¹²⁴

Por su parte el jurista Dávalos Mejía, coincide con la clasificación del maestro Cervantes Ahumada, al mencionar que la apertura de crédito se clasifica en apertura de crédito simple y apertura de crédito en cuenta corriente, y manifiesta, que el objeto del contrato de apertura de crédito simple estriba en permitir al acreditado disponer de su crédito, no de una sola vez, sino de manera diferida y exactamente en las cantidades y los momentos en los cuales presupuestó que los va a necesitar a fin de no pagar más intereses de los necesarios.¹²⁵

De igual manera señala, que la apertura de crédito simple termina, cuando se agota la cantidad puesta a disposición, o cuando expira el tiempo durante el cual existía la obligación de ponerlo a disposición; lo que suceda primero.¹²⁶

Por el contrario señala, que en la apertura de crédito en cuenta corriente, el término es invariable, pero el acreditado, conforme vaya haciendo uso del dinero puesto a su disposición, lo puede ir regresando en remesas

¹²⁴ Cervantes Ahumada, Raúl, ob. cit. p. 248.

¹²⁵ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, ob. cit. p. 713 y 714.

¹²⁶ Idem.

parciales, de forma que aunque disponga de parte del monto, el límite máximo del crédito nunca se agote, el objeto de este contrato en cuenta corriente es que el acreditado pueda disponer permanentemente de cierta cantidad, la cual nunca se determinará durante la vigencia del contrato, siempre que no sobrepase el límite, lo que el acreditado consigue haciendo pagos parciales de sus disposiciones.¹²⁷

Es así, que en el contrato de apertura de crédito simple, el acreditado podrá disponer a la vista de la suma objeto del contrato y que una vez que se haya dispuesto del crédito en su totalidad éste se extingue y por el contrario la apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a efectuar remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor.

128

El juriconsulto Joaquín Rodríguez, por su parte enuncia, que toda apertura de crédito se sobrentiende que es simple y en ésta el acreditado deberá disponer en una sola vez del crédito que se le concede sin tener derecho a remesas parciales que hagan recuperar el crédito en cuantía primera.

Por consiguiente la apertura de crédito en cuenta corriente, su importancia estriba en el convenio expreso que el acreditado podrá disponer del importe del mismo en uno o varios actos, al mismo tiempo que tiene el

¹²⁷ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, ob. cit. p. 714.

¹²⁸ Cfr. De Pina Vara, Rafael, ob. cit. p. 341 y 342.

derecho de reembolsar total o parcialmente la parte del crédito que haya dispuesto, para aumentar la cuantía de la cantidad disponible.¹²⁹

A su vez el doctrinario Mario Bauche Garcíadiego, señala que la apertura de crédito simple pone a la vista del acreditado la suma objeto del contrato, y que por consiguiente si hay un convenio especial. El crédito podrá ser utilizado mediante sucesivas disposiciones, con derecho para el acreditado de hacer reembolsos que hagan recuperar al crédito su cuantía primitiva, y mientras el contrato no concluya, disponer del saldo que resulte a su favor.¹³⁰

3.4 REGULACIÓN JURÍDICA DEL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

El contrato de apertura de crédito encuentra su regulación jurídica en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en el Título Segundo relativo a las operaciones de crédito y específicamente al Capítulo IV, mismo que concierne a los créditos.

En ese texto y particularmente en el artículo 291 del cuerpo normativo al que se ha hecho referencia, se establece:

“En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a

¹²⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, ob. cit. p. 89.

¹³⁰ Bauche Garcíadiego, Mario, ob. cit. p. 258.

disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de las que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y e todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen”.

En atención a lo antes transcrito, se puede observar que en el cuerpo del numeral se señala las partes que intervienen en la apertura de crédito, así también se observa que se señala además de las obligaciones que tiene a su cargo el acreditante como las que tiene el acreditado.

3.5 OBLIGACIONES Y DERECHOS DEL ACREDITANTE Y DEL ACREDITADO.

Tomando en cuenta, que los sujetos que intervienen en un contrato de apertura de crédito, son la institución de crédito, misma que se le conoce con el nombre de acreditante o en su caso acreedor, sujeto que está obligado a poner a disposición del acreditante una cantidad de dinero por un tiempo pactado y una persona física o moral, llámese también acreditante o deudor, mismo que gozará de las cantidades puestas a su disposición durante el tiempo convenido, en este orden de ideas, no debe perderse de vista que

como todo contrato, el de apertura de crédito, también crea obligaciones y concede derechos a las partes que en él intervienen y es en ese sentido tanto el acreditante se obliga con el acreditado, como éste con la institución de crédito y a su vez se encuentran resguardados por ciertos derechos que ellos mismos convinieron.

Se ha visto que las obligaciones en la celebración de todo contrato son recíprocas entre las partes, mismas que son convencionales, es decir, los sujetos que intervienen para la creación del contrato de apertura de crédito, exteriorizan su voluntad en la forma y términos que quisieron obligarse y no tienen más límite que su propia autonomía de voluntad.¹³¹

Entre las obligaciones del acreditante destacan las siguientes:

Colocar una suma de dinero a disposición del acreditado en los términos en que pactaron en el contrato, la cual será cobrada junto con los intereses pactados, en el término convenido.

Contraer por cuenta del acreditado, una obligación que debe ser cuantificable, en esta obligación el acreditado puede constituir su provisión previamente, o bien el acreditante la asume con su propio peculio y se la cobrará al acreditado, junto con los intereses convenidos, al fenecer el plazo.¹³²

¹³¹ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, ob. cit. p. 714.

¹³² Ibid. p. 715.

El jurisconsulto Joaquín Garrigues, en su aportación del referido tema, permite observar, que en el contrato de apertura de crédito se pueden prever otras formas de utilización y de la disponibilidad del crédito pactados, esto es, que no tiene un carácter limitativo, ni tiene validez general para la práctica bancaria en distintos países, por lo que aunado a lo que señalaba el autor antes consultado, este teórico apunta, que como otra de las obligaciones que tiene el banco acreditante, se encuentra que éste pagará en nombre del acreditado las deudas contraídas por éste, o sea, recibos, facturas, etc., así también el pago de cheques que el acreditado le gire, descuento de letras de cambio que el acreditado el presente como tomador, la aceptación de éstas para facilitar al cliente el descuento en otro banco o para permitirle realizar por medio de letras de pago del precio de la compra de mercancías, por consiguiente, se obliga a la constitución de fianza a favor del cliente, ya sea bajo la forma de depósitos de garantía, del aval, también contrae la obligación de otorgar la prórroga de la deuda vencida, la que facilita al cliente una carta de crédito.¹³³

En concordancia con lo expuesto con anterioridad, los teóricos Pablo E. Mendoza Martell y Eduardo Preciado Briseño, también señalan en su obra de Lecciones de Derecho Bancario, que dentro de las principales obligaciones del acreditante se encuentran la de poner una suma de dinero a disposición del acreditado, en los términos del contrato, cantidad que será restituida conjuntamente con los intereses pactados, así también es de gran importancia, que el acreditante, podrá contraer por cuenta del acreditado las obligaciones correspondientes, mismas que deberán ser cuantificables y cuantificadas.¹³⁴

¹³³ Garrigues, Joaquín, ob. cit. p. 168.

¹³⁴ Mendoza Martell, Pablo E., Preciado Briseño, Eduardo, ob. cit. p. 105.

