

197



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA EQUIDAD EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO ADICIONAL

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
PERLA GOMEZ GALLARDO

ASESOR LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA



286988

MEXICO, D.F.

2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO.

SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL.

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ.
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION ESCOLAR
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
P R E S E N T E.

La alumna PERLA GOMEZ GALLARDO, realizó bajo la supervisión de este Seminario el trabajo titulado: "LA EQUIDAD EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO ADICIONAL ", con la asesoría del: LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA, que presentará como tesis para obtener el título de Licenciada en Derecho.

El mencionado asesor nos comunica que el trabajo realizado por dicha alumna reúne los requisitos reglamentarios aplicables, para los efectos de su aprobación formal.

En vista de lo anterior, comunico a usted que el trabajo de referencia puede ser sometido a la consideración del H. Jurado que habrá de calificarlo.

Por sesión del día 3 de febrero de 1998 del Consejo de Directores de Seminario se acordó incluir en el oficio de aprobación de tesis la siguiente leyenda que se hace del conocimiento del sustentante:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."

Atentamente,
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Ciudad Universitaria, a 23 de octubre del año 2000.

DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGON PÉREZ
DIRECTOR.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO MERCANTIL

c.c.p. Secretaría General de la Facultad de Derecho.
c.c.p. Archivo Seminario.
c.c.p. Alumna.
*mrc.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Ciudad Universitaria, a 4 de octubre de 2000.

**DR. ALBERTO FABIAN MONDRAGÓN PEDRERO
H. DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO MERCANTIL DE LA FACULTAD
DE DERECHO DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

Estimado Doctor:

Por medio de la presente me dirijo a usted para informarle que la C. Pasante de Derecho PERLA GOMEZ GALLARDO, ha realizado bajo mi dirección el trabajo de tesis denominado "LA EQUIDAD EN LOS CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL", y en virtud de que la misma cumple con los requisitos de fondo que una obra de tal naturaleza exige y los requisitos normales establecidos por el Seminario que usted dignamente representa, he tenido a bien aprobar y, por consiguiente, la someto a su consideración para los mismos efectos.

Sin otro particular por el momento, aprovecho la ocasión para enviarte un afectuoso saludo.

ATENTAMENTE

**LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA
PROFESOR DE CARRERA DE LA FACULTAD
DE DERECHO DE LA UNAM.**

“impossibilium nulla obligatio est”
(Celsus)

¡timshel!

*A LA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO
A LA FACULTAD DE DERECHO*

*En el ejercicio de la profesión sabré agradecer la formación
que les debo.*

*AL MAESTRO CARLOS BARRAGÁN
SALVATIERRA:*

*Ejemplo vivo del verdadero Universitario, siempre que
contemos con profesionistas como Usted la
Universidad seguirá adelante pese a las vicisitudes que
se presenten.*

*AL MAESTRO ERNESTO GUTIÉRREZ Y
GONZÁLEZ:*

*Quien me enseñó a querer y respetar la Carrera de
Derecho, sus consejos los guardo como un valioso
tesoro el cual siempre conservaré con profunda
convicción.*

A LA MAESTRA GLORIA MORENO NAVARRO:

*Gracias por su comprensión y apoyo, sin su ayuda este
trabajo no hubiera sido posible.*

A MI PADRE:

Su ejemplo y su apoyo me enseñaron que no son necesarias las palabras ni las manifestaciones de afecto cuando se sabe que ante cualquier problema siempre estará ahí como lo ha hecho cada vez que lo he necesitado.

A Ti con amor y respeto te dedico esta tesis.

A MI MADRE:

*A la AMIGA y compañera incasable, siempre estuviste presente en los momentos más difíciles del camino, este primer logro es también tuyo, no alcanzarían todas las palabras existentes para expresar el amor y gratitud que guardo hacia Ti.
GRACIAS.*

A MIS HERMANOS Y HERMANA:

*Amelia, Wulfrano, Oswaldo y Eduardo.
Hemos compartido alegrías, tristezas y momentos difíciles, ahora quiero que sean parte de esta etapa especial que en parte se debe a Ustedes.*

A MI SOBRINA Perlita: Eres un cálido abrazo de luz que llena mi vida.

A MIS AMIGOS Y AMIGAS:

"Pueden los amigos tener secretos entre sí, pero nunca un amigo es un secreto para otro amigo".

Para Ustedes mi compromiso, amor y confianza mientras viva.

A todos aquellos que se empeñaron en hacerme difícil el camino y trataron de romper mis ilusiones, les agradezco el haberme hecho más fuerte y creado en mí la convicción de que lo que no cuesta trabajo no vale la pena.

A LA VIDA.

INDICE

INDICE

CAPITULO I ANTECEDENTES

	Págs.
1.1 Época antigua.....	1
1.1.1 Babilonia.....	2
a) El Código de Hammurabi.....	3
1.1.2 Derecho Hebreo.....	4
1.2 Grecia.....	6
1.3 Roma y Bizancio.....	7
1.4 La Edad Media.....	16
1.4.1 Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio.....	19
1.4.2 El Papel de la Iglesia.....	20
1.5 Época Precolonial.....	21
1.6 Época Colonial.....	24
1.6.1 Las Ordenanzas de Bilbao.....	26
1.7 La Revolución Francesa.....	27
1.7.1 Código de Napoleón.....	29
1.8 México Independiente.....	30
1.8.1 Código Civil de 1870.....	30
1.8.2 Código Civil de 1884.....	31
1.8.3 Código de Comercio de 1889.....	33
1.8.4 La dispersión legal en Materia Mercantil.....	34

CAPITULO II GENERALIDADES

2.1 Principio General del Derecho.....	40
2.1.1 Concepto.....	41
2.1.2 Diversas Teorías.....	44
2.1.3 Naturaleza Jurídica.....	46
2.2 Principio de Equidad.....	47
2.2.1 Concepto.....	49
2.2.2 Naturaleza Jurídica.....	50
2.2.3 El Principio de Equidad en la Teoría de la Imprevisión.....	52
2.3 Contrato de Apertura de Crédito.....	54
2.3.1 Conceptos.....	55
2.3.2 Libertad Contractual.....	57
2.3.3 Teorías del Acto Jurídico.....	59
a) Bipartita y sus principales exponentes.....	59
b) Tripartita y sus principales exponentes.....	61
2.3.4 Requisitos Esenciales.....	62
2.3.5 Elementos de Validez.....	65
2.3.6 La Apertura de Crédito Adicional.....	69
a) Concepto.....	69
2.3.7 Similitudes y diferencias con el Mutuo Civil y el Préstamo Mercantil.....	71
2.3.8 La Supremacía del Interés Público sobre la Libertad Contractual.....	75
2.4 Interés.....	77
2.4.1 Concepto.....	77
2.4.2 Principales Teorías que lo rigen.....	78
2.4.3 El Interés Compuesto.....	81
a) Artículo 2397 del Código Civil en Materia Federal.....	83
b) Artículo 363 del Código de Comercio.....	83
c) Artículo 68 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.....	84
2.5 Marco Jurídico Nacional e Internacional.....	84
2.5.1 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.....	85
2.5.2 Ley de Instituciones de Crédito.....	89
2.5.3 Ley del Banco de México.....	94
2.5.4 Convenciones y Tratados Internacionales.....	95
a) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.....	96
b) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.....	98

CAPITULO III
LA EQUIDAD EN LOS CONTRATOS DE CREDITO ADICIONAL

3.1 El Contrato de Crédito Adicional.....	101
3.1.1 Análisis de las Cláusulas.....	105
3.1.2 La Nulidad de las Cláusulas referentes a la Capitalización de Intereses	124
a) La supletoriedad de la ley.....	134
1. Aplicación del Código Civil en Materia Federal, el Código de Comercio y las Convenciones Internacionales	135
3.2 Análisis de las Tesis de Jurisprudencia referentes a la Capitalización de Intereses	139
3.2.1 Antecedentes del Fallo.....	141
a) La crisis económica de 1995.....	141
1. Principales Indicadores Económicos de 1995.....	148
3.2.2 La Contradicción de Tesis.....	154
3.2.3 El Fallo a favor de la Capitalización de Intereses.....	163
3.2.4 El Voto Particular.....	189
a) Análisis del Principio de Equidad.....	191

CAPITULO IV

PROPUESTA DE ADECUACION A NUESTRA LEGISLACIÓN

4.1 Los Efectos Positivos y Negativos del Fallo a favor en la Capitalización de Intereses	205
4.1.1 El soslayamiento del Principio de Equidad	213
4.1.2 La manifiesta necesidad de Independencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la libertad para emitir sus fallos.....	215
4.2 La Teoría de la Imprevisión como una alternativa de solución en la Contradicción de Tesis	217
4.2.1 Los alcances de su implementación conforme a la propuesta emitida por los Ministros disidentes en el Voto Particular	223
a) Los elementos que la integran.....	225
4.3 Propuestas de adecuación a la legislación conforme a las necesidades de nuestro tiempo	230
4.3.1 La Comisión para la defensa de los usuarios de servicios financieros	231
a) Alcances y expectativas.....	237
4.3.2 La importancia del establecimiento expreso de la Teoría de la Imprevisión como reconocimiento del Principio de Equidad que lleva impreso.....	243

CAPITULO V	
CONCLUSIONES	247
BIBLIOGRAFÍA	250

INTRODUCCIÓN

A partir del año de 1995 el país ha vivido una de las más cruentas crisis económicas de los últimos años como resultado del llamado "error de diciembre", las consecuencias de tipo económico, político y social, pero sobre todo jurídicas no se hicieron esperar.

La penosa situación del sistema económico puso de manifiesto la necesidad de una verdadera regulación que evitara la volatilidad de la inversiones en nuestro país. Pero más aún, dejó claro el tremendo desequilibrio en las relaciones contractuales entre las Instituciones de Crédito y los Acreditados, que tuvieron su punto más controvertido en la resolución por Contradicción de Tesis que hicieron los Ministros en octubre de 1998 respecto a la interpretación y aplicación de los Contratos de Apertura de Crédito.

Con el presente trabajo se pretende hacer una búsqueda jurídica de la Equidad en los Contratos de Apertura de Crédito Adicional, haciendo un somero recorrido a través de su desarrollo histórico, determinando sus conceptos, analizando sus cláusulas y revisando la postura de la Corte, nos podremos allegar de elementos que nos permitan concluir su existencia o no dentro de esta figura.

La tendencia actual, pasada la tormenta, es la de evitar que se vuelvan a presentar situaciones semejantes a la que se vivieron en los Juzgados entre Banqueros y Deudores. La Comisión para la Defensa para los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) aunque con una regulación insuficiente, es un importante inicio que aunado a una verdadera reflexión que permita tomar en serio figuras como la Teoría de la Imprevisión, puede llegar a ser en un futuro la base de un verdadero equilibrio en las relaciones contractuales en el sistema financiero.

CAPITULO I

ANTECEDENTES

- 1.1 Época antigua.
 - 1.1.1 Babilonia.
 - a) El Código de Hammurabi.
 - 1.1.2 Derecho Hebreo.
- 1.2 Grecia.
- 1.3 Roma y Bizancio.
- 1.4 La Edad Media.
 - 1.4.1 Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio.
 - 1.4.2 El Papel de la Iglesia.
- 1.5 Época Precolonial.
- 1.6 Época Colonial.
 - 1.6.1 Las Ordenanzas de Bilbao.
- 1.7 La Revolución Francesa.
 - 1.7.1 Código de Napoleón.
- 1.8 México Independiente.
 - 1.8.1 Código Civil de 1870.
 - 1.8.2 Código Civil de 1884.
 - 1.8.3 Código de Comercio de 1889.
 - 1.8.4 La dispersión legal en Materia Mercantil.

LA EQUIDAD EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO ADICIONAL

CAPITULO I

ANTECEDENTES

Para entender la figura del Contrato de Apertura de Crédito Adicional, es menester desarrollar la evolución del Derecho Civil y el Mercantil de los cuales se desprenden figuras como contrato, mutuo, préstamo, banco, crédito e interés. A través de un somero recorrido por las principales etapas de la historia nacional e internacional nos podremos allegar de elementos que serán retomados en los subsiguientes capítulos para fundamentar la postura que se plasmará en la presente tesis.

En este capítulo no sólo se hará referencia a la evolución de las instituciones antes mencionadas, además se expondrá la actitud ante las mismas en un momento y lugar determinado, conforme a las necesidades y las tendencias doctrinarias de la época.

1.1 Época antigua.

Iniciando en la Civilización Egipcia nos damos cuenta que en virtud de que su economía se basaba principalmente en la agricultura el comercio lo dejaron en manos de los extranjeros, aún así tomando en cuenta las características de esta cultura podemos encontrar antecedentes que pudieron influir en el desarrollo del Derecho Mercantil. "Los mercaderes sumerios usaban los sellos de sus anillos como una

garantía de buena fe y así crearon el crédito, que ayuda a la producción y cambio de mercancías". (1)

En el Egipto de los Faraones se manejaba como interés legal un tercio del valor de la suerte principal, había un notario que redactaba un acta en donde inscribía el préstamo con su respectivo interés, en la misma acta se establecía a título de pena un acrecentamiento del capital desde el mes siguiente en caso de incumplimiento, aunque nunca se mencionaba expresamente la palabra interés.

No se maneja en apartado especial el Derecho Egipcio en virtud de que el comercio estuvo en las manos de los griegos, lo que constituyó un impedimento para el desarrollo de un Derecho Egipcio de contratos y obligaciones. Aunque hay que mencionar que existió el requisito de la forma escrita para los contratos y las peticiones procesales. (2)

"Para algunas ideologías, el interés siempre resultó ilegítimo; para otros, se torna en tal solamente cuando excede ciertos límites tolerables. Estos límites generalmente se establecen por la ley o por el hábito y las buenas costumbres". (3)*

1.1.1 Babilonia

La cultura Babilónica, caldeos-asirios, se distinguió por ser un pueblo

(1) Vásquez, del Mercado Oscar. Contratos Mercantiles.
8ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1998. p.2.

(2) Margadant, Guillermo F. Panorama de la Historia Universal del Derecho.
4ª. Ed. Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa, México, 1991. p. 48.

(3) Enciclopedia Jurídica Omeba
Tomo VIII , 1a. Ed. Editorial Bibliográfica Omeba, Argentina, 1991, p. 401.

* Como en todo orden jurídico debe existir la certidumbre de que las obligaciones se podrán cumplir sin que esto ocasione la ruina de alguna de las partes y más aun de la de sus familiares.

dedicado preponderantemente al comercio. Las legislaciones más antiguas de las que se tienen fragmentos concretos son sumerias.

a) El Código de Hamurabi.

En este código del siglo XX A. C. “se consagran varios artículos a las instituciones de Derecho Mercantil, como el préstamo con interés, aun cuando en forma muy rudimentaria y de curiosa manera, pues consistía en que el acreedor, esto es, quien prestaba, entregaba semillas al deudor, quien restituía después de la cosecha (lo que sería en la actualidad préstamo en especie). La primera banca de la cual se tiene noticia es la de los Igibi, en Babilonia en el siglo VI a. C. El Rey Hammurabi dictó normas especiales relativas a préstamos agrícolas y comerciales”. (4)

Hamurabi controló severamente la actividad de los comerciantes. Codificó el Derecho de su época, creando una obra legislativa que sobrevive en varios fragmentos. Se encuentran mal sistematizadas, varias normas sobre deudas y aparcería, sobre delitos (Con la ley del talión), matrimonio, divorcio, patria potestad y Derecho sucesorio, y también acerca de los contratos de comisión, de prestación de servicios y de arrendamiento.

“La nobleza gozaba de muchos privilegios y al acreedor se le protegía bien (el deudor responde de su obligación, no sólo con su patrimonio, sino también con su persona)*. Sin embargo, la esclavitud de la esposa o la de los hijos, por deudas del marido o del padre, en su caso, estaba limitada a tres años; el deudor agricultor no debía intereses después de un año de mala cosecha y tenía derecho a pagar la deuda

(4) Vásquez, del Mercado Oscar. Ob. cit. p.3.

*Tendencia que prevalece en la actualidad con las reestructuraciones de deuda con los bancos.

mediante entrega de ciertos productos agrícolas, de acuerdo con tarifas oficiales.” (5) Como se aprecia esta civilización si fijó un límite en cuanto al tiempo de duración de las deudas, situación que no ocurre en la actualidad, donde con las reestructuraciones se adquieren deudas vitalicias.

En lo que se refiere a los contratos debían hacerse con testigos, a la luz de una plena publicidad; si no se observaba tal publicidad, el comprador de una cosa robada corría el riesgo de ser equiparado a un ladrón y obtenía una sanción que le podía costar la vida. (6)

1.1.2 Derecho Hebreo.

El Antiguo Derecho Hebreo se codificó en diversas épocas entre 900 y 600 A. C., en el libro *Levítico* y en el *Deuteronomio* con un sentido más “socialista” que el Código de Hamurabi. “Cada siete años los hebreos entre sí debían perdonarse las deudas (*Deut.* 15) y tenían que liberar a los esclavos hebreos (*Deut.* 15). Si un miembro de la sociedad necesitaba un préstamo, el eventual acreedor no debía tomar en consideración la eventual cercanía del séptimo año. El embargo no podía recaer sobre ciertos objetos necesarios al deudor (*Deut.* 24.6); entre ellos, los hebreos no podían cobrar intereses (*Deut.* 23.19)”. (7) De ahí su fortaleza por ese sentido de solidaridad hacia su gente.

En el sistema legal judío estaba prohibido cobrarse interés entre ellos mismos. Pero se permitía cobrar interés a los que no lo eran.

*En el presente se están retomando estas cuestiones, al favorecer a la parte fuerte del contrato con Jurisprudencia que restringe los medios de defensa del Deudor.

(5) Margadant, Guillermo F. Ob. cit. p.43.

(6) Ibidem. p.44.

(7) Ibidem. p.50.

Esta disposición era necesaria, puesto que no podían negociar con aquellos que cobran interés, si ellos, por su parte, no podían hacerlo. Esta prohibición había pasado, con las enseñanzas de los Apóstoles, a la fe cristiana. La Ley Canónica prohibía cobrar rédito, o, como se lo calificaba, usura, pero, lógicamente, esto no se aplicaba a la población judía, que no estaba sujeta a dicha ley.

Los textos bíblicos ilustran la tendencia del pueblo hebreo a reprimir lo más posible el préstamo con interés y su combate enérgico a la usura. El Exodo (Capítulo. XXII, vers. 25) proclama, en efecto: “No les impondrás usura...”. El Levítico y el Deuteronomio asimilan la usura a un verdadero robo, prohibiendo en forma expresa que se proporcione en préstamo granos, dinero, etc, con intereses. El Exodo recomienda a los acreedores que no sean rigurosos en el trato con los prestatarios pobres. Una sentencia del libro Sanedrín expresa: “Los usureros no pueden ser testigos ante la justicia”. En otra parte se dice: “El usurero es parecido al criminal; ni uno ni otro pueden reparar el mal que han hecho”.(8)

El abuso de la precaria situación de una persona para obtener un lucro totalmente desproporcionado era considerado un robo, más aún, la simple aplicación del interés para obtener un beneficio estaba prohibida. Se debía tomar en cuenta la situación particular del Deudor, aquí se encierra el Principio de Justicia al aplicarse la Equidad al momento de hacerse efectiva la obligación.

“Bajo el apremio de la persecución y de la intensa dificultad para la manutención de la vida, el préstamo de dinero y las operaciones bancarias se convirtieron en un aspecto de la vida económica judía de importancia creciente”. (9)

(8) Enciclopedia Jurídica O. Tomo VIII. Ob. cit. p. 402.

(9) Ibidem. Tomo VIII. p. 401.

1.2 Grecia.

El Derecho Griego no era un Derecho relativamente unificado como el Romano. En opinión de los griegos, las autoridades debían dictar sus sentencias con fundamento en una institución de la justicia, sin encontrarse demasiado obstaculizadas por normas legisladas.* Además, no hubo una ciencia jurídica autónoma: las ideas sobre “lo justo” forman parte de la filosofía general. De mucha fama fue, sobre todo, “la legislación marítima de la isla de Rodas”, la mayoría de las referencias legislativas las encontramos en fuentes indirectas, como las discusiones forenses de *Demóstenes*, libros de historiadores, obras de teatro, etc.

“A partir de 146 a. C., Grecia es sojuzgada por Roma, y unos cinco siglos después, en el territorio griego se establece la segunda capital del imperio: Constantinopla (Bizancio). En torno a esta ciudad se mezclaron los derechos helénicos con la tradición clásica romana, produciendo aquel sistema ecléctico que finalmente cristalizaría en el *Corpus Iuris Civilis*, producto bizantino”. (10) Que vino a enriquecerse con nuevos términos utilizados en el Derecho Griego.

“Los ingredientes griegos de esta mezcla pueden reconocerse a menudo por su terminología griega, conservada en textos por lo demás redactados en latín. Especialmente en las relaciones surgidas entre acreedor y deudor abundan estos conceptos. Así sobreviven hasta hoy algunos términos como documento *quirografario* (reconocimiento de una deuda por puño y letra del deudor, aunque con el tiempo esta denominación llega a significar el reconocimiento de una deuda no garantizada mediante prenda o hipoteca); la *hipoteca* y la palabra *hiperrocha* o sea

*Prevalece la tendencia a un Derecho Natural sobre el Positivo. Una ley no debe prevalecer sobre la Justicia sino es acorde con la misma.

(10) Margadant, Guillermo F. Ob. cit. p. 74.

demasía, concepto ligado al anterior; el *anatocismo* (cálculo de intereses sobre intereses); la *anticresis* (prenda en la que el acreedor obtiene el derecho de usar y disfrutar el objeto garantizante, mediante renuncia a los intereses o reducción de ellos); así como, por último, la expresión *sinlagmático*. Todo ello sugiere que el derecho privado griego había desarrollado el tema de las obligaciones y los contratos en forma tal, que llamó la atención de los juristas romanos". (11)

Siendo los Griegos grandes comerciantes, desarrollaron para el ejercicio de su actividad mercantil ciertas reglas de "Derecho Común", independientes de la ciudadanía particular de cada contratante. Con lo que reúnen una calidad sin importar el lugar de procedencia del contratante.

En lo que se refiere al interés tenemos la autoridad de la ciencia, representada por el célebre razonamiento de Aristóteles sobre la improductividad natural del trabajo, razonamiento acogido por los jurisconsultos, los cuales vieron que, *usurae vicem fructum pertinent*, pero concluyeron por afirmar que *usura fructu non est*, porque no deriva *ex ipso corpore*, o sea de la misma moneda, en pocas palabras, "el dinero no engendra dinero".(12) Aristóteles es quien nos aporta el concepto de Equidad* que es retomado por los Juristas contemporáneos.

1.3 Roma y Bizancio.

Para entrar al desarrollo del Derecho Privado Romano, debemos distinguir entre *la Primera Vida del Derecho Romano*, y *la Segunda Vida del Derecho Romano* y sus diversas etapas.

(11) Margadant, Guillermo F. Ob. cit. p. 74.

(12) Enciclopedia Jurídica O. Tomo VIII. Ob. cit. pp. 401-402.

*Dicho concepto será analizado en detalle en el siguiente capítulo.

La primera comprende el periodo que va desde las *Doce Tablas* hasta la compilación justiniana, o sea la triada de *Instituta-Digesto-Codex*, con las añadiduras posteriores que el mismo Justiniano agregó a su compilación (las *Novellae*), se inicia a fines del siglo XI, la segunda vida del Derecho Romano, que dura hasta la gran oleada de codificaciones modernas.(13)

Como claramente lo desarrolla el Maestro Guillermo F. Margadant, dentro de la primera vida del Derecho Romano pueden establecerse las siguientes fases:

1. *El Derecho Romano Arcaico*.-En la antigua Roma primero se manifiesta la formación consciente de un derecho laico en la obra de las Doce Tablas. En esta fase se da la *interpretatio* que hicieron de las Doce Tablas los sacerdotes, primeros juristas de Roma, llenando sus huecos por analogía*, extendiendo el significado de los términos más allá de la intención de los originales o inclusive utilizando los términos en contra de la evidente intención de los creadores de esta primitiva codificación, a fin de modernizar el Derecho sin tocar las palabras de la ley.

2. *El Derecho Romano Helenizado Republicano*.- De la unión del Derecho campesino, ya no muy primitivo y la filosofía griega nace el *Derecho Romano Clásico*. La figura del jurisconsulto cuya labor consistía en dictaminar, redactar contratos para evitar pleitos futuros; escribir obras de Derecho y enseñar esta materia a la generación joven. Los jurisconsultos no eran Abogados: no acompañaban a sus clientes a los tribunales para aconsejarlos (tales profesiones también existían: los *advocati* o los *causidici*).

(13) Margadant, Guillermo F. Ob. cit. p. 102.

*Desde esta época vemos la utilización de métodos de integración en la ley, con una aplicación que sobrepasa a la misma.

Durante esta época, empieza a desarrollarse la fuente más importante del Derecho Romano: la *iurisprudentia*. No se trata de una "jurisprudencia" en el sentido moderno mexicano (tesis de los tribunales), ni tampoco de *jurisprudence* en el sentido moderno anglosajón (mezcla de una introducción general al Derecho con la Filosofía del Derecho), sino de una serie de opiniones de jurisconsultos importantes sobre cuestiones jurídicas. Se da el *ius honorarium* que se ocupaba de situaciones no previstas por el *ius civile*; sin embargo, no eran raras ocasiones que el primero fuera en contra del segundo. (Entra en papel importante, la interpretación y el *ius honorarium* para cubrir las lagunas de la ley).

3. *El Derecho Romano Clásico Imperial.*- Esta época se caracteriza por el florecimiento de la literatura jurídica, en cuanto a la *iurisprudentia*, la discusión jurídica se repartía entre dos escuelas, la de los *proculeyanos* y la de los *sabinianos*. No es posible señalar una diferencia básica de espíritu, entre las dos escuelas. Cuando acaba la corriente de los grandes jurisconsultos, las fuentes del Derecho se reducen a una sola: la voluntad imperial, manifestada en las *constituciones*. En esta época se incorpora el *ius honorarium* a la corriente del *ius civile* como resultado de la emisión del Edicto Perpetuo. Este Edicto debe su existencia al hecho de que el creciente poder del emperador no pudo tolerar una rama del Derecho tan autónoma como el *ius honorarium*, de manera que, a través de este Edicto, puso todo el *ius honorarium* bajo su control. Resalta la fuerza que pueden tener las opiniones vertidas en la institución del *ius honorarium* que puede llegar a cuestionar figuras ya establecidas.

4. *El Derecho Romano Posclásico.*- La única fuente del Derecho Romano que seguía adaptando el Derecho a las exigencias de la nueva época

eran las *constitutiones* imperiales. En ellas se reflejan los cuatro grandes cambios de la vida jurídica que se presentaron en la época posclásica:

a) La cristalización del Derecho que se manifiesta sobre todo en figuras como el matrimonio, el divorcio, las donaciones, etc, y algunos temas de Derecho Penal.

b) La *socialización* del Derecho.

c) La *helenización* del Derecho. El Derecho Romano también se puede llamar Derecho Romano-Bizantino.

d) La *vulgarización*, o sea la degeneración del Derecho Clásico. Que a menudo se manifiesta en cierta ineptitud de manejar el fino instrumento conceptual de los clásicos. *

5. El *Derecho Justiniano*.- En 527, el Emperador Justiniano inicia su largo reinado en Constantinopla, este hombre quiso poner orden en el panorama de las fuentes del Derecho Romano-Bizantino. Se redactó el *Código de Justiniano*, posteriormente el *Digesto*, que también se llama *Pandectas*, y las *Instituciones* de Justiniano, respectivamente cuatro libros. Justiniano siguió expidiendo nuevas normas, algunas de cuyas innovaciones (*Novellae*, o sea, literalmente “nuevas leyes”; mejor “enmiendas”) son de eminente importancia, y han dejado huellas en los diversos derechos neoromanistas.

Es evidente que durante este largo desarrollo del Derecho Romano, desde las *Doce Tablas* hasta Justiniano, cada institución ha pasado por varias fases. Del formalismo de los contratos arcaicos, ligados a la magia, se llega a los cuatro contratos reales (prenda, depósito, comodato y mutuo), y después a los

*Situación que es notoria entre nuestros legisladores, que al sacar leyes al vapor, cambian conceptos para simplificar la ley que contrariamente perjudica su aplicación.

cuatro contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, mandato, sociedad), para cuyo perfeccionamiento el simple consentimiento informal bastaba, y a la flexible figura de los contratos innominados; inclusive se asoma ya la idea de que los *pacta sunt servanda*. En tiempos clásicos, el subjetivismo creciente en materia obligacional lleva hacia un análisis de elementos tales como el consentimiento y la causa. (14) Se van perfeccionando las figuras que trascenderán hasta nuestros días.

“Durante mucho tiempo se pensó que las obligaciones constituyen la parte inmutable del derecho; llegó a considerarse que sus principales reglas eran verdades universales y eternas, a semejanza de las de la aritmética o de la geometría. Sin embargo, esto es una ilusión”. En la *Institutas* Justiniano dice que “la obligación es un vínculo de derecho, en virtud del cual una persona está constreñida hacia otra a pagar lo que le debe según las leyes de la ciudad” (15)

La creación de contratos en los primeros tiempos de Roma, con la mera convención o pacto no se originaba vínculo obligatorio ni generaba acción. Para que el simple acuerdo se transformase en *contractus* era necesaria una *causa civiles*. Más tarde se le reconoció validez si había ejecución por parte de uno de los contratantes a título de crédito o mediante la transcripción de ello en los libros de *pater familias*. La Teoría General del Contrato no se conoce: sólo se tiene una lista cerrada de contratos con sus propias reglas especiales. Dentro de los cuales estaba contenido el mutuo. (16)

El contrato de mutuo se definió: *Mutuum* (del verbo *mutare*, cambiar de lugar, desplazar) es un préstamo de dinero o de otras cosas fungibles y consumibles, que consiste en la atribución de su propiedad a quien las recibe, el cual queda obligado a

(14) Margadant, Guillermo F. Panorama de la Historia Universal del Derecho. Ob. cit. pp. 119-120.

(15) González, Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil.
7ª. Ed. Editorial Trillas, México, 1991. p.135-136.

(16) Enciclopedia Jurídica O. Tomo XVIII. Ob. cit. p.495.

restituir una cantidad igual de éstas y no las mismas que ha recibido. Es un "préstamo de consumo". El requisito esencial del mutuo es la transmisión de la propiedad a quien recibe la cosa. (17) "Es el único contrato unilateral y, por tanto, *stricti iuris* que encontramos entre los contratos reales. Los demás son eventualmente bilaterales y, en consecuencia, *bonae fidei*". (18) El mutuo engendra una sola obligación a cargo del prestatario, que queda obligado a restituir el equivalente de lo que ha recibido.

El mutuo obliga al mutuario a devolver la misma cantidad de cosa prestada. El mutuo es gratuito. Sólo se debe devolver la cantidad prestada. Los intereses no resultaban naturalmente de la esencia del mutuo. Pero se podían agregar con la *stipulatio usurarum*. En principio, lo que estaba prohibido era el préstamo de dinero. Lo que se permitía era un mutuo módico, por una suma razonable que el *filius* pide por razón de estudios, y su padre acostumbraba dársela. (19)

El contrato de préstamo estipulatorio, se celebraba en presencia de testigos con la pregunta de si prometía pagar y el deudor contestaba: "Prometo", habitualmente se levantaba un acta. Este último documento, la *cautio*, era únicamente un medio probatorio y no debía considerarse como el contrato mismo. Como los usureros estipulaban de sus deudores mayores cantidades de las que verdaderamente entregaban, considerando la diferencia como intereses, Caracalla exigió al acreedor-actor la necesidad de comprobar, no sólo la existencia de la *stipulatio*, sino también el hecho de la entrega de la suma que figuraba como objeto de aquélla. Esta intervención imperial redujo mucho, por supuesto, la eficacia de este contrato verbal en materia de préstamos. ¡Si de todos modos el acreedor debía comprobar la entrega

(17) di Pietro, Alfredo. Derecho Privado Romano.

1ª. Ed. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1996. p.207.

(18) Margadant, Guillermo F. El Derecho Privado Romano.

18ª. Ed. Editorial Esfinge, México, 1992 p.392.

(19) di Pietro, A. Ob. Cit. pp. 207-208

del dinero prestado, era más sencillo dar al préstamo el carácter de "mutuo"! y con ello la formalidad que le hacía falta.(20)

"Roma se caracterizó por los excesos con que llegó a aplicar los intereses traducidos en una usura legítima. Numerosos motines y levantamientos populares no tienen otro origen ni otra explicación que los abusos en el cobro de los dineros usurarios".* (21)

En Roma, durante los tres primeros siglos, ninguna ley reguló la tasa de interés, que quedó abandonada al arbitrio de los acreedores. La moneda tosca y rara se presta a una tasa elevada, y muy pronto la usura agobia y arruina a los plebeyos. Esta opresión se agrava con los rigores que el Derecho Primitivo autorizaba contra los deudores, situación que posteriormente se reguló en la ley de las XII tablas, una ley *Genucia*, en 412, prohibió el préstamo a interés. Como toda ley excesiva perdió su efecto, y la usura reapareció bajo todas las formas, como lo prueban cierto número de leyes que tratan de reprimir los fraudes bajo los cuales se oculta. (22) La prohibición tajante no dio buenos resultados por lo que se optó por limitar los alcances de su aplicación, con lo que no se obstaculizaba el desarrollo del préstamo con interés.

El uso de contar los intereses por meses, según la práctica de los griegos, se introdujo hacia la época de Cicerón, y vino a favorecer todavía la usura, permitiendo al acreedor unir al capital el interés vencido del mes. Justiniano modificó la tasa legal de interés, teniendo en cuenta la condición de las personas y la naturaleza

(20) Margadant, Guillermo F. El Derecho Privado Romano. Ob. Cit. p.385.

(21) Enciclopedia Jurídica O. Tomo VIII. Ob. cit. p.402.

*Interesante antecedente de lo que puede ocurrir ante la situación desesperada de los Deudores a quienes se les aplican intereses al grado de que su deuda se vuelve impagable.

(22) Petit, Eugenc. Tratado Elemental de Derecho Romano.

11ª.Ed. Editorial Porrúa, México, 1994. p.381.

de las operaciones. (23) Se empezó a valorar la situación particular del Deudor y así evitar los desequilibrios propios que prevalecen en relaciones donde existe una parte fuerte.

La figura de “*La nauticum foenus*, que regulaba el préstamo a la gruesa, era un tipo especial de mutuo. Préstamo cuya exigibilidad se supeditaba al feliz arribo de un buque. Esto es, un capitalista o un banquero, prestaba fondos a un comerciante y estipulaba un fuerte interés si el navío llegaba a su puerto de destino, en caso contrario, perdería capital e interés”. (24) En la época de Justiniano le establecieron un tope al interés del doce por ciento, con lo que se evitaba que se dieran situaciones de abuso en su fijación.

Para que incurriera en mora el deudor en el Derecho Clásico no se exigía al acreedor un acto determinado, fuera del caso de deudas de vencimiento indeterminado (en el cual se necesitaba la iniciativa del acreedor para que el deudor supiera que tenía que cumplir) y del caso de deudas que debían cumplirse en el domicilio del deudor. Sin embargo, la época del Derecho Romano Cristiano, con su tendencia a favorecer al deudor, estableció la costumbre de que, también fuera de los casos anteriores, el deudor no incurría en mora, mientras el acreedor no le hubiera recordado sus deberes, mediante una *interpellatio* expresa. (Que vendría a ser un requerimiento judicial) (25)

Desde la época clásica se estableció que los intereses nunca podían superar el doble del capital. También estaba prohibido el “anatocismo”, esto es, el cobrar intereses de intereses, capitalizándolos, si bien se puede ver en Cicerón que primero

(23) Petit, E. Tratado Elemental de Derecho Romano. Ob. Cit. p.381.

(24) Vásquez, del Mercado Oscar. Ob. cit. p. 5.

(25) Petit, E. Ibidem p. 368.

se prohibió el anatocismo que implicaba la capitalización mensual, y luego, la anual. Justiniano prohibió incluso la convención por la cual el deudor aceptaba la conversión de intereses vencidos en capital. (26)

En la Roma Clásica si se fijó un límite máximo para la aplicación del interés, con ello, y cumpliendo el Principio de Equidad, ambos contratantes obtenían los beneficios esperados, sin que ninguno de los dos terminara perdiendo.

En cuanto a los banqueros se convirtieron en personas de gran poder económico y por ende también de gran influencia política.* En esa época se desarrolló la contabilidad, los banqueros anotaban las sumas recibidas en libros llamados *accepti y depensi*. Justiniano dispensó a los banqueros de la necesidad de una estipulación para hacer correr los intereses en su provecho, a causa de los servicios que prestan a las personas que les piden dinero prestado. Aun decidió que los intereses les serían debidos independientemente de todo convenio. Lo que da un antecedente del interés legal, esto es, el que prevalece cuando no se fija uno convencional, en caso de la falta oportuna de cumplimiento, (27)

En el Derecho Procesal Civil Romano se le daba libertad al magistrado para llegar a un resultado equitativo, admitiendo argumentos no reconocidos por el *ius civile*, o bien, paralizando los argumentos del *ius civile*, por la admisión de contraargumentos, otorgados con base en el sentido común o en la institución de equidad del magistrado, que hizo posible la creación del ya mencionado *ius honorarium*, que viene a completar, o inclusive a corregir, el *ius civile*.

(26) di Pietro, A. Ob. cit. p.208.

*Desde esta época se ven los privilegios que han tenido este tipo de personas debido a la importancia de su actividad en el sistema económico.

(27) Petit, Eugene. Ob. cit. p. 381.

El *ius honorarium* es una figura que encierra el Principio de Equidad en su aplicación, en un importante precedente de que, sin importar las lagunas de la ley e incluso sus deficiencias, existe un mecanismo para lograr uno de los objetivos del Derecho que no es más que aplicar la Justicia al caso concreto.

Las normas que se aplican al comercio fueron pocas en virtud de que los jurisconsultos marcaban las reglas de estas instituciones, independientemente de los sujetos y el objeto de las mismas.

Aunque los romanos no hicieron distinción entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil, en los primeros siglos de esta civilización se facultó para ejercer el comercio no sólo a los ciudadanos romanos, sino también a los extranjeros aplicando el *ius gentium* que eran una forma de Derecho Internacional que regulaba las relaciones económicas y comerciales y que carecía de los formalismos del *ius civile* que eran las instituciones propias del pueblo romano.(28)

Es claro que la base del Derecho Mercantil fue el Derecho Civil ya que de este último se desprenden conceptos fundamentales de aplicación en ambas materias; si posteriormente se separaron fue por la conveniencia práctica y no así porque existiera un divorcio entre ambas ramas.

1.4 La Edad Media.

Con la caída del Imperio Romano de Occidente se inicia una nueva etapa en la historia mundial, las invasiones de los bárbaros a Roma ocasiona la interrupción de las relaciones comerciales que se ven reducidas a simples intercambios entre personas de un solo lugar, situación que perdura hasta el siglo XI cuando renace la actividad

(28) Vásquez, del Mercado Oscar. Ob. cit. p.4.

comercial principalmente en las ciudades italianas en donde se organizan con el objeto de regular las relaciones mercantiles, en corporaciones dirigidas por los llamados *cónsules*.(29)

Durante la Edad Media, lo germánico se mezcló íntimamente con lo mediterráneo; de este modo se formó Europa. También en materia jurídica, se refleja esta circunstancia. Los derechos germánicos de Inglaterra, de Alemania y del norte de Francia, recibieron influencias latinas, en tanto que el Derecho Romano de España, de Italia y del sur de Francia recibieron infiltraciones germánicas. Que dio como resultado el enriquecimiento de las figuras jurídicas que ya existían en esa época.(30)

Con el surgimiento de las Universidades, pronto se convirtió la Facultad de Derecho de Bolonia en el gran centro internacional de los estudios jurídicos. Se inician las Escuelas de los *Glosadores*, representada por *Acursio*, y la de los *Postglosadores*. Así comienza el redescubrimiento de la obra de Justiniano y su estudio para la aplicación de sus figuras.

Las asociaciones de mercaderes se organizan, imponen a sus miembros ciertas costumbres racionales, crean sus propios tribunales, y forman federaciones interlocales. Así se creó en el seno de las organizaciones de comerciantes un Derecho Mercantil medieval, distinto del Derecho Común. Con lo que se inicia propiamente la separación de la rama Civil por la necesidad de la agilización del comercio en esta etapa de la historia.

Los banqueros, de la calle iban a las ferias "con su mesa y silla y banco", y cuando se veían imposibilitados para pagar, los jueces ordenaban que, de manera

(29) Vásquez, del Mercado Oscar. Ob. cit. p. 6.

(30) Margadant, Guillermo F. Ob. cit. pp.135-136.

infamante, se quebrara públicamente la silla sobre la mesa del banquero, y de esta costumbre surgieron las expresiones de quiebra y de bancarrota. (31) Lo que evidencia las consecuencias que acarrea la mala administración que llevaba a la bancarrota.

“Las corporaciones a través de sus tribunales dictan resoluciones en la materia de comercio, resoluciones que van compilándose y formando un cuerpo de leyes y reglamentos a los que se les da el nombre de *estatutos* y con base en ellos, con posterioridad, se regulan las relaciones de los miembros de las corporaciones. En los estatutos encontramos ya reglas de derecho comercial que se practicaban en determinadas plazas, que van a servir más tarde como base para la elaboración del Derecho Mercantil” (32). Ya se ve la especialización en materia procesal y la unificación de las normas referentes al comercio.

La Edad Media consideró que Justiniano había ido demasiado lejos en su protección al deudor y dispuso que, cuando menos, en deberes de vencimiento fijo, no era necesaria la interpelación, ya que el término mismo hace la interpelación, lo cual, como atenuante del sistema justinianco en beneficio del acreedor, ha pasado al Derecho moderno.(33) El requerimiento de pago antes de proceder al embargo por el incumplimiento de una obligación es una oportunidad que se le da al Deudor de evitar dicha consecuencia.

“Por lo tanto, el dualismo moderno entre el derecho civil y el derecho mercantil, tiene su origen en la Edad Media y nace de un intento de los comerciantes para ayudarse entre sí. Pese a que, en relación con varias de estas figuras jurídicas, ya encontramos antecedentes en el derecho romano, en el griego o en el babilónico, es

(31) Acosta Romero, Miguel. Derecho Bancario.
4ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1991. p.4.

(32) Vásquez, del Mercado Oscar. Ob. cit. p. 7.

(33) *Ibidem* p.368-369.

en este derecho mercantil medieval que se desarrollaron normas originales sobre la quiebra, la letra de cambio, la cuenta corriente, el giro, el registro de comercio y el principio de la firma (que distingue entre el patrimonio privado del profesional)", etc. (34)

Como se aprecia, la división marcada del Derecho Civil y Mercantil tienen su origen en una situación práctica y no jurídica, ya en la época antigua, en Grecia y Roma, las figuras son las mismas, el matiz que las diferencia es en sí el fin, los sujetos y/o el objeto, aunque aún no es muy marcada su distinción.

1.4.1 Las Siete Partidas de Alfonso el Sabio.

Considerada como la obra insigne del Derecho Clásico Hispánico, su preparación se inició en 1256, durante el reinado de Alfonso X, el Sabio y comenzó a regir en 1348, bajo el reinado de Alfonso XI, quien en el *Ordenamiento de Alcalá* decretó su vigencia.(35)

Esta obra, por su tono explicativo, moralizante, y didáctico, y por introducir en España una popularización medieval del Derecho Justiniano, de mejor calidad que las tradiciones forales, tuvo un trascendental efecto orientador en el pensamiento jurídico y en la posterior legislación de España. En estas Siete Partidas se siente el impacto de la Universidad de Bolonia: es probable que algunos de los colaboradores del rey hayan estudiado Derecho en el norte de Italia. (36)

Las Siete Partidas reproduce los preceptos relativos al comercio que se

(34) Margadant, Guillermo F. Ob. cit. p.188.

(35) Barrera, Graf Jorge. Instituciones de Derecho Mercantil.
3ª. Reimpresión, Editorial Porrúa, México, 1989. p.14.

(36) Margadant, Guillermo F. Ibidem. pp.178-179.

plasmaron en el Fuero Juzgo. “De esta recopilación jurídica, la partida quinta es la que se refiere a la materia mercantil, que habla de los préstamos...”(37) así como de las obligaciones y los contratos.

1.4.2 El papel de la Iglesia.

Como en la Edad Media la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos era mucho más amplia de la que tienen en la actualidad, a la Iglesia le fue necesario elaborar un Derecho propio bastante complejo. Este *Derecho Canónico*, desde luego, estaba íntimamente relacionado con el *Derecho Romano*. Se puede decir que los huecos en el panorama canónico se llenaban con el *Corpus Iuris*, siempre que en la materia respectiva, éste no fuera contrario a la dogmática cristiana medieval y al espíritu general del Derecho Canónico. A esta colaboración entre el Derecho Romano y el Canónico debemos interesantes innovaciones, como la teoría de “*rebus sic stantibus*”, la teoría de que “*pacta sunt servanda*”(independientemente de la forma del contrato), etc. (38)

Es aquí donde el Derecho Canónico adquiere un papel importante en el cumplimiento de las obligaciones, al considerar que se debía tomar en cuenta la situación particular a efecto de aplicar el Derecho sin causar mayor detrimento en el Deudor.

La iglesia influyó en el desarrollo del Derecho Mercantil a través de la prohibición del préstamo con interés. Esta prohibición tuvo influencia sobre todo porque originó el desenvolvimiento de algunas instituciones como la señalada “*rebus sic stantibus*”.

(37) Vásquez, del Mercado Oscar. Ob. cit. p.17.

(38) Margadant, Guillermo F. Ob. cit. p.143.

La Iglesia permitió que la banca se desarrollara, a su vez, al señalar los alcances de la prohibición admitió que el mercado requería del crédito. “Cuando los capitales están sujetos a un riesgo, el Derecho Canónico admitía una remuneración correspondiente a los riesgos corridos. Por eso, la Iglesia nunca prohibió el préstamo a la gruesa, y en cierta forma fomento la *commenda*, o sociedad por virtud de la cual el capitalista recibía el beneficio por el riesgo derivado de las operaciones que su deudor y asociado realizara”. (39) Al igual que en la época de Justiniano, la Iglesia reconoció la importancia de la actividad bancaria en el desarrollo de una comunidad, por ende se les permitió recuperar con alguna ganancia el capital que prestaban.

1.5 Época Precolonial.

“La tierra era el medio de producción fundamental en el antiguo México por tratarse de una civilización agrícola”. (40) A diferencia de las culturas de Europa donde se basaron en la actividad comercial.

En el Imperio Azteca los comerciantes en grande tuvieron una situación privilegiada como clase social, “especializados en el comercio por mayoreo, interregional, los pochtecas, clase hereditaria con rasgos militares y caracteres secundarios de embajadores y espías. Sólo en mercados oficiales, *tianguis*, podían ofrecer sus mercancías (hubo *tianguis* permanentes, anuales, o celebrados cada veinte días). Las actividades mercantiles estaban sujetas a impuestos que pagaban todos los que llevaban productos al mercado.(41)

(39) Vázquez, del Mercado Oscar. Ob. cit. p.9.

(40) Historia General de México. Tomo 1.

Ignacio Bernal. Formación y desarrollo de Mesoamérica.
3ª. Ed. El Colegio de México. 1981. p. 223.

(41) Historia General de México. Ignacio B. Ob. Cit. p.231.

El comercio tenía sus propios tribunales de diez a doce jueces, y quizás se aplicaron allí normas de excepción. * En cuanto al Derecho Mercantil, un inconveniente para su desarrollo fue la ausencia del dinero; sin embargo, se utilizó ampliamente, como medidas de valor e instrumentos de cambio, el cacao, ganchas de cobre, plumas determinadas, oro en polvo, etc (42) . Aún con dicha ausencia se encontraron sustitutos que contribuyeron en el desarrollo del comercio en los tianguis.

“Usando la terminología moderna puede decirse que el sector público predominaba con mucho sobre el sector privado...El carácter político de la economía es uno de los rasgos que han llevado a caracterizar el México antiguo como un despotismo oriental o sociedad hidráulica en la que el dominio político de la economía se basaba en el control de las obras hidráulicas del Valle de México”.(43)

Considerando que el comercio no tuvo el mismo auge que en Europa es importante resaltar la existencia de tribunales especializados y la protección de los derechos del consumidor que se hacía en los tianguis. (figura que ha trascendido hasta nuestros días).

“El gran comercio no era una actividad privada sino que lo dominaban los reyes de las ciudades de donde salían los mercaderes, quienes complementaban los ingresos basados en la tributación adquiriendo para los reyes materias primas o productos de lujo exóticos. Los bienes recibidos como tributos o manufacturados por los artesanos de palacio constituían el capital mercantil manejado por los pochtecas,

*Aquí también se ve esa tendencia a la especialización por la necesidad de dirimir con celeridad las controversias en esta materia sin perjudicar su desarrollo.

(42) Margadant, Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano.

11ª. Ed. Editorial Esfinge, México, 1994. p.30.

(43) Historia General de México. Ignacio B. Ob. cit. pp.222-223.

agentes del rey. Por desgracia no hay datos concretos detallados acerca de las transacciones en los mercados para determinar hasta qué punto había libertad de mercado y qué determinaba el precio de las mercancías. Todo sugiere un fuerte control político de los cambios.” (44)

La intervención de los centros de poder en el desarrollo del comercio ocasiona una restricción en las libertades de los particulares lo que conlleva un entorpecimiento en la evolución de instituciones relativas al Derecho Mercantil y en especial al crédito, situación que no se presenta en las culturas europeas.

Se tenía la obligación de comerciar únicamente en los mercados; se dice, además, que las autoridades fijaban los precios, los productores iban al mercado a las órdenes de sus mandones y todas las disputas se resolvían por los señores del mercado. Es importante notar la ética económica manifiesta en el uso que hacían los mercaderes de su riqueza invirtiéndola en el patrocinio de ceremonias y en convites que les hacía subir en la escala social. Esto había de restringir el capital disponible entre los mercaderes privados para la reinversión, limitando sus posibilidades de acumular riquezas. Cuando esto no era suficiente, se dice que si Moctezuma veía que un mercader andaba muy ensorbecido encontraba manera de incriminarlo para hacerlo matar y confiscar sus bienes. Se ve el marcado control que ejercía el Imperio sobre esta actividad, a parte de la ideología de los que se dedicaban a ella lo cual venía a frenar su desenvolvimiento.

El Derecho Civil, en cambio estuvo menos sujeto a la arbitrariedad de la élite dominante, y más fijado en forma de tradiciones, en Texcoco el palacio del rey

(44) Historia General de México. Ibidem. p.233.

contenía tres salas con un total de doce jueces, designados por el rey, para asuntos civiles, penales y militares, paralelamente a la justicia azteca común encontramos la justicia especial para asuntos mercantiles, surgido del tianguis. (La necesidad de tribunales especiales de comercio es explicada por el hecho de que los aztecas eran tan comerciantes como guerreros). (45) Se reguló principalmente el pequeño comercio, aquí no se encuentran antecedentes de los bancos tan marcados como en el otro lado del mundo.

Es notable que aun cuando sólo quedaron vestigios de las formas contractualistas (siempre verbales) encontramos el sedimento del contrato de compraventa. Existía igualmente el contrato de mutuo simple* y los acuerdos mercantiles se concertaban generalmente por compraventa o permuta. (46)

Encontramos los antecedentes de contratos tan requeridos como la compraventa y la permuta, pero sobre todo el mutuo simple con lo que se ve el precedente del préstamo que era necesario desde esa etapa de nuestra historia.

1.6 Época Colonial.

El Derecho Indiano, o sea, el Derecho de las Indias no debe confundirse con el concepto de "Derecho Indígena". Se respetó el Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que fuera compatible con los intereses de la Corona y de la Iglesia; sin embargo, las costumbres indígenas no lograron mantenerse. Paralelamente con esta concesión, hecha a las costumbres indígenas, el Derecho Castellano entró en vigor en

(45) Margadant, Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Ob. cit. p.34.

*No se ve la estipulación de intereses.

(46) Magallón, Ibarra Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil.

Tomo I, 2°. Ed. Editorial Porrúa, México, 1998. p.76.

Iberoamérica, de manera que desde el Fuero Juzgo hasta la Novísima Recopilación, la historia del Derecho Español tiene importancia para la América española. Además, la Corona, a través del Consejo Real de Indias, legisló en forma especial para los territorios de ultramar: el "Derecho Indiano Peninsular". (47)

La aplicación del Derecho procedente de España trajo consigo la entrada de las figuras que se venían desarrollando en la Europa de ese tiempo mismas que se fueron adaptando a la situación particular del Derecho Indígena.

Pese a que surgieron las primeras Universidades en Hispanoamérica, donde se enseñaron los Derecho Romano y Canónico, hubo escasez de juristas, lo que puede haber contribuido a la degeneración fáctica de una situación jurídica planeada en España con ideas tan distintas de la realidad que finalmente surgió de ellas. La falta de Juristas especializados y la diferencia de idiosincrasia provocaron una aplicación disfuncional entre la ley escrita y su cumplimiento.

Por la gran importancia que tuvo el Derecho Castellano en el Derecho Privado de las indias, no sólo sus fuentes legislativas, sino también toda la literatura dogmática alrededor de ella, tuvo relevancia práctica para el Derecho de la Nueva España, y a causa del carácter romanista del Derecho Castellano toda la literatura jusromanista de la baja Edad Media y del Renacimiento fue manejada por los juristas novohispánicos. (48) Con lo que se empieza a conjugar no sólo la legislación sino la Doctrina que analiza y critica las instituciones que se plasman en la ley.

El Rey Felipe II por cédula de 15 de junio de 1592 acordó la creación de un

(47) Margadant, Guillermo F. Panorama de la Historia Universal del Derecho. Ob. cit. p.342.

(48) Margadant, Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Ob. cit. pp. 133-134.

consulado de México que tenía funciones legislativas, judiciales, administrativas, financieras y militares. Disposiciones de carácter mercantil son recogidas en la Recopilación de Indias de 1681 promulgada por Carlos II. “El libro IX, que reglamenta el comercio especialmente entre las colonias de América y España, manda nuevamente aplicar las ordenanzas de Burgos y Sevilla, con carácter supletorio de todos los puntos omisos de las Leyes de Indias” (49)

Los cuerpos de leyes hispanos, no distinguieron entre Derecho Privado y Público y menos aún entre Derecho Civil y Mercantil, salvo las memorables Ordenanzas de Bilbao, que sí constituyeron un ordenamiento típicamente comercial y fueron aplicadas en la Nueva España.

En materia de contratos y obligaciones, en ciertas regiones donde escaseaba la moneda, el Derecho Indiano otorgaba a los deudores el derecho de liquidar sus deudas mediante la entrega de ciertas mercancías. Con lo que se da el cumplimiento de una obligación mediante el pago en especie.

1.6.1 Las Ordenanzas de Bilbao.

En España en la época colonial se dictan “las Ordenanzas de Burgos de 1538, de Sevilla de 1554, y las de Bilbao, las viejas de 1560 y las nuevas de 1737, estas últimas constituyeron, por su excelencia y difusión, una de las más valiosas aportaciones al acervo de Derecho Mercantil. La importancia de estas ordenanzas, independientemente de su valor jurídico, es que las dos primeras se mandaron aplicar y las de Bilbao se aplicaron en la Nueva España”.(50) Fueron confirmadas por Felipe

(50) Vázquez, del Mercado Oscar. Ob. cit. p.17.

(49) Ibidem. p.19.

V, con el nombre de Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa de Contratación de la muy noble y muy leal Villa de Bilbao.

1.7 La Revolución Francesa.

Con la *Paz de Westfalia*, 1648, termina la Guerra de Treinta Años, cuyos efectos retrasarían durante tanto tiempo el desarrollo del centro de Europa. La moderna actitud de observación, que desobedece a los dictámenes de las autoridades tradicionales, se manifiesta también en doctrinas humanitarias, como las de Voltaire, Rousseau, Locke, Montesquieu o Vico; luego, los déspotas ilustrados, que caracterizaron este intervalo entre el Rey Sol y la Revolución Francesa incorporan la nueva actitud racionalista a la política económica y social. Se inicia una nueva etapa en el desarrollo de las instituciones jurídicas.

Las nuevas ideas políticas habían fomentado anhelos de independencia en las colonias inglesas, que llevaron hacia el nacimiento de los Estados Unidos de América (1776) y que, en etapas sucesivas, también provocarían la independencia de Hispanoamérica, entusiasmada por el éxito obtenido en los Estados Unidos, y luego por los acontecimientos en Francia. (51)

En los siglos XVII y XVIII el *iusnaturalismo* en esta fase de la historia repentinamente se traslada del campo de la Filosofía del Derecho al del Derecho Positivo. Ya antes de Sócrates había existido la institución de un Derecho Natural, superior al Positivo, pero es en estos siglos cuando surge, en la enseñanza universitaria y en la legislación, la idea de que sería posible elaborar un *detallado* Derecho Natural *Positivo*, una legislación intrínsecamente justa, independiente de las

(51) Margadant, Guillermo F. Panorama de la Historia Universal del Derecho. Ob. cit. pp.219-221.

condiciones especiales de cada país o periodo histórico. (52) El reconocimiento de principios universales que no necesitan ser plasmados por escrito para prevalecer sobre las leyes injustas es lo que motiva a revalorar el Derecho y buscar sus fines.

La gran época de las codificaciones se iniciará diez años después del Código Prusiano, con los cinco códigos de Napoleón, y alcanzarán un nuevo punto culminante casi un siglo después, con la entrada en vigor del *Código Civil Alemán* en 1900. La oleada de códigos que nace del *iusnaturalismo* tiene perfiles propios. En primer lugar, encontramos allí la preocupación por formular normas, no tan abstractas que fuesen meros Principios Generales del Derecho, ni tampoco demasiado casuísticas y detalladas. A este respecto, el primer código que logra el justo medio, fue el Código Civil de Napoleón. En segundo lugar, se quería elaborar obras completas, comprensibles por sí mismas, que, con base *en sus propios principios* pudieran resolver cualquier problema relacionado con la materia de estos códigos. En tercer lugar, los codificadores tenían el anhelo de producir una obra que sólo tomara de la tradición lo compatible con la razón.

En 1789 con la Revolución Francesa, al establecerse la comisión para crear el Código Civil se constituyó otra para elaborar el Código de Comercio.

En materia de Derecho Privado, primero, el 2-12-X-1789, se suprime la tradicional, canónica, prohibición de los réditos, medida realista, ya que, de todos modos, esta prohibición era letra muerta. Ante los intereses de los comerciantes ninguna prohibición de tipo moral es obstáculo.

(52) Margadant, Guillermo F. Panorama de la Historia Universal del Derecho. Ob. cit. p.227.

1.7.1 Código de Napoleón.

“En 1800 Napoleón, primer cónsul, nombra una comisión codificadora, con Tronchet y Bigot Premeneu, conocedores de las *Coutumes*, además de Portalis y Malleville, conocedores del derecho romano , y en 1804 se promulga el Código Civil que se conoce con el nombre de *Code Napoleón*, de 2,281 artículos”. (53) En el *Tercer Libro* habla de los diversos modos de adquirir la propiedad; como tales, Napoleón menciona las sucesiones, los contratos y las obligaciones (tres materias más trascendentales que unos simples modos de adquisición de la propiedad). Aunque en materia de contratos y de obligaciones predomina el Derecho Romano, tampoco falta la influencia germánica y las ideas surgidas durante la Revolución Francesa.

El Código de Comercio Francés de 1808 reproduce las Ordenanzas de Colbert que en 1673 busca unificar el Derecho Mercantil con el “Code Savary” y posteriormente en 1681 promueve la “Ordenanza de la Marina”. En este código se le quita preferencia al elemento subjetivo y se hace una enunciación de los actos de comercio independientemente de quien los ejecute. (54)

Entre los principios básicos que contenía el Código Francés resalta el que “la ley debe tomar las medidas necesarias para impedir que por actos de disposición o por convenios particulares que pretendan establecer de una manera permanente, la desigualdad de las fortunas, se comprometa la igualdad ante la ley”. (55) Precedente de la supremacía del Interés Público sobre la Libertad Contractual.

(53) Margadant, Guillermo F. Panorama de la Historia Universal del Derecho. Ob. cit. p.308.

(54) Vásquez, del Mercado Oscar. Ob. cit. p 15.

(55) Magallón, Ibarra J. M. Ob. cit. p.73.

En materia de personas y familia se observa una liberación respecto de ciertos principios canónicos anticuados; en muchos países el matrimonio llega a ser un contrato civil. En el Derecho de Obligaciones se independiza el contrato de trabajo, en la que se restringe la autonomía de la voluntad. La tendencia a la protección de las clases vulnerables se ve cristalizada como consecuencia de la Revolución Francesa.

El Código de Comercio alemán (1861) es anterior a la unificación, y figura al lado de una Ley sobre Letras de Cambio como uno de los pocos buenos productos legislativos de la confederación Alemana. Abandonaron el criterio de “acto de comercio”, para adoptar de nuevo el de “comerciante”, como en la Edad Media (en otros términos, pasó del sistema objetivo, introducido, por Francia, al sistema subjetivo). La Alemania unificada lo sustituye en 1896 por un nuevo código. Nuestro sistema es tripartito, esto es, la calidad de mercantil se puede adquirir ya sea por el objeto, el acto o los sujetos.

1.8 México Independiente.

Las primeras codificaciones de Derecho Civil que se hicieron en Hispanoamérica todavía siguen de cerca de la obra napoleónica. A partir de mediados del siglo XIX hubo varios intentos de codificar el Derecho sobre una base más ecléctica.

1.8.1 Código Civil de 1870.

“Ya la Constitución de Cádiz, en su artículo 159, había previsto la elaboración de un código civil, pero, a pesar de esto y de la moda codificadora desencadenada por el ejemplo de Napoleón, México tardó mucho en sustituir el confuso derecho civil,

heredado de la fase colonial, por un propio derecho, sistematizado concisamente en un código moderno”. (56)

Fue en la época de Benito Juárez cuando se le encargó a Justo Sierra (Padre) la elaboración de un Proyecto de Código Civil que fue el antecedente del de 1870 y que tuvo como influencia directa el proyecto español de García Goyena (1852), y también al Código Civil chileno, obra de Andrés Bello (1855). Éste fue publicado en 1861 (póstumamente) y sometido a una Comisión Revisora, que después de una interrupción (entre tanto algunas materias fueron reglamentadas por leyes especiales como el mutuo con intereses del 16 de marzo de 1861 y normas anteriores), continuó funcionando bajo el Imperio de Maximiliano. Se aprecia que el mutuo con interés, por la necesidad de regulación en su práctica, se tuvo que reglamentar de manera especial hasta que la Comisión Revisora terminó su labor y entró en vigor el código.

1.8.2 Código Civil de 1884.

Catorce años después del *Código Civil* de 1870, el Distrito Federal recibió un nuevo código de esta materia, que se promulgó por el Presidente Manuel González e inició su vigencia el 1º de junio de 1884, que sigue los lineamientos generales de la ley anterior.

“Durante la fase posrevolucionaria, el tradicional prestigio de la escuela exegetica, con autores como Aubry y Rau, o Lauren cedió ante actitudes más modernas, como la de Planiol. Esta innovación de la dogmática, junto con las ideas socialistas y la modernización general del ambiente mexicano, impulsó hacia un rejuvenecimiento de la legislación civil, y siendo el *Código Civil de Distrito*

(56) Margadant, Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Ob. cit. p.183.

y *Territorios Federales* (1928-1932) el habitual código modelo para las entidades de la República, el gran acontecimiento posrevolucionario en esta materia ha sido la expedición del *Código Civil Distrital* de 1928, elaborado desde fines de 1926". (57) Es aquí donde se logra una obra legislativa, que pese a algunas deficiencias, cuenta con un cuerpo normativo que cubrió y (esperemos) seguirá cubriendo las necesidades de su tiempo.