Por su parte el jurista Jorge Barrera Graf, señala, que el banco acreditante tiene la obligación de conceder el crédito, por lo que para ello requiere los documentos previstos por el acreditado para pactar el contrato, lo que esto lleva a ser una de las más importantes obligaciones del acreditante, apunta el referido autor.¹³⁵

En consecuencia, se ha observado que dentro de las principales obligaciones que tiene el banco acreditante, se encuentra la de conceder el crédito, es decir, colocar a disposición del acreditado, la suma de dinero pactado en el contrato, a la cual se le sumaran de igual manera los intereses que ambas partes convinieron.

Una vez analizadas las principales obligaciones que tiene el acreditante en la celebración de un contrato de apertura de crédito, es preciso realizar un estudio en cuanto a las más importantes obligaciones que tiene el acreditado.

Así las cosas, la obligación más relevante que contrae el acreditado, es la de pagar el dinero que tuvo a su disposición, en los términos y en el desahogo de las condiciones pactadas, como la tasa de interés convenida.¹³⁶

De igual manera, así lo establece el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al indicar éste, que "...queda obligado el

¹³⁵ Barrera Graf, Jorge, *ESTUDIOS DE DERECHO MERCANTIL*, Editorial Porrúa, S.A., México, D.F. 1958, p. 178 y 179.

¹³⁶ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, ob. cit. p. 715.

acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen”.

En ese mismo sentido, otra de las obligaciones que tiene el acreditado con el banco acreditante, es que se obliga a aceptar u otorgar títulos de crédito por cuenta del acreditado, o bien a contraer obligaciones en su nombre, para éste se origina una obligación, la de suministrar al acreditante la provisión de fondos suficientes, para que dichas obligaciones sean pagadas.

137

En referencia a lo anterior el artículo 297 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece: “...Salvo convenio en contrario, siempre que en virtud de una apertura de crédito el acreditante se obligue a aceptar u otorgar letras, a suscribir pagarés, a prestar su aval o en general a aparecer como endosante o signatario de un título, por cuenta del acreditado, éste quedará obligado a constituir en poder del acreditante la provisión de fondos suficientes, a más tardar el día hábil anterior a la fecha en que el documento aceptado, otorgado o suscrito deba hacerse efectivo...”

En resumen, se establece como principal obligación del acreditado, pagar la suma de dinero puesta a su disposición por el acreditante, así también el pago de los intereses convenidos y todas las prestaciones a las que se hubiera hecho acreedor y no hay que perder de vista que si el acreditante otorgó algunos títulos de crédito a favor del acreditado, éste los

¹³⁷ Dávalos Mejía, Carlos Felipe, ob. cit. p. 715.

restituirá un día hábil antes de que el documento o título de crédito deba hacerse efectivo.

Al haber tocado el punto de las obligaciones, éstas llevan a considerar que del nacimiento de dichas obligaciones, también se originan derechos para ambas partes, por lo que en ese orden de ideas, se desprende, que el banco acreditante tiene firmemente el derecho de la restitución del crédito concedido, derecho al pago del precio y a su vez el pago de los intereses y gastos, también a obtener garantías del crédito abierto y derecho a la ejecución forzada, señala el maestro Barrera Graf.¹³⁸

¹³⁸ Barrera Graf, Jorge, ob. cit. p. 182.

CAPITULO IV

LOS INTERESES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO.

4.1. CONCEPTO DE INTERÉS.

“Intereses, (del latín *interest*, sustantivación del verbo *interesse*, importar.) En un sentido estricto, se identifica con el provecho, rendimiento o utilidad que se obtiene del capital (dinero). Asimismo puede considerarse como el beneficio económico que se logra de cualquier clase de inversión. En un sentido más amplio: compensación en dinero o en cualquier valor que recibe el acreedor en forma accesoria al cumplimiento de una obligación”.¹³⁹

Si se parte de la idea que el interés se conceptualiza en dos sentidos uno estricto y otro amplio, y que jurídicamente se parte de la idea de un concepto amplio, no hay que olvidar que también se puede definir desde el punto de vista económico, permitiendo de esta manera obtener una visión jurídica-económica, en virtud del vínculo que en ambas materias se presentan, derivado de la obtención que se tiene del capital.

En esa tesitura, el economista Luis Pazos, manifiesta que el interés, es el pago por el arrendamiento del dinero, los intereses son el costo de la disposición inmediata de un dinero, con el cual se pueden comprar bienes, que de otra forma no se podrían adquirir hasta ver reunido lo suficiente para pagar su valor, el autor concluye señalando, que la fijación arbitraria del tipo de interés, por parte del organismo creado con esa finalidad, casi siempre

¹³⁹ *DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*, ob. cit. p. 1781 y 1782.

dará resultados negativos o distorsionará la realidad del mercado de capitales.

140

Es de gran importancia lo aludido por el autor antes descrito, toda vez que efectivamente en voz de los deudores, se escucha que la situación de la crisis económica por la que atraviesa el país, es la que se refiere al incremento desproporcionado y nunca previsto de sus adeudos con las instituciones de crédito, ha hecho que los préstamos solicitados vean un imposible cumplimiento, debido a los intereses generados.

Ahora bien, se retomará de nueva cuenta lo que al concepto de interés se refiere, en tal apreciación el doctrinario J. Valles Pujals, tiene a bien considerar que, el interés es el fruto del dinero y aunado a esto continúa señalando, que "el interés es el beneficio que obtiene el acreedor del dinero que se le debe, esto es, la cantidad que el acreedor percibe del deudor, además del importe de la deuda".¹⁴¹

Por su parte los autores argentinos Carlos G. Villegas y Mario S. Schujman, señalan respecto del interés algunos conceptos, por lo que se considera a bien contemplar algunos de ellos.

"Llámesese interés a una cantidad de cosas fungibles que puede exigirse como rendimiento de una obligación de capital, en proporción al

¹⁴⁰ Pazos, Luis, *CIENCIA Y TEORIA ECONOMICA*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1995, P. 236 Y 237.

¹⁴¹ Valles Pujals, J. *PRÉSTAMO A INTERES USURA E HIPOTECA*, Librería Bosch, Barcelona, España, 1933, p. 54.

importe o al valor del capital y al tiempo por el cual se está privado de la utilización de él".¹⁴²

Por su parte el doctrinario Messa, citado por los doctrinarios a los que se ha hecho mención, dice "que hay obligación de intereses cuando el deudor de una suma de dinero o de otra cantidad de cosas genéricamente designadas, está obligado a pagar al acreedor, sobre aquella cantidad, una compensación por la privación de uso en cosas de igual género y calidad, o en su equivalente pecuniario y en proporción a la cantidad debida principalmente y a lo que haya durado la privación del uso".¹⁴³

En ese sentido los autores argentinos, concluyen diciendo lo que la legislación argentina maneja, respecto de este concepto y enuncian, "el interés es toda suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, por sobre el capital, a cualquier título".¹⁴⁴ Así mismo señalan, que dicho concepto se refiere a las operaciones de capital no reajustables pero aplicables a las ajustables, tratándose de una suma excedente del capital reajustado.¹⁴⁵

En una particular apreciación del interés, éste se considera como la retribución o utilidad, que se le entrega al acreedor en forma accesoria al cumplimiento de una obligación pactada.

Es así, que las concepciones a las que se hizo alusión respecto del interés, conforman un aspecto jurídico-económico, es por ello que no hay

¹⁴² Busso, Eduardo, citado por Villegas, Carlos Gilberto, Schujman Mario S., ob. cit. p. 81.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Idem.

que perder de vista la vinculación que tienen los conceptos económicos con los jurídicos, porque inevitablemente el interés refleja una situación económica en beneficio de supervivencia de las instituciones de crédito y un decremento económico para los deudores.

Los intereses son regulados fundamentalmente en los apartados de la ley civil correspondientes al mutuo y en el Código de Comercio en lo relativo al préstamo mercantil. Así, que el Código Civil Federal establece en su artículo 2394, que habrá dos tipos de intereses: El legal y el convencional, el primero será del 9% anual y, el segundo, no tendrá otros límites que los propios contratantes fijen.

Así también, en materia mercantil, no existe una regulación legal del interés legal, pues bien el artículo 362 del Código de Comercio indica que el 6% será aplicable a falta de interés convencional, esto se refiere a la mora en el pago, más no al interés ordinario.

4.2 LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES EN EL PACTO DE INTERESES.

Como bien se sabe, el acuerdo de voluntades o consentimiento, es por excelencia un elemento esencial para el nacimiento a la vida jurídica de todo contrato y específicamente del contrato de apertura de crédito, mismo que merece especial atención por ser el eje del presente análisis; en este sentido, no se debe perder de vista la gran importancia de este elemento, toda vez que

sí los sujetos que intervienen en la celebración de dicho contrato no exteriorizan su voluntad, por ende éste no existe.

De igual manera, así como el acreditante otorga su consentimiento para poner una suma de dinero a disposición del acreditado, también éste acuerda con plena voluntad restituir esa suma de dinero de la que dispuso, o en su caso cubrir oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, las prestaciones, gastos, comisiones y especialmente los intereses, es así que los contratantes otorgan su voluntad con pleno conocimiento, respecto de los intereses, es decir, los pactan de manera voluntaria.

Es el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que señala, la obligación que contrae el acreditado de pagar los intereses al acreditante, al disponer “...**quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen**”.

El autor Vergara Tejeda, señala que “en el convenio de intereses bancarios como en cualquier otro, siempre deberá existir un consentimiento y un objeto, y además, una formalidad, si se quiere que dicho convenio exista jurídicamente”.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Vergara Tejeda, Moisés, ob. cit. p. 525.

En atención a lo antes aludido, se puede deducir, que efectivamente es de vital importancia para que el contrato exista que se manifieste la exteriorización de la voluntad por parte de los sujetos que intervienen en la celebración del éste y a su vez también se considera indispensable, que se pacte expresa o tácitamente los intereses que le recaerán al crédito concedido, así también como la tasa porcentual.

Por su parte los teóricos argentinos Carlos G. Villegas y Mario Schujman, indican que debiera prevalecer que el interés debe ser libremente pactado entre las partes.¹⁴⁷

En efecto, debe considerarse de suma importancia, que así como los contratantes manifiestan su voluntad para la celebración del contrato, de igual manera deben exteriorizarla para convenir lo que a los intereses se refiere, estableciendo el porcentaje de la tasa y la forma de que éstos se pagarán.

4.3 LA FORMALIDAD ESCRITA EN EL PACTO DE INTERESES.

De acuerdo al desarrollo que se ha venido efectuando en el presente análisis, se ha observado, que el contrato de apertura de crédito, requiere para su existencia de ciertos elementos y que de igual manera, para que dicho contrato sea válido requiere de otros tantos requisitos de validez,

¹⁴⁷ Villegas, Carlos G. y Schujman, Mario, p. 117.

entre los que se encuentra la forma, elemento a través del cual se exterioriza la voluntad.

En atención a lo antes aludido el numeral 1832 del Código Civil Federal, señala que en los contratos civiles (mercantiles de acuerdo a lo señalado por el artículo 2 del Código de Comercio) cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse sin que para la validez del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley.

En esa tesitura, al saber que la exteriorización de la voluntad se puede llevar a cabo de forma expresa o tácita, en el contrato de apertura de crédito es indispensable que éste se eleve por escrito para que ambos contratantes manifiesten su voluntad en los términos que quisieron obligarse y en ese mismo sentido pacten también los intereses, así lo dispone el artículo 1803 del Código Civil Federal, al disponer "El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos..."

El hecho de que un contrato de apertura de crédito se lleve a cabo de manera escrita y que de esa misma manera se pacten los intereses, otorga ciertas garantías a las partes que en él intervienen, esto es, para el acreditante que una vez que le ha concedido al acreditado una suma de dinero, éste vea recuperada esa cantidad de dinero y sumado a ésta los intereses que convinieron.

Para el acreditado también se crean ciertas garantías, es decir, que lo pactado respecto de los intereses se haga de manera que no quede duda de que tales intereses corresponden al adeudo principal determinado en el contrato y que el porcentaje o tasa de ese interés se haga en términos claros y precisos, es decir, no exista duda alguna de la correlatividad entre el interés pactado y el crédito que se ha otorgado.¹⁴⁸

Así las cosas, es necesario que exista la exteriorización de la voluntad elevada a la forma escrita para el pacto de intereses, ya que si bien es cierto, que para el exacto cumplimiento del contrato de apertura de crédito o de cualquier otro, es necesario que éste se haga por escrito, no deja de ser menos cierto que el hecho de que se realice por escrito viene a constituir una medida de protección para las partes.

Por ejemplo, es en muchos casos como en la celebración del contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, que es necesario que además de constar por escrito, éste se eleve a escritura pública, como medida de salvaguarda del banco acreditante (ver artículo 2917 del Código Civil Federal).

Ahora bien, el hecho de que un contrato de apertura de crédito, conste por escrito y que esta manera constituya el cúmulo de obligaciones y derechos a las que se sometieron las partes, en ese sentido no debe pasar inadvertido la forma en que los intereses van a ser pagaderos y las medidas para el incumplimiento de ellos, por tal razón, en muchos contratos de apertura de crédito celebrados, se constituyen capítulos específicos a la manera en que

¹⁴⁸ Vergara Tejeda, Moisés, ob. cit. p. 529.

éstos se van a convenir, la tasa porcentual y en caso de retrasar el pago, el interés moratorio causado.

Los intereses correrán desde la fecha prevista en el pacto respectivo, a la fecha de inicio de la obligación principal, o posteriormente.

Dado que los intereses constituyen una obligación accesorio, no podría pactarse el pago de intereses sin que haya tenido lugar la transferencia o uso del capital por el deudor o se haya producido la causa generadora de su pago.¹⁴⁹

Antes de abordar el tema de los intereses se ha considerado resaltar lo que se refiere a los daños y perjuicios, esto derivado del incumplimiento de una obligación y en el tema en particular por lo que se refiere al pago de intereses que tiene que cubrir el acreditado en virtud de haberlo celebrado en el contrato o por la morosidad en la que haya incurrido.

En esa tesitura el daño, se considera como pérdida o menoscabo de bienes que están ya en poder de la víctima.¹⁵⁰

El perjuicio, se considera que es la privación de bienes que habrían de entrar al poder de la víctima y que ésta deja de percibir por efecto del acto dañoso.¹⁵¹

¹⁴⁹ Villegas, Carlos G. y Schujman, Mario, ob. cit. p. 121.

¹⁵⁰ Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 246.

¹⁵¹ Idem.

Es importante anotar lo que aduce el maestro Bejarano Sánchez con respecto al daño cuando menciona “No basta una conducta antijurídica y culpable para generar obligaciones; se necesita, además, un daño. Mientras una acción contraria a Derecho y errónea no produzca una pérdida para otra persona, las obligaciones no surgirán. Es el daño el que establece el vínculo de Derecho entre el autor del hecho ilícito y la víctima del mismo: sin él no hay ilícito civil; el daño “crea” al acreedor”.¹⁵²

Por su parte el doctrinario Rojina Villegas, señala que el daño puede ser patrimonial o moral y en el entendimiento de que para desarrollar el presente apartado es importante sólo lo que concierne al daño patrimonial, en virtud de que éste implica todo menoscabo sufrido en el patrimonio por virtud de un hecho ilícito, así como la privación de cualquier ganancia que legítimamente la víctima debió de haber obtenido y no obtuvo como consecuencia de ese hecho.¹⁵³

Una vez observado lo que expone la doctrina, es conveniente no olvidar lo que la legislación civil federal argumenta respecto del daño y del perjuicio, es así que en esa tesitura el artículo 2108 expresa:

“Se entiende por daños la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación”

¹⁵² Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit. p. 247.