La Comisión que formó el proyecto del Código Civil, integrada por Ignacio García Téllez, Francisco H. Ruiz, al concluir sus trabajos, presentó un informe acerca de las principales reformas contenidas y que es conocido como la exposición de motivos en los que resalta: "Para transformar un Código Civil, en el que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformarlo sustancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular. Armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que impera en el ".(58) Cabe señalar que la Exposición de Motivos no fue modificada en su versión original; en cambio algunos artículos del Código Civil si sufrieron cambios e incluso se suprimieron, de ahí la divergencia en la exposición con el cuerpo legislativo.

En relación con la elaboración del nuevo Código Civil Distrital, hubo proposiciones de aprovechar esta oportunidad para unificar, de paso, las materias civil y mercantil, en el campo de las obligaciones, al estilo suizo.* Sin embargo, el hecho de que la materia civil es local, y la mercantil federal, fue un obstáculo para el éxito de esta idea.(59)

(57) Margadant, Guillermo F. Ob. cit. p 263.

(58) Magallón Ibarra J. Ob. cit. p.187.

*Interesante antecedente que denota la idea que prevalece en la actualidad de que no se pueden desvincular estas ramas.

(59) Margadant, Guillermo F. Ob. cit. p 266.

La separación entre Derecho Mercantil y Derecho Civil tiene una justificación de carácter histórico. Se originó por la insuficiencia e inadaptabilidad del segundo para regular las relaciones nacidas del tráfico comercial. Situación que se ha hecho patente en el desarrollo de los antecedentes.

1.8.3 Código de Comercio de 1889.

Una enmienda constitucional otorgó a la Federación en 1883 (14 de diciembre), la facultad de legislar en materia mercantil –incluyendo las instituciones bancarias–, y ya en 1884 México recibió su primer *Código de Comercio Federal* (*Código Barranda*), inspirado en el código italiano de 1882, se elaboró poco después una ley especial (10 de abril 1888) para reglamentar la sociedad anónima (al año después, esta materia volvió a entrar en el segundo *Código de Comercio* (1890), para independizarse, nuevamente, en 1934). (60)*

El carácter federal del Derecho Comercial se da por razones de conveniencia legislativa o por motivos prácticos de naturaleza social y hasta política, se dictan normas de vigencia nacional, a efecto de impedir que cada Entidad legisle sobre ellos. (61) Encontramos argumentos que tratan de justificar no sólo la separación del Derecho Civil con el Mercantil, ya que siendo el Civil competencia de las Entidades Federativas en cuanto su legislación esto vendría a restarle fuerza económica al Poder Ejecutivo que en última instancia repercute en su poder político; sin embargo, esta división carece de fundamentos de carácter jurídico al ser las figuras del Derecho Civil de aplicación semejante en el Mercantil.

* Lo que evidencia el capricho al que esta sujeto la integración o no de las leyes mercantiles.

(60) Margadant, Guillermo F. Ob. cit. p.189.

(61) Barrera, Graf J. Ob. Cit. p.26.

España promulgó su Código de Comercio en 1885, y ya en 1889 México recibió un nuevo código en esta materia, que tomó en cuenta algunas soluciones españolas (este código entró en vigor el 1° de enero 1890). Este código todavía es el vigente, desde 1929 hubo varios proyectos para un nuevo Código de Comercio, siendo el último de 1960, pero ninguno prosperó.

“El derecho moderno mexicano conserva la diferenciación justiniana entre particulares y comerciantes, en materia de intereses (aunque con signo inverso, bajando el rédito legal entre comerciantes); sin embargo, las tasas respectivas ya no son tasas máximas, sino tasas que valen en caso de silencio de las partes. La generalización del concepto de lesión, ya apuntada, puede utilizarse como punto de partida de la lucha contra los intereses excesivos”. (62) El hecho de que el interés convencional se fije de acuerdo a tasas variables que aumenta el riesgo en el cumplimiento de las obligaciones a las que se les aplica, el que en nuestro tiempo se carezca de un límite máximo para la fijación de intereses es una bomba de tiempo que hizo explosión en diciembre del noventa y cuatro y llegó a ser cruenta durante todo el siguiente año.

1.8.4 La dispersión legal en materia mercantil.

La dispersión legal del Derecho Mercantil da inicio en 1926 en México y como consecuencia de la misma se provocaron problemas de interpretación y de aplicación de los distintos ordenamientos, algunos de los cuales permanecen ignorados, e incluso de algunos se ignoraba su vigencia. Se da así la desintegración del Código de Comercio que sólo conserva cuestiones de carácter general al írsele separando las diversas materias que lo conformaban.

(62) *Ibidem* p.390.

“Por otra parte, el acto de comercio provocó también la pérdida de la unidad del sistema, ante la disparidad de los actos catalogados y reconocidos, y la imposibilidad práctica y teórica de reducirlos a un concepto genérico. La calificación de la materia mercantil, que antes fuera un concepto apriorístico (la actividad del comerciante), quedó ahora en manos del legislador, como criterio *a posteriori*, en función de necesidades económicas, sociales e inclusive políticas, que iban surgiendo”. (63) Vemos nuevamente esta necesidad práctica de su regulación ya no solo como rama independiente del Derecho Civil, sino también, incluso del Código de Comercio que inicialmente contenía todas las figuras a las que se les legisó de forma especial.

Las primeras innovaciones importantes fueron, en 1924, una reglamentación especial de la suspensión de pagos y establecimientos bancarios (14 de agosto 1924), una reglamentación de los bancos refaccionarios (29 de septiembre 1924), luego el 24 de diciembre de 1924, una Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios (con su antecedente en la época porfiriana de la ley del 19 de noviembre de 1897, la Ley Sobre Instituciones de Crédito vino a organizar la cuestión bancaria), y una ley que crea la Comisión Nacional Bancaria. (64) Se inicia así la regulación de manera especial de las Instituciones de Crédito.

El 31 de agosto de 1926, una nueva Ley General de Instituciones de Crédito y Establecimientos Bancarios sustituyó a la de 1924, y absorbió las leyes de suspensión de pagos, bancos refaccionarios, bancos de fideicomiso, compañías de fianzas y almacenes generales de depósito. La Ley General de Instituciones de Crédito, del 28 de junio de 1932, se basaba ya no en una distinción entre diversos tipos de bancos,

(63) *Ibidem* p 17.

(64) Margadant, Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. Ob. cit. p.265.

sino en una clasificación de determinadas operaciones bancarias. Aparece la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito expedida por el Presidente Pascual Ortíz Rubio en ejercicio de las facultades extraordinarias en materia de comercio, Derecho Procesal Mercantil, de crédito y moneda por leyes del 31 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1932. Con lo que se desprende el Contrato de Apertura de Crédito del Código de Comercio donde inicialmente estaba regulado.

De 1941 debe mencionarse la nueva reglamentación de las Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (31 de mayo) y se inicia la regulación de manera específica de las operaciones de los Bancos, que afecta de manera directa el tratamiento del Contrato de Apertura de Crédito que no es más que el Préstamo Mercantil (cuyo origen data desde la época antigua teniendo también como base el Mutuo Civil) realizado por Instituciones de Crédito, que es lo que le da esa calidad al citado contrato de Apertura de Crédito.*

En el Diario Oficial de la Federación del 29 de junio de 1959 se publicó el Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito, cuyo artículo 8o., inciso b), establecía que las instituciones nacionales de crédito no podían efectuar operaciones de financiamiento para el pago de pasivos. Simple y sencillamente estaba prohibido la celebración del contrato de apertura de crédito adicional.

La ley bancaria de 1941, las leyes posteriores de 1982 y 1985, así como la ley vigente, distinguen con claridad y dan tratamiento diferente a la banca múltiple y a la banca de desarrollo. Con lo que la primera queda exenta de esta prohibición.

*Las diferencias y semejanzas en estos contratos se apuntarán en detalle en el capítulo de Generalidades.

Con la tesis cuyo rubro es BANCOS. EL ARTÍCULO 8o. DEL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DE CRÉDITO. DEBE TENERSE POR DEROGADO. (Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VII, febrero de 1998. Tesis XI.2o.65 C. Pág. 483) se dio por terminada la prohibición señalada sobre el contrato materia de estos antecedentes.

En materia bancaria, la tremenda medida del entonces Presidente José López Portillo que apareció en el Diario Oficial de la Federación el 1 y 2 de septiembre de 1982, sobre la nacionalización* de las Instituciones Privadas de Crédito (con algunas excepciones), llevó hacia la transformación de éstas en Sociedades Nacionales de Crédito. Un tema especial, al respecto, fue el tratamiento de los "Mex dólares", que de hecho privó a los cuentahabientes en cuestión de parte de su poder real de compra; el despido (por tecnicismos) del Juez federal que había amparado a algunos afectados; al respecto, esto no fortaleció la imagen de independencia de nuestro Poder Judicial. (65) Que con la Reforma impuesta a principios del sexenio del Presidente Ernesto Zedillo volvió a poner en entredicho su verdadera autonomía al aceptar ese "Golpe de Estado", que fue duramente criticado por destacados Juristas de nuestra Facultad.

A partir del 1º de diciembre de 1982, se impuso una nueva política económica en nuestro país, de corte neoliberal. El Estado se reserva la rectoría del desarrollo nacional, pero son los particulares los responsables de toda actividad económica, salvo la considerada estratégica. Con la Ley Reglamentaria del Servicio Público de

* Mejor dicho estatización.

(65) Acosta Romero, Miguel. Ob. cit. p 287.

Banca y Crédito se permitió la participación de los particulares hasta en un 34 % del capital de las instituciones nacionalizadas. Por reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de junio de 1990 (siendo Presidente el ahora satanizado Carlos Salinas de Santa Anna)*, se dejó sin efecto la estatización bancaria. En virtud de esta reforma se aprobó una nueva Ley de Instituciones de Crédito el 18 de julio de 1990. (66)

El capricho de un Presidente que sólo duró unos años, poco a poco se fue corrigiendo hasta dejar las cosas en la misma o peor situación de lo que estaba. La mayoría priista del Congreso de la Unión aprobó de igual manera la estatización que la reprivatización con lo que se evidenció la frivolidad y conveniencia política de la forma de expedición de las leyes siendo patente la subordinación del Poder Legislativo al Ejecutivo por el entonces prevaleciente Presidencialismo Mexicano.

A partir del 1° de diciembre de 1994, Ernesto Zedillo tuvo que enfrentar en el ámbito financiero-judicial, el descrédito de las Instituciones Financieras privadas, provocado por los fraudes una lista larga de ilícitos que cometieron diversas familias de importante fuerza económica y política en Instituciones como Grupo Havre, Banca Unión, Nacional Financiera, Banco de Comercio Exterior, Banco Obrero, el Banco del Ejército, etc.

La reprivatización bancaria, a cinco y medio años de concluida, está muy lejos de haber logrado los objetivos de “modernización” y “eficiencia”. El sistema bancario mexicano, como nunca, se encuentra en una situación de crisis y extrema

*Como lo suele llamar al referirse al mismo en su cátedra nuestro Maestro Agustín Arias Lazo. (66) de Pina Vara, Rafael. Derecho Mercantil Mexicano
1ª. Ed. Editorial Porrúa, México, pp.308-309.

vulnerabilidad que, ha traído como resultado, una creciente participación estatal y una creciente participación de la inversión extranjera. (67) Situación que se hace patente con la fusión de importantes Instituciones de Crédito (la más reciente la de Bancomer con el Banco Bilbao Vizcaya)

En el Capítulo Tercero de la Tesis en desarrollo, nos abocaremos a un breve estudio de los antecedentes que llevaron a los Deudores de las Instituciones de Crédito a dirimir los conflictos que surgieron en la aplicación de los intereses en los Contratos de Apertura de Crédito, a través de la Contradicción de Tesis* ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que dio como resultado “el tremendo fallo de la Suprema Corte.” (68)

(67) de Pina Vara, Rafael. Ob. cit. p.310.

* Sobre este tema también se hará una escueta semblanza de su origen.

(68) Leyenda de la Portada del Semanario PROCESO del 11 de octubre de 1998.

CAPITULO II GENERALIDADES

2.1 Principio General del Derecho.

- 2.1.1 Concepto.
- 2.1.2 Diversas Teorías.
- 2.1.3 Naturaleza Jurídica.

2.2 Principio de Equidad.

- 2.2.1 Concepto.
- 2.2.2 Naturaleza Jurídica.
- 2.2.3 El Principio de Equidad en la Teoría de la Imprevisión.

2.3 Contrato de Apertura de Crédito.

- 2.3.1 Conceptos.
- 2.3.2 Libertad Contractual.
- 2.3.3 Teorías del Acto Jurídico.
 - a) Bipartita y sus principales exponentes.
 - b) Tripartita y sus principales exponentes.
- 2.3.4 Requisitos Esenciales.
- 2.3.5 Elementos de Validez.
- 2.3.6 La Apertura de Crédito Adicional.
 - a) Concepto.
- 2.3.7 Similitudes y diferencias con el Mutuo Civil y el Préstamo Mercantil.
- 2.3.8 La Supremacía del Interés Público sobre la Libertad Contractual.

2.4 Interés.

2.4.1 Concepto.

2.4.2 Principales Teorías que lo rigen.

2.4.3 El Interés Compuesto.

a) Artículo 2397 del Código Civil en Materia Federal.

b) Artículo 363 del Código de Comercio.

c) Artículo 68 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

2.5 Marco Jurídico Nacional e Internacional.

2.5.1 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

2.5.2 Ley de Instituciones de Crédito.

2.5.3 Ley del Banco de México.

2.5.4 Convenciones y Tratados Internacionales.

a) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

b) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

CAPITULO II

GENERALIDADES

En este Capítulo se fijarán las posturas doctrinales y legales que rigen las figura de la Equidad y el Contrato de Apertura de Crédito Adicional, para ello se iniciará un estudio sobre lo que se entiende como Principio General del Derecho, sus teorías, naturaleza jurídica; la definición de la Equidad, su pertenencia o no a los Principios Generales del Derecho; asimismo, la Teoría de la Imprevisión, las diferencias de la Apertura de Crédito con el Mutuo Civil y el Préstamo Mercantil, así como los requisitos de existencia y los elementos de validez del contrato con los conceptos de todas y cada una de estas instituciones.

A través de un sucinto análisis de las leyes y tratados que rigen el Contrato de Apertura de Crédito, veremos los alcances que tiene, las obligaciones de las partes, los diversos matices que lo asemejan y diferencian de los otros contratos y la supletoriedad que en un momento determinado pueden tener los diversos ordenamientos al momento de dirimir los conflictos que se susciten al momento de su aplicación e interpretación.

2.1 Principio General del Derecho.

Para determinar si la Equidad forma parte de los Principios Generales del Derecho o si tiene una categoría diferente dentro de nuestro sistema jurídico, es necesario hacer una valoralización de ambos conceptos, las diversas posturas doctrinales y teorías que existen para determinar su naturaleza jurídica sobre el tema para así tener elementos que nos permitan obtener un concepto de Equidad para los fines de la presente tesis.

“Casi todos los códigos modernos disponen que, en aquellos casos en que no es posible resolver una situación jurídica de acuerdo a la analogía debe recurrirse a los principios generales del derecho”. (69)

El artículo 14 constitucional en su último párrafo establece:

“En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los **principios generales del derecho**”

Este artículo en su párrafo cuarto encierra las reglas fundamentales de interpretación e integración en el Derecho Mexicano, a falta de ley, el caso se resolverá de acuerdo con los Principios Generales del Derecho, lo que significa que el recurso a ellos es el único procedimiento de integración autorizado por nuestra constitución. (70)

Con ello tenemos el fundamento constitucional que permite al juzgador resolver toda controversia de acuerdo a la letra de la ley o su interpretación, o bien, en su defecto con la aplicación de los Principios Generales del Derecho, concediéndole un carácter de fuente formal en nuestro sistema jurídico.

2.1.1 Concepto.

Los Principios Generales del Derecho, conforme al Maestro Rafael Preciado Hernández, citado por el Diccionario Jurídico Mexicano, “son los principios más

(69) García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho.

Ed. Porrúa, 51ª. Reimpresión, México, 2000. p. 370.

(70) García Maynez, E. Ob. cit. p. 382.

generales de ética social, de derecho natural o axiología jurídica descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual.”(71) El citado autor les da la calidad en cuanto a los valores que encierran y que son descubiertos por el intelecto humano, nótese que utiliza la palabra “descubierto” lo cual implica que no fueron propiamente una creación humana, además de incluir el concepto de libertad humana.

El Maestro Ignacio Galindo Garfias los define como “aquellos conceptos fundamentales que pueden ser conocidos mediante inducciones sucesivas, coordinando las normas o preceptos que regulan una institución jurídica hasta llegar, objetivamente, por abstracción, a encontrar esos conceptos o *ideas centrales* que presiden y dan vida y sentido a cada institución”. (72) Aquí el Maestro nos explica que se llega a los Principios Generales del Derecho mediante la aplicación de un método inductivo, de manera objetiva se puede encontrar el fundamento de una institución, ya que los mismos forman la base de ella.

El autor Raúl Ortiz-Urquidí los define como “aquellos principios rectores de un sistema jurídico determinado, que no estando expresamente consignados en él, se desprenden, sin embargo, de ese propio sistema, ya que nada menos son su fuente de inspiración y por ello mismo su base de sustentación. (73)En este mismo orden de idea tenemos que se considera a los Principios Generales del Derecho como parte del Derecho Natural.

(71) Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo IV.

3ª. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ed. Porrúa.
México, 1989, p. 2542.

(72) Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil, Primer Curso.

Parte General, Personas, Familia. 14ª Ed. Editorial Porrúa, México, 1995. p. 62

(73) Ortiz Urquidí, Raúl. Derecho Civil, Parte General.

3ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1986. p. 103.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en ejecutoria dictada el 15 de marzo de 1938 (Tomo LV, página 2641 del Semanario Judicial de la Federación) define a los Principios Generales del Derecho como: “verdades jurídicas notorias, indiscutibles, de carácter general, como su mismo nombre lo indica, elaboradas o seleccionadas por la ciencia del derecho, de tal manera que el juez pueda dar la solución que el mismo legislador hubiera pronunciado si hubiere estado presente, o habría establecido si hubiera previsto el caso: siendo condición de los aludidos “principios” que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenar”.

Con lo anterior la Corte primero reconoce su carácter de Derecho Natural con que cuentan estos principios y al mismo tiempo le impone la limitante ante el Derecho Positivo; sin embargo, se debe destacar que si la intención es resolver los asuntos en la misma forma en que el legislador lo hubiere hecho al crear la ley entonces si existiere alguna deficiencia en la misma, debe ser válido subsanarlo mediante la aplicación de “una verdad jurídica notoria”.

Cabe hacer la anotación de que la Analogía no es un método de interpretación, sino de integración que no debe confundirse con los Principios Generales del Derecho. La analogía consiste en atribuir a situaciones parcialmente idénticas (una prevista y otra no prevista en la ley), las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto.⁽⁷⁴⁾ De esta forma se pueden subsanar las lagunas de la ley acudiendo a preceptos que se pueden aplicar al caso en cuestión por ser semejantes y así no dejar de resolver una situación por dicha ausencia.

(74) García Maynez, E. Ob. cit. p. 369.

Según jurisprudencia, la aplicación por analogía procede: a) a falta expresa de norma aplicable al supuesto concreto, y b) cuando hay igualdad esencial de los hechos (LEY APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VII, abril de 1998. Tesis III.T. J/20. Pág. 649).

Entre los medios de integración encontramos: (75)

- a) A contrario sensu (en sentido contrario)
- b) A pari (a la par)
- c) A majori ad minus (de mayor a menor)
- d) A minori ad mayus (de menor a mayor)
- e) Papel de la costumbre y la equidad
- f) Analogía
- g) Principios Generales del Derecho.

Queda claro que tanto los Principios Generales del Derecho, la Equidad y la Analogía se encuentran clasificados dentro de los métodos de integración que se puede hacer de la ley.

2.1.2 Diversas Teorías.

De acuerdo a la discusión sobre la significación de la locución “Principios Generales del Derecho” hay varias tendencias: (76)

(75) Moreno Navarro, Gloria . Teoría del Derecho.
1ª. Ed. McGraw-Hill. México, 2000. p. 122.

(76) Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot.
Tomo III, Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1989. p. 154.

a) Para la primera, en la que destacan los nombres de Coviello, De Ruggiero y Groppali, en Italia, y Busso, en la Argentina, son los principios fundamentales de la legislación positiva, que aunque no se hallen escritos en ninguna parte, constituyen los presupuestos lógicos de la norma legislativa.

b) Para otra tendencia, en la que militan Del Vecchio en Italia, Stamler en Alemania, Renard en Francia, Castro y Bravo, Castán Tobeñas, Pérez González y Alguer en España, son los principios superiores de justicia radicados fuera del Derecho Positivo y a los cuales éste trata de darles encarnación de una circunstancia histórica concreta determinada. Es decir se trata del siempre vivo Derecho Natural. O sea, el Juez formulará entonces un juicio de equidad con arreglo a la norma que resulte insinuada por la propia naturaleza del caso sujeto a su decisión.

La diferencia entre una u otra tendencia estriba en el hecho de considerar a los Principios dentro de la legislación positiva o fuera de ella como parte del Derecho Natural.

Respecto de qué debe entenderse concretamente por *Principios Generales del Derecho*, encontramos tres sectores: (77)

1) *Interpretación Positivista o Histórica*: Según ella, son aquellos principios históricamente contingentes que han inspirado u orientado una legislación determinada. Son principios que orientan todo Derecho Positivo *estén o no expresamente consagrados en la legislación vigente*.

(77) Diccionario Jurídico A. P. Tomo III. Ob. cit. p. 154-155.

2) *Interpretación Filosófica o Iusnaturalista*: Por el contrario, considera que la expresión “Principios Generales del Derecho”, no hace referencia a valores históricamente contingentes, sino a los principios universales y eternos de justicia.

3) *Posición racionalista*: Que escinde el Derecho en dos órdenes jurídicos específicos y distintos, el natural y el positivo, el uno conforme con la razón y el otro producto de la voluntad política, no puede sostenerse, ya que cae por su propio peso. (78)

“Algunos autores niegan la existencia de esos principios; otros los identifican con las normas del derecho natural; hay tratadistas que se refieren a ellos, como expresión de la idea de justicia, de lo justo y de lo equitativo; otros consideran que se trata de los principios más generales de la ciencia del derecho, es decir, de la doctrina, y finalmente una corriente del pensamiento sostiene que los principios generales del derecho son normas jurídicas independientes del derecho legislado, que se alcanzan por la progresiva abstracción de las distintas normas, hasta llegar a los presupuestos necesarios de todo el ordenamiento jurídico”. (79) Las posturas respecto a lo que se considera como Principios Generales del Derecho hay una gran divergencia, aunque prevalece la tendencia de considerarlos como la base del Derecho.

2.1.3 Naturaleza Jurídica.

“Es evidente que el derecho, producto típicamente humano, es una obra de la inteligencia humana: ella es la que descubre, desarrolla y combina criterios que enuncian un comportamiento entendido como justo: por esto, el derecho es llamado

(78) Diccionario Jurídico A. P. Tomo IV. Ibidem. p. 2542.

(79) Galindo Garfias, I. Ob. cit. p.61

jurisprudencia, es decir, de lo justo, y la prudencia se entiende como un hábito de la inteligencia. De acuerdo a esa concepción del Derecho como *jurisprudencia*, los Principios Generales del Derecho son una parte, muy importante, de la ciencia jurídica o *jurisprudencia*". (80)

En nuestro sistema jurídico el artículo 19 del Código Civil en Materia Federal* establece:

"Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho".

Como quedó asentado al señalar los conceptos de Principios Generales del Derecho que les da la Doctrina, todos los autores coinciden en que son la base de todo sistema legal (ya sea como parte del mismo o como el reconocimiento de un Derecho Natural) con lo que acorde a nuestra Carta Magna viene a ser una fuente formal del Derecho.

2.2 Principio de Equidad.

Como lo apunta el Maestro García Maynez: Si se acepta que la Equidad es un principio general, el más general de los principios del Derecho, tendrá que admitirse que desempeña entre nosotros papel supletorio, y que, en los casos en que no hay ley aplicable a una situación especial, y el Juez ha agotado los recursos de interpretación, puede y debe inspirarse, al dictar su sentencia, en principios de Equidad. (81)

(80) Diccionario Jurídico A. P. Tomo IV. Ibidem. p. 2542.

* Por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo del 2000, se modificó la competencia del Código Civil que anteriormente también era de aplicación en el Distrito Federal.

(81) García Maynez, E. Ob. cit. p. 385.

Y continúa aclarando: “La única restricción que en nuestro concepto debe señalarse a esta facultad del juez es la que con gran acierto indica el profesor Del Vecchio, cuando habla de los principios generales: “Si bien se mira, el legislador sólo ha establecido un requisito, en orden a la relación que debe existir entre los principios generales y las normas particulares del derecho: que entre unos y otras no haya ninguna desarmonía o incongruencia. Queda excluida *a priori* la posibilidad de aplicar un principio particular”. En consecuencia, una resolución dictada de acuerdo con criterios de equidad, en ningún caso deberá oponerse a los preceptos legales existentes. Por la misma razón, el juzgador no está autorizado para corregir, so pretexto de que su generalidad es fuente de injusticia en una situación concreta, las normas del derecho positivo”. (82)

Con lo anterior entramos nuevamente a la controversia de qué hacer ante la ley injusta cuando tenemos un Principio General de Derecho como la Equidad, que en un momento determinado puede ser aplicado para corregir esas deficiencias. Puede ser muy tentadora esta opción aunque al mismo tiempo peligraría la seguridad jurídica.

El Maestro Modesto Seara Vázquez señala tres tipos de Equidad: (83)

1) *Infra Legem*: Sirve para completar el Derecho, cuando una situación particular no puede resolverse con ayuda de las normas jurídicas. Recurriendo a la Equidad se tratarán de llenar las lagunas del Derecho.

(82) García Maynez, E. Ob. cit. p. 285.

(83) Seara Vázquez, Modesto. Derecho Internacional Público. 13ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1991, p. 77.

2) *Extra Legem*: Se aplica cuando, por las circunstancias particulares del caso, que el Derecho estricto no puede tomar en consideración, se produjera cierta "injusticia".

3) *Contra Legem*: La Equidad puede servir como medio derogatorio del Derecho. En realidad, esta función de la Equidad sólo es posible cuando las partes así lo acuerdan. La autorización de las partes es entonces más necesaria aquí que en los casos anteriores.

2.2.1 Concepto.

Conforme al Diccionario de la Real Academia Española tenemos varias acepciones:

La primera, en sentido figurativo se refiere a la igualdad de ánimo; la segunda bondadosa templanza habitual: propensión a dejarse guiar, o a fallar por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley. En una tercera tenemos Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva. y; en la última acepción tenemos que es una disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece. (84)

Se aprecia la íntima relación que existe entre la Equidad y la Justicia, misma que será retomada en líneas más adelante.

(84) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
Editorial Espasa-Calpe, 25ª Edición, Madrid. 1992. p. 881.

La Equidad constituye el máximo de discrecionalidad que la ley concede al Juez en algunos casos, cuando la singularidad de ciertas relaciones se presta mal a una disciplina uniforme. Lumia expone que la Equidad no debe confundirse con el mero arbitrio, porque esto significaría un mal uso por parte del Juez de sus poderes en cambio cuando decide conforme a Equidad respeta aquellos Principios de Justicia que se encuentran recibidos por el ordenamiento jurídico positivo o que son compartidos por la conciencia común. (85)

Con el argumento antes vertido tenemos que la seguridad jurídica no se vería afectada en la aplicación de la Equidad, ya que siendo uno de los Principios Generales del Derecho, que son la base de la legislación, al tener alguna deficiencia no sería conculcada por dicha aplicación.

2.2.2 Naturaleza Jurídica.

Aristóteles al hacer referencia de la Justicia y de otras virtudes morales, establece la naturaleza de lo equitativo como “una rectificación de la ley en la parte en que ésta es deficiente por su carácter general”. (86)

La Equidad es un medio para corregir la ley, para darle una interpretación razonable o, en su caso, integrarla cuando no existe precepto aplicable. (87)

La Justicia juega un papel importante en la cuestión de qué debe entenderse

(85) Diccionario de Terminología Jurídica.

Visión Jurídica 98.6a Copyright 1998 Casa Zepol, S. A. de C. V.
DTJ - 1508. p. 1099.

(86) Aristóteles. Ética Nicomaquea. Política.

Versión española por Antonio Gómez Robledo.
10ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1982. p. 71.

(87) Moreno Navarro, G. Ob. Cit. p. 126.

por Equidad, por lo que debemos apuntar su principal definición en los siguientes términos:

La *Iustitia* es la realización de lo que intuimos como justo, y se manifiesta en la *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (la constante, perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho). La Equidad como “justicia del caso concreto”, o extrema individualización de las soluciones jurídicas es incompatible con una aplicación mecánica del Derecho Positivo, por lo que se encuentra frecuentemente en oposición con la seguridad jurídica. (88)

Como lo apunta el Maestro Joaquín Escriche: “No habiendo ley, ni costumbre legítima, y faltando igualmente el recurso de la analogía, fuerza sea que el Juez para fijar su determinación, busque el auxilio (sic) de la razón y de la equidad natural. Yo no entiendo aquí por equidad la virtud que suaviza y templá el rigor de la ley, sino la virtud que para suplir la falta de la ley escrita ó consuetudinaria, consulta las máximas del buen sentido y de la razón, ó sea de la ley natural.

La equidad sin embargo, así como la verdad, no es mas que una. Debe pues el juez, para encontrarla, dedicarse al estudio profundo del derecho, procurando penetrar el espíritu de las leyes patrias, examinando la doctrina de nuestros autores que con larga experiencia la esplicaron (sic), interpretaron y glosaron, fecundando su espíritu con la lectura de las obras clásicas de legislación universal ó derecho natural y buscando á veces los ejemplos ó precedentes de sentencias dadas por tribunales sabios sobre los puntos en que recaen las dudas.

(88) Margadant, Guillermo F. El Derecho Privado Romano. Ob. cit. pp. 99-100.

El juez pues, en defecto de otra luz mejor que le guíe, puede servirse de estos ejemplos, y adoptarlos si vienen al caso, no ciegamente sino hallándolos fundados en razón porque los ejemplos enseñan, pero no mandan; y más bien se ha de juzgar por razones que por ejemplos” (89)

La Equidad no es más que la individualización en la aplicación de la Justicia, si partiéramos del Derecho Positivo afirmaríamos que es su base y si lo hiciéramos del Derecho Natural la veríamos como una verdad evidente que debe ser reconocida por el Juzgador al dictar su fallo.

“Se distingue la Equidad de los Principios Generales del Derecho; porque estos últimos son los conceptos más abstractos en que se apoya un determinado ordenamiento jurídico positivo. Los Principios del Derecho son el resultado de una operación lógica de abstracción, en tanto que la Equidad se inspira en la particularidad del hecho”. (90)

Esta distinción es meramente teleológica, en el sentido de que se aboca a los fines que persigue la Equidad, que aún así no deja de ser parte de los Principios Generales del Derecho y al aplicar la primera se aplican los últimos.

2.2.3 El Principio de Equidad en la Teoría de la Imprevisión.

La Teoría de la Imprevisión, que no esta reconocida de manera literal en nuestro sistema jurídico, encierra simple y llanamente el Principio de Equidad, para respaldar esta afirmación cabe hacer los siguientes comentarios:

(89) Escriche, Joaquín. Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Nueva Edición. Librería de Rosa, Bouret y Cía. Paris 1851, p. 204.

(90) Galindo Garfias, I. Ob. cit. p.64.

La teoría de la imprevisión implica que si con posterioridad a la celebración de un contrato hay una mutación importante y no previsible que haga excesivamente gravosa la obligación del deudor, el obligado pudiere invocar la modificación del contrato y de la obligación a su cargo.