¹⁵³ Rojina Villegas, Rafael, ob. cit. p. 300.

Por su parte el precepto 2109 expone lo que se refiere a perjuicio:

“Se reputa perjuicio la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación”

En consideración a lo antes expuesto, es prudente no olvidar que una vez que el deudor se obliga a restituir en un determinado momento la cantidad que le fue concedida en crédito, es decir a cumplir con la obligación que adquirió y no lo hace de esa manera provoca un daño al acreedor, en virtud de su incumplimiento, es así que en esa circunstancia tendrá la obligación de resarcir los daños y perjuicios que su incumplimiento origine, así lo dispone el numeral 2104 al mencionar lo siguiente:

“El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

- I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;**
- II. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.**

El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el sólo hecho de la contravención.

Es así que en esa tesitura y una vez que se incumple con la obligación, al pago de los intereses moratorios vendría a ser el equivalente de los daños y perjuicios además, de lo convenido entre las partes.

4.4 LOS INTERESES ORDINARIOS.

Una vez analizado lo que se refiere a los daños y perjuicios, se considera pertinente abundar en lo que a los intereses ordinarios se refiere para posterior enfatizar a los intereses moratorios, en ese orden de ideas cabe destacar que los intereses ordinarios, no son más que la retribución entregada al acreedor en accesorio al cumplimiento de la obligación, mismos que representan los frutos civiles del capital.¹⁵⁴

Los intereses ordinarios son regulados fundamentalmente en los apartados del Código Civil Federal, en lo que corresponde al mutuo y en el Código de Comercio en lo relativo la préstamo mercantil, el artículo 2394 del primero de los ordenamientos citados, señala la existencia de dos tipos de interés: el convencional y el legal.

¹⁵⁴ Villegas, Carlos G. y Schujman, Mario, ob. cit. p. 133.

El autor Vergara Tejeda, aduce como naturaleza jurídica de los intereses ordinarios, que éstos "representan una prestación accesoria a la obligación principal, el derecho a los intereses es un derecho de accesión que el propietario de un capital puede reclamar como propio".¹⁵⁵

INTERESES ORDINARIOS Y MORATORIOS. SU DISTINCIÓN. Se debe diferenciar el concepto de intereses ordinarios devengados o réditos caídos, con el de intereses moratorios, consistente tal diversificación en la circunstancia de que aquéllos se devengan a cargo del deudor durante el lapso comprendido desde la fecha de suscripción del documento en que se obliga o disfruta de un crédito, hasta el vencimiento del mismo; en tanto que, los segundos, tienen lugar a virtud del incumplimiento del pago del adeudo, computándose a partir de que vence dicho documento, hasta pagarse el débito.

SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 8526/98. Super Auto Mercado, S.A. de C.V. 9 de diciembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Adalid Ambriz Landa. Secretaria: María Teresa Covarrubias Ramos.

Novena Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

¹⁵⁵ Vergara Tejeda, Moisés, ob. cit. p. 522

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VII, Junio de 1998

Tesis: III.3o.C. J/16

Página: 524.

En resumen los intereses ordinarios los fijan las partes de común acuerdo, mismos que pueden ser causados en razón del contrato mismo, los cuales pueden ser mayores o menores que el interés legal.

4.5 LOS INTERESES MORATORIOS.

La mora, es "el retardo injustificado del deudor en el cumplimiento de su obligación".¹⁵⁶

Estos intereses son los que debe pagar el deudor como indemnización por el atraso en que ha incurrido.

Es una forma de reparar el daño sufrido por el acreedor ante el cumplimiento tardío del deudor o su incumplimiento.¹⁵⁷

El doctrinario Busso, "expresa que los intereses moratorios no son una indemnización sustitutiva del incumplimiento total, sino una reparación

¹⁵⁶ Vergara Tejeda, Moisés, ob. cit. p. 534.

¹⁵⁷ Villegas, Carlos G. y Schujman, Mario, ob. cit. p. 135.

integrativa en razón del incumplimiento tardío, que en cierta medida, es una forma de incumplimiento.¹⁵⁸

Este tipo de intereses tiene una naturaleza indemnizatoria, señalan los autores argentinos y continúan señalando, que "son la forma de indemnización específica que corresponde al retardo en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, indemnización que tiene las siguientes particularidades:

- a) Se fija con independencia del daño realmente sufrido por el acreedor.
- b) Es procedente aun cuando el acreedor no haya sufrido ningún perjuicio.¹⁵⁹

En conclusión, se establece que los intereses moratorios se pagan en consecuencia de un retardo en el cumplimiento de la obligación y son a título de la reparación a los daños y perjuicios causados por ese retraso.

¹⁵⁸ Busso, citado por Villegas, Carlos G. y Schujman, Mario, ob. cit. p. 135.

¹⁵⁹ Villegas, Carlos G. y Schujman, Mario, ob. cit. p. 136.

CAPÍTULO V

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA EXISTENCIA O NO DEL ANATOCISMO EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO.

5.1 CONCEPTO DE ANATOCISMO.

La palabra anatocismo, cuyo origen se remonta a la antigüedad del derecho, hoy surge como un tema polémico para la sociedad mexicana de banqueros y deudores; el tema en sí mismo jurídicamente se antepone, pero su proyección se dificulta al haberse legitimado su práctica a través de la decisión del Pleno de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Se habla de que en el derecho romano clásico, el mutuo o préstamo eran figuras jurídicas consideradas como negocios gratuitos que no generaban más obligación que la de devolver la cantidad prestada. Los intereses sólo se debían si se estipulaban, es decir, si se prometían formalmente. Los intereses se conciben hasta nuestros días por el uso del dinero otorgado en crédito, de ahí que se le denominará “usuras” (*usurae*). Las leyes lo fijaban como un interés legal máximo, que en la época clásica llegó a ser de 1% mensual. Posteriormente el jurisconsulto Justiniano lo redujo, en términos generales, al 6% anual.¹⁶⁰

En esa situación en que hay un interés máximo fijado por las leyes, se hacían necesarias otras prevenciones para evitar el fraude a la ley.

¹⁶⁰ Adame Goddard, Jorge. *REVISTA DE DERECHO PRIVADO*. Serie Jurídica, Año 9. No. 27, septiembre-diciembre, México 1998, p. 150.

Por eso, por tal razón se considera que la suma de intereses que se pueden cobrar no puede exceder, en ningún caso, del importe del capital; es decir si se pagaba el exceso, podía repetirse como pago de lo no debido. Además, se impide que los intereses ya vencidos ya vencidos y no pagados devenguen nuevos intereses, y se prohíbe la estipulación adelantada para que devengaran intereses. En este sentido, el jurisconsulto Justiniano reforzó esta prohibición impidiendo que los intereses vencidos se capitalizaran incluso con el consentimiento del deudor.¹⁶¹

Para poder realizar un análisis respecto del anatocismo, se tuvo a bien considerar algunas connotaciones, respecto de este tema, mismas que se estudian a continuación:

“Anatocismo. Del griego *aná*, reiteración, *tokimós*, acción de dar interés.

En el lenguaje jurídico al anatocismo se le designa como el pacto por el cual se conviene pagar intereses de intereses vencidos y no satisfechos.

No debe confundirse, sin embargo, con la estipulación de una elevación de interés, para el supuesto de la simple mora, en cuyo caso consiste en una cláusula penal, al hecho de exigir réditos por los intereses, que con tal fin se agregan al capital, mismos que constituyen, en verdad, la formación de un interés compuesto, ya que se consideran los intereses devengados como nuevo capital, que rinde a su vez los suyos. Esta forma de

¹⁶¹ Adame Goddard, Jorge, ob. cit. p. 50.

usura es de los más frecuente, y ha sido reconocida bajo ciertas condiciones en forma legal.¹⁶²

“... *ANATOCISMO*. Es la capitalización de los intereses, de modo que sumándose tales intereses al capital originario pasan a reeditar nuevos intereses. Es también denominado interés compuesto”.¹⁶³

Lo expresado con anterioridad, constituye evidentemente una situación de suma importancia, en virtud de que anteriormente al analizar el tema del interés, se logró observar la existencia del manejo dentro de los contratos de apertura de crédito de una cláusula penal, mismo que constituye un excesivo interés en el supuesto de que el deudor incurra en mora, ahora bien, retomando el tema del anatocismo, se hace alusión a que esta figura, se le conoce también como interés compuesto, en virtud de la capitalización que existe de los intereses, ya que éstos se le suman al capital original.

“Cuando la suma del dinero no pagada por el deudor al vencimiento consiste en intereses producidos por un capital, la reparación debida al acreedor adopta a su vez otros intereses, los intereses no pagados producen a su vez otros intereses, como si constituyeran un nuevo capital. Esa capitalización de los intereses o anatocismo puede resultar, tanto de un pacto concertado entre deudor y acreedor, como de una demanda judicial formulada con posterioridad al vencimiento. Ambos casos vienen equiparados por la ley y se sujetan a una reglamentación especial”.¹⁶⁴

¹⁶² Voz Osorio y Florit, Manuel, *ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA*, Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires, Argentina, p. 687.

¹⁶³ *DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO*, ob. cit. p. 149.

¹⁶⁴ Planiol, Marcelo, citado por Fentanes Méndez, César, *REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LA NULIDAD Y LA VALIDEZ DEL PACTO DE ANATOCISMO*, Editado por César Fentanes Méndez, Texas, Estados Unidos 1998, p. 10.

Continuando en la misma línea y en atención a la definición del anatocismo, el doctrinario Georges Ripert, señala, "... Se llama anatocismo a la capitalización de los intereses que los hace a su vez productivos de intereses como si fuese un capital, a medida de que llegan a su vencimiento".¹⁶⁵

Por su parte el jurista Castan Tobeñas, indica, que "... Se da el nombre de anatocismo al hecho de que los intereses ya vencidos se incorporen al capital y produzcan, en consecuencia, a su vez, nuevos intereses".¹⁶⁶

En esa tesitura el teórico Busso argumenta, "cuando una deuda accesoria de intereses, que ha nacido de la productividad, asignada a una deuda principal de capital, se convierte ella misma, y en las relaciones entre acreedor y deudor, en capital, para dar de sí nuevos intereses. Es en síntesis, la capitalización de los intereses entre acreedor y deudor..."¹⁶⁷

De igual manera el autor Llambias, expresa, que "anatocismo es la capitalización de los intereses, o interés compuesto, de modo que agregándole tales intereses al capital originario, pasan a reeditar nuevos intereses."¹⁶⁸

Se han visto algunas definiciones que brindan distintos autores, mismas que en esencia señalan que el anatocismo no es más que una

¹⁶⁵ Ripert, Georges, citado por Fentanes Méndez, César, ob. cit. p. 17.

¹⁶⁶ Ibid. p. 19.

¹⁶⁷ Villegas, Carlos G. y Schujman, Mario, ob. cit. p. 147.

¹⁶⁸ Idem.

capitalización de intereses, los cuales se incorporarán al capital, para que ambos constituyan nuevos intereses, originando así un interés compuesto.

Finalmente, también se ha señalado, que existen dos tipos de anatocismo:”a) El *anatocismus conjunctus* que importa capitalización de interés ordinario al capital para hacerlo producir otros intereses, y b) El *antocismus separatus*, o sea la formación de un capital con intereses devengados para a su vez hacerlos producir nuevos intereses”.¹⁶⁹

5.2.1 CONCEPTO DE USURA Y SU DIFERENCIA CON EL ANATOCISMO.

“Usura. I. Concepto. En su primera acepción, la usura consiste en el interés que se cobra por el dinero en el contrato de préstamo es el precio por el *usus* del capital.

La usura constituye el interés excesivo sobre un préstamo, es considerada como todo negocio jurídico en el cual alguien, explotando el estado de necesidad, ligereza, inexperiencia o debilidad ajena, se hace prometer una prestación excesiva en relación a la que entrega o promete”.¹⁷⁰

En ese orden de ideas, destaca un concepto de interés excesivo cobrado por una cantidad prestada, “concepto que se remonta a los tiempos de

¹⁶⁹ Villegas, Carlos G. y Schujman, Mario, ob. cit. p. 148 y 149.

¹⁷⁰ *ENCICLOPEDIA JURIDICA QMEBA*, ob. cit. p. 784.

los romanos, cuando por ley la parte que faltaba a un contrato debía pagar una compensación al prestamista.

Así también se menciona, que los abogados medievales utilizaban la táctica legal de *domna et interesse* para obtener dicha compensación. Así los intereses se volvieron un cargo por la utilización del dinero (bajo el disfraz de indemnización por faltar a un contrato).¹⁷¹

Se había considerado, que "la usura era un equivalente de interés, era lucro percibido en el contrato de mutuo. En el derecho de Roma, al precio obtenido por el uso del dinero, tanto se llamaba interés como usura, viniendo a ser sinónimos estos dos vocablos. Pero, andando los tiempos, la voz usura quedó reservada para indicar el interés excesivo, el lucro abusivo, obtenido por el dinero. Y aun generalizando, ha venido a designarse con tal palabra toda injusticia en cualquier contrato, toda opresión y exacción obsesiva del prójimo, aprovechándose de su necesidad para enriquecerse. Hoy se entiende por usura, no sólo el interés que rebasa de tipo que se considera normal, sino todas las maniobras empleadas por el acreedor para abusar de su deudor."¹⁷²

En consecuencia, se estima, que la usura en sus inicios se consideraba un equivalente al interés, posteriormente sólo se asemeja al uso excesivo de los intereses.

¹⁷¹ North, Douglass C., Leroy Miller, Roger, ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA USURA, EL CRIMEN, LA POBREZA, ETCÉTERA, Editorial Fondo de Cultura Económica, traducción de Linda Moscona Barón, Primera Edición en español, México D.F. 1976, p. 53.

¹⁷² Valles Pujals, J., ob. cit. p. 84.

En conclusión, si el anatocismo capitaliza intereses para que produzcan nuevos intereses, desde un punto de vista muy particular se asemeja a la usura que viene a ser un cobro excesivo de intereses. Sin embargo, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante jurisprudencias emitidas en contradicción de tesis en sesión de Pleno de fecha 7 de octubre de 1999 (Véase Anexo) ¹⁷³, interpretando el artículo 363 del Código de Comercio, aplicando como regla general a todos los contratos mercantiles, consideró legal la figura del anatocismo.

Con independencia de lo anterior a continuación se mencionan algunas diferencias entre el anatocismo y la usura.

Se ha tratado, al anatocismo y a la usura, como dos temas diferentes, pero se ha vislumbrado que ambas practicas son ilícitas, toda vez que en la esfera jurídica, se ha venido exteriorizando tal situación.