Como lo señala el Maestro Ernesto Gutiérrez y González: "No debe confundirse el problema de la imprevisión en donde las prestaciones de una de las partes se le vuelven más onerosas, con el problema de la inejecución de las prestaciones, pues éste cae ya, o bien en el campo de los hechos ilícitos, o en el del caso fortuito o fuerza mayor". (91)

De lo que se trata es simplemente de que las partes contratantes adquieran los derechos y obligaciones que esperaban al celebrar un contrato. En el tema que nos ocupa, esto es la Apertura de Crédito Adicional, tenemos por una parte que el Acreedor pondrá a disposición del Deudor una suma de dinero a efecto de que pueda cubrir los intereses que se generen por la celebración de un Contrato de Apertura de Crédito recibiendo a cambio un rédito, y por el otro tenemos al Deudor que al poder disponer de esta opción se verá beneficiado en un momento determinado y por ende pagará ese rédito a la Institución de Crédito que se la dio. Hasta aquí todo va de maravilla, pero ¿qué ocurre cuando la situación económica de un país cambia de manera tan estrepitosa que ningún de los contratantes hubiera podido prever y llegamos al grado tal de que ese rédito que esperaba recibir el Acreedor alcanza a quintuplicarse? Es cierto que esto de ninguna manera es culpa de las partes en esta relación, pero aún así es una situación que se presenta y se debe resolver.

(91) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones. 12ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1998. p. 464.

Si se dejaran las cosas en el estado en que se encuentra tendríamos que el Deudor dejaría de obtener las consecuencias que esperaba y llegaría al grado de que si cumpliera su obligación (en caso de que pudiera hacerlo) quedaría en la ruina. En este orden de ideas tenemos entonces que se desnivelaría la balanza de una forma tal de que el único perjudicado sería el Deudor, a parte de que el Acreedor no esperaba en ningún momento llegar a adquirir esa utilidad al celebrar este contrato.

Cualquier persona vería la evidente "injusticia" que se comete al exigirse el cumplimiento de la obligación en estas condiciones. En la aplicación estricta del Principio de Equidad lo que procede es la modificación de la obligación de manera tal que deje de ser más gravosa al Deudor y de esta manera, sin incumplir el contrato, buscar la manera de cumplirlo para que ambas partes obtengan las consecuencias que esperaban al momento de su celebración y así obtengan lo que se merecen.

"Ya el derecho canónico buscó dar solución a este problema, y sostuvo que era contrario a la moral cristiana el que un acreedor, se aprovechara de las nuevas circunstancias para obtener prestaciones lesivas para su deudor; eso, era tanto como ser usurero, pues la usura para este Derecho se considera no sólo en el momento de realizar el contrato aprovechándose de la situación difícil del contratante, causándole un detrimento patrimonial, sino también si se aprovecha de las situaciones posteriores para obtener lucros exorbitantes". (92)

2.3 Contrato de Apertura de Crédito.

Para definir el Contrato de Apertura de Crédito se requerirá analizar cada uno de sus elementos siguiendo las bases de la Teoría de las Obligaciones, precisando los

(92) Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 464

alcances que tiene la Libertad Contractual, la denominación de Contrato y su diferencia con el Negocio Jurídico acorde a las posturas Francesas y Alemanas, así como su diferencia con el Mutuo y con el Préstamo Mercantil.

2.3.1 Conceptos.

En primer lugar se definirá lo que es Contrato, Crédito y por último Apertura de Crédito. Se analizan los elementos y características del Contrato de Apertura de Crédito en virtud de que la Apertura de Crédito Adicional cuenta con los mismos elementos que el primero sólo que en este último la disponibilidad del dinero se aplica para el pago de intereses del primero. *

Contrato.- (Del latín *contractus*, derivado a su vez del verbo *contrahere*, reunir, lograr, concertar), es un acto jurídico bilateral que se constituye por el acuerdo de voluntades de dos o más personas y que produce ciertas consecuencias jurídicas (creación o transmisión de derechos y obligaciones), debido al reconocimiento de una norma de derecho. Sin embargo, tiene una doble naturaleza pues también representa el carácter de una norma jurídica individualizada. (93)

Crédito.- (Del latín *creditum*, que significa tener confianza, tener fe en algo), es la transferencia de bienes que se hace en un momento dado por una persona a otra, para ser devueltos a futuro en un plazo señalado y generalmente con el pago de una cantidad por el uso de los mismos. (94)

* El concepto legal se analizará cuando se haga mención de la Ley de Instituciones de Crédito.

(93) Diccionario. Tomo I. Ob. cit. p. 691.

(94) Ibidem. Tomo I. p. 772.

Las llamadas operaciones o contratos bancarios no presentan caracteres intrínsecos que los distinguan de otros negocios jurídicos. *Tales operaciones consisten en un negocio jurídico de tipo general, que se clasifica de bancario sólo por el sujeto.* Estas operaciones se caracterizan por ser realizadas por un tipo especial de empresas, que reciben el nombre de Bancos o Instituciones de Crédito que son las empresas que tienen por objeto el ejercicio habitual de la banca y del crédito. (95)

El concepto de Operaciones de Crédito especialmente cuando se trata de operaciones bancarias, comprende, además de aquellas en las que hay una transmisión inmediata de la propiedad al deudor, aquellas en las que la prestación del crédito tiene que hacerse en un momento posterior, comúnmente a solicitud del beneficiario; verbigracia, a petición del acreditado en la Apertura de Crédito.

Las cosas objeto de las operaciones bancarias de crédito deben ser fungibles y apropiables. Por otra parte, no cabe operación de crédito gratuita.

La Ley de Instituciones de Crédito al referirse en su artículo 2o, a las operaciones que puede realizar una institución de crédito, cataloga a aquellas en operaciones de banca y de crédito. El significado de ambas es distinto, ya que no toda operación de crédito es bancaria ni viceversa. Jurídicamente las operaciones bancarias no existen.

Operaciones activas, serán todas aquellas que realizan las instituciones, en las que prestan dinero, o conceden crédito, o servicios estimados en numerario, pagaderos a futuro a cualquier persona, mediante la utilización de los contratos, o instrumentos, que para ese efecto señala la ley.

(95) de Pina Vara, R. Ob. cit. p. 303.

Tenemos entonces que el Contrato de Apertura de Crédito es una Operación Activa que realizan la Instituciones de Crédito que no tiene diferencias de fondo con otras figuras como el Mutuo Civil o el Préstamo Mercantil, más que por los sujetos que intervienen y los fines que se persiguen.

2.3.2 Libertad Contractual.

Como uno de los elementos esenciales que prevalece en todo Convenio y Contrato, encontramos a la Libertad Contractual que es el origen de toda obligación al utilizarse la Autonomía de la Voluntad.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la Libertad como la facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. (96)

En sentido jurídico, la libertad es la posibilidad de actuar conforme a la ley. El ámbito de la libertad jurídica comprende: obrar para cumplir las obligaciones, no hacer lo prohibido, y hacer o no hacer lo que no está ni prohibido ni mandado. Esta concepción supone que la ley es un mandato racional, de modo que el actuar conforme a la ley equivale a actuar conforme a la razón. Esta equivalencia se da propiamente en la ley natural, lo cual no es más que lo que la misma razón prescribe al hombre como norma de obrar en orden a su perfeccionamiento integral.

“Libertad jurídica, en sentido positivo, es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el

(96) Diccionario Real A. Ibidem. p. 1252

contenido de los mismos no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio". (97)

Respecto del Derecho Positivo puede darse o no darse esa equivalencia entre razón y ley. La libertad jurídica con relación al Derecho Positivo consiste, entonces en la posibilidad de obrar conforme a la ley positiva en tanto ésta cesa conforme con la ley natural. Entendida así, la libertad jurídica implica la posibilidad de resistencia frente a la ley injusta. (98) Que en un momento dado es lo que hace que evolucionen las Instituciones cuando ya no responden a las necesidades de un período determinado.

La voluntad es uno de los temas clásicos del Derecho Civil. La misma para constituirse en el origen de la responsabilidad, debe ser libre. Los Códigos Civiles y los civilistas liberales, han cantado toda clase de loas a la libertad de los ciudadanos. Atentar contra la voluntad es atacar la libertad o sea la esencia prístina del hombre moderno y burgués. El Código de Napoleón pasa por ser el origen de todo ese derecho individualista asentado en la Autonomía de la Voluntad, que quiere decir simplemente que los acuerdos libremente tomados deben ser respetados por el Estado y ser cumplidos cabalmente por las partes. (99)

Vemos que la fuerza que adquiere la libertad de los particulares para obligarse en la forma y términos que deseen debe tener una limitante, en virtud de que no siempre las partes en un contrato cuentan con la misma calidad que les permita tener una visión de los alcances de su obligación, el Estado debe suplir esas deficiencias

(97) García Maynez, E. Ob. cit. p. 285.

(98) Ibidem. p. 666.

(99) Correas, Oscar. Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo).

1ª. Ed. Universidad Autónoma de Puebla y de Guerrero, México, 1982. pp. 96-103.

protegiendo (sin que esto implique una restricción en la voluntad) conforme al caso concreto, a la persona afectada.

El poder de la voluntad, la llamada autonomía de la voluntad o autonomía privada, no significa que como se pretendió en alguna época, sea absoluta, ni la voluntad soberana, porque encuentra, ciertos límites que establece el orden público y las buenas costumbres y que circunscriben el concepto de licitud. (100)

2.3.3 Teorías del Acto Jurídico.

Para adecuar al Contrato de Apertura de Crédito dentro de las Teorías del Acto Jurídico es necesario entrar a un somero desarrollo de las mismas.

a) Bipartita y sus principales exponentes.

La Doctrina Francesa la clasifica al hecho jurídico en dos especies: al hecho jurídico como género; el hecho jurídico en sentido estricto, y el acto jurídico. La doctrina clásica sobre los actos jurídicos está representada por Baudry, Lacantinnierie, Planiol, Colin y Capitant y Beaudant. En lo que se refiere al hecho jurídico en sentido estricto los efectos jurídicos son creados indirectamente por el Derecho. (101)

Entre los principales exponentes tenemos a Julien Bonnecase, que señala: La expresión hecho jurídico frecuentemente es empleada en un sentido especial y en oposición al acto jurídico. En este caso se considera un acontecimiento puramente

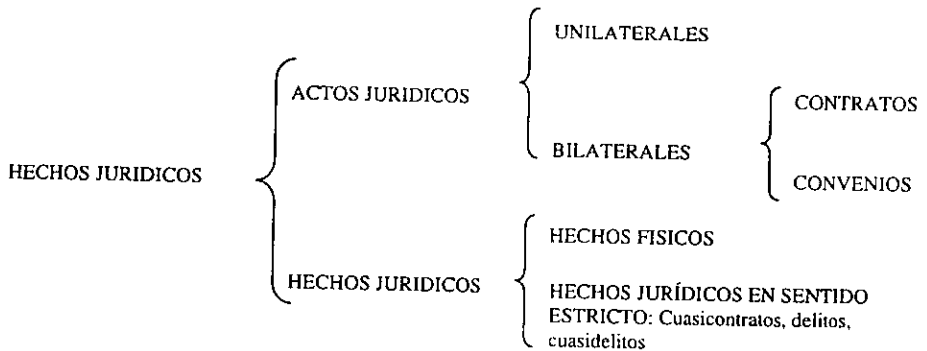
(100) Galindo Garfias, I. Ob. cit. p. 225.

(101) Ortiz Urquidí, R. Ob. Cit. pp. 230-232.

material, tal como el nacimiento o la filiación, o acciones más o menos voluntarias, que fundadas en una regla de Derecho, generan situaciones o efectos jurídicos, aún cuando el sujeto de este acontecimiento o de estas acciones no haya tenido, ni podido tener el deseo de colocarse bajo el imperio del derecho. (102)

En lo que respecta al acto jurídico el autor ya citado menciona: Es una manifestación exterior de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica en contra o a favor de una o de varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho.

CUADRO SINOPTICO DE LA TEORIA FRANCESA



La Apertura de Crédito entra en la Teoría Francesa, dentro de los Actos Jurídicos Bilaterales por ser un Contrato.

(102) Bonnecase, Julien. Elementos de Derecho Civil. Traducido por el Lic. José m. Cajica. Tomo II. Derecho de las obligaciones, de los contratos y del crédito. S. N. E. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1985. pp. 164-165.

b) Tripartita y sus principales exponentes.

En nuestro sistema jurídico siguiendo la Doctrina Francesa y Española nuestros códigos sólo hacen referencia al hecho y al acto jurídico, sin hacer mención del negocio; este término es usual en la literatura jurídica alemana e italiana, pero sobre todo en la alemana.

Tanto la Doctrina Francesa como la Alemana se fundan en términos generales en los mismos razonamientos para clasificar los diversos acontecimientos jurídicos; sin embargo, la segunda detalla y profundiza más en su análisis acudiendo a razonamientos más lógicos. (103)

La palabra negocio jurídico tiene su traducción en alemán "reichtsgeschäft" que proviene de la doctrina alemana del siglo XIX. La consagración del negocio jurídico como término técnico y figura básica de la dogmática del Derecho privado, se debe al esfuerzo de los pandectistas alemanes para sistematizar la ciencia jurídica (Hugo, Heise, Thibaut, Savigny). En el Código Civil en Materia Federal de Sajonia de 1863 lo define diciendo: "Un acto es un negocio jurídico cuando la acción de la voluntad se dirige, de acuerdo con las leyes a constituir, extinguir o cambiar una relación jurídica." (104)

Para los autores Santiago Carnelli y Eugenio B. Cafaro el negocio jurídico es declaración de voluntad o declaraciones de voluntades dirigidas a obtener un fin, alcanzar un determinado resultado, para lo cual es necesario que aquella o aquellas se

(103) Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. Derecho Civil.
Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico e Invalidez.
1ª. Ed.1990, Editorial Porrúa, México, 1994. p. 504.

(104) Ortiz Urquidí, R. Ob. Cit. p. 236.

ajusten al marco normativo impuesto por el ordenamiento para que el interés del o de los sujetos que la expresaron pueda contar con protección estatal, y de este modo obtener el efecto que persiguieron al emitir voluntad. (105)

Por ende en la Teoría Alemana e Italiana la Apertura de Crédito entraría a formar parte de los negocios jurídicos por ser un Contrato, aunque en nuestra legislación no se estila esta denominación, salvo en alguna Entidades Federativas.

2.3.4 Requisitos esenciales.

La Apertura de Crédito es un Contrato Mercantil regulado por su propia ley. En el artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su fracción IV, al hacer referencia de la aplicación de los diversos ordenamientos se establece:

“Los actos y las operaciones a que se rigen:

IV. Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil en Materia Federal del Distrito Federal.”

Lo que nos permite acudir al Derecho Común cuando no exista disposición aplicable a un caso concreto ni en la ley especial, ni en la legislación mercantil general. Como también lo establecen los artículos 2 y 81 del Código de Comercio:

“Artículo 2.- 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 en Materia Federal aplicable en materia federal.”

(105) Carnelli Santiago y otro. Eficacia Contractual.
1ª. Ed. Editorial Abeledo-Perrot, Argentina, 1989. p. 11.

“Artículo 81.- 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”.

En cuanto a los requisitos de existencia del contrato tenemos el artículo 1794 del Código Civil en Materia Federal :

“Para la existencia del contrato se requiere:

- I. Consentimiento;
- II. Objeto que pueda ser materia del contrato”.

CONSENTIMIENTO.- Es el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción de efectos de derecho y es necesario que ese acuerdo tenga una manifestación exterior. (106) Para el caso de la Apertura de Crédito se tendrá que pasar por todas las etapas que van desde la Oferta hasta la Aceptación, para así al reunirlos con su objeto se da el contrato.

OBJETO.- Tiene dos acepciones, la primera es una conducta que debe observar el obligado, ya sea de dar, hacer o no hacer, y la segunda es la cosa material que debe dar. (107) El objeto indirecto de la obligación será entonces las sumas de dinero que el Acreedor debe poner a disposición del Deudor.

Entre las principales características del contrato, destacan:

- a) Es un contrato principal, nominado.
- b) Los sujetos que conforman la relación son el acreditado y el acreditante.

(106) Gutiérrez y González, E. Ob. Cit. p. 249.

(107) Ibidem. 276.

c) El objeto del contrato es la disponibilidad de los recursos, con independencia de que el acreditado ejerza o no el crédito.

d) Las obligaciones del acreditante son, alternativa o conjuntamente, poner a disposición del acreditado una suma de dinero y, contraer obligaciones por cuenta de éste. A su vez, las obligaciones del acreditado son, según el caso, restituir las sumas de que disponga o responder ante el acreditado de las obligaciones cubiertas por su cuenta y, pagar los intereses sobre las disposiciones ejercidas, prestaciones, gastos y comisiones pactadas.

e) Puede considerarse como de dinero o de firma, lo primero cuando el acreditante se obliga a poner a disposición del acreditado una suma de dinero en efectivo, para que éste disponga, si así lo desea, en los términos y condiciones pactados; mientras que sólo será de firma cuando el acreditante ponga a disposición del acreditado su propia capacidad para contraer ciertas obligaciones por cuenta de éste, hasta por el límite pactado.

f) Es bilateral, porque las partes se obligan recíprocamente; el acreditante, a poner de inmediato a disposición del acreditado los recursos del crédito o a contraer ciertas obligaciones por cuenta de éste; y, a su vez, el acreditado tiene por obligaciones pagar una comisión o gastos por apertura (si eso se hubiera pactado) restituir el monto de las sumas de que dispuso o, en su caso, responder ante el acreditante por las obligaciones que éste asumió por su cuenta, así como el pago de intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

g) Por la forma de disposición puede ser simple o en cuenta corriente, también conocida como cuenta revolvente. Será simple cuando el crédito se agota por la disposición que de él haga el acreditado, y cualquier cantidad que entregue al acreditante se entenderá como abono al saldo insoluto, estando imposibilitado para volver a disponer de él aunque no hubiese vencido el plazo pactado para ello; en cambio, se tratará de cuenta corriente, cuando el acreditado pueda retirar y pagar

parcial o totalmente los recursos del crédito las veces que le convenga, siempre que no rebase el monto y plazo convenidos.

2.3.5 Elementos de validez.

En cuanto a los elementos que se deben reunir para la validez del contrato de Apertura de Crédito el artículo 1795 de Código Civil en Materia Federal se menciona:

“El contrato puede ser invalidado:

- I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;
- II. Por vicios del consentimiento;
- III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece”.

CAPACIDAD DE LAS PARTES: En cuanto a las personas físicas o particulares, tienen capacidad legal los mayores de dieciocho años (artículos 646 y 647 del Código Civil en Materia Federal) que no se encuentren en ninguno de los casos de inhabilitación comprendidos en el artículo 450 del Código Civil en Materia Federal y los comerciantes conforme a los artículos 5 y 12 que establecen:

“Art. 5.- Toda persona que según las leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tienen capacidad legal para ejercerlo”.

“Art. 12.- No pueden ejercer el comercio:

- I. Los corredores;
- II. Los quebrados que no hayan sido rehabilitados;
- III. Los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión”.

Por lo que hace a la capacidad de las personas jurídico-colectivas, tenemos que éstas ejercitan sus derechos, contraen obligaciones, celebran contratos y realizan actos jurídicos en general, por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos (artículo 27 del Código Civil en Materia Federal).

Asimismo, encontramos que en la citada legislación se precisan los conceptos para saber que debemos entender en cada caso.

"Artículo 1812. El consentimiento no es válido si ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo."

"Artículo 1815. Se entiende por dolo en los contratos cualquiera sujeción o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a alguno de los contratantes; y por mala fe, la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido."

"Artículo 1827. El hecho positivo o negativo objeto del contrato debe de ser:

- I. Posible; y
- II. Lícito."

"Artículo 1828. Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización."

"Artículo 1831. El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres."

FORMA: *La forma que ha de revestir la voluntad es rigurosamente sacramental e inmutable.* La flexibilidad del formalismo consiste, precisamente en

multiplicar las formas y en despojarlo de esa inmutabilidad.(108) La Apertura de Crédito es un contrato consensual porque se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades.

El análisis de crédito, para la Corte, no es requisito para la validez jurídica de un contrato de apertura de crédito bancario. Además, el análisis que se realiza para el crédito original también sirve para el crédito adicional. En este caso si uno de los fines de toda obligación es que la misma se cumpla en los términos y forma pactada por ende es menester allegarse de todos los elementos para garantizar que la misma se cumpla. *

Sin embargo, suponiendo sin conceder, que los Reglamentos que van más allá de la ley que están, valga la redundancia, reglamentando tuvieran fuerza obligatoria, es necesario mencionar “Las reglas para los requerimientos de capitalización de Instituciones de Banca Múltiple” publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1991:

“Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Secretaría Particular.

Con fundamento en lo dispuesto por los Artículos 5º, 49 y 50 de la Ley de Instituciones de Crédito; 31 fracción VII de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y en ejercicio de las atribuciones que me confieren las fracciones XVII y XXV del Artículo 6º, del Reglamento Interno de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, he tenido a bien expedir las siguientes:

REGLAS PARA LOS REQUERIMIENTOS DE CAPITALIZACIÓN DE LAS INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE.

PRIMERA.- La clasificación de activos, de operaciones causantes de pasivo

(108) Bonnecase, J. Ob. Cit. p.

* Esta cuestión será retomada en el análisis del Marco Jurídico y en los capítulos subsecuentes.

contingente y de otras operaciones, que habrán de hacer las instituciones de banca múltiple conforme a los Artículo 49 y 50 de la Ley de Instituciones de Crédito, será:

IV.- Los créditos relacionados o no, deberán otorgarse cumpliendo con las disposiciones legales y administrativas aplicables, a efecto de reunir las condiciones de seguridad y de mercado conforme a las sanas prácticas.

V.- Se considera que los créditos han sido otorgados de acuerdo a las políticas del banco y conforme a condiciones de mercado y en términos razonables de seguridad, cuando reúnan, entre otras, las siguientes características:

- a) Tasa de interés de mercado.
- b) Cobro de comisiones.
- c) Destino de los recursos acorde con el fin contratado.
- d) Viabilidad del proyecto.
- e) Capacidad de pago del deudor en base a flujos de efectivo a su situación financiera presente.
- f) Reciprocidad.
- g) Garantías suficientes.
- h) Expedientes de crédito completo.
- i) Calificación administrativa y moral de los acreditados.

VI.- Los créditos relacionados que se otorguen en condiciones que contravengan las disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito y de estas Reglas, deberán capitalizarse al 100%, en lugar del 8%, sin ser objeto de ponderación alguna.”

La razón de la prescripción de realizar el estudio radica en establecer medidas de protección para los ahorradores ya que si el banco otorga créditos inviables, correrá el riesgo de no estar en posibilidad de cubrir las operaciones pasivas a su cargo. Situación que prevaleció durante todo el año del noventa y cinco por la omisión en el cumplimiento cabal de dichos estudios.

2.3.6 La Apertura de Crédito Adicional.

Cuando intereses vencidos se pagan con recursos de un crédito adicional, se trata de un refinanciamiento. El otorgamiento de un crédito para pagar pasivos se encuentra expresamente permitido en la ley y no existe ordenamiento jurídico que prohíba de manera literal, otorgar financiamiento para el pago de intereses.

a) Concepto.

Sistema de Crédito Adicional. Se entiende éste como una medida tanto de carácter jurídico como económico, a través del cual, el cliente puede disponer de sumas adicionales al importe del crédito destinado a la adquisición del inmueble que se hipoteca (en caso de apertura de crédito con garantía hipotecaria) y que se utilizará para completar el pago de los intereses que no pueda cubrir sobre la suma de dinero que le fue entregada para dicho fin y sobre ambas pagarán intereses, de tal forma que en el presente contrato se pacta el sistema comúnmente llamado de intereses compuestos. Los recursos del crédito adicional se aplican a pagar una deuda por intereses vencidos.

Hay refinanciamiento porque el deudor tiene a su disposición un crédito que puede o no ejercer para el pago de los intereses vencidos. Si decide no ejercerlo y pagarlos con su propio peculio, el acreedor está obligado a recibir el pago. El hecho de que no haya entrega física de dinero al acreditado, o que las operaciones se registren con movimientos contables, no significa que no haya un crédito adicional.

En ocasiones, el crédito adicional se documenta en un contrato por separado que el del crédito inicial. El acreditante de uno y otro crédito puede llegar a ser

distinto. Estas posibilidades del esquema de refinanciamiento demuestran que se trata de un crédito inicial y otro adicional.

El crédito adicional devenga intereses por su disposición del; los intereses vencidos, cubiertos con los recursos del crédito adicional, son pagados y, por tanto, no generan nuevos intereses. Para la Corte, el hecho que el refinanciamiento pueda tener efectos similares que la capitalización, no significa que haya simulación.

El convenio de apertura de crédito adicional o refinanciamiento contenido en el principal de apertura de crédito con intereses y garantía hipotecaria, para pagar los intereses que no puedan ser cubiertos con los pagos mensuales ordinarios, es legal y no es un contrato simulado ni contiene un pacto de anatocismo, como lo argumenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El refinanciamiento es una figura distinta en la que se puede disponer de un crédito adicional que producirá intereses, que pueden consolidarse con el crédito principal. Se trata de un convenio accesorio al principal, en el que se conviene la disposición de un crédito y el pago de intereses, aunque no se de la entrega material del dinero, la cual no es necesaria para que exista el primero y sin que esté regulado el que se convenga anticipadamente su formalización contable.

La naturaleza jurídica de este refinanciamiento de intereses es la de una apertura de crédito con un destino específico: pagar parte o la totalidad de los intereses vencidos, ya sea que se hayan devengado por las primeras disposiciones del mismo crédito, o por otro crédito anterior. La apertura de crédito para el refinanciamiento de intereses es opcional y no obligatoria para el deudor, quien se encuentra en posibilidad de pagar con su propio peculio los intereses vencidos a su cargo, con la correlativa obligación del acreedor de recibirlos.

En los contratos con refinanciamiento se estipula que sólo en el evento de que el acreditado decida no hacer uso del crédito adicional, deberá hacerlo del conocimiento del acreditante para que el pago mensual con numerario se calcule con la totalidad de los intereses vencidos.

Por lo ya señalado, el refinanciamiento de intereses es un contrato de apertura de crédito, por el que se pone a disposición del acreditado una suma de dinero para pagar los intereses vencidos a su cargo.

El refinanciamiento de intereses permite redistribuir las erogaciones a cargo del deudor y, con ello, mantener uniformes los pagos periódicos del crédito, así como disminuir el riesgo por incrementos en la inflación que asume el deudor al disponer del crédito adicional con los mecanismos de preaviso pactados, el deudor contrae una obligación aleatoria. Situación que hubiera sido “genial” en el espejismo del Primer Mundo que inventó el expresidente Salinas.

2.3.7 Similitudes y diferencias con el mutuo civil y el préstamo mercantil.

El préstamo (o mutuo) es un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al otro, el que se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

“Artículo 2384.- El mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad”.

El Código de Comercio considera mercantil a un contrato de préstamo cuando éste se contrae en el concepto y con la expresión de que las cosas prestadas se

destinarán a actos de comercio, se presume que el préstamo es mercantil cuando se contrae entre comerciantes.

“Artículo 358.- Se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes”.

El contrato de préstamo mercantil en general, poco se practica entre comerciantes y en el comercio, toda vez que para obtener los recursos que se necesitan se recurre a otros medios. No es común que un sujeto ocurra a otro o a un comerciante para obtener dinero, salvo el caso de prácticas viciosas de usura, que lógicamente no se reconocen por la ley. Para lograr fondos generalmente se recurre a los bancos en donde se celebran los contratos de crédito. (109) De ahí que haya un mayor número de Contratos de Apertura de Crédito celebrados, precisamente, con Instituciones de Crédito, siendo un préstamo mercantil al cual se le da la calidad de Contrato de Apertura de Crédito en función de que la realizan estas instituciones.

El contrato de apertura de crédito se asimila al contrato de préstamo o mutuo con interés, aunque cuenta con ciertos matices que nos pueden servir para acotar algunas diferencias.

Las diferencias y similitudes entre el Préstamo Mercantil y el Contrato de Apertura de Crédito son las siguientes:

a) En el préstamo mercantil el objeto del préstamo debe dedicarse a actos mercantiles, en cambio en el contrato de apertura de crédito, el dinero (objeto

(109) Vázquez del Mercado O. Ob. cit. p. 185.

indirecto del contrato) puede tener cualquier destino o aplicación, que también puede ser para actos mercantiles.

b) En el préstamo mercantil el carácter mercantil de dicho acto jurídico viene como consecuencia del destino o uso que se vaya a dar a la cosa prestada, o sea, por un acto volitivo, mientras que en el contrato de apertura de crédito el carácter absolutamente mercantil del mismo deviene de disposición expresa de la ley como acto de comercio, independientemente del destino o aplicación de esos recursos que como ya se precisó en el inciso anterior pueden ser el mismo.

c) El préstamo mercantil puede tener por objeto cualquier cosa que esté en el comercio, mientras que el contrato de apertura de crédito se limita exclusivamente a poner a disposición del acreditado una suma de dinero o a realizar ciertas obligaciones por cuenta de éste. Con ello tenemos que cuando se trata de sumas de dinero que se presten por una Institución de Crédito este en vez de ser préstamo mercantil adquiere la calidad de apertura de crédito.

d) En el préstamo mercantil, aun cuando la entrega de la cosa prestada no es requisito de existencia ni de validez del contrato, se presupone una transferencia de propiedad como consecuencia inmediata y natural del propio contrato; si el objeto prestado nunca se entrega, el contrato podría concluir; en cambio, en el contrato de apertura de crédito, la consecuencia inmediata y natural de su celebración es la disponibilidad de recursos y no forzosamente su entrega, puede nunca transferirse al acreditado la propiedad de los recursos sin que ello implique la terminación del contrato, si bien lo esperado es que el acreditado disponga de los mismos.

El Mutuo Civil se distingue y se asimila del Contrato de Apertura de Crédito, entre otras características, porque:

a) El mutuo puede versar sobre dinero o cualquier objeto fungible, mientras que en el contrato de apertura de crédito lo que se pone a disposición del acreditado siempre es una suma de dinero, sin desconocer que en el caso del crédito documentado el acreditante se obliga a asumir obligaciones por parte del acreditado.

b) En el mutuo, el mutuante se obliga a transferir la propiedad del objeto del contrato, en tanto que en el contrato de apertura de crédito la obligación del acreditante es mantener disponibles los recursos a favor del acreditado.

c) El mutuo es generalmente gratuito, mientras que el contrato de apertura de crédito es oneroso. Aunque cuando hay mutuo con interés ambos son onerosos.

Se diferencian en que mientras el Mutuo es una obligación civil que “es la que se genera por una relación entre personas, que deben regir su conducta conforme a lo dispuesto en el Código Civil en Materia Federal” (110) el Préstamo Mercantil y la Apertura de Crédito son obligaciones mercantiles que son “ la que se genera por una relación entre personas que deben regir su conducta conforme a lo dispuesto en las leyes mercantiles, o aquella conducta que intrínsecamente la considera la ley como mercantil o comercial sin importar la persona que la realiza”. (111)

“Este es sin duda, un criterio un tanto arbitrario, pues resulta en ocasiones difícil distinguir una obligación civil de una mercantil, al grado de que se afirma no

(110) Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p.72.

(111) Ibidem. p.73.

hay diferencia alguna entre ambas; lo que sucede –se dice por los civilistas- es que las normas mercantiles son normas excepcionales respecto del Derecho civil, lo cual objetan desde luego los autores de Derecho mercantil”. (112)

Son más tajantes las diferencias entre el Mutuo Civil de la Apertura de Crédito, que esta última con el Préstamo Mercantil, ya que al ser las dos últimas obligaciones mercantiles sólo se encuentra diferencia por los sujetos que la practican y el objeto de la obligación.

2.3.8 La Supremacía del Interés Público sobre la Libertad Contractual.

El convenio entre particulares constituye una fuente formal del Derecho, ya que éstos, por su propia voluntad, se fijan normas de observancia obligatoria para regir su conducta futura relativamente a lo pactado por ellos en el propio convenio. (113)

El Interés Público es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado. (114)

Las anteriores afirmaciones encuentran su fundamento en el artículo 6° del Código Civil en Materia Federal que establece:

“La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

(112) Gutiérrez y González, E. Ob. cit. p. 73.

(113) Ortiz Urquidí, R. Ob. cit. p. 107.

(114) Ibidem. p. 1507.