En un principio se habló, que el anatocismo, consiste en una capitalización de intereses, en virtud de que una vez que éstos se han generado, constituyen nuevos intereses, que se suman la capital original, de ahí que exista un aumento disparado de ese capital, una vez que se le han sumado eso nuevos intereses generados, por lo que en esa tesitura, se puede considerar un vínculo estrecho entre con el concepto de usura, ya que existe un desmesurado cobro de la cantidad dada en préstamo.

¹⁷³ IUS 9, Suprema Corte de Justicia de la Nación, JUSPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS 1917-1999, Coordinación General de Compilaciones y Sistematización de Tesis.

Así las cosas, se considera que ambas prácticas tienen muchas similitudes, por tanto se considera que no existe diferencia alguna, en virtud de que la capitalización de intereses origina que la cantidad de dinero que fue concedida en razón del crédito solicitado, se elevará cuantiosamente y que será un interés sumado al capital, en el cual se dificultará su pago por parte del acreedor.

Por otro lado, también se ha mencionado que el anatocismo es la obtención de una doble usura, toda vez que se pacta el interés normal u ordinario sobre el uso del capital, en ese sentido la institución de crédito o acreditante, obtiene un fruto del dinero prestado, lo que constituye una usura, y cuando ese interés se genera por el solo transcurso del tiempo y no se paga, lo que se conviene es que se convierta en capital y así genere a su vez intereses ordinarios, lo que constituye otra usura, obteniendo así una doble usura de un capital prestado.¹⁷⁴

5.3 CAPITALIZACIÓN DE INTERESES.

Se ha afirmado en el desarrollo del presente capítulo los temas relativos al cobro excesivo de intereses sobre esos mismos intereses, dicho en otras palabras, al interés compuesto o anatocismo, práctica que se ha venido llevando a cabo en los contratos de apertura de crédito.

En principio cabe destacar que la capitalización de intereses debe ser atendida en el momento que se origina, para ello, es necesario no olvidar la

¹⁷⁴ Vergara Tejeda, Moisés, ob. cit. p. 544.

importancia que se reserva dicha figura, en razón de que es a través de la capitalización de intereses, en que se ve lesionado de manera considerable el patrimonio del deudor en la celebración del contrato de apertura de crédito.

La capitalización, en un sentido propiamente gramatical atiende a la obtención de una ventaja de algo o valorar el capital por la renta que produce.

La capitalización de intereses en los contratos de apertura de crédito se incorpora en un clausulado específico, así lo expresa el jurista Vergara Tejada; y concluye diciendo en algunas ocasiones la capitalización de intereses se simula con créditos conexos, que el mismo banco otorga para el pago de dichos intereses que se generan del crédito principal, mismos que a su vez generan nuevos intereses y en otras ocasiones en forma abierta se pacta que esos intereses que (mensualmente, semestralmente, etc.) se vayan devengando y se agreguen al capital para que a su vez generen el interés ordinario pactado.¹⁷⁵

Este tipo de pacto es el que ha sido duramente criticado por sobre todo por algunos litigantes defensores de los deudores de la banca, quienes en todo momento califican de ilegal dicho pacto.

Se advierte que la capitalización de intereses crea el anatocismo, el cual se caracteriza por el cobro de intereses, es decir ese interés compuesto del que ya se habló se genera por el transcurso de tiempo y al no pagarse

¹⁷⁵ Vergara Tejada, Moisés, ob. cit. p. 543.

forma parte del capital y así genera nuevos intereses, constituyendo de esa manera una capitalización de intereses la cual se encuentra prohibida por el artículo 2397 del Código Civil Federal, mismo que dispone:

“Las partes no pueden, bajo la pena nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y produzcan intereses”.

La transcripción precedente pone de manifiesto la prohibición de la capitalización de intereses que dispone la legislación civil federal, pero no hay que perder de vista que en materia de bancos, se debe atender primeramente a lo establecido en las leyes mercantiles, establecido de esa manera en el artículo 6 de la Ley de Instituciones de Crédito, razón por la cual es conveniente apuntar que el artículo 363 del Código de Comercio, es un precepto de la legislación mercantil que sí autoriza la capitalización de intereses, por lo que en ese sentido se atiende a lo aducido por dicha legislación, por el contrario de la civil.

En ese orden de ideas, no es aplicable a los contratos de apertura de crédito lo establecido por el artículo 2397 del Código Civil Federal, en razón de tratarse de actos jurídicos establecidos por un sujeto el cual se encuentra contemplado en el artículo 75 del citado Código de Comercio, pero no hay que olvidar, que sí bien es cierto el artículo 363 de la citada legislación autoriza dicha capitalización, lo cierto es también, que lo enfoca desde el punto de vista del préstamo mercantil y no propiamente del contrato de apertura de crédito.

Así las cosas, se tuvo a bien considerar realizar un análisis del numeral en comento, para que en ese sentido se logre observar que no a todas las operaciones de crédito corresponde dicha aplicación.

5.4 INTERPRETACIÓN JURÍDICA DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO.

En primer término se ha aludido a que el numeral al que se está haciendo referencia y que se pretende analizar, es aplicable al préstamo mercantil, contenido en el Código de Comercio, ahora bien, es de suma importancia realizar dicho análisis, para que en ese sentido se observe la aplicabilidad que éste tiene en los contratos de apertura de crédito.

El artículo 363 dispone lo siguiente:

“Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán sin embargo capitalizarlos”.

En atención a lo antes transcrito, se puede observar que dicho precepto se estructura de cuatro elementos, los cuales son:

PRIMERO.- Los intereses deben ser vencidos.

SEGUNDO.- Tales intereses vencidos no deben ser pagados.

TERCERO.- Los intereses vencidos y no pagados no producirán nuevos intereses.

CUARTO.- Los intereses podrán ser capitalizados, siempre y cuando las partes así lo manifiesten.

Del primer elemento resalta, que los intereses deberán estar vencidos para poderse capitalizar, es decir, sí no se han vencido por ende no pueden capitalizarse.

El segundo elemento establece, que los intereses vencidos, no deberán estar tampoco pagados, es decir, también requiere de la condición de que los intereses vencidos no hayan sido pagados.

Se señala en el tercer elemento, que los intereses vencidos y no pagados, no producirán nuevos intereses, siempre y cuando las partes exterioricen su voluntad para capitalizarlos, concluyendo con el cuarto de los elementos, en que se dividió el multicitado artículo 363.

Dicha norma mercantil, permite que respecto de los intereses vencidos y no pagados, las partes puedan acordar su capitalización, lo que significa que no permite que las partes acuerden la capitalización de los

intereses no vencidos, de modo que el Código de Comercio claramente permite el pacto posterior de anatocismo, pero no se refiere expresamente al pacto anticipado por lo que aplicado el método de interpretación a contrario sensu debe concluirse lógicamente y jurídicamente que se prohíbe el pacto anticipado y también permite el pacto posterior, que son dos de las hipótesis de su realización; y siendo que el efecto del anatocismo sólo se puede producir por acuerdo de las partes.

Sin embargo, por esa aparente obscuridad y por lo escueto de la norma, pudiera ser que el acreedor pretendiera la validez del pacto de capitalizar los intereses futuros, es decir, hacer el convenio de capitalización antes de que los intereses estén vencidos y no pagados; y también pudiera ser contrario que el deudor pretendiera la nulidad del pacto o convenio hecho en forma anticipada a la existencia de intereses vencidos y no pagados.