Con la máxima: *Privatorum conventio iuri publico non derogat* (el convenio entre particulares no puede modificar el Derecho Público), el Derecho Público tiende a invadir, cada vez en mayor escala, materias tradicionalmente reservadas al Derecho Privado.(115)

“Los contratos son acuerdos de voluntad: pero últimamente, digamos desde principios de siglo, la ley ha venido reduciendo considerablemente los márgenes de la autonomía de la voluntad, con la intención de extirpar las injusticias notorias que suceden en el intercambio libre, ya que bajo la igualdad formal, corre la desigualdad real”. (116)

La Ley de Instituciones de Crédito es una Ley de Interés Público, como lo reconocen en su Ejecutoria de la Contradicción de Tesis, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ser reglamentaria de los artículo 26 y 28 de la Constitución Política de nuestro país. En este orden de ideas, no queda al arbitrio de los particulares el modificar normas que atañen al Interés Público, aunque las mismas sean realizadas por una Institución de Crédito. Y siendo que la Constitución ordena que sólo el Banco de México determine las tasas de intereses, el Banco Central no puede delegar esa facultad en los particulares, de lo contrario modificaría el mandato constitucional.

Con ello dejamos precedente que siempre existirán valores más importantes, que de ninguna manera deben ser vulnerados por convenios de particulares, entre los fines del Estado se tiene la protección del Interés Público, mismo que representa los valores generales que deben ser respetados.

(115) Margadant, Guillermo F. El Derecho Privado Romano. Ob. cit. p. 102.

(116) Correas, O. Ob. Cit. p. 104.

2.4 Interés.

Como ya se hizo referencia en los antecedentes, el interés ha tenido un papel importante en el desarrollo del Derecho Civil y Mercantil desde los primeros inicios de estos derechos, la aplicación del mismo en los contratos que celebran los particulares ha sido controvertido, teniendo situaciones antagónicas a través de la historia como fue la aparición del anatocismo desde Grecia con la filosofía de Aristóteles, así como la protección exagerada de Justiniano en Roma, pasando por la categórica prohibición de su aplicación por el Derecho Canónico, y su reincorporación en la Edad Media.

2.4.1 Concepto.

En su acepción conforme a su raíz: (Del latín *interesse*, importar) provecho, utilidad, ganancia. (117)

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.

Naturaleza. Los intereses conforme al artículo 893 del Código Civil en Materia Federal son frutos civiles: no merman la esencia y cantidad del bien del cual provienen. (118)

(117) Diccionario Terminología J. Ob. cit. p. 1779.

(118) *Ibidem*, p. 1508.

“Artículo 893.- Son frutos civiles, los alquileres de los bienes muebles, las rentas de los inmuebles, los réditos de los capitales y todos aquellos que no siendo producidos por la misma cosa directamente, vienen de ella por contrato, por última voluntad o por la ley”.

2.4.2 Principales teorías que lo rigen.

Entre las principales teorías tenemos las siguientes: (119)

a) *Teorías Reales*.- Que tiene como principales representantes Alfred Marshall e Irving Fisher, que plantean la teoría de la oferta y la demanda del capital. Algunos autores explican el interés por la productividad del capital y muestran por qué el que recibe prestado puede pagar un interés, Böhm Bawerk liga la existencia del interés al fenómeno psicológico de la subestimación del futuro.

Según esta escuela, tres razones basan su teoría:

1. Una razón psicológica: un hombre normal subestima el porvenir, prefiere una satisfacción inmediata a otra futura;
2. Una razón económica: en el presente, por lo general, las necesidades son más acuciantes y los recursos menos importantes que lo que se espera poseer en el porvenir. El bien actual en forma de dinero puede, de hecho, ser consumido o reservado para el porvenir;
3. Una razón tecnológica: los bienes presentes valen más que los futuros, porque podemos utilizarlos inmediatamente en procesos productivos.

Lo esencial de la exposición de Bawerk es el hecho de que el interés nace de la interacción de la preferencia por el tiempo y la productividad del capital.

(119) Enciclopedia Jurídica O. Tomo XVI. Ob. cit. pp. 407-409.

b) *Teorías Monetarias*.- Su principal exponente fue J. M. Keynes que en su obra *Teoría General* estableció: "Se ha de reconocer el fracaso de las teorías que se esfuerzan por hacer depender el tipo de interés de la eficiencia marginal del capital... El tipo de interés no es el precio que determina el equilibrio entre la demanda de recursos a invertir y la actitud para abstenerse de su consumo presente...Depende de la oferta y de la demanda de dinero"(120)

c) *Teoría de los Fondos Prestables*.- Su expositor fue Sir Dennis Robertson. De acuerdo a este autor, los factores determinantes del tipo de interés deben radicarse en cuatro elementos diversos:

1. La preferencia temporal: Los sujetos económicos no valoran igualmente el consumo presente y el futuro.
2. La productividad marginal del capital, es decir, el rendimiento que espera obtener el sujeto económico del empleo de un capital adicional.
3. La oferta del dinero debida a la política del banco de emisión.
4. la preferencia de liquidez, es decir, el deseo de los sujetos económicos de conservar en su poder dinero inmediatamente utilizable.

Para Robertson el interés es el precio por el uso de fondos prestables que depende de la oferta y la demanda de los mismos.

d) *Teoría Marxista*.- La concepción que Marx tiene del interés se contiene en la teoría de la plusvalía, que se basa en los beneficios que siempre reciben los capitalistas individualmente considerados (Interés que se adjudicarán los dueños de

(120) Enciclopedia Jurídica O. Tomo XVI. Ibidem. p. 410.

instituciones financieras) en cuanto a su cuantía de la magnitud de la plusvalía, esto es, de cuantía de la explotación de los asalariados.

e) *Teoría Dinámica de Schumpeter.*- Parta este, si se tuviera una situación estática la economía no sería posible aplicar un interés. Cosa distinta ocurre en caso de que se trate de un progreso económico, esto es, de la dinámica de la economía política, en esta situación si es posible pagar un interés por el capital que se toma a préstamo y tan solo mientras que este especial beneficio no desaparezca a causa de la competencia.

Siendo las Instituciones de Crédito, simples intermediarios (de aportar sus propios recursos serían capitalistas) captan recursos del público usuario para conceder créditos a quienes los solicitan, es lógico que lo atractivo del “negocio” es el rédito o utilidad que perciben por prestar sus servicios mismo que debe ser acorde al estudio que se debe hacer para conocer la viabilidad del proyecto (aunque la Corte diga lo contrario).

No cabe suponer que sea equitativo la fijación de tasas variables, que en un sistema económico estable serían predecible sus variantes, cuando ante la crisis financiera que causo el “error de diciembre” en nuestro país, se dispararon las tasas de interés ocasionando que el monto de la suerte principal llegara a quintuplicarse siendo las garantías dadas inicialmente totalmente rebasadas para cubrir con las obligaciones contraídas.*

*Sobre el particular se entrará a un estudio a fondo en los antecedentes del fallo que se desarrollará en el próximo capítulo.

2.4.3 El Interés compuesto.

Dentro de las diversas aplicaciones que existen del interés tenemos al compuesto, el cual es el que desde los inicios de su aplicación se ha prohibido de manera rotunda. Cabe hacer la distinción de este tipo de interés con el legal y su injerencia en conceptos como Usura y Anatocismo.

INTERES COMPUESTO.- El de un capital al que se le van acumulando los réditos para que produzca otros.

INTERES LEGAL.- El que, a falta de estipulación previa sobre su cuantía fija la ley cuando haya de devengarse o el deudor incurra en mora. (121). En materia mercantil, el artículo 361 del Código Comercio establece:

"Toda prestación pactada a favor del acreedor que consta precisamente por escrito, se reputará interés".

El interés es legal 9% anual en derecho común (artículo 2395 Código Civil en Materia Federal) y 6% anual en materia comercial (artículo 362 del Código de Comercio), y se aplica cuando no haya pacto sobre ellos.

ANATOCISMO.- El término anatocismo viene del griego: de aná, que significa reiteración, y tokimós, que significa acción de dar interés. Es el pacto por el cual el deudor se obliga a pagar intereses sobre intereses. La capitalización de intereses es la adición de los intereses vencidos al capital que los devenga.

(121) Diccionario Terminología J. Ibidem. p. 1179.

En el Refinanciamiento (Apertura de Crédito Adicional) se da la aplicación de recursos de un crédito al pago de intereses vencidos. En el Mutuo, la capitalización convenida de antemano está prohibida. En el Préstamo Mercantil y en la Apertura de Crédito no hay limitante alguna.

USURA.- Cuando hay una evidente desproporción en los intereses, se dice que son usurarios en la última parte del artículo 2395 Código Civil en Materia Federal se precisa:

“...pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste, el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal”.

Ni nuestra legislación, ni la Suprema Corte de Justicia de la Nación establecen criterios definidos para fijar los límites lícitos de los intereses convencionales, por lo que debe acudirse a los usos, a la moral y a las buenas costumbres; es decir, a lo que el ordinario se pacta en las transacciones. En el Derecho Común, en contra de la usura solo se instrumenta la reducción equitativa. En este orden de ideas, por los intereses pagados no hay reducción ni restitución.

Por otra parte, el Derecho Público reprime la usura bajo la institución del fraude en los casos de interés desproporcionado, explotando la ignorancia o las malas condiciones del sujeto pasivo (víctima) (artículo 387, fracción VIII, Código Penal).

De esta manera, quien recibe el préstamo usurario tendrá dos acciones: una civil (artículo 2395 en relación con los artículos 17 y 2228, del Código Civil en Materia Federal) para obtener reducción y las consecuencias restitutorias de la

nulidad, y, una penal, mediante la correspondiente denuncia al Ministerio Público para la restitución y la reparación del daño.

a) Artículo 2397 del Código Civil en Materia Federal.

El Código Civil en Materia Federal, bajo pena de nulidad, prohíbe que los intereses vencidos y no pagados, devenguen a su vez intereses (anatocismo), salvo que haya convenio posterior sobre el particular. Este artículo se encuentra dentro del Capítulo II Del Mutuo con Interés y a la letra dice:

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

b) Artículo 363 del Código de Comercio.

El Código de Comercio sí autoriza la capitalización de intereses, siempre y cuando conste de manera expresa la voluntad de los contratantes en ese sentido. Este artículo se encuentra en el Título Quinto del Préstamo Mercantil, Capítulo I, del Préstamo Mercantil en General:

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

El interés no es un elemento del contrato de préstamo mercantil, el carácter mercantil del préstamo procede no del mismo contrato de préstamo, sino de la operación a que se destinan las cosas prestadas. El propósito de lucro no está en la operación del préstamo, sino en los actos mercantiles a que el prestatario destinará las cosas prestadas.(122)

(122) Vázquez del Mercado, O. Ob. cit. p. 187.

c) Artículo 68 de la Ley Federal de Protección al Consumidor.

El artículo 68 de la Ley Federal de Protección al Consumidor señala:

“Únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar al consumidor estado de cuenta mensual. Es improcedente el cobro que contravenga lo dispuesto en este artículo”.

Atento lo dispuesto en el artículo 73 de la propia ley, este ordenamiento sólo es aplicable a los actos relacionados con inmuebles cuando los proveedores son fraccionadores o constructores de vivienda destinadas a casas habitación para venta al público, por lo que no resulta aplicable a los contratos de mutuo civil, préstamo mercantil ni apertura de crédito que celebren otras personas. Respecto a las operaciones bancarias, el artículo 5o., de la propia ley expresamente señala que sus disposiciones no resultan aplicables.

2.5 Marco Jurídico Nacional e Internacional.

En este apartado se dará un panorama de cómo se regula en diversos ordenamientos el Contrato de Apertura de Crédito. En materia Nacional se desarrollarán brevemente los artículos más relevantes de las legislaciones que se aplican a este Contrato; en materia Internacional se hará hincapié en los principios que se encierran en Convenciones y Tratados Internacionales que pueden servir de referencia de cómo se dirimen las controversias entre países aplicando Principios Generales del Derecho.

Es necesario acotar lo que se establece en las Tesis de Jurisprudencia que se transcriben a continuación, mismas que son vigentes en la actualidad por corresponder a la Quinta Época, y que resultan necesarias para dejar un precedente.

CONSTITUCIÓN IMPERIO DE LA. Sobre todas las leyes y sobre todas las circulares, debe prevalecer siempre el imperio de la Carta Magna, y cuantas leyes secundarias se opongan a lo dispuesto en ella, no deben ser obedecidas por autoridad alguna.

Amparo administrativo en revisión. Anchondo Francisco. 18 de abril de 1919. Unanimidad de nueve votos.

(Quinta Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, página 878).

CIRCULARES. Las circulares carecen de fuerza legal para derogar los derechos establecidos por las leyes, a menos que las mismas establezcan como regla de su aplicación lo que en dichas leyes se diga.

Tesis relacionada con jurisprudencia 348/85.

(Quinta Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIX, página 1115).

Por lo antes señalado y cumpliendo con el orden jerárquico de la pirámide Kelseniana no es necesario entrar al estudio de la circulares en virtud de que las mismas carecen de fuerza obligatoria al no estar reconocidas en nuestra Constitución en su artículo 133.

2.5.1 Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Publicada en la gestión del Presidente Pascual Ortiz Rubio. En el Capítulo IV De los Créditos, Sección Primera, De la Apertura de Crédito en su artículo 291 se define lo que es la Apertura de Crédito, en los siguientes términos:

“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 este 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 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.”

Tenemos que en virtud de la apertura de crédito:

- a) El acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado.
- b) O a contraer por cuenta de este una obligación.
- c) Para que el mismo haga uso del crédito concedido.
- e) En la forma y en los términos y condiciones convenidos.
- f) Quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga.
- g) O a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo.
- h) Y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipule.

En el contrato de Apertura de Crédito Adicional el Acreditado se va a obligar a poner a disposición del acreditado una suma de dinero a efecto de que con la misma tenga la posibilidad de pagar los intereses que se generen por la Apertura de Crédito.

En cuanto al *importe del crédito*: Las partes pueden o no fijar su límite. Si no se señala dicho límite y no es posible determinarlo por el objeto a que se destine, o de algún otro modo convenido, el acreditante está facultado para establecerlo en cualquier tiempo (artículos 292 y 293 de la ley en cita). En caso de que se hubiere fijado, las partes pueden convenir en que cualquiera o una sola de ellas, estará facultada para restringirlo (artículo 294 Ley General De Títulos y Operaciones De Crédito).

Disposición de la suma acreditada: El acreditado puede disponer a la vista, mediante un solo retiro, de la cantidad convenida, desde el momento de la perfección

del contrato, hasta antes de que expire el término del mismo (artículo 295 Ley General De Títulos y Operaciones De Crédito); o bien, mediante retiros parciales que hará dentro de la vigencia de la relación contractual. A este respecto ha dicho la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“En los contratos mercantiles de apertura de crédito... es permitido que el numerario objeto del contrato lo reciba el acreditado en una o en varias exhibiciones, sin que se altere por ello la naturaleza del acto o se contravenga la ley, ya que, por el contrario, el sentido de lo dispuesto por los artículos 291 y 295 de la Ley General De Títulos y Operaciones De Crédito, confirma que la acreditante y el acreditado tienen libertad de pactar lo que a sus intereses convenga en relación a la entrega de la suma de dinero acreditado, así como con respecto a su pago” (7 Época, Vol. 62, 4 Parte, p. 16, A. D. 5024/71, Leopoldo Castro Nivón, 3 Sala).

Si durante la vigencia del contrato, el acreditado no dispone de la suma convenida en forma total o parcial, quedará obligado, salvo pacto en contrario, a pagar los premios, comisiones y gastos correspondientes a las sumas de que no hubiere dispuesto (artículo 294 último párrafo). También se puede convenir que el acreditado disponga del crédito mediante cheques u otros títulos de crédito.

Restitución del crédito: Cuando las partes no fijen plazo para la devolución de las sumas de que puede disponer el acreditado, o para que el mismo reintegre las que por cuenta suya pague el acreditante de acuerdo con el contrato, se entenderá que la restitución debe hacerse al expirar el término señalado para el uso del crédito, o en su defecto, dentro del mes que siga a la extinción de éste último (artículo 300 Ley General De Títulos y Operaciones De Crédito).

Intereses: El acreditado debe pagar normalmente una comisión total sobre el importe del crédito que se le concede y, además, intereses por las cantidades de que disponga efectivamente. Los intereses deben convenirse expresamente por las partes

y aún si el acreditado no hiciera uso total del crédito durante la vigencia del contrato deberá manifestarse su obligación de pagar los premios, comisiones e intereses (artículos 294 último párrafo y 300 de la Ley General De Títulos y Operaciones De Crédito).

Extinción del contrato: La ley contempla seis formas de conclusión para este tipo de contratos, a saber:

a) Por denuncia, que es un acto jurídico por el cual una de las partes declara su voluntad de darlo por terminado, cuando el término del contrato ha sido establecido y la denuncia convenida en el mismo (artículos 294 y 143 párrafos. III y IV Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

b) Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad de su importe, a menos que el crédito se haya abierto en cuenta corriente y en este último caso, hasta la liquidación total del saldo que resulte (artículo 301 fracción I Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

c) Por la expiración del término convenido (artículo 301 fracción III Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

d) Por la falta o disminución de las garantías pactadas a cargo del acreditado ocurridas con posterioridad al contrato, a menos que el acreditado suplemente o substituya debidamente las mismas en el término convenido al efecto (artículo 301 fracción IV Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito).

e) Por hallarse cualquiera de las partes en estado de suspensión de pagos, de liquidación judicial o de quiebra (artículo 301 fracción V Ley General de Títulos Y operaciones de Crédito).

f) Por la muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado, o por disolución de la sociedad a cuyo favor se hubiere concedido el crédito (artículo 301 fracción VI Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito)).

2.5.2 Ley de Instituciones de Crédito.

Esta Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio de 1990, por el entonces Presidente Carlos Salinas de Gortari. En el Título Primero de las Disposiciones Preliminares, en el primer artículo se establece:

“La presente Ley tiene por objeto regular el servicio de Banca y Crédito; la organización y funcionamiento de las Instituciones de Crédito, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el Estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano”

Asimismo el artículo 2º establece:

“El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser:

I. Instituciones de banca múltiple, y

II. Instituciones de banca de desarrollo.

Para efectos de lo dispuesto en la presente ley, se considera servicio de banca y crédito la captación de recursos del público en el mercado nacional para su colocación en el público, mediante actos causantes de pasivo directo o contingente, quedando el intermediario obligado a cubrir el principal y, en su caso, los accesorios financieros de los recursos captados.

No se consideran operaciones de banca y crédito aquellas que, en el ejercicio de las actividades que les sean propias, celebren intermediarios financieros distintos a instituciones de crédito que se encuentren debidamente autorizados conforme a los ordenamientos legales aplicables. Dichos intermediarios en ningún caso podrán recibir depósitos irregulares de dinero en cuenta de cheques”.

Al ser el contrato de Apertura de Crédito Adicional una Operación Activa de las Instituciones de Crédito, la manera en que deben conceder los créditos deben ser acordes a lo que la legislación que los regula establece.

"Artículo 4o. El Estado ejercerá la rectoría del sistema bancario mexicano, a fin de que éste oriente fundamentalmente sus actividades a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional, basado en una política económica soberana, fomentando el ahorro en todos los sectores y regiones de la República y su adecuada canalización a una amplia cobertura regional que propicie la descentralización del propio sistema, con apego a sanas prácticas y usos bancarios."

"Artículo 9o. Sólo gozarán de autorización las sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades Mercantiles, en todo lo que no esté previsto en esta ley y, particularmente, con lo siguiente:

"I. Tendrán por objeto la prestación del servicio de banca y crédito, en los términos de la presente ley;

"II. La duración de la sociedad será indefinida;

"III. Deberán contar con el capital social y el capital mínimo que corresponda conforme a lo previsto en esta ley, y

"IV. Su domicilio social estará en el territorio nacional.

"La escritura constitutiva y cualquier modificación de la misma, deberá ser sometida a la aprobación de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Una vez aprobadas la escritura o sus reformas deberán inscribirse en el Registro Público de Comercio sin que sea preciso mandamiento judicial."

En lo referente a las sanciones que se le pueden imponer alas Instituciones de crédito por el incumplimiento de esta legislación tenemos:

"Artículo 25. La Comisión Nacional Bancaria, con acuerdo de su junta de gobierno, oyendo previamente al interesado y a la institución de banca múltiple, podrá en todo tiempo determinar que se proceda a la remoción o suspensión de los miembros del consejo de administración, directores generales, comisarios, directores y gerentes, delegados fiduciarios y funcionarios que puedan obligar con su firma a la institución; cuando considere que tales personas no cuentan con la suficiente calidad técnica o moral para el desempeño de sus funciones, o no reúnan los requisitos al

efecto establecidos; o incurran de manera grave o reiterada en infracciones a la presente ley o a las disposiciones de carácter general que de ella deriven. En los dos últimos supuestos, la propia comisión podrá además, inhabilitar a las citadas personas para desempeñar un empleo, cargo o comisión dentro del sistema financiero mexicano, por un periodo de seis meses a diez años, sin perjuicio de las sanciones que conforme a este u otros ordenamientos legales fueren aplicables.

"Para imponer la inhabilitación la Comisión Nacional Bancaria deberá tomar en cuenta:

"I. La gravedad de la infracción y la conveniencia de evitar estas prácticas;

"II. El nivel jerárquico, los antecedentes, la antigüedad y las condiciones del infractor;

"III. Las condiciones exteriores y las medidas de ejecución;

"IV. La reincidencia, y

"V. El monto del beneficio, daño o perjuicio económicos derivados de la infracción.

"Las resoluciones a que se refiere el primer párrafo, podrán ser recurridas ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se hubieren notificado. La propia secretaría podrá revocar, modificar o confirmar la resolución recurrida, previa audiencia de las partes."

"Artículo 28. La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, escuchando en su caso, a la institución de banca múltiple afectada y oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria, podrá declarar la revocación de la autorización en los casos siguientes:

"IV. Si a pesar de las observaciones de la Comisión Nacional Bancaria, la institución reiteradamente realiza operaciones distintas de las que le están permitidas, no mantiene las proporciones legales de activo y capitalización, no se ajusta a las previsiones de calificación de cartera de créditos o constitución de las reservas previstas en esta ley, altera los registros contables, o bien, si a juicio de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público,

no cumple adecuadamente con las funciones de banca y crédito para las que fue autorizada, por falta de diversificación de sus operaciones activas y pasivas de acuerdo con las sanas prácticas bancarias o por poner en peligro con su administración los intereses de los depositantes o inversionistas ...”

Artículo 68.- Los contratos o las pólizas en los que, en su caso, se hagan constar los créditos que otorguen las instituciones de crédito, junto con los estados de cuenta certificados por el contador facultado por la institución de crédito acreedora, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito.

El estado de cuenta certificado por el contador a que se refiere este artículo, hará fe, salvo prueba en contrario, en los juicios respectivos para la fijación de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o de los mutuuarios, en todos los casos en que por establecerse así en el contrato:

I. El acreditado o el mutuuario pueda disponer de la suma acreditada o del importe de los préstamos en cantidades parciales o esté autorizado para efectuar reembolsos previos al vencimiento del plazo señalado en el contrato, y

II. Se pacte la celebración de operaciones o la prestación de servicios, mediante el uso de equipos y sistemas automatizados”.

Con la aplicación de este artículo los primeros juicios que se interpusieron en contra de los Deudores después del error de diciembre de 1994, se ganaron por parte de estos últimos, en virtud de que en la mayoría de los casos las Instituciones de Crédito omitieron la certificación a que hace referencia este artículo.

El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito dispone:

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

La Comisión Nacional Bancaria vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el presente artículo."

Aquí encontramos el fundamento en el que se basaron los argumentos vertidos por los Deudores para la solicitud de nulidad de los Contratos de Apertura de Crédito Adicional, en virtud de que para su otorgamiento se omitió cubrir este requisito.

"Artículo 77. Las instituciones de crédito prestarán los servicios previstos en el artículo 46 de esta ley, de conformidad con las disposiciones legales y administrativas aplicables, y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones y procuren la adecuada atención a los usuarios de tales servicios."

Dentro del artículo 46 se encuentra contenido la celebración de Contratos de Apertura de Crédito, por lo que el mismo queda constreñido a que se haga de acorde a "las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones", ergo las Instituciones de Crédito deben cumplir todo lo que dispone la ley que los rige incluyendo lo que se establece en el artículo 65.

"Artículo 106. A las instituciones de crédito les estará prohibido:

"V. Celebrar operaciones y otorgar servicios con su clientela en los que se pacten condiciones y términos que se aparten de manera significativa de las condiciones de mercado prevalecientes en el momento de su otorgamiento, de las políticas generales de la institución, y de las sanas prácticas y usos bancarios ..."

Para no caer en esta prohibición las Instituciones Bancarias deben conducirse conforme a las "sanas prácticas y usos bancaria" y hacemos hincapié aquí en virtud de que si no cumple con su obligación tampoco tiene derecho a exigir que la cumpla su contraparte.

La muerte o interdicción del acreditado y la quiebra no son obstáculo para la exigibilidad de los créditos procedentes de operaciones concertadas por instituciones

de crédito o auxiliares (artículo 109 Ley de Instituciones de Crédito).*

Tales son las condiciones normales y legales de un crédito bancario, en especial, de otorgarlo a través del Contrato de Apertura de Crédito Simple con interés y garantía hipotecaria; es decir, cuando los bancos se apegan a sanas prácticas y usos bancarios, como se dispone en el artículo 4o. de la Ley de Instituciones de Crédito.

Cuestión distinta ocurre cuando las instituciones crediticias se apartan de su objetivo primordial de apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional, con quebranto de dichas prácticas y usos; por ejemplo, cuando no cuidan que las condiciones de los créditos guarden una relación adecuada con la situación económica presente y previsible de los acreditados, según previene el artículo 65, de la Ley de Instituciones de Crédito, o bien, cuando celebran operaciones pactando condiciones y términos que se apartan de manera significativa de las condiciones del mercado prevaleciente en el momento de su otorgamiento, de las políticas generales y de las referidas sanas prácticas y usos bancarios, como señala el artículo 106, fracción V, del citado ordenamiento

2.5.3 Ley del Banco de México.

El artículo 48 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que las tasas de interés, comisiones, previos, descuentos u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones activas (es decir, aquellas por las que se otorga crédito) que realicen las instituciones de crédito, se sujetarán a lo dispuesto por la Ley del Banco de México, con el propósito de atender necesidades de regulación monetaria y crediticia.

* Aquí tenemos las deudas a perpetuidad que al no establecerse límites en cuanto al tiempo como en Roma, se heredan ocasionando la ruina no sólo del acreditado sino también de sus descendientes.

El artículo 26 de la Ley del Banco de México, en su primer párrafo, ratifica que las características de las operaciones activas que realicen las instituciones de crédito se ajustarán a las disposiciones que expida el propio banco.

“Artículo 26.- Las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito, así como las de crédito, préstamo o reporto que celebren los intermediarios bursátiles, se ajustarán a las disposiciones que expida el Banco Central”.

Las facultades que las mencionadas leyes otorgan al Banco de México tienen un fundamento constitucional. El séptimo párrafo del artículo 28 de la Constitución establece que el Banco de México, en los términos que establezcan las leyes, regulará:

“... la intermediación y los servicios financieros, contando con las atribuciones de autoridad necesarias para llevar a cabo dicha regulación y proveer a su observancia.”.

En uso de la facultad citada, el Banco de México ha expedido la regulación a la que los bancos deben ajustarse en los créditos que otorguen. Dicha regulación se refiere, entre otros aspectos, a las tasas de interés, sin establecer limitación alguna respecto al refinanciamiento o a la capitalización, por lo que pueden llevarse a cabo en los términos que libremente convengan las partes.

2.5.4 Convenciones y Tratados Internacionales.

El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión”.

En el Derecho Internacional existen dos principios rectores:

1. *Pacta sunt servanda*. Su traducción literal es: “Los tratados deben ser cumplidos”, siendo el principio más antiguo y en donde el derecho internacional funda su obligatoriedad, y;

2. *Rebus sic stantibus*. La traducción al español es: “Mientras las cosas así permanezcan”, considerándose que si las circunstancias cambian, el tratado pierde validez. Para poder aplicar correctamente el principio, hay que analizar elementos concretos y desvincularlos de situaciones subjetivas. (123)

a) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que emanó de la Conferencia Diplomática realizada en Viena, Austria, 23 de mayo de 1969, se refiere a los tratados celebrados únicamente entre Estados, de la cual México es parte en virtud de que fue firmada ad referendum por el plenipotenciario mexicano el 23 de mayo de 1969, aprobada por la Cámara de Senadores el 29 de diciembre de 1972 y ratificada por el Presidente de la República el 5 de julio de 1974; depositado en instrumento de ratificación ante la Secretaría General de la Organización de las Naciones Unidas el 25 de diciembre de 1974 y publicado su decreto de promulgación en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975.

En esta Convención en su artículo 2º establece:

1. Para los efectos de la presente Convención:

(123) Contreras Vaca, Francisco José. Derecho Internacional Privado. Parte Especial. 2ª. Ed. Editorial Oxford University Press, México, 1998. p. 20.

a) Se entiende por Tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Esta Convención otorga mayor fuerza a la regla *pacta sunt servanda* y admite a la *rebus sic stantibus* en vía de excepción en sus artículos 26 y 62:

Artículo 26. *Pacta sunt servanda*

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 62. Cambio fundamental en las circunstancias.

1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que.

- a) La existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
- b) Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.

2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un Tratado o retirarse de él:

- a) Si el Tratado establece una frontera, y
- b) Si el cambio fundamental resulta de una violación por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.

3. Cuando con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.

Vemos así que en esta Convención se recoge la Teoría de la Imprevisión y en el mismo instrumento se le da la solución para el caso de que se presentara esta situación a futuro.

b) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Fue aprobada por la Conferencia Internacional que se celebró en Viena en 1980, convocada por las Naciones Unidas; regula los principios fundamentales de dicho contrato internacional, así como la relación entre vendedor y comprador. Su importancia es enorme, pues a partir de su vigencia es el texto aplicable al principal contrato de comercio mundial.(124)

Este acuerdo internacional, en cuya elaboración se tuvieron aportaciones importantes de los juristas mexicanos Jorge Barrera Graf y Roberto Mantilla Molina, con un total de 101 artículos, tiene como objetivos: establecer un orden económico internacional común para la mayor cantidad de países; desarrollar el comercio internacional sobre bases de igualdad, beneficio mutuo y fomento de las relaciones amistosas entre los Estados, y adoptar normas uniformes aplicables a los contratos de compraventas internacionales de mercaderías que tengan en cuenta los diferentes sistemas sociales, económicos y jurídicos.

En cuanto a su interpretación cabe hacer mención lo que establecen sus artículo 7° y 8°, que a la letra dicen:

(124) Barrera Graf, J. Ob. cit. p. 44

CAPITULOII

Disposiciones generales

Art. 7°.

1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional, y

2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

Art. 8°.

1. A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención;

2. Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte, y

3. Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

El artículo 25 de la citada Convención establece:

“El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

Es importante resaltar que una parte no es responsable por la falta de cumplimiento de sus obligaciones resultante de algún impedimento ajeno a su voluntad que no pudo prever al momento de la celebración del contrato o causado por acción u omisión de la otra parte. Se deberá comunicar tal circunstancia a la otra parte, dentro de un plazo razonable, ya que en caso de no hacerlo será responsable por los daños y perjuicios que su omisión origine. (125)

De nueva cuenta observamos que se recoge la Teoría de la Imprevisión, que como ya se explicó en líneas anteriores, encierra el Principio General del Derecho de Equidad. Dichas Convenciones son un interesante precedente de la forma en como se dirimen las controversias que se dan ante el cambio sustancial de las condiciones en materia Internacional.

(125) Contreras Vaca, F. Ob. cit. p. 301

CAPITULO III

LA EQUIDAD EN LOS CONTRATOS DE CREDITO ADICIONAL

3.1 El Contrato de Crédito Adicional.

3.1.1 Análisis de las Cláusulas.

3.1.2 La Nulidad de las Cláusulas referentes a la Capitalización de Intereses.

a) La supletoriedad de la ley.

1. Aplicación del Código Civil en Materia Federal, el Código de Comercio y las Convenciones Internacionales.

3.2 Análisis de las Tesis de Jurisprudencia referentes a la Capitalización de Intereses.

3.2.1 Antecedentes del Fallo.

a) La crisis económica de 1995.

1. Principales Indicadores Económicos de 1995.

3.2.2 La Contradicción de Tesis.

3.2.3 El Fallo a favor de la Capitalización de Intereses.

3.2.4 El Voto Particular.

a) Análisis del Principio de Equidad.

CAPITULO III

LA EQUIDAD EN LOS CONTRATOS DE CREDITO ADICIONAL

En el desarrollo de este Capítulo se hará hincapié en la Naturaleza Jurídica del Contrato de Apertura de Crédito Adicional para poder así entrar al estudio de sus cláusulas; asimismo, se analizarán los diversos argumentos en cuanto a la interpretación de este contrato que motivaron su resolución mediante las Tesis de Jurisprudencia resultado de la Contradicción de Tesis.

Para tener los elementos necesarios que nos permitan valorar si el fallo de la Suprema Corte tomó o no en consideración el Principio de Equidad al momento de emitir las Tesis de Jurisprudencia es ineludible hacer una breve reseña del momento histórico que se vivió en el lapso de diciembre de 1994 a octubre de 1998 esta última fecha referente al momento de la resolución de la Corte.

Posteriormente se señalarán de manera enunciativa todas las Tesis que se dictaron por la Corte y se entrará al estudio en específico de las que se refieren al Contrato de Apertura de Crédito Adicional. Por último se hará mención de los Votos Particulares que emitieron los Ministros disidentes para resaltar la importancia que le dieron al Principio de Equidad al momento de criticar el fallo.

3.1 El Contrato de Apertura de Crédito Adicional.

Tomando en consideración, como ya se apuntó en el capítulo anterior, que la naturaleza jurídica del refinanciamiento de intereses es la de una Apertura de Crédito con un destino específico: pagar parte o la totalidad de los intereses vencidos, ya sea que se hayan devengado por las primeras disposiciones del mismo crédito, o por otro crédito anterior.

Y que el Sistema de Crédito Adicional se entiende como una medida tanto de carácter jurídico como económico, a través del cual, el cliente puede disponer de sumas adicionales al importe del crédito y que se utilizará para completar el pago de los intereses que no pueda cubrir sobre la suma de dinero que le fue entregada para dicho fin y sobre ambas pagarán intereses, de tal forma que en el presente contrato se pacta el sistema comúnmente llamado de intereses compuestos.

Asimismo, el refinanciamiento es una figura distinta en la que se puede disponer de un crédito adicional que producirá intereses, que pueden consolidarse con el crédito principal. Se trata de un convenio accesorio al principal, en el que se conviene la disposición de un crédito y el pago de intereses.

Se deben distinguir dos supuesto:

1) Que la Apertura de Crédito Adicional se encuentre estipulado en una Cláusula dentro del Contrato de Apertura de Crédito Principal, que estará supeditado como un convenio accesorio al principal.

2) Que la Apertura de Crédito Adicional se contrate con un Acreditante distinto al del Contrato Principal a efecto de que con la suma que se ponga a disposición del acreditado se cubra el importe de los intereses devengados que no pudo cubrir con sus propios ingresos este último.

En ambos casos nos encontramos en la situación de que el Contrato de Apertura de Crédito Adicional no surtirá sus efectos sino hasta el momento que se de el supuesto al que esta condicionado. Esto es que se genere la obligación del pago de pasivo y el acreditado no de el aviso a la Institución Financiera de que no hará uso de ese crédito adicional.

Siguiendo el estudio que hace el Maestro Ernesto Gutiérrez y González sobre la Condición podemos afirmar: (126)

“Condición es el acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la eficacia o la resolución de derechos y obligaciones.”

En el caso que nos ocupa la Apertura de Crédito Adicional se celebra entre las partes reuniendo los requisitos de existencia que deben cubrir todos los contratos (consentimiento y objeto) y conforme al criterio de la Corte se cumple con los elementos de validez. En este orden de ideas tenemos que el contrato existe y es válido, pero no va a surtir sus efectos sino hasta el momento que se de la Condición, que en el caso que nos ocupa es una Condición Suspensiva como la define el autor en cita:

“Condición suspensiva es el acontecimiento futuro de realización contingente, del cual depende la eficacia o exigibilidad de la obligación.”

Ergo, si al momento de celebrar un Contrato de Apertura de Crédito, en el primer supuesto, se celebra un convenio en una de sus cláusulas donde el acreditado podrá disponer de una suma adicional para el pago de los intereses que se generen y que no pueda pagar (o más bien no de el aviso para que no se aplique al crédito principal) y este supuesto nunca acontece en virtud de que el acreditado cumple oportunamente con su obligación y no se generan intereses, la Apertura de Crédito Adicional que existe y es válida no será exigible en virtud de que carece de la eficacia que se le pudo dar en caso de que si se hubiera dado el supuesto.

(126) Gutiérrez y González E. Ob. cit. p. 885.

Por otro lado, si estuviéramos ante el segundo supuesto donde el acreditado acude a otra Institución de Crédito a efecto de solicitar la Apertura de un Crédito Adicional, cuya eficacia esté supeditada a la generación de los intereses por la celebración de un Contrato de Crédito Principal y este supuesto nunca se da aquí exclusivamente se tendrían que pagar las comisiones que se deben en virtud del contrato. Aunque cabe hacer la siguiente reflexión: ¿Qué Institución de Crédito aceptaría abrir un crédito para el pago de pasivos cuando se presume que el mismo se hará efectivo por la imposibilidad del acreditado de solventar un contrato principal, sino puede cubrir intereses por incumplimiento en este contrato podrá cumplir con el pago del crédito que se le da para ese fin?.

Otra reflexión que cabe hacer, si según la Corte, el Contrato de Apertura de Crédito Adicional se puede celebrar con la misma Institución de Crédito o con otra diferente, desde el momento que se dice "adicional" lleva implícito un contrato principal; en el caso de que se celebre con otra Institución, lejos de ser un contrato adicional es simple y llanamente otro Contrato de Apertura de Crédito pero con un fin específico, aunque si se celebra la apertura de crédito por cierta cantidad y se aplica al pago de pasivos no quiere con eso decir que este supeditado a ese fin, ya que de la misma forma podría utilizarse para otro diverso.

Asimismo, si supuestamente no es necesario para el perfeccionamiento del Contrato el que se entregue la suma de dinero, en virtud de que la misma se puede hacer en asientos contables, como operará en caso de que la Apertura de Crédito Adicional se haga con otra Institución de Crédito.

Para concluir la serie de cuestionamientos que surgen al momento de ver la materialización de estas hipótesis sólo resta decir, en el caso remoto de que se entregara la cantidad de dinero para el pago de pasivos y el acreditado lo aplicara de

diversas forma a la estipulada pero pagara oportunamente el crédito adicional, ¿qué será? el cumplimiento de un contrato de apertura de crédito o la del citado crédito adicional. Y sino cumple y tampoco paga el crédito adicional tenemos la generación de intereses moratorios tanto de uno como de otro contrato, acaso le vamos abrir otro crédito que sea el “adicional del adicional”.

3.1.1 Análisis de sus Cláusulas.

Como quedó establecido en el apartado anterior el Contrato de Apertura de Crédito Adicional se puede celebrar dentro de un Contrato de Apertura de Crédito Principal o con otra Institución de Crédito distinta como un Contrato aparte.

Siguiendo un criterio lógico es menester apuntar que el crédito adicional se dará al momento de celebrarse el contrato principal, si se diera con otra Institución será exclusivamente otro contrato de apertura de crédito que puede tener o no un fin específico.

Por ende, se hará el análisis de las cláusula de un Contrato de Apertura de Crédito que contienen entre sus cláusulas la Apertura de Crédito Adicional. El contrato sujeto a estudio será el mismo que analizó la Corte en su Ejecutoria de Contradicción de Tesis:

“En el Distrito Federal a doce de marzo de mil novecientos noventa y dos, yo el licenciado ---, Notario número --- de esta capital, hago constar en el presente instrumento:

A) El contrato de compraventa, que celebran los señores A y B, a quienes en lo sucesivo se les denominará como la parte vendedora; y por la otra los

señores C y D a quien en el curso de este contrato se nombrará como la parte compradora.

Como se aprecia el Contrato de Apertura de Crédito se celebra a efecto de poder pagar el precio de un Contrato de Compraventa sobre un bien inmueble, por lo que se recurre a la Institución de Crédito a efecto de obtener la cantidad necesaria.

B) El contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, que otorgan por una parte Banco Nacional de México, Sociedad Anónima, al que en lo sucesivo se le designará como el banco, representado por los señores E y F, y por la otra parte ... la compradora, a quien en este contrato se le señalará como el cliente; compareciendo su cónyuge la señora D a hipotecar, de conformidad con los siguientes antecedentes y cláusulas: Cláusulas ...

Como una medida de protección en la garantía hipotecaria que en este caso se establece se asienta que comparecen ambos cónyuges, así si contrajeron matrimonio bajo el régimen de sociedad conyugal no podrán excluir el 50% que les pudiera corresponder al momento de la ejecución de la citada garantía.

B) De la apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria. El cliente ha solicitado al banco el otorgamiento de un crédito con garantía hipotecaria al que ha accedido el propio banco, por lo cual las partes convienen en obligarse en los términos de las siguientes definiciones y cláusulas:

Para llegar a este momento se entiende que previamente hubo una solicitud del llamado cliente hacia el Banco y se valoró la viabilidad o no y su solvencia

económica y moral para asegurar el cumplimiento de la obligación que se contrae (aunque para la Corte esto no sea elemento de validez en el contrato)

Definiciones. 1. Sistema de crédito adicional. Se entiende éste como una medida tanto de carácter jurídico como económico, a través del cual, el cliente puede disponer de sumas adicionales al importe del crédito destinado a la adquisición del inmueble que se hipoteca y que se utilizará para completar el pago de los intereses que no pueda cubrir sobre la suma de dinero que le fue entregada para dicho fin y sobre ambas pagará intereses, de tal forma que en el presente contrato se pacta el sistema comúnmente llamado de **intereses compuestos**.

Queda claramente establecido que el sistema de crédito adicional es una medida no sólo de carácter jurídico sino económico, situación que será retomada más adelante.

2. Tasa anual de intereses. (Tasa de interés). Se entiende como tal para los efectos de este contrato a la tasa que resulte mayor de cualquiera de los tres puntos siguientes:

Aquí se fija el criterio que se va a seguir para la aplicación de los intereses que genere tanto el crédito principal como el adicional.

I. Multiplicar por uno punto cero cuatro (1.04), o sumar dos puntos, lo que resulte mayor a la tasa de mayor rendimiento de entre los siguientes instrumentos de inversión:

a) Los depósitos bancarios constituidos por personas físicas a plazos de hasta ciento ochenta y dos días o en su caso equivalente a noventa y un días.

b) Los pagarés constituidos por personas físicas a plazos de hasta ciento ochenta y dos días o en su caso equivalente a noventa y un días.

c) La mayor de las tasas de rendimiento neto equivalente a la de descuento de los Certificados de la Tesorería de la Federación (Cetes) a plazos inferiores a un año capitalizada, o en su caso equivalente a noventa y un días, según la última tasa de descuento ponderada de colocación primera.

Aquí se inicia la odisea de los deudores bancarios debido a las alzas en estos sistemas establecidos debido a la crisis económica que inició en a finales de mil novecientos noventa y cuatro y se torno trágica en el siguiente año.

II. Adicionar dos puntos a la mayor de las tasas de rendimiento neto de las aceptaciones bancarias a plazos de noventa y uno, veintiocho y siete días llevadas a noventa y un días, a cuyo efecto se considerarán el promedio ponderado de las tasas de las últimas ofertas publicadas vigentes hechas por Banco Nacional de México, Sociedad Anónima, Bancomer, Sociedad Anónima y Banca Serfin, Sociedad Anónima, entre el décimo quinto y el cuarto día hábil anterior al término de cada mes.

III. Adicionar dos puntos sobre la tasa mayor capitalizada a noventa y un días o su equivalente al mismo plazo de Bonos de Desarrollo (Bondes) a los diferentes plazos que se emitan a su precio promedio ponderado de colocación vigente al cuarto día anterior al fin de cada mes computado a partir de la fecha de emisión.

Del que resulte mayor de las tres formas antes citadas será la tasa base sobre la que la Institución de Crédito determinará los intereses.

Al resultado obtenido conforme a cualquiera de los procedimientos señalados en los incisos anteriores, se le denominará tasa base, a la cual se le agregará el margen financiero de esta institución. A la cantidad obtenida en los términos antes citados, se adicionará con el porcentaje que efectivamente deban pagar los contribuyentes del impuesto sobre la renta, personas físicas sobre tasa alta, por los ingresos provenientes de intereses.

En el evento que dejara de haber cualquiera de los instrumentos citados en los párrafos anteriores para determinar la tasa y, en su caso los periodos de los rendimientos de interés de los instrumentos señalados en los puntos I, II y III anteriores, el Banco de México determinará aquel o aquellos que se tomarán en cuenta para tales efectos. En esta determinación el banco central señalará los nuevos instrumentos y periodos que por sus características considere más representativos de las inversiones a que se referían los instrumentos anteriores.

Asimismo, en caso de que dejen de fijarse tasas de interés máximas para los instrumentos mencionados en los incisos b) y c) del punto I anterior, el Banco de México señalará las tasas representativas en el mercado de dichos instrumentos, que deban considerarse para determinar la tasa de interés.

Se prevé el hecho de que se carecieran de estos instrumentos para determinar los intereses, por ello se agotan todos los supuestos posibles, y no así se prevé el supuesto de que se diera un aumento totalmente desproporcionado en estos factores.

Entrando al estudio de las obligaciones contenidas en las cláusulas, tenemos en primer lugar:

CLÁUSULAS

Primera. El banco abre al cliente un crédito con garantía hipotecaria hasta por la cantidad de \$144'000,000.00 (ciento cuarenta y cuatro millones de pesos, moneda nacional), equivalente a trescientas sesenta punto nueve veces el salario mínimo mensual vigente a la fecha de firma del presente contrato, en el que ya no se encuentran comprendidos los intereses, comisiones y gastos que se originen en virtud de este contrato, cantidad que el cliente se obliga a destinar para complementar el precio de la adquisición del inmueble descrito en los antecedentes del presente instrumento y que garantizará las obligaciones que se contraigan en virtud del crédito abierto dentro de un plazo y con las características a las que se hará mención posteriormente. El cliente dispone en este acto del crédito abierto y otorga al banco sobre la cantidad entregada en este acto el recibo más eficaz que en derecho corresponda.

Se fija el monto de la cantidad que el Banco va a poner a disposición del cliente, se determina la garantía para su cumplimiento, se le pone a su disposición el crédito en ese acto y se le da al Banco el recibo de recibido, es curioso que mencionen el “recibo más eficaz” cuando se esta otorgando a través de una escritura pública celebrada ante Notario que hace prueba plena en cualquier procedimiento.

Segunda. Asimismo, el banco abre al cliente un crédito adicional hasta por una cantidad equivalente al setenta por ciento del crédito inicial expresado en veces el salario mínimo diario general del Distrito Federal elevado al

mes, encontrándose por lo tanto indexado al mismo dicha cantidad, del que podrá disponer cada mes en la fecha de pago de los intereses, exclusivamente de las cantidades necesarias para completar el pago de los intereses devengados que no se alcancen a cubrir con el importe de su pago mensual previsto en la cláusula sexta de este contrato.

Esta es la cláusula que nos interesa, como se aprecia se establece el crédito adicional hasta por un sesenta por ciento de la suerte principal, se pone a su disposición únicamente las cantidades necesarias para completar el pago de intereses devengados. (es requisito que estén vencidos para que opere su aplicación).

Este sistema de crédito adicional que se pacta, podrá utilizarse sólo en un plazo máximo de siete años contados a partir del inicio de sus pagos mensuales. Al disponerse del crédito adicional se tendrá por incrementado el crédito inicial en la cantidad que resulte de sumar al mismo las cantidades dispuestas al amparo del expresado crédito adicional, sin que en ningún caso el crédito total consolidado pueda exceder del importe de seiscientos doce punto quince veces el salario mínimo diario general del Distrito Federal elevado al mes, independientemente de las cantidades que importen en el tiempo dichos salarios mínimos.

Se establece una temporalidad con un plazo máximo para su aplicación. En menos de tres líneas se establece una situación importante: "Al disponer del crédito adicional se tendrá por incrementado el crédito inicial" lo que implica la capitalización de intereses, suman lo que se "presta" para el pago de intereses a la suerte principal, mejor, simple y sencillamente sumen los intereses al capital, para qué instrumentan esta figura como intermediaria en la aplicación de la suma.

Tercera. El cliente acepta que puede presentarse el hecho de no existir cantidad disponible del crédito adicional, por lo que se obliga a estar pendiente del mismo en base al estado de cuenta trimestral que el banco le irá proporcionando en los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre de cada año. El cliente se obliga a solicitar al banco por escrito, con treinta días de anticipación a que ocurra este hecho, cualquiera de las siguientes alternativas, para efectos de poder amortizar el saldo de su crédito ...

Aquí se fija la obligación del cliente para que de el aviso al Banco a efecto de que no se aplique el crédito adicional al pago de pasivos, de igual manera se ve el supuesto de que no haya cantidad disponible en el crédito adicional con lo que tendría que solicitar al banco cualquier otra forma de amortización para su pago.

Quinta. El cliente se obliga a pagar en las oficinas del banco de la Ciudad de México, Distrito Federal, en horas hábiles y días señalados:

a) Una comisión por apertura de crédito por una sola vez del tres por ciento sobre el importe del crédito destinado a la adquisición del inmueble. Ésta será cubierta por el cliente al momento de firma del presente instrumento.

Si se pactara el crédito adicional con otra Institución de Crédito se tendrá que pagar la respectiva comisión por su apertura aunque no se utilizara el crédito.

b) Intereses normales sobre saldos insolutos mensuales calculados en los términos de la definición de tasa de interés señalada en el capítulo de definiciones de este contrato. En este contrato se pacta una tasa de interés inicial anual del veinticuatro punto veinticinco por ciento que queda sujeta a

los ajustes, a la alza o a la baja, en los términos en que aumenten o disminuyan cualquiera de los instrumentos de captación que se indican en los tres puntos señalados en la definición de tasa de interés de este contrato. También variará dicha tasa en la misma medida en que se modifique el inicial impuesto sobre la renta a que se hace mención en la propia definición de la tasa de interés.

Se establece un interés anual el cual será variable de acuerdo a los instrumentos que se señalaron para la definición de la tasa base, es aquí donde sino se cubre oportunamente con el pago de este interés, a efecto de que no operen los intereses moratorios se aplicará el crédito adicional, mismo que se va a ir sumando al crédito inicial aumentando así la suerte principal cada vez que se apliquen y generando intereses mayores.

La tasa anual ajustada no excederá de la cantidad que resulte de sumar la tasa base correspondiente al mes inmediato anterior al del ajuste, más el diez por ciento de la misma tasa base correspondiente al margen financiero del banco, más la cantidad que corresponda al impuesto sobre la renta. Las partes acuerdan que en el caso de la tasa base sea del cincuenta por ciento o inferior a éste, la tasa de interés que se aplicará a esta operación será igual a la tasa base del mes inmediato anterior más cuatro puntos como margen financiero de esta institución, más la cantidad que corresponda al impuesto sobre la renta, además de lo pactado en los párrafos anteriores, pudiendo el banco nuevamente aplicar el procedimiento señalado en los citados párrafos, en casos de que la tasa base llegase a ser superior al cincuenta por ciento.

Se prevé el caso de que la tasa sea inferior se fije la del mes inmediato anterior, así la Institución de Crédito no se verá perjudicada; en un sentido de reciprocidad en las obligaciones también se debió establecer un tope máximo en la aplicación de la tasa base, situación que no ocurrió.

Los intereses a que se refieren los párrafos anteriores del inciso b) de esta cláusula, se generarán tanto sobre las cantidades de dinero dispuestas en la parte del crédito destinado a la adquisición del inmueble que adelante se hipoteca, como sobre las cantidades de dinero de las que el cliente disponga en virtud del crédito adicional pactado en la cláusula segunda de este instrumento.

No obstante que las cantidades que se utilicen para el pago de pasivos serán sumados al crédito principal las mismas generarán intereses, se entiende que los generan de la suerte principal, aunque en un sentido estricto, sino se sumarán se estarían generando intereses sobre la cantidad aplicada a los mismos. (Anatocismo) claro que el mismo no existe en México, según lo dice la Corte.

En caso de mora pagará al banco intereses moratorios a razón del cincuenta por ciento más de la tasa anual de interés normal, calculada sobre los pagos vencidos a su cargo, computables desde la fecha en que se constituya en mora, mientras no se ponga al corriente en el pago de las mensualidades a que está obligado. La tasa de interés moratorio a que se hace referencia en el párrafo anterior, será en base a la tasa vigente del mes al que corresponda la mensualidad vencida.

En caso de que no sea suficiente el crédito adicional, que en última instancia se pretende que con la aplicación del mismo no se generen intereses moratorios, estamos en el supuesto que al agregarse las sumas que se utilizaron al crédito principal, llega el momento en que ya ni con el crédito adicional se pueden cubrir los intereses y se genera para ambos el interés moratorio.

c) A cubrir mensualmente con recursos propios la cantidad de \$2'448,000.00 (dos millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil pesos, moneda nacional), equivalente al importe de seis punto doce veces el salario mínimo mensual general del Distrito Federal, vigente a la firma de esta escritura, hasta el pago total del crédito dispuesto, dicho importe será incrementado con el costo mensual en los seguros de vida y daños.

Se señala que debe cubrir con recursos propios las mensualidades en virtud de que al concedérsele un crédito adicional puede cubrirlas válidamente con el mismo, exclusivamente, claro esta, en lo que se refiere al importe de los intereses ya que la suerte principal que debería quedar igual, al contrario se le suman dichas disposiciones.

Los pagos que haga el cliente, en los términos antes mencionados, se aplicarán para cubrir hasta donde alcance el pago de los intereses de cada mes, y una vez que el pago exceda el importe de los intereses, se aplicará la diferencia como abono a la suerte principal. En el caso de que el importe de los pagos mensuales a que se refiere este inciso sea menor al importe de los intereses a cubrir en un mismo mes, el cliente dispondrá de las cantidades que importen dichas diferencias, al amparo del crédito adicional que le otorga el banco.

Los intereses que no se cubran con recursos propios del cliente serán completados con la aplicación del crédito adicional. El crédito adicional es exclusivamente para el pago de los intereses, de ninguna manera se aplican en parte para la suerte principal, con lo que no se esta celebrando un contrato de apertura de crédito para pagar otra deuda. En caso de que se hiciera con otra Institución de Crédito de acuerdo a la Corte es con el fin de también pagar intereses y no para liquidar otra deuda.

El cliente en este acto manifiesta su conformidad para ejercer las disposiciones a que se refiere el párrafo anterior e instruye al banco para aplicar su importe al pago de los intereses devengados. Cada una de las disposiciones bajo el sistema de crédito adicional, se documentarán mediante asientos contables que hará el banco sin necesidad de que el cliente suscriba documento alguno.

A diferencia del Crédito Principal que inicialmente si se documenta y suscribe por el cliente, el crédito adicional se hace mediante asientos contable. (El banco se saca el dinero de una bolsa y lo mete a la otra) Se entiende que el cliente autoriza al banco para hacer estas operaciones.

Durante la vigencia del crédito, el importe de los pagos mensuales, semestrales o anuales, se ajustará tomando en cuenta las variaciones del salario mínimo diario general del Distrito Federal, cada vez que haya una variación en dicho salario mínimo, sumando la cantidad que se obtenga de aplicar a su importe un porcentaje equivalente al noventa y cinco por ciento de incremento porcentual que haya experimentado el salario mínimo diario general del Distrito Federal, para calcular los ajustes, se tomarán en cuenta

las variaciones de dicho salario mínimo, todas las veces que éste se modifique y surtirá efectos a partir del mismo mes en que se incremente dicho salario mínimo.

La cantidad que se presta se convierte a salarios mínimos y así se va actualizando aparte de la actualización y variación que se da con los intereses.

Si se toman algunas de las alternativas señaladas en la cláusula tercera, los pagos se modificarán de acuerdo a lo pactado en la citada cláusula o a lo pactado en el convenio respectivo. En caso de que la tasa de interés a que se ha hecho referencia en el inciso b) de la presente cláusula sea de ciento cincuenta por ciento o más, el incremento al pago mensual a que se hace mención en el párrafo anterior se modificará del noventa y cinco por ciento al ciento por ciento y cuando baje la tasa de interés del ciento cincuenta por ciento el incremento se modificará a la baja para quedar nuevamente en el noventa y cinco por ciento efectuándose estas variaciones cuantas veces sea necesario.

Queda de manifiesto nuevamente la protección que se da el Banco en caso de que las variaciones no le favorezcan sin poner, en un sentido de "Equidad" la misma regla pero a favor del deudor en los casos en que las variaciones sean altamente discrepantes.

Asimismo, las partes convienen que para el caso de que el salario mínimo llegara a desaparecer en el Distrito Federal, el criterio para fijar el porcentaje de incremento a los pagos será el instrumento que lo sustituya de acuerdo a las normas que fijen las autoridades competentes y en caso de que

tal instrumento no fuera dado a conocer el banco y el cliente de común acuerdo toman como base para incrementar el pago la última modificación que hubiese tenido el salario mínimo diario general del Distrito Federal, tomando como base el procedimiento establecido en la presente cláusula.

Tal modificación podrá efectuarse hasta en forma mensual, tomando en cuenta las condiciones económicas del país el cliente se obliga a efectuar el primer pago a más tardar el día último hábil del mes en que haya firmado este contrato y los demás de igual forma en cada uno de los meses subsecuentes”.

En caso de que no existan los factores que fijan para determinar el monto de los pagos se vaticina su solución anticipadamente y así se evitan problemas de aplicación en el futuro, situación que no aconteció con las modificaciones imprevisibles de la economía nacional durante todo el año de mil novecientos noventa y cinco.

Son notorias las ventajas que operan a favor del Banco en detrimento de los pocos beneficios que pudiera obtener el Deudor. No se necesita interpretar lo que es claro y aquí lo que se manifiesta es un abuso de la parte fuerte del contrato al pretender engañar a su acreditado otorgando un crédito adicional, que ni es crédito porque nunca se le otorgan las sumas de dinero, ni es adicional porque al final acaba integrándosele a la suerte principal para aumentar más los intereses.

En las cláusulas transcritas anteriormente se menciona la Apertura de un Crédito Adicional para el pago de intereses del Crédito Principal otorgado para el pago del precio en un Contrato de Compraventa. A continuación se hace una breve referencia a la misma figura por parte de otra Institución de Crédito en donde se le da el nombre de Refinanciamiento:

“En el México Distrito Federal a diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, yo el licenciado ---, Notario número --- de esta capital, hago constar en el presente instrumento:

I. CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO que celebran por una parte el Señor “X” en lo sucesivo “EL ACREDITADO” y el Multibanco Mercantil Probusa S. A. como “EL BANCO”.

II. CONTRATO DE HIPOTECA.

Se lleva a cabo un Contrato de Apertura de Crédito con un contrato accesorio de hipoteca para garantizar el cumplimiento de la obligación principal.

CLAUSULA SEGUNDA.- DISPOSICIÓN.- El Acreditado dispondrá del crédito en la siguiente forma:

B) A partir de la fecha en que se determine el primer pago mensual “EL ACREDITADO”, podrá disponer en las fechas en que deba cubrir los intereses señalados en la cláusula cuarta inciso B) y precisamente para el pago de los mismos, de un refinanciamiento equivalente al CIENTO CINCUENTA por ciento del importe que se indica en el inciso anterior; dicha disposición será en parcialidades por el equivalente de la cantidad positiva que resulte de restar a los intereses generados la erogación neta en el período mensual.

Como se observa aquí no se utiliza la expresión de Contrato de Apertura de Crédito Adicional sino de refinanciamiento, se fija un límite máximo hasta un ciento cincuenta por ciento más que la suerte principal, se fija que la disposición de estas cantidades será en parcialidades y se determinará al momento de restar la erogación neta para obtener la cantidad positiva a cubrir.

Una vez que haya sido dispuesto el importe total del porcentaje citado para el refinanciamiento, “EL ACREDITADO” deberá elegir entre una de las siguientes opciones, misma que deberá autorizar “EL BANCO”:

Aunque inicialmente se establece el límite máximo ya señalado se manejan una serie de opciones en donde se aumenta aún más el tope del refinanciamiento para el pago de intereses. Se debe hacer la observación que el porcentaje manejado que excede la suerte principal es exclusivamente para el pago de intereses y no para cubrir parte de la misma.

1.- Solicitar se incremente el porcentaje de refinanciamiento y en su caso, ampliación al plazo siendo facultad de “EL BANCO” el otorgarlo o denegarlo según la experiencia de pago con “EL ACREDITADO”.

Se puede optar por el aumento del porcentaje de refinanciamiento o una ampliación del plazo, al fin y al cabo, a la Institución de Crédito mientras más tiempo dure la obligación mayores réditos obtendrá al cubrirse los intereses la suerte principal nunca disminuye y la deuda por el refinanciamiento sobrepasa por mucho la obligación principal.

Cabe hacer la siguiente reflexión, como se aprecia el Banco tiene la facultad de aceptar o no la ampliación del porcentaje del refinanciamiento o el tiempo del plazo, según “la experiencia de pago con el Acreditado”, en el caso que nos ocupa si el Deudor ya agotó el ciento cincuenta por ciento que por el crédito principal tenía para aplicarlo al pago exclusivo de los intereses que genera dicho crédito, que experiencia de pago puede tener la Institución de crédito más que la del incumplimiento reiterado del Deudor que hace que el mismo Banco, mediante asientos contables se auto pague los intereses que se generan por el citado incumplimiento y se tenga un deuda mayor por el refinanciamiento (que también genera intereses) que por la deuda principal.

Con lo anterior, en caso de que el Banco le autorice alguna de las opciones estaría en desacato de las buenas prácticas bancarias donde una de las prioridades es la solvencia económica y moral del Acreditado, que hacen presumir el cumplimiento de cualquier obligación que contraiga.

En caso de que "EL ACREDITADO" no desee efectuar las disposiciones citadas en el presente inciso, deberá pagar las cantidades que correspondan y dar el aviso correspondiente por escrito a "EL BANCO" con treinta días de anticipación a la fecha en que se realice la respectiva amortización mensual.

Estamos en el entendido de que el Acreditado no debe solicitar al Banco la aplicación del refinanciamiento sino todo lo contrario, el Acreditado debe avisarle que no lo aplique con una antelación de treinta días y además por escrito, de lo contrario el Banco sin la obligación de dar aviso alguno a su Acreditado hará efectivo dicho refinanciamiento.

Se señala que en caso de que no llevar a cabo esa disposición deberá pagar la mensualidad y dar el aviso. Qué sucede si el Acreditado no paga pero da el aviso, esta supeditado el pago de la mensualidad para que no se aplique el refinanciamiento o simplemente se le hacen efectivos los intereses moratorios sobre el adeudo.

TERCERA.- DESTINO.- "EL ACREDITADO", destinará la suma dispuesta conforme a lo siguiente:

2) Por cuanto hace a la cantidad señalada en el inciso B) de la cláusula anterior, "EL ACREDITADO" deberá destinarlas exclusivamente al pago de los intereses previstos en el inciso B) de la cláusula cuarta de

este contrato facultando irrevocablemente a "EL BANCO" para que, en cumplimiento de las obligaciones que asume en esta cláusula, efectúe las disposiciones por su cuenta; estas disposiciones se documentarán únicamente mediante asientos contables que realice "EL BANCO" sin necesidad de que "EL ACREDITADO" suscriba documento alguno.

El refinanciamiento será exclusivamente para el pago de intereses, se da un poder irrevocable para que sea el Banco quien efectúe esas disposiciones (simplemente se saca el dinero de un bolsillo y se lo mete al otro), si se da el aviso para que no se aplique el refinanciamiento, se le está revocando o no al Banco el poder para que utilicen dicho crédito.

El estado de cuenta certificado por el Contador facultado de "EL BANCO", en los términos del artículo sesenta y ocho de la Ley de Instituciones de Crédito, hará fe, salvo prueba en contrario, en el juicio respectivo para comprobar la fijación del saldo resultante a cargo de "EL ACREDITADO".

No se maneja una cantidad fija para el pago del refinanciamiento, dicho monto esta supeditado a los factores que determinan la disminución o el aumento de los intereses y las cantidades que deje de cubrir el Acreditado que lógicamente serán mayores conforme aumenten de una manera desproporcionada las tasas base sobre la que se calculan.