La ley parece validar así la práctica bancaria, pero hay que tomar en cuenta que la ley exige el acuerdo de voluntades para realizar la capitalización, así debe entenderse la expresión “**los contratantes podrán**”. De esta manera, el acuerdo de capitalización no puede realizarse de modo anticipado, ni convenirse de antemano la capitalización de intereses.

En efecto, se deduce de lo anotado con anterioridad que dicho numeral plantea dos supuestos, el de la confirmación de la prohibición general del pacto de anatocismo o cobro de interés compuesto y un segundo supuesto el de la posibilidad, en materia mercantil, de prever, como caso de excepción y acto posterior o futuro, la capitalización de dichos intereses.

Así también, se puede concluir, que el precepto en estudio, puede determinar tres supuestos importantes:

- i. La estipulación de las partes en cobrar intereses.
- ii. Prohibición de que los intereses vencidos y no pagados generen intereses.
- iii. Posibilidad de que los contratantes exterioricen su voluntad para pactar que los intereses se capitalicen.

La estipulación de las partes en cobrar intereses.

En este primer supuesto, no hay mayor dificultad para entender lo que se refiere al pacto de estipular que se cobren intereses por el crédito concedido, ya que desde siempre ha sido una práctica el cobrar un interés por el uso de dinero, así como las formas de pactar su pago, como la tasa de interés, pero ésta ha variado con el transcurso del tiempo, que va desde la forma más sencilla, tal como la establece la ley o la más compleja a nuestro parecer, con una simulación que se encuentra en los contratos de apertura de crédito, que va desde un interés ordinario, un moratorio o hasta un penal.

En virtud de las transformaciones económicas, mismas que han repercutido en todas las áreas y muy severamente en los mercados financieros, que han sido los más afectados, han ocasionado el incremento desproporcionado de las tasas de interés que agobian a todos los sujetos de

crédito en el mérito de descifrar el contenido y alcance de las cláusulas que son incomprensibles para la gran mayoría de los contratantes.

Prohibición de que los intereses vencidos y no pagados generen intereses.

En este supuesto, se está en presencia de una prohibición que la misma ley marca, en virtud del cobro de intereses por intereses vencidos y no pagados, que crea un cobro indebido de los mismos, el cual se encuentra simulado y los acreditados no lo saben o más bien es tan compleja su comprensión, que no permite conocer con exactitud el cobro anticipado que se está llevando a cabo de los intereses vencidos y no pagados, es decir, los acreditantes para cubrir esa ilícita práctica y para el caso de que no sean pagados los intereses del período correspondiente por el uso del crédito cobran intereses moratorios, los cuales se cobran en adición a los intereses ordinarios y son cobrados al siguiente plazo y por consiguiente, seguirán generando otros intereses por el tiempo que dure la mora.

Se ha visto en la práctica bancaria, para encubrir el cobro indebido de intereses de los intereses vencidos y no pagados, se les ha nombrado "intereses moratorios o pena convencional".

Posibilidad de que los contratantes exterioricen su voluntad para pactar que los intereses se capitalicen.

En este último supuesto, se observa que lo señalado en el precepto en estudio, los contratantes tienen la aptitud de capitalizar los intereses, pero para ello debe existir necesariamente un acuerdo o convenio de los contratantes donde se estipule su capitalización, pero para que dicha capitalización sea lícita debe ser clara y precisa, situación que en la práctica bancaria no se da.

5.5 EFECTOS DE LA EXISTENCIA O NO DEL ANATOCISMO EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO.

Sin duda alguna, el tema del anatocismo o bien, de la capitalización de intereses, ha causado , todavía, gran expectativa entre bancos y deudores, sin embargo, sólo uno de estos sujetos se ha visto beneficiado por la legitimación que se le ha dado a esa práctica.

En ese sentido, se ha tenido a bien considerar que el préstamo o transferencia del uso temporal del dinero se facilita que facilita el sujeto quien tiene el dinero a quien lo necesita por algún tiempo, es una práctica que ampliamente se ha venido difundiendo a lo largo de la historia crediticia.

Ahora bien, en el razonamiento de que existen dos tipos de préstamos, ha sido necesario distinguirlos; el primero, son los puramente civiles, en el cual un sujeto prestaba cierta cantidad de dinero a otro, quien se obligaba a devolverla en cierto plazo, con un pago adicional (interés), situación que se encontraba regulada propiamente por las normas propias del derecho civil.

Por lo que corresponde al segundo tipo de préstamo, éste se configura cuando ese préstamo se realiza a través de un comerciante y busca un lucro, convirtiéndose así en una relación contractual de naturaleza mercantil y subsidiariamente por el derecho civil.

Ahora bien, es importante añadir, que el otorgamiento que una institución de crédito otorga a un sujeto de un crédito para que en determinado plazo lo restituya más los intereses convenidos, constituye así una actividad bancaria en la cual el Estado interviene para controlarla evitando así los abusos y los excesos, así como para reducir la quiebra de los banqueros frente a la insolvencia provocada por los deudores.

Se ha constatado, que una de las prácticas jurídica y moralmente condenada en el ejercicio de la banca fue y lo ha sido la usura, el abuso del banquero sobre el deudor, es así como el anatocismo se ha convertido en un mecanismo que es condenado en razón de que si bien el interés normal se justificaba como la contraprestación por la utilización temporal del dinero concedido en crédito, no existía ninguna contraprestación que justificara el cobro de un banquero de "intereses sobre intereses", así también esa práctica anatocista se considera como una práctica bancaria que reduce la solvencia de la posible clientela y empobrece a quienes son beneficiarios de los préstamos bancarios y de esa manera se convierte en un factor en contra de la economía.

Ahora bien, una vez que se emitieron los conceptos de interés, interés compuesto, o bien intereses sobre intereses, que es la capitalización de los mismos, y que conllevan a prácticas que se pueden desvirtuar hasta ser

consideradas como ilícitas (usura); se establecerá en el presente análisis cuáles son los efectos que tienen dichas prácticas, entre las partes que intervienen en la celebración de un préstamo, y en el caso que nos ocupa, de la contratación de un crédito, con la consecuencia de tener que establecer un pago por el uso del dinero otorgado en préstamo y que constituye de manera genérica un interés.

Pero no se considera, que el pacto de intereses pueda traer como consecuencia efectos negativos; más sin embargo tratándose de el pacto anticipado de capitalizar intereses, es decir, anatocismo, si se considera que puede traer efectos negativos para las partes contratantes, es decir, cuando se celebra un contrato de apertura de crédito, con una institución bancaria, como son los siguientes:

Uno de los principales efectos que se considera es que, en primer lugar los contratos celebrados con las instituciones bancarias, en los cuales se pacta la capitalización de intereses, es precisamente que dichos créditos resulten irrecuperables, para el acreditante, puesto que a través del crecimiento exponencial de los intereses pactados, los acreditados se ven imposibilitados para cubrirlos, no obstante que se puedan establecer en dichos contratos garantías accesorias a los mismos, como son las prendarias e hipotecarias, en las cuales el acreditado garantiza con su patrimonio, es decir, sus bienes muebles o inmuebles el pago del crédito; pero llega a crecer de tal manera la deuda contraída, que en muchas ocasiones, ni siquiera haciendo efectivas las garantías otorgadas por los acreditados, se llega a cubrir el crédito con sus respectivos intereses, teniendo como consecuencia, el crecimiento de una cartera de deudores en la institución de crédito, y unos

créditos que en la mayoría de la veces no podrán ser recuperados por esos organismos crediticios, trayendo gravosas pérdidas.