CUARTA.- OBLIGACIONES DE PAGO DEL "ACREDITADO":

El importe de las erogaciones netas se incrementarán semestralmente en los meses de enero y julio de cada año, conforme al

Índice Nacional de Precios al Consumidor acumulado y que se dé a conocer en los meses de junio del año de que se trate y diciembre del año inmediato anterior publicados por el "Banco de México" en el Diario Oficial de la Federación.

Los pagos mensuales se aumentan de acuerdo al Índice Nacional de Precios al Consumidor que como explica el Banco de México en la publicación de los Indicadores Económicos, se obtiene de la recopilación durante cada mes de 170,000 cotizaciones directas en cuarenta y seis ciudades, sobre los precios de aproximadamente 1,600 artículos y servicios específicos. Los promedios de dichas cotizaciones dan lugar a los índices de los 313 conceptos genéricos sobre bienes y servicios que forman la canasta del Índice General en cada una de las ciudades y a nivel nacional. Dicho Indicador Económico desde 1981 no ha disminuido ni quedado fijo en ningún momento hasta la fecha.

QUINTA.- EROGACION NETA.- Se entenderá como erogación neta, la cantidad que "EL ACREDITADO" esta obligado a pagar en forma mensual, para cubrir el saldo del crédito dispuesto conforme a los incisos A), B) de la cláusula segunda de este Contrato y los intereses que causen estas cantidades pagaderas a partir de la fecha de firma de esta escritura.

La erogación neta se compone de la cantidad que debe pagar para cubrir el crédito principal y el refinanciamiento además de los intereses que causen, se aumentan de forma acumulada conforme al Índice Nacional de precios al Consumidor, con lo que se ven incrementados no sólo la suerte principal y el refinanciamiento sino también los intereses.

SEXTA.- PLAZO.- El plazo del crédito será de VEINTE AÑOS,
contados a partir de la fecha de firma de esta escritura.

En cuanto a este contrato vemos que se establece un plazo de vigencia del crédito por veinte años, si se garantizó el crédito con una hipoteca el inmueble sobre la cual se constituyó tendrá ese gravamen por todo ese tiempo con lo que el patrimonio familiar queda limitado.

Si manejamos que la Equidad es la aplicación de la Justicia al caso concreto y esto se resume en darle a cada quien lo suyo, encontramos una manifiesta violación a este principio en virtud de la falta de reciprocidad en la relación Acreedor-Deudor y el abuso de la parte fuerte en este contrato. La Institución de Crédito si prevé el caso en que los factores que determinan las tasas llegaran a bajar o desaparecer, estableciendo una base mínima para calcular los intereses, situación que no ocurre en el caso contrario en que las tasas bases llegarán a subir de una manera tan exagerada que les daría un lucro no esperado debiendo establecer un límite máximo para su aplicación.

3.1.2 La nulidad de las cláusulas referentes a la capitalización de intereses.

Para entrar al estudio de la posibles nulidades que se pueden hacer valer en los Contratos de Apertura de Crédito Adicional, hay que apuntar la definición de Nulidad.

“Hay nulidad, cuando el acto jurídico se ha realizado de manera imperfecta en uno de sus elementos orgánicos, aunque éstos, se presentan completos”.

Así, la nulidad del acto se reconoce en que la voluntad, el objeto o la forma, se han realizado de manera imperfecta, o también en que el fin perseguido por sus autores está, sea directa o expresamente, condenado por la ley, sea implícitamente prohibido por ella porque contraría el orden social. (127)

Cabe hacer mención de lo que ha dicho al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

"NULIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS. La nulidad de un acto jurídico debe estar expresamente establecida por la ley, y a falta de disposición expresa, debe resultar de la aplicación de la regla general contenida en todos los Códigos Civiles de la República, según la cual los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas e imperativas, serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."
(Quinta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXVII, página 2006).

Con fundamento en lo antes señalado es indispensable acudir al Código Civil para encontrar las bases que nos permitan determinar si existe alguna causa de nulidad y saber, en su caso si será absoluta o relativa. Con el análisis de las cláusulas que ya se apuntó se tienen los elementos para hacer los siguientes razonamientos, que antes de la Contradicción de Tesis llegaron a ser tomados en cuenta por verdaderos Magistrados conocedores de la ley, mismos que a continuación se señalan:

El contexto financiero del crédito bancario diseñado y definido por las instituciones crediticias como crédito adicional o refinanciamiento de intereses, que se otorga mediante contratos de apertura de crédito simple, entre otros; también precisan el significado real de este concepto, es decir, un acto simulado que encierra un pacto de anatocismo, que al estar prohibido por la ley está afectado de nulidad.

(127) Gutiérrez y González E. Ob. cit. p. 181.

Si como se valoró al momento de ver el contenido de las cláusulas del contrato de apertura de crédito, el crédito adicional una vez utilizado se suma a la suerte principal estamos en el entendido que lo que se capitaliza no es el crédito sino los propios intereses que fueron “cubiertos” con ese crédito. De esta forma la Apertura de Crédito Adicional no es más que un instrumento que encubre la verdadera intención de la Institución de Crédito que desde un principio es la de capitalizar los intereses para que generen a su vez nuevos intereses.

La autoridad responsable pasó por alto que la causa de nulidad, en la especie, no resulta de vicios de la voluntad que puedan purgarse con las conductas atribuidas a los quejosos, sino de aquella que proviene por actos ejecutados contra el tenor de leyes prohibitivas, en términos del artículo 8o., del Código Civil,* a saber, de los artículos 363, del Código de Comercio y 2397, del propio ordenamiento sustantivo, en virtud de la simulación habida en el convenio realizado de antemano para capitalizar intereses devengados no cubiertos o anatocismo.

Se aborda el tema de la nulidad de los contratos sobre préstamos adicionales para el pago de intereses por violencia moral ejercida sobre los deudores, quienes se ven obligados a aceptar las condiciones impuestas por los bancos; y que la mencionada nulidad puede provenir también de la lesión que sufran los acreedores porque los bancos, explotando su inexperiencia o extrema necesidad, obtienen un lucro excesivo y desproporcionado. Además, debe tomarse en cuenta que se plantea la nulidad de los créditos, debido a que los bancos obligan a los deudores a contraer obligaciones impagables, en las que es inviable o imposible el pago de la deuda.

* Cabe hacer mención que las Tesis de Jurisprudencia son anteriores a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 29 de mayo del 2000, que modificó la competencia del Código Civil para hacerlo sólo en Materia Federal por lo que al referirnos al Código Civil se entenderá el vigente en esa época que también era de aplicación en el Distrito Federal.

Diversos argumentos fueron esgrimidos por los Deudores ante los Tribunales cuando se llegó el momento en que ya no tuvieron ni el crédito adicional para poder cubrir el crédito principal acrecentado. El Código Civil fue la base para encontrar medios de defensa contra los contratos leoninos que se firmaron con las Instituciones de Crédito, las diversas instancias jurisdiccionales se vieron en la necesidad de establecer criterios que permitieran dirimir las controversias que se presentaron al momento de que se pretendieron hacer efectivas las obligaciones contraídas por los deudores de la Banca.

Tenemos que en este caso se quiso hacer valer los dos tipos de nulidades que pueden existir en los contratos, a saber:

NULIDAD ABSOLUTA. En nuestro derecho, la nulidad absoluta es la que ataca a los actos que se ejecutan en contravención a un mandato o a una prohibición de una ley imperativa o prohibitiva. Lo anterior se encuentra reconocido en el artículo 8o. del Código Civil.

Conforme lo analizara el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: *

“La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley Bancaria, la Ley del Banco de México, así como la regulación expedida por dicho Banco Central no contienen prohibición alguna que impida pactar que el importe de un crédito se aplique a pagar intereses vencidos devengados por disposiciones previas o por otro crédito anterior”.

* Razonamientos esgrimidos por los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Ejecutoria de la Contradicción de Tesis que dio fundamento a la Jurisprudencia emitida respecto a la Capitalización de Intereses.

Lo que no mencionan los Ministros es que si estas leyes son omisas es porque las mismas, en particular la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su origen fueron parte del Código de Comercio el cual en sus primeros artículos establece la supletoriedad del Código Civil, por ende las mismas no necesitan regular algo que ya esta regulado y que en obvio de repeticiones innecesarias lo único que procede es la integración de las leyes para encontrar una completa aplicación.

“Desde el punto de vista jurídico, los esquemas de refinanciamiento de intereses no son lo mismo que la capitalización, pero en el evento que así se considere. De igual manera, de estimarse que hay capitalización y que es aplicable el artículo 363 del Código de Comercio, este precepto tampoco prohíbe la capitalización ni establece limitación alguna respecto a la oportunidad para pactarla”.

Para los Ministros aunque el refinanciamiento produzca los mismos efectos de la capitalización no es lo mismo. Es como si creáramos una figura llamada “X” en la que una persona transmite la propiedad de una cosa mediante el pago de un precio cierto y en dinero, esto no más que un contrato de compraventa, si tanto la figura ficticia “X” como la de compraventa producen los mismos efectos qué necesidad hay de que exista la figura “X” y con qué argumentos puedo decir que no son lo mismo.

“En virtud de lo antes expuesto, en las cláusulas de refinanciamiento de intereses no puede invocarse causa alguna de nulidad absoluta”.

Los Ministros olvidan que la Ley de Instituciones de Crédito es una Ley de Interés Público, como lo reconocen en su Ejecutoria de la Contradicción de Tesis, por ser reglamentaria de los artículo 26 y 28 de la Constitución Política de nuestro país.

No queda al arbitrio de los particulares el modificar normas que atañen al Interés Público, aunque las mismas sean realizadas por una Institución de Crédito. Y siendo que la Constitución ordena que sólo el Banco de México determine las tasas de interés, el Banco Central no puede delegar esa facultad en los particulares, de lo contrario modificaría el mandato constitucional.

Si procede la nulidad absoluta de las cláusulas referentes a la capitalización de intereses (Ilámese Apertura de Crédito Adicional o Refinanciamiento) en virtud de que los particulares pretendieron ir más allá de lo que dicta el Interés Público que al establecer normas prohibitivas lo hace con miras a la protección de la colectividad.

Al referirse a la Nulidad Relativa los Ministros hicieron los siguientes comentarios:

NULIDAD RELATIVA. Se da en aquellos contratos que contienen vicios en la voluntad, como lo han alegado algunos deudores, es preciso señalar que han quedado convalidados por actos posteriores de los propios deudores que alegan el vicio.

El artículo 2234 del Código Civil dispone:

“El cumplimiento voluntario por medio del pago, novación o por cualquier otro modo, se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.”

“La razón clara de esta disposición radica en el principio básico de que *la voluntad es la ley suprema de los contratos*, de tal forma que, aun existiendo algún vicio de quien haya contratado, el pago representa otro acto de voluntad que

evidentemente convalida y purga vicios que hubieran existido. Así, el vicio deja de existir cuando sobreviene el cumplimiento voluntario. Si los deudores han realizado alguno de los pagos periódicos, no pueden alegar nulidad por vicios en el consentimiento.”

Al aducir que “la voluntad es la ley suprema de los contratos” también debieron aclarar que la misma encuentra su limitación fundamental cuando se conculca el Interés Público.

“De igual manera, el ejercicio del crédito adicional -y no sólo el pago de esta deuda- convalidan la pretendida nulidad. No puede alegarse vicios en la voluntad si previamente el deudor ejerció el crédito puesto a su disposición.”

Cuando ninguna de las partes pudo prever la crisis económica que se sufrió durante todo el año de mil novecientos noventa y cinco, lógicamente el crédito ya se había ejercido pero el adicional fue el que quedó a la deriva en el constate aumento de los intereses.

“Los contratos pueden interpretarse conforme a la luz de la conducta que las partes han desplegado una vez celebrados, ya que de la manera en que se comportan puede deducirse cuál ha sido su voluntad al celebrar el contrato. Por ello, cuando ha existido un periodo durante el cual el acreditado ha dado cumplimiento a las obligaciones que nacen del texto del contrato, debe interpretarse que esa ha sido su voluntad, y de ninguna manera puede estimarse que sea procedente reclamar la nulidad de las obligaciones posteriores, cuando éstas también fueron determinadas conforme a lo estipulado en dicho contrato. Interpretarlo de manera contraria,

supondría ir en contra del principio jurídico que establece que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse a voluntad de una de las partes. Este principio se encuentra recogido en el artículo 1797 del Código Civil. En la práctica, los contratos establecen la obligación de que los bancos envíen periódicamente a sus deudores estados de cuenta en los que se registren los movimientos realizados durante el periodo.”

Movimientos contables que en ningún momento ve el Acreditado materialmente realizados, como ya se indicó el banco saca de su bolsillo el dinero para colocarlo en el otro bolsillo, pero en medio de esta operación dicho Acreditado ve aumentada su deuda.

“De conformidad con el artículo 68 de la ley bancaria, los contratos respectivos, junto con los estados de cuenta certificados por contador autorizado, son títulos base de la acción procesal ejecutiva. Si los deudores reciben periódicamente los estados de cuenta de los bancos acreditantes y, teniendo oportunidad para oponerse a los saldos en ellos señalados no lo hacen dentro de los plazos pactados en los contratos respectivos, puede entenderse que en cada ocasión ratificaron tácitamente su conformidad con los esquemas de refinanciamiento pactados.”

Si en el caso que nos ocupa los saldos son correctos, los mismos establecen aumentos de hasta un 80% en un mes, aquí la inconformidad no es en cuanto a lo preciso o no de la tasa base para los intereses sino el interminable aumento que no encuentra límite en cuanto su aplicación sobre el crédito concedido.

Entre otros argumentos de los Deudores fue el que se refiere a la simulación por parte de las Instituciones de Crédito, a lo que los Ministros en su Ejecutoria respondieron:

“SIMULACIÓN. Respecto a la simulación a que hacen referencia algunas de las tesis de este tema, me remito a lo señalado en el tema IV anterior. Tema VII. CLÁUSULA DE CRÉDITO ADICIONAL. LA FALTA DE AVISO AL BANCO ACREDITANTE SOBRE NO DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ADICIONAL IMPLICA ACEPTAR LA APLICACIÓN DEL PAGO DE INTERESES. De la lectura de las tesis de este tema se desprende que la cuestión radica en que en la mayoría de los contratos con esquema de refinanciamiento se pactó que, para no ejercer el crédito adicional, es necesario que el deudor dé un aviso al banco con 30 días de anticipación. Se dice que esta anticipación implica que, cuando se tiene que dar dicho aviso, no se conoce el monto de la parcialidad que hay que pagar y, consecuentemente, tampoco el monto del crédito adicional a disponer. Según los deudores, esta circunstancia hace inoperante la posibilidad de optar o no por ejercer el crédito. Sobre el particular, pueden hacerse los comentarios siguientes:

El mecanismo del preaviso fue pactado por las partes al celebrar el contrato. El artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito expresamente prevé que las partes acuerden libremente la manera de disponer del crédito. Esta libertad para convenir la manera de disponer del crédito se confirma con el artículo 295 de la citada Ley, que establece que salvo convenio en contrario, el acreditado puede disponer a la vista de la suma objeto del contrato. De los artículos transcritos queda claro que las partes pueden convenir libremente la manera de disponer del crédito, y así lo hicieron. El deudor convino y estuvo de acuerdo con el mecanismo de preaviso pactado en el contrato.”

Los Ministros razonan en cuanto a la forma en que se puede disponer del crédito; sin embargo, no hacen referencia al hecho de que para saber si se quiere disponer o no del crédito adicional es necesario primero saber si se va a poder cubrir

con recursos propios y esto no es posible hasta tener cierta la cantidad a pagar y si el aviso debe ser con una antelación de treinta días el Deudor efectivamente se ve imposibilitado para dar el citado aviso.

"En relación con el criterio acabado de destacar, se formuló la tesis I.7o.C.16 C, visible en la página ochocientos nueve, del Tomo VII, correspondiente al mes de marzo de 1998, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, cuyo rubro y texto son del tenor siguiente:

"PAGO DE PASIVOS, NULIDAD DEL PRÉSTAMO PARA, OTORGADO POR UNA INSTITUCIÓN DE CRÉDITO. De conformidad con el inciso b) del artículo 8o. del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito, dichos organismos están impedidos para efectuar financiamientos para pago de pasivo, salvo casos especiales autorizados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; en consecuencia, resulta nula de pleno derecho la operación consistente en el otorgamiento de un crédito adicional en un contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, por tratarse de un esquema de refinanciamiento que el banco acreditante realiza a través de movimientos contables de cargo y abono, tomando del crédito adicional el importe necesario para que el acreditado, sin recibir ningún dinero, pague los intereses devengados y no cubiertos con la mensualidad realizada, simulando el cobro por su cuenta de cantidades adeudadas, lo que constituye un préstamo para pago de pasivos."

De las Tesis a la que los Ministros le quitaron toda validez, quedaba asentado un claro precedente de la prohibición (aunque en este caso fuera para las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito) del otorgamiento de créditos para el pago de pasivos que válidamente la Corte hubiera podido hacer extensivo a las Instituciones de Crédito, como una medida de protección al Interés Público. .

Como se ha puesto de manifiesto para los Ministros de la Suprema Corte no hubo argumento válido que pudiera sustentar la nulidad relativa o absoluta de las cláusulas referentes a la Apertura de Crédito Adicional o Refinanciamiento.

a) La supletoriedad de la ley.

Otra divergencia en los criterios fue motivada por la aplicación de manera supletoria del Código Civil y el Código de Comercio al momento Contrato de Apertura de Crédito Adicional.

Respecto a los requisitos para que opere la Supletoriedad de la Ley se debe hacer mención de lo que al respecto ha establecido la propia Corte:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Abril de 1996

Tesis: IV.2o.8 K

Página: 480

SUPLETORIEDAD DE UNA LEY A OTRA. REQUISITOS PARA SU PROCEDENCIA. Los requisitos necesarios para que exista supletoriedad de una ley respecto de otra, son a saber: 1.- Que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente y señale la ley aplicable; 2.- Que la ley a suplirse contenga la institución jurídica de que se trata; 3.- Que no obstante la existencia de ésta, las normas reguladoras en dicho ordenamiento sean insuficientes para su aplicación al caso concreto que se presente, por falta total o parcial de la reglamentación necesaria, y 4.- Que las disposiciones con las que se vaya a colmar la deficiencia no contraríen las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida. Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una ley en otra.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.
Amparo en revisión 44/96. Elsa Blomeier Eppen. 27 de marzo de 1996.
Unanimidad de votos. Ponente: Leandro Fernández Castillo. Secretario:
Daniel Cabello González.
Véase: Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo II-
Agosto, Segunda Sala, tesis LXXI/95, página 272.

Llama la atención que aunque los Ministros dejaron claro el hecho de que el Código Civil y el Código de Comercio no eran aplicables supletoriamente a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en cuanto a la forma de aplicación de los intereses, porque esta última regulaba de manera completa el Contrato de Apertura de Crédito, en reiteradas ocasiones acudieron a estas regulaciones para aclarar al citado contrato. Luego entonces, estamos en el entendido que para unas cuestiones si son supletorias y para otras no, entonces cuál es el parámetro a seguir.

1. Aplicación del Código Civil en Materia Federal, el Código de Comercio y las Convenciones Internacionales.

A efecto de poder argumentar los Deudores una debida defensa se basaron en disposiciones contenidas en el Código Civil y en el Código de Comercio.

Al respecto los Ministros hicieron las siguientes anotaciones en su Ejecutoria:

“En este tema, la primera cuestión es si debe o no aplicarse a los contratos de apertura de crédito que celebran los bancos el artículo 2397 del Código Civil . La segunda, si dicho artículo y el 363 del Código de Comercio deben o no interpretarse conjuntamente y el primero de manera supletoria respecto del segundo.

“A. Artículo 2397 del Código Civil. Los contratos de apertura de crédito que celebra la banca con sus clientes son regulados por la Ley General de Títulos y

Operaciones de Crédito, la Ley Bancaria y la Ley del Banco de México, y no resultan aplicables los artículos 2397 del Código Civil y 363 del Código de Comercio.”

Para argumentar que el Contrato de Apertura de Crédito estaba regulado de manera suficiente en su propia ley, la Corte lo único que hizo fue transcribir todo el capítulo donde se señala dicho contrato como si con eso ya se tuvieran todos los elementos para su aplicación.

“B. Improcedencia de la interpretación conjunta. Los artículos 2397 del Código Civil y 363 del Código de Comercio no son aplicables al contrato de apertura de crédito. No procede la interpretación conjunta de ambos preceptos, por las razones siguientes:

El artículo 363 del Código de Comercio regula expresamente la capitalización de intereses en el préstamo mercantil. En consecuencia, no hay laguna que colmar para que se necesite una interpretación conjunta con lo dispuesto en el Código Civil. La suplencia no se da cuando existe precepto aplicable al caso concreto. La interpretación conjunta de ambos preceptos, por la cual sería nulo convenir de antemano la capitalización, implicaría una adición al precepto del Código de Comercio.

Si el legislador en materia mercantil no distinguió sobre la oportunidad para pactar la capitalización, el intérprete no debe distinguir.

Pretender una aplicación conjunta de ambos artículos llevaría a cuestionar si se aplica o no, también de manera conjunta, el artículo 68 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, que expresamente señala que sólo podrán capitalizarse intereses cuando exista acuerdo previo de las partes.

Por lo tanto, la interpretación correcta es que, en materia del mutuo civil, la capitalización debe pactarse con posterioridad al vencimiento de los intereses a capitalizar; en las operaciones previstas en la Ley Federal de Protección al Consumidor, debe pactarse antes de llevar a cabo la capitalización; y en el préstamo mercantil, al igual que en la apertura de crédito, la ley lo dejó a la voluntad de las partes.”

Al concluir la Corte que en la Apertura de Crédito la ley dejó a voluntad de las partes el momento en que deben convenir la capitalización de intereses deja sin efecto la aplicación supletoria del Código Civil y restringe la aplicación del Código Comercio que en caso de que pudiera ser aplicable no prohíbe la capitalización de intereses.

“No resultan aplicables los artículos 363 del Código de Comercio ni 2397 del Código Civil en Materia Federal, por las razones siguientes:

Es cierto que el artículo 6o. de la ley bancaria señala que, en lo no previsto por dicha ley y por la Ley del Banco de México, a las instituciones de crédito les será aplicable la legislación mercantil, los usos y prácticas bancarios y mercantiles, y el Código Civil, en dicho orden. Sin embargo, dado que tanto la ley bancaria como la Ley del Banco de México -así como la regulación expedida por el banco central con fundamento en los preceptos antes mencionados- contienen disposiciones expresas y muy claras en materia de intereses correspondientes a las operaciones por las que los bancos otorgan créditos, no procede aplicar en esta materia una legislación supletoria.”

Se reconoce por los Ministros que el Banco Central es quien debe expedir las disposiciones relativas a los intereses, sin embargo, también la Secretaría de Hacienda y Crédito Público ha expedido "Las reglas para los requerimientos de capitalización de Instituciones de Banca Múltiple" publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1991 que establece:

IV.- Los créditos relacionados o no, deberán otorgarse cumpliendo con las disposiciones legales y administrativas aplicables, a efecto de reunir las condiciones de seguridad y de mercado conforme a las sanas prácticas.

V.- Se considera que los créditos han sido otorgados de acuerdo a las políticas del banco y conforme a condiciones de mercado y en términos **razonables de seguridad**, cuando reúnan, entre otras, las siguientes características:

- e) Capacidad de pago del deudor en base a flujos de efectivo a su situación financiera presente.
- f) Reciprocidad.

En el caso que nos ocupa si no hay supletoriedad con otras leyes en virtud de que la Legislación es suficiente para regular el Contrato de Apertura de Crédito Adicional, encontramos estas reglas donde claramente se establecen los requisitos mínimos que se deben cubrir antes de otorgar un crédito y estos no se cumplen se deben hacer efectivas las sanciones que establece la propia ley cuando se actualizan estos supuestos situación que hasta el momento no se a aplicado.

Los Ministros al momento de echar abajo los razonamientos en cuanto a la nulidad de las Cláusulas donde se contenía la Apertura de Crédito Adicional o el Refinanciamiento, cuando los Deudores alegaron que eran nulas en virtud de no

haberse realizado los estudios a que hace mención el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito como un requisito de validez del citado contrato, utilizaron al Código Civil antes que a la Legislación Bancaria, entonces dónde queda el Principio que la ley especial se aplica antes que la general. Se evidencia la aplicación supletoria a capricho de los Ministros para argumentar o no una situación concreta.

En cuanto a los Tratados y Convenios Internacionales que de acuerdo al artículo 133 Constitucional tiene mayor jerarquía que el Derecho Común, se encuentran interesantes Principios como el *Rebus sic stantibus*: “Mientras las cosas así permanezcan”, considerándose que si las circunstancias cambian, el tratado pierde validez, que bien puede ser utilizado como un recurso al momento de resolver la contradicción presentada utilizando el medio de integración de la Analogía, ya que para los Ministros en este caso no hay supletoriedad será interesante saber que opinan al respecto.

3.2 Análisis de las Tesis de Jurisprudencia referentes a la capitalización de intereses.

A continuación entraremos al estudio de las Tesis de Jurisprudencia que se dieron como resultado de la Contradicción de Tesis de la cual tuvo conocimiento nuestro máximo Tribunal.

Pero como no se puede entrar al análisis de la Jurisprudencia sin antes hacer referencia a los antecedentes que le dieron la importancia y trascendencia que logró tener este fallo en el momento histórico en que se dictó, ergo se hará una mención somera de la crisis económica que sufrió nuestro país en el Sexenio del Presidente Zedillo ya que no se puede entender la crisis bancaria y las controversias con los Deudores sin relacionarla en este contexto.

Las relaciones que pueden existir entre las resoluciones judiciales y la ley son de tres clases:

- A) Resoluciones basadas en la ley, (*secudum legem*)
- B) Resoluciones en ausencia de la ley, (*praeter legem*) y
- C) Resoluciones en contra de la ley (*contra legem*) (128)

Al concluir el análisis de las Tesis de Jurisprudencia referentes a la Capitalización de Intereses estaremos en aptitud de concluir a cual de los tres supuestos antes mencionados se adecua la resolución del Pleno de la Corte.

“En los casos, pues, en que de necesidad se ha de hablar en general, por más que no sea posible hacerlo correctamente, la ley toma en consideración lo que más ordinariamente acaece, sin desconocer por ello la posibilidad de error. Y no por ello es menos recta, porque el error no está en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza del hecho concreto, porque tal es, directamente la materia de las cosas prácticas.

En consecuencia, cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos empleados por la ley”. (129)

(128) García Maynez E. Ob. cit. p. 356.

(129) Aristóteles. Ob. cit. p. 71.

Si nos basamos en principios del Derecho Natural debemos admitir que no se debe cumplir una ley injusta y el Juzgador esta en el deber de corregir las deficiencias que vulneran principios fundamentales como el de la Equidad.

3.2.1 Antecedentes del fallo.

En sesión privada el Miércoles siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dio a conocer el sentido de su fallo en relación a la Contradicción de Tesis resultado de los diversos juicios se iniciaron desde el año de mil novecientos noventa y cinco en diversos Tribunales de todo el país; sin embargo, este no es un hecho aislado, para llegar a este momento tuvieron que transcurrir más de tres años, qué paso en ese lapso.

a) La Crisis Económica de 1995. *

A escasos veintiocho días de que Carlos Salinas de Gortari dejara la presidencia del país que se encontraba en la antesala del Primer Mundo, se cayó el teatro insostenible por mayor tiempo. (130)

El jueves 29 de diciembre de 1994, el presidente Ernesto Zedillo anunció:

“El tamaño del déficit de la cuenta corriente y la volatilidad de los flujos de capital con que se financió, hicieron muy vulnerable a nuestra economía”

* La información obtenida respecto a las declaraciones del Presidente Ernesto Zedillo se obtuvieron del *Semanario Proceso*. Números 948 y 949 del 2 y el 9 de enero de 1995. (130) “Ante el espejismo del Primer Mundo, Salinas dejó, disfrazado y maquillado, un enorme boquete en las finanzas del país”. Carlos Acosta Córdova y Elías Chávez. *PROCESO*. Semanario de Información y Análisis. Director Julio Sherer García, No. 948. 2 de enero de 1995. pp. 6-13.

En el artículo realizado por los colaboradores de la Revista Proceso. Carlos Acosta Córdova y Elías Chávez bajo el Título: Ante el espejismo del Primer Mundo, Salinas dejó, disfrazado y maquillado, un enorme boquete en las finanzas del país". Se explica de manera sencilla qué fue lo que motivó la Crisis de 1995:

La inestabilidad de los mercados financieros, la huida de capitales, la desconfianza y el descrédito nacional e internacional hacia su gestión, que se agudizaron los días siguientes al anuncio de la ampliación de la banda de flotación del tipo de cambio y a la posterior salida del Banco de México del mercado de cambios, hicieron que el Presidente adelantara el mensaje que tenía programado para el lunes 2 de enero.

La noche del miércoles 28, hubo una reunión urgente, en Los Pinos, del gabinete económico. El acuerdo fue unánime; las cosas no podían esperar más y había que dar la cara a la Nación, y al mundo. Periodistas nacionales y extranjeros fueron convocados a la residencia oficial la tarde del jueves 29. El presidente Zedillo reconoció la gravedad de la crisis, anunció un Programa de Emergencia Económica, acusó al gobierno anterior y tuvo que guillotinar políticamente a Jaime Serra Puche, que no duró ni un mes como Secretario de Hacienda y Crédito Público.

De las declaraciones del entonces Presidente entrante destacan:

“Para concertar, integrar y poner en ejecución el Programa de Emergencia Económica con la eficacia y credibilidad que reclaman las circunstancias, he decidido aceptar la renuncia del doctor Jaime Serra Puche como titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien será sustituido por el doctor Guillermo Ortiz Martínez”

Al aceptar la "renuncia" del entonces Secretario de Hacienda, que anteriormente fuera Secretario de Comercio de Salinas, para ejecutar con eficacia y credibilidad el Programa de Emergencia Económica que anunciaba, reconoció el engaño que sostuvo su antecesor junto con todo su equipo de trabajo, nadie creyó posible la endeble base sobre la que se fincó el proyecto de Primer Mundo de Salinas.

"El déficit en la cuenta corriente de la balanza de pagos llegó a ser tan grande durante los últimos años, que dadas las circunstancias internas y externas, era insostenible. Es preciso reconocer que hubo una subestimación del problema, y esta subestimación fue sumamente grave".

"Normalmente el saldo negativo en la cuenta corriente se compensa con entradas de capital hacia nuestro país; hubo entradas de capital privado para inversiones directas, pero principalmente flujos de capital invertidos en instrumentos financieros líquidos de corto plazo"

El pretender tener una economía en base a las entradas de "capitales golondrinos" fue una tremenda irresponsabilidad del sexenio de Salinas al crear una pantalla de seguridad que motivó a la mayoría de la personas a pedir créditos a sabiendas de que las condiciones no variarían y podrían solventar sus obligaciones.

"Para compensar las menores entradas de nuevo capital y los retiros de capitales, durante 1994 el Banco de México utilizó montos importantes de las reservas internacionales. Esto se hizo con mayor intensidad cuando, frente a sucesos que han conmocionado al país, los inversionistas decidieron retirar sumas importantes de sus inversiones. Así ocurrió al estallar el conflicto en Chiapas, y ante la inquietud política que prevaleció a fines de febrero y principios de marzo; así ocurrió también ante los asesinatos de Luis Donald Colosio y de José Francisco Ruiz Massieu, y así volvió a ocurrir con los acontecimientos más recientes en el estado de Chiapas".

El error de diciembre de 1994 radicó en la manera en que instrumentó el Programa de Emergencia Económica medida, que llevó a los dos días, a la devaluación traumática: no supieron difundir con claridad, sorprendieron al país y a la

comunidad financiera internacional cuando habían prometido otra cosa, y les faltó rapidez y oportunidad para enfrentar los primeros efectos de la medida del martes 20 (la ampliación de la banda) y luego, lo peor, tanto Serra como el presidente escondieron la cara. Después de su visita a Nueva York, el jueves 22, Serra no se apareció públicamente, y Zedillo no tocó el tema hasta ocho días después.

Hasta el miércoles 28 y jueves 29 de diciembre, los hombres del dinero mexicano y la comunidad financiera internacional, respectivamente, fueron informados (la última, por vía de embajadas) de la nueva política económica que seguirá el gobierno de Zedillo, que será en el marco de experiencias ya padecidas.

Ernesto Zedillo, apenas al mes de iniciado su gobierno, aplicará:

“un ajuste fiscal que complemente el efecto de la devaluación sobre la reducción del déficit en cuenta corriente” que “comprenderá una necesaria reducción en el gasto público respecto de los programado hasta ahora para 1995”

Pero en lo inmediato: un alza brutal de las tasas de interés (Banco de México emitió Cetes a 31%, casi al doble de como estaban la semana previa a la devaluación) que desatará presiones inflacionarias, inhibirá la inversión productiva, postergará proyectos, estancará la economía, reducirá las oportunidades de empleo, cancelará expectativas y dañará aún más, reconoció Zedillo, los niveles de vida de la población.

El entonces presidente de la Confederación de Cámaras Nacionales de Comercio (Concanaco) Germán González Quintero aseguró que el gobierno cometió dos errores de importancia: no devaluar a tiempo el peso y convertir a la atracción de capitales golondrinos como eje de la política económica. “Fue un error depender del petróleo, como también lo es depender demasiado de la inversiones de bolsa”.

Por otro lado de acuerdo con una revisión del comportamiento financiero de las principales empresas que cotizan en la Bolsa Mexicana de Valores, la mayoría de ellas recurrieron al financiamiento externo durante el sexenio pasado, de manera constante y confiada, como consecuencia de la devaluación 65 de las empresas más importantes vieron crecer de manera notoria su deuda en dólares, que en relación con su valor en pesos aumentará más de 45%.(131)

Como lo dijera el martes 3 de enero de 1995 el presidente Zedillo:

“El desarrollo de México exige reconocer, con todo realismo, que no constituimos un país rico, sino una nación de graves necesidades y carencias. Debemos asumir que es indispensable esmerarnos todos para hacer lo mucho que todavía nos falta en la construcción de una sociedad de progreso y de equidad”.

Los banqueros mexicanos que, como efecto de la contradicción económica anunciada, tendrán dificultades en todos los renglones: en relación al tamaño del crédito, que se reducirá significativamente; respecto de la liquidez en la economía, que decrecerá; por las tasas de interés, que se incrementarán; por los requerimientos oficiales de capitalización, que muchos bancos no la alcanzan; en las utilidades de los bancos, que caerán, y respecto de la clasificación de las carteras de sus clientes, pues aumentará la morosidad y se incrementará la cartera vencida, “el más grave problema que enfrentará la banca en 1995”. (132)

(131) “Los grandes empresarios se dicen engañados: solo Azcárraga y Slim renegociaron a pesos, antes de la devaluación, parte de su deuda”. Rafael Ocampo y Fernando Ortega Pizarro. **PROCESO**. No. 948. 2 de enero de 1995. p. 10.

(132) “Se esfumó el México de ficción y quedó un México paralizado por la decepción, la frustración y la desconfianza”. Carlos Acosta Córdova. **PROCESO**. No. 949. 9 de enero de 1995. pp. 7-11.

Mientras los banqueros censuran al gobierno y prometen sumarse al sacrificio de todos los sectores productivos, la Coordinación Nacional de Usuarios de la Banca (Conaub), que agrupa a alrededor de 70 organizaciones de deudores en todo el país, anuncia medidas de presión en protesta por las altas tasas de interés bancarias, las cuales se dispararon a raíz de la devaluación del peso.(133)

El Consejero Directivo de la Conaub Castro de la Cruz dijo:

“A todos los sectores se les está pidiendo mantengan bajos los precios, en cambio, a la banca se le permitió aumentar descomunalmente sus tasas de interés. En pocos días, por ejemplo, los intereses de la tarjetas de crédito saltaron del 36% al 72%. Esto se debe a que nuestras leyes se adecuaron a la medida de la avaricia de la banca. El gobierno la ha sobreprotegido al permitirle la transgresión sistemática de las leyes.

Se empieza a ver el descontento de los deudores de la banca quienes sorpresivamente se encontraron con el riesgo de perder su patrimonio.

Por lo pronto, los alrededor de 500,000 deudores afiliados a la Conaub continúan declarándose en moratoria y dispuestos a pagar a la banca únicamente el 10% de intereses. Prosigue Castro de la Cruz:

“La banca dice que no está dispuesta a condonarnos deudas. Pero jamás le hemos pedido la condonación. No queremos limosnas. Deseamos pagar, sólo que con intereses justos, que son del 10%. Mucha gente piensa que enfrentarse a la banca es lucha contra un coloso. Que la banca tiene la razón y todas la de ganar. Ahora estamos demostrando que los usuarios en conjunto somos más fuertes que la banca, que ni es un coloso, no tiene razón, ni actúa honestamente”.

(133) “Organizados en una coordinadora, los usuarios de la banca dispuestos a doblegarla en materia de intereses”. Rodrigo Vera. PROCESO. No. 949. 9 de enero de 1995. p.22.

Lo antes detallado sólo fue el inicio de uno de las peores etapas de la historia del país, en un año la clase media casi desapareció, en virtud de que sólo este tipo de personas puede acudir a solicitar un crédito por tener algunos bienes que le permiten garantizarlo, mismos que se perdieron al verse imposibilitados a pagar y por ende al ser aplicado el crédito adicional las deudas se incrementaron sin que existiera un tope máximo.

Se instrumentaron diversas medidas para el rescate bancario y se implementó la condonación de deudas y la famosa “reestructuración” de la deuda convirtiendo los pesos en UDIS (Unidades de Inversión), situación totalmente ilegal según lo establecen los siguientes artículos de la Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos:

“Artículo 1°.- La unidad del sistema monetario de los Estados Unidos Mexicanos es el “peso”, con la equivalencia que por ley se señalará posteriormente”.

No se menciona ninguna otra forma de liberación de obligaciones por consiguiente no cabe la aplicación válida de otra figura.

Artículo 7°.- Las obligaciones de pago, de cualquier suma en moneda mexicana se denominará invariablemente en pesos...

Al momento de hacer la reestructuración a UDIS la deuda ya no se establece en pesos, con lo cual se contraviene el artículo antes citado.

Artículo 8°.- ...Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el y fecha en que se haga el pago.

Artículo 9°.- Las prevenciones de los dos artículos anteriores no son renunciables y toda la estipulación en contra será nulo”.

Al no ser renunciable y tener como sanción legal la nulidad de su establecimiento, las cláusulas de los contratos donde las deudas se convierten a UDIS no tienen validez. Además es bárbaro el hecho de que inicialmente una UDI era el equivalente a un Peso y actualmente la UDI alcanza un valor de 2.70.00 Pesos, evidenciando así el exagerado aumento de las reestructuraciones.

1. Principales Indicadores Económicos de 1995.*

Para tener bases con las que en el próximo capítulo podamos argumentar la procedencia de la Teoría de la Imprevisión como una alternativa de solución en la Contradicción de Tesis basta echar un vistazo a los principales Indicadores Económicos del año de 1995.

Entre los principales Indicadores que sirven como base para aplicar los intereses tanto en los Contratos de Apertura de Crédito como en el Refinanciamiento tenemos el Índice Nacional de Precios al Consumidor, que refleja las variaciones en los precios de la canasta básica, mismo que emite el Banco de México

Los Indicadores que se plasmarán a continuación reflejan claramente la situación económica que prevaleció en el año de 1995 y que repercutió a todos y cada uno de los componentes que conforman la estructura económica, política y social del país.

*"INDICADORES ECONOMICOS" Diciembre 1995. del Banco de México. Publicación a cargo de la Dirección General de Investigación Económica. Enero 1996.

INDICE NACIONAL DE PRECIOS AL CONSUMIDOR

AÑO	1994	1995
ENERO	97.20	107.14
FEBRERO	97.70	111.68
MARZO	98.21	118.27
ABRIL	98.69	127.69
MAYO	99.16	133.029
JUNIO	99.66	137.251
JULIO	100.10	140.049
AGOSTO	100.57	142.372
SEPTIEMBRE	101.28	145.317
OCTUBRE	101.81	148.307
NOVIEMBRE	102.36	151.964
DICIEMBRE	<u>103.36</u>	<u>156.915</u>
AUMENTO DE DIC. A DICIEMBRE	7.06	51.96

Como a simple vista se aprecia, de manera comparativa entre los años 1994 y 1995 el incremento de Diciembre a Diciembre de cada año fue enorme y considerando que ese aumento no sólo se aplica a las tasa de interés sino que implica un aumento en los productos básico, esto nos da una idea de la difícil situación económica que vivieron todas las familias mexicanas a partir de estos años.

Al momento de reconocer que la economía no era tan estable como aseguraba Salinas se tuvo que dejar a la libre flotación el peso, definida por la oferta y la demanda lo que motivó su devaluación y el aumento intempestivo del dólar. Hay que recordar que las principales empresas del país contrataron créditos en moneda extranjera las cuales al momento del pago se debían convertir al valor del momento de pago lo que suscitó controversias ante Tribunales para precisar el valor del tipo de cambio dependiendo del momento del pago o de la contratación.

**TIPOS DE CAMBIO BANCARIO DEL PESO MEXICANO RESPECTO AL
DÓLAR DE LOS EE. UU. A.**

MES	AÑO
	994
DICIEMBRE	3.9308
	1995
ENERO	5.6950
FEBRERO	5.8375
MARZO	6.8175
ABRIL	5.7850
MAYO	6.1717
JUNIO	6.3092
JULIO	6.0882
AGOSTO	6.3114
SEPTIEMBRE	6.4195
OCTUBRE	7.1717
NOVIEMBRE	7.6517
DICIEMBRE	<u>7.6425</u>
AUMENTO DE DIC. A DICIEMBRE	3.7117

Se da el aumento de más de un 100% durante el año de 1995, de entrada los Acreditados vieron aumentado el monto de su deuda hasta por un mínimo de 45%, mismo que fue aumentado conforme se acrecentaba el valor del dólar.

Al tener que enfrentar esta precaria situación se dio la consecuencia lógica, esto es el despido de trabajadores en virtud de carecer de recursos para la producción ante las asfixiantes deudas que truncaron por un buen rato las ramas productivas del país. Con el siguiente cuadro de la Tasa de Desempleo Abierto en Áreas Urbanas se hace notoria esta situación.

TASA DE DESEMPLEO ABIERTO EN AREAS URBANAS

MES	AÑO 994 TOTAL
AGOSTO	3.6
SEPTIEMBRE	3.8
OCTUBRE	3.9
NOVIEMBRE	3.9
DICIEMBRE	3.2
	1995
ENERO	4.5
FEBRERO	5.3
MARZO	5.7
ABRIL	6.3
MAYO	6.6
JUNIO	6.6
JULIO	7.3

Como consecuencia del aumento de las tasas de interés se empieza a presentar la secuela más temida y más fácil de predecir en esta situación que prevaleció en todo el país, esto es el incumplimiento en el pago de los créditos ante Instituciones Bancarias.

Se fue dando un efecto dominó que repercutió en todos los campos de la vida nacional, el incremento a los productos básicos, el disparado precio del dólar, el aumento del desempleo en las principales ciudades del país, logró una inestabilidad económica tal que simple y sencillamente nadie podía pagar ni los intereses de los créditos contratados por lo que entró automáticamente el Refinanciamiento que al no tener un límite máximo sólo vino a agravar la situación prevaleciente.

BANCA COMERCIAL CONSOLIDADA. CARTERA VENCIDA

MES	AÑO
	1994
DICIEMBRE	42 796
	1995
FEBRERO	56 121
MARZO	64 415
ABRIL	72 208
MAYO	77 111
JUNIO	72 049
JULIO	79 837
AGOSTO	85 365
SEPTIEMBRE	77 616
OCTUBRE	82 420

El aumento en la cartera vencida de los bancos sólo hace más patentes los motivos que dieron pauta a este resultado, al momento de aplicarse los Créditos Adicionales para el pago de intereses. Se llegó al absurdo que los bienes inmuebles que se utilizaron para garantizar el cumplimiento de la obligación sólo cubrían el 20 o 30% del total de la obligación.

Entre los argumentos ya citados cabe hacer mención al siguiente que explica lo que en verdad se esperaba de la forma de aplicación del Crédito Adicional:

“Lo más común en los créditos que nos ocupan, es que se pacte el ajuste de las tasas cada mes, o bien, cada semestre. Los índices para determinar la tasa de interés no varían sustancialmente en seis meses. Las variaciones serán menores en periodos más cortos. Así, las tasas para calcular los pagos parciales durante un mismo periodo serán iguales.

Si la fecha de pago coincide con la fecha de revisión, el deudor puede hacer una estimación bastante aproximada si se toma como referencia el último pago. Además, no siempre los indicadores serán a la alza. En los periodos en que vayan a la baja, el acreditado tendrá la seguridad de que el pago a realizar necesariamente será menor que el último realizado”.

Hay que ver que persona después de ver el siguiente cuadro sigue manteniendo esta postura.

SELECCIÓN DE TASAS DE INTERES EN VARIOS MERCADOS FINANCIEROS

Promedio de cotizaciones diarias, en por ciento anual

PERIODO	A 1 MES		
	México	Estados Unidos	Londres
	Neta	Más de 100,000 dólares	Eurodólar
1994 DICIEMBRE	15.36	6.16	6.08
1995 ENERO	26.57	6.12	5.93
FEBRERO	31.11	6.10	6.10
MARZO	49.27	6.08	6.11
ABRIL	56.57	6.09	6.10
MAYO	47.00	6.02	6.09
JUNIO	40.67	5.95	6.06
JULIO	35.61	5.80	5.91
AGOSTO	31.61	5.79	5.88
SEPTIEMBRE	30.22	5.75	5.83
OCTUBRE	35.05	5.75	5.85
NOVIEMBRE	44.98	5.90	5.84
DICIEMBRE	41.63	5.68	5.84

Nadie esperaba ese aumento súbito de las tasas de interés, era imposible prever las variaciones que podría haber de un mes a otro para poder calcular el pago que se debía hacer, cómo conseguirían la información necesaria para poder dar el aviso oportuno a la Institución de Crédito con la antelación de treinta días para que no se aplicara el crédito adicional.

3.2.2 La Contradicción de Tesis.

La contradicción de tesis fue denunciada por el Magistrado Presidente del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, respecto de las tesis sustentadas, por ese tribunal bajo el rubro:

“CRÉDITO ADICIONAL O REFINANCIAMIENTO, SISTEMA DE. ES UN ACTO SIMULADO QUE ENCIERRA UN PACTO DE ANATOCISMO”

Mismo que se dictó al resolver el juicio de amparo directo 6247/97 promovido por José Fermín Vázquez Legaria y Luz María Tejeda Domínguez; y el criterio del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, bajo el rubro:

“ANATOCISMO, PACTO DE. NO LO CONSTITUYE EL CONVENIO CELEBRADO ENTRE LOS CONTRATANTES A FIN DE QUE EL ACREDITADO DISPONGA DISCRECIONALMENTE, EN SU CASO, DE UN CRÉDITO ADICIONAL PARA CUBRIR INTERESES DEVENGADOS E INSOLUTOS.”

Sustentado al resolver el juicio de amparo directo 215/96, promovido por Bancomer, S.A.

Las partes en ambos juicios, celebraron contratos de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, los cuales, indudablemente tienen una naturaleza mercantil, de acuerdo a lo establecido por los artículos 75 fracción XIV del Código de Comercio, 291 y 292 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 46 fracción VI de la Ley de Instituciones de Crédito.

A continuación reproduce el texto de la denuncia y el acuerdo que recayó al mismo:

DENUNCIA:

"Humberto Román Palacios, Ministro presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con fundamento en los artículos 107-A de la Ley de Amparo y 21, fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; en atención al contenido del acuerdo de fecha doce de mayo del año en curso, dictado en las actuaciones del expediente de contradicción de tesis número 2/98 que ordenó realizar requerimientos a los Tribunales Colegiados de todos los circuitos de la República, que tienen competencia en materia civil para que remitieran información y, en su caso, ejecutorias que hubieran pronunciado sobre operaciones de instituciones de crédito, relativas a temas sobre capitalización de intereses (pacto de anatocismo), inviabilidad de proyecto económico de apertura de crédito, créditos adicionales para pago de intereses (falsedad ideológica-simulación de negocios), u otros genuinamente afines; vista la certificación de la Secretaría de Acuerdos, sobre envío, recepción de oficios y términos otorgados; recepción oportuna de informes sobre no pronunciamiento y, en su caso de ejecutorias; y, la cuenta de la Secretaría de Acuerdos, habiendo procedido a la revisión general de todo el material recibido, es procedente sentar las bases que me dan pauta a presentar la denuncia de posible contradicción de tesis sustentadas acerca de los siguientes temas: ... (los cita) ... He de mencionar, que una vez revisadas todas y cada una de las ejecutorias remitidas por los Tribunales Colegiados que se pronunciaron sobre la temática, arrojó material para establecer el cuadro comparativo de criterios en que se de aquellos. En consecuencia, como presidente de la Primera Sala, dentro de los autos del expediente contradicción de tesis número 2/98, proceda el que suscribe a acordar la presente denuncia para que se le dé el trámite que en derecho proceda. México, Distrito Federal, a veintidós de junio de mil novecientos noventa y ocho."

A la denuncia presentada le fue dictada el siguiente acuerdo en donde se requiere a los Tribunales de los veintitrés circuitos de todo el país a fin de que remitan la información referente a lo que se va a tratar en la Contradicción de Tesis.

ACUERDO:

"México, Distrito Federal, a veintidós de junio de mil novecientos noventa y ocho. Con la denuncia de probable contradicción de tesis formulada por el que suscribe, intégrese a los presentes autos del expediente que al rubro se indica, la consideración de posible contradicción de tesis surgida en relación con los temas que se precisan en el escrito de denuncia y que se suscita entre los Tribunales Colegiados especificados en el cuadro comparativo de divergencia de criterios jurídicos, que se insertó también en el citado ocurso de denuncia. En atención a la certificación que obra en autos, presentada por la Secretaría de Acuerdos que determina la recepción total de las constancias autorizadas requeridas a los sesenta y dos Tribunales Colegiados de los veintitrés circuitos de la República Mexicana que tienen competencia en materia civil; a la documentación citada y, en razón de estar debidamente complementado este asunto, al haber quedado integrada la denuncia de probable contradicción de tesis de temáticas íntimamente correlacionadas con la que motivó la denuncia de contradicción en que se actúa; con fundamento en lo previsto en el artículo 21 fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y con apoyo además en el artículo 197-A de la Ley de Amparo, **dése vista al Procurador General de la República** por conducto del director general de Amparo de dicha institución, con copia certificada de las actuaciones respectivas, a saber: a) de la denuncia, y b) de las resoluciones pronunciadas por los Tribunales Colegiados de Circuito de antecedentes, que constan en el listado que dio base a la referida denuncia, a fin de que en su caso, exponga su parecer dentro del término de treinta días, contados a partir de aquel en que se le notifique el presente acuerdo; cumplido lo anterior, dése nueva cuenta con estos autos para acordar lo procedente. Notifíquese."

Con la vista que se le dio al Procurados General de la República en la cual arguyó a favor de que prevaleciera el criterio del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, la mayoría de sus argumentos coinciden con la Jurisprudencia de los Ministros respecto a la Contradicción de Tesis se dictó el siguiente acuerdo:

"México, Distrito Federal, a quince de abril de mil novecientos noventa y ocho. Visto el pedimento sin número de fecha ocho del mes en curso, signado por el agente del Ministerio Público de la Federación designado por el Procurador General de la República, mediante el cual expone su parecer en el sentido de que debe prevalecer el criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito y que se resuelva teniendo a la vista la contradicción de tesis 11/98; asimismo solicita, se le expida copia certificada por duplicado de la resolución que se dicte en la presente contradicción de tesis; por lo que respecta a esto último, infórmesele que una vez resuelto el presente asunto, se expedirán las copias solicitadas. En consecuencia, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 25, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, túrnese este expediente al Ministro Juventino V. Castro y Castro, a fin de que se sirva elaborar el proyecto de resolución que corresponda. Notifíquese."

Como se aprecia el proyecto de resolución de la Contradicción de Tesis estuvo a cargo del Ministro Juventino V. Castro y Castro quien disintiera del criterio emitido por la mayoría del Pleno.

El Presidente de la Suprema Corte, por auto de dos de julio de mil novecientos noventa y ocho, determinó dar de baja el expediente 2/98 del índice de la Primera Sala para continuar su trámite bajo el número 31/98 del índice del Tribunal Pleno, por ser éste el que le correspondió; y, ordenó su devolución al Ministro Juventino V. Castro y Castro.

En sesión pública de siete de julio de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de once votos, el Tribunal Pleno de esta Suprema Corte determinó abocarse al conocimiento de la presente contradicción de tesis. Determinación que se adoptó por mayoría de seis votos, de los señores Ministros Vicente Aguinaco Alemán, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo Ortiz Mayagoitia, en el sentido de que esto se hiciera con fundamento en ejercicio de la facultad de atracción; en contra del voto de los señores Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Genaro David Góngora Pimentel, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y de la señora Ministra Olga María del Carmen Sánchez Cordero de García Villegas quienes lo hicieron en el sentido de que el abocamiento deriva de la competencia originaria del Tribunal Pleno.

El presidente de la Suprema Corte, por auto de dos de julio de mil novecientos noventa y ocho, determinó dar de baja el expediente 2/98 del índice de la Primera Sala para continuar su trámite bajo el número 31/98 del índice del Tribunal Pleno, por ser éste el que le correspondió; y, ordenó su devolución al Ministro Juventino V. Castro y Castro.

Para fundamentar la procedencia de la Contradicción de Tesis así como para reafirmar la competencia del Pleno en la resolución de las mismas se mencionaron diversas Jurisprudencias de las cuales sólo citamos algunas,

"CONTRADICCIÓN DE TESIS DE TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA. De conformidad con lo que establecen los artículos 107, fracción XIII, primer párrafo de la Constitución Federal y 197-A de la Ley de Amparo, cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, o de la Sala que corresponda deben decidir cuál tesis ha de prevalecer. Ahora bien, se entiende que existen tesis contradictorias cuando concurren los siguientes supuestos: a) Que al resolver los negocios jurídicos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes; b) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas; y c) Que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos."

(Octava Época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 58, octubre de 1992. Tesis: 4a./J. 22/92. Página: 22).

Como claramente se establece para la existencia de la Contradicción la misma debe consistir en el análisis de cuestiones esencialmente semejante, en el caso que nos ocupa los Contratos de Apertura de Crédito Adicional, que del análisis de los mismos se establezcan criterios divergentes en base a razonamientos o interpretación jurídica de sus alcances.

"CONTRADICCIÓN DE TESIS. PARA QUE SE GENERE SE REQUIERE QUE UNA TESIS AFIRME LO QUE LA OTRA NIEGUE O VICEVERSA. La existencia de una contradicción de tesis entre las sustentadas en sentencias de juicios de amparo directo, no se deriva del solo dato de que en sus consideraciones se aborde el mismo tema, y que en un juicio se conceda el amparo y en otro se niegue, toda vez que dicho tema pudo ser tratado en diferentes planos y, en consecuencia, carecer de un punto común respecto del cual lo que se afirma en una sentencia se niegue en la otra o viceversa, oposición que se requiere conforme a las reglas de la lógica para que se genere la referida contradicción." (Octava Época. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 72, diciembre de 1993. Tesis: 3a./J. 38/93. Página: 45).

"CONTRADICCIÓN DE TESIS. PARA SU INTEGRACIÓN NO ES NECESARIO QUE SE TRATE DE JURISPRUDENCIAS. Para la procedencia de una denuncia de contradicción de tesis no es presupuesto el que los criterios contendientes tengan la naturaleza de jurisprudencias, puesto que ni el artículo 107, fracción XIII, de la Constitución Federal ni el artículo 197-A de la Ley de Amparo, lo establecen así." (Octava Época. Instancia: Pleno. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 83, noviembre de 1994. Tesis: P. L/94. Página: 35).

En las Tesis ya señaladas, se establece la importancia precisamente de la contradicción en el sentido de que una afirme la que otra niegue y viceversa sobre una cuestión esencialmente semejante y por ello se esté en la necesidad de unificar el criterio para lograr una certeza jurídica sobre la forma de proceder ante la misma circunstancia; asimismo, se aclara que para la procedencia de la denuncia de una contradicción no es necesario que las tesis en que se sustenta ótengan el carácter de Jurisprudencia.

La siguiente Tesis que a continuación se menciona contiene un manifestación bastante interesante de los alcances que debe tener la resolución de una Contradicción de Tesis:

"CONTRADICCIÓN DE TESIS. NO TIENE QUE RESOLVERSE INVARIABLEMENTE DECLARANDO QUE DEBE PREVALECER UNO DE LOS CRITERIOS QUE LA ORIGINARON, PUESTO QUE LA

CORRECTA INTERPRETACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO PUEDE LLEVAR A ESTABLECER OTRO. La finalidad perseguida por los artículos 107, fracción XIII, de la Constitución Federal y 197-A de la Ley de Amparo, al otorgar competencia a las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver las contradicciones de tesis que surjan entre los Tribunales Colegiados de Circuito, estableciendo cuál tesis debe prevalecer, es la de preservar la unidad en la interpretación de las normas que integran el orden jurídico nacional, fijando su verdadero sentido y alcance, lo que, a su vez, tiende a garantizar la seguridad jurídica; tan importante y trascendental propósito se tornaría inalcanzable si se llegara a concluir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación está obligada, inexorablemente, a decidir en relación con el criterio que se establece en una de las tesis contradictorias, a pesar de considerar que ambas son incorrectas o jurídicamente insostenibles. Por consiguiente, la Suprema Corte válidamente puede acoger un tercer criterio, el que le parezca correcto, de acuerdo con el examen lógico y jurídico del problema, lo que es acorde, además, con el texto de las citadas disposiciones en cuanto indican que la Sala debe decidir '... cuál tesis debe prevalecer', no, cuál de las dos tesis debe prevalecer." (Octava Época. Instancia: Cuarta Sala. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tomo: 74, febrero de 1994. Tesis: 4a./J. 2/94. Página: 19).

Como se evidencia no es forzoso que en la resolución prevalezca uno de los criterios discrepantes, válidamente se puede determinar que los mismos son incorrectos y proceder así a dictar un tercero que permita interpretar mejor la situación o tener una mejor aplicación de los preceptos jurídicos.

En lo que se refiere a la Competencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer la Contradicción de Tesis cabe mencionar:

ATRACCIÓN. EL PLENO DE LA SUPREMA CORTE PUEDE EJERCER ESA FACULTAD RESPECTO DE ASUNTOS DE LA COMPETENCIA DE OTROS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Si bien en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que señala los asuntos de carácter jurisdiccional que son de la competencia del Pleno de la Suprema Corte, no se establece que éste puede ejercer la facultad de atracción respecto de los amparos directos y amparos

en revisión de la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, a diferencia de lo que se previene en relación con las Salas en las fracciones I, inciso b) y III de los artículos 24, 25, 26 y 27 de ese ordenamiento legal, debe inferirse que ese Alto Cuerpo Colegiado puede ejercer la referida facultad respecto de asuntos de la competencia de otros órganos, así como de las Salas, pues por una parte, el artículo 107 de la Constitución, al establecer la facultad de atracción, respecto de los amparos directos en el último párrafo de la fracción V y en cuanto a los amparos en revisión en el segundo párrafo del inciso b) de la fracción VII, se refiere genéricamente a la Suprema Corte de Justicia en la que necesariamente se encuentra incluido el Pleno como su órgano supremo y, por la otra, resulta lógico inferir que si en la ley orgánica se refiere el ejercicio de la facultad de atracción a sus Salas, por mayoría de razón debe hacerse extensiva al Pleno."

El artículo 94, párrafo cuarto, de la Constitución, previene:

"La competencia de la Suprema Corte, su funcionamiento en Pleno y Salas, la competencia de los Tribunales de Circuito, de los Juzgados de Distrito y del Tribunal Electoral, así como las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se regirán por lo que dispongan las leyes, de conformidad con las bases que esta Constitución establece."

En el presente asunto el Pleno de la Suprema Corte debe cumplir con la facultad que le señala el artículo 107, fracción XIII, de la Constitución, en relación con los artículos 192 y 197-A de la Ley de Amparo. Dichas disposiciones establecen:

"Artículo 107. Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes: ...

XIII. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, el procurador general de la República, los mencionados tribunales o las partes que intervinieron en los juicios en que dichas tesis fueron sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, a fin de que el Pleno o la Sala respectiva, según corresponda, decidan la tesis que debe prevalecer como jurisprudencia ..

La resolución que pronuncien las Salas o el Pleno de la Suprema Corte en los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia y no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción."

Para fortuna de los que se beneficiaron con las Tesis que no le dieron validez a las cláusulas donde se capitalizaban los intereses, las mismas no pueden ser modificadas ya no tanto por lo que establece este artículo sino por el principio básico de la irretroactividad de la ley (y por ende de su interpretación).

"Artículo 192. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstos en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos, del trabajo, locales o federales ...

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados."

"Artículo 197-A. Cuando los Tribunales Colegiados de Circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, los Ministros de la Suprema Corte, el procurador general de la República, los mencionados tribunales o los Magistrados que los integren, o las partes que intervinieron en los juicios en que tales tesis hubieren sido sustentadas, podrán denunciar la contradicción ante la Suprema Corte de Justicia, la que decidirá cuál tesis debe prevalecer. El procurador general de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. La resolución que se dicte no afectará las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubieren dictado las sentencias contradictorias. La Suprema Corte deberá dictar la resolución dentro del término de tres meses y ordenar su publicación ...

Como se estableció en la Ejecutoria de la Suprema Corte:

“Consecuentemente, la contradicción de tesis no constituye un recurso de aclaración de sentencia ni de revisión, sino una forma o sistema de integración de jurisprudencia, cuya finalidad es preservar la unidad de interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional, decidiendo los criterios que deben prevalecer cuando existe oposición entre los que sustenten los mencionados órganos jurisdiccionales en torno a un mismo problema legal, sin que se afecten las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en los cuales se hubiesen emitido dicho criterio”.

De ahí la importancia de la resolución de la Contradicción de Tesis ya que la misma no dio pauta a divergencia de criterios posteriores, unificó los criterios que de ahí en adelante fueron los establecidos por los Ministros de la Corte.

3.2.3 El fallo a favor de la Capitalización de Intereses.

De la Contradicción de Tesis a la que se abocó la Corte se fijaron los siguientes temas a tratar.

I. Contrato de apertura de crédito adicional para cobertura de intereses ¿Constituye anatocismo?

II. Proyecto de viabilidad económica del acreditado en apertura de crédito con línea adicional para aplicación de intereses (imprevisión) ¿Es nula la cláusula por falta de proyecto de viabilidad económica?

III. Cláusula de crédito adicional para pago de intereses en un contrato de apertura de crédito ¿Constituye una transgresión a la prohibición de financiamiento para pago de pasivos?

IV. Apertura de crédito. Línea adicional de crédito al acreditado para pago de intereses ¿Existe falsedad ideológica para encubrir la capitalización de intereses? (simulación).

V. Contrato de apertura de crédito. Capitalización de intereses ¿Es aplicable supletoriamente el Código Civil, artículo 2397, a dichos contratos mercantiles?

VI. Cláusula adicional para pago de intereses vencidos ¿Las amortizaciones implican consentimiento y convalidan la nulidad pretendida?

VII. Cláusula de crédito adicional. La falta de aviso al banco acreditante sobre no disposición del crédito adicional, ¿implica aceptar la aplicación a pago de intereses?

VIII. Mora ¿Está condicionada al aviso del banco acreditante?

IX. Intereses ¿Ante la imprecisión de la tasa aplicable para su cuantificación debe estarse al tipo legal?

La portada de la Revista Proceso No. 1145 tuvo la siguiente leyenda:

“El Poder de la Banca el tremendo fallo de la Suprema Corte”

“Al declarar legal el cobro de intereses sobre intereses en los créditos bancarios, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), además de provocar la furia de las organizaciones de deudores, se convirtió en blanco de una serie de ataques provenientes de exministros, abogados