El segundo efecto, que se puede mencionar y que es acorto plazo, es de que los acreditados, eviten solicitar algún préstamo a una institución de crédito, por las consecuencias anteriormente referidas, es decir en la medida de lo posible los potenciales clientes tratarán de evitar a toda costa el solicitar créditos a las instituciones bancarias, desvirtuando con ello su principal finalidad.

Otro efecto que se puede considerar es que, los acreditados tendrán que acudir ante las autoridades judiciales para demandar la nulidad de aquellas cláusulas que se hayan establecido en los contratos de apertura de crédito que se consideran ilícitas, por los pactos anticipados en la capitalización de intereses.

Estos son sólo algunos de los efectos que se consideran que ocasiona el hecho de que se establezcan en los contratos de apertura de crédito el pacto anticipado de capitalizar intereses.

Ahora bien, se considera que se debe buscar un equilibrio, entre el acreditante y el acreditado en la medida de lo posible, porque en primer lugar no se puede eliminar el pacto de intereses en los contratos de apertura de crédito, puesto que precisamente si se otorga un crédito, se debe pagar cierta cantidad por el uso que se le da a dicho crédito, pero dicha "contraprestación" que se puede señalar, debe ser equitativa y no así gravosa

para el acreditado, y tampoco mínima para el acreditante, es decir debe de haber una proporcionalidad, para que dichos contratos resulten benéficos y atractivos para ambas partes.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- Con el surgimiento del derecho comercial, el crédito aparece como fuerza creadora de riqueza, el crédito da un paso agigantado y se comienza a practicar el descuento de documentos, situación posible a través de la figura del endoso, lo que permite que se difundan los títulos de crédito, movilizand así la riqueza.

SEGUNDA.- El crédito surge como un factor que lo distingue del cambio, por lo que en este sentido es indispensable el tiempo, toda vez que después de un determinado plazo se efectuará la devolución de la cosa entregada, ya sea en dinero o en especie.

TERCERA.- La operación de crédito y la operación bancaria son actos jurídicos, la primera se caracteriza por ser un acto de comercio en el que no necesariamente interviene para su celebración, una institución de crédito; y por lo que corresponde a la operación bancaria, ésta se considera como un contrato realizado por la institución bancaria en desarrollo de su actividad profesional y para la consecución de sus propios fines económicos. Las operaciones bancarias son operaciones de crédito, pero no toda operación de crédito es una operación bancaria.

CUARTA.- Son dos los momentos importantes y trascendentes para el sistema bancario en México, 1982 y 1990, el primer momento se caracteriza por ser la expropiación de la banca privada por parte del gobierno federal; en el Decreto expropiatorio, se encontraron una serie de conflictos, los cuales

iban desde la falta de precisión terminológica, hasta el objeto materia de la expropiación. Para 1990 se inicia un proceso de desincorporación y privatización bancaria, se reforma el artículo 28 Constitucional, lo que permite que haya una inversión extranjera, situación que origina grandes utilidades, que posteriormente se convertirían en dificultades, por lo que no hay que olvidar, la crisis económica por la que atravesó el país en 1994, en virtud de que los bancos, desde el inicio de la reprivatización, actuaron de modo imprudente, expandieron irresponsablemente los créditos y establecieron mecanismos tramposos para la capitalización de intereses, reconociendo también que muchos deudores actuaron también con imprudencia.

QUINTA.- Los fines de la privatización de la banca en México, se resumen en dos: el servicio de ésta y el crédito como una actividad de interés general y por último, la actividad bancaria seguiría regida por el Estado, con organismos de vigilancia y normas de aplicación estricta.

SEXTA.- El contrato mercantil, es considerado como el acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones y preponderantemente los sujetos que en él interviene son los que realizan uno de los actos contemplados en el artículo 75 del Código de Comercio.

SÉPTIMA.- En el contrato mercantil, como en cualquier otro prevalecen los elementos de consentimiento y objeto, aún cuando excepcionalmente también puede darse el elemento de la solemnidad; así también para que este contrato sea válido requiere de ciertos requisitos tales como, la capacidad, la licitud en el objeto, la forma y la ausencia de vicios en el consentimiento.

OCTAVA.- En el contrato de apertura de crédito prevalece la suma de dinero concedida por la institución de crédito, llámese también acreditante, al acreditado, para que éste a su vez en un término convenido restituya esa cantidad proporcionada, más los intereses pactados en forma escrita, prestaciones, gastos y comisiones.

NOVENA.- Se considera que dentro de las principales obligaciones que tiene el banco acreditante, se encuentra la de conceder el crédito, es decir colocar a disposición del acreditado una suma de dinero, misma que le serán sumados los intereses que ambas partes convinieron, por su parte la principal obligación del acreditado, se encuentra la de restituir la cantidad que le fue concedida en crédito y claro está, con los intereses pactados, prestaciones, gastos y comisiones.

DÉCIMA.- El interés es considerado como una retribución o utilidad, entregada al acreedor en forma accesoria al cumplimiento de la obligación pactada.

DÉCIMA PRIMERA.- No existe mayor dificultad para entender lo que se refiere al pacto de estipular que se cobren intereses por el crédito concedido, ya que desde siempre ha sido una práctica el cobrar un interés por el uso de dinero, así como las formas de pactar su pago y la tasa porcentual, situación que ha variado por el transcurso del tiempo, que va desde la forma más sencilla, tal como la establece la ley (interés legal), o la más compleja con una simulación, que constituye desde un interés ordinario, un moratorio o hasta un penal.

DÉCIMA SEGUNDA.- Los intereses ordinarios representan una prestación accesoria a la obligación principal y los moratorios son los que debe pagar el deudor como indemnización por el atraso culpable en que ha incurrido en el cumplimiento de una obligación.

DÉCIMA TERCERA.- El anatocismo es una práctica por la cual existe una capitalización de intereses, los cuales se incorporan al capital original, para así constituir nuevos intereses, el anatocismo es también llamado interés compuesto.

DÉCIMA CUARTA.- El concepto de usura establece un vínculo muy estrecho con el concepto de anatocismo, en virtud de que en ambos casos existe un desmesurado cobro de intereses por la cantidad concedida en crédito.

DÉCIMA QUINTA.- Se contempla que la capitalización de intereses crea una práctica anatocista, caracterizada por el cobro excesivo de intereses sobre los intereses ya devengados.

DÉCIMA SEXTA.- La legislación civil federal prohíbe que se realice como pacto anticipado la capitalización de intereses y así también lo establece el Código de Comercio, pero ambos ordenamientos regulan la práctica de capitalización posterior, pero en esta última se señala que será así siempre y cuando las partes así lo convengan.

DÉCIMA SÉPTIMA.- Una vez que han sido capitalizados los intereses, resulta ser irrecuperable el crédito, en virtud de verse impedidos económicamente los acreditados para cumplimiento del contrato.

DÉCIMA OCTAVA.- Los acreditados ven perder muchas veces su patrimonio, debido al excesivo cobro de intereses, más aún los acreditantes observan que el dinero que una vez otorgaron en crédito no lo verán recuperado y por ende estarán frente a gravosas pérdidas.

DÉCIMA NOVENA.- Es importante encontrar un equilibrio en el que ambas partes se vean favorecidas, por un lado que sí exista un cobro de interés, pero un interés que le permita al acreditado restituirlo, así también para que éste se vea con mayor facilidad el poder cubrir oportunamente y sin necesidad de conflictos litigiosos, pagar en un plazo convenido el crédito del que fue sujeto.

VIGÉSIMA.- Sería muy importante establecer la regulación de interés variable, flotable o de ajuste, en donde se comprenda que de llegar a establecerse prestaciones desproporcionales para las partes el juez tendrá la facultad de reducirlas equitativamente atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso y buscando la mayor equidad entre las partes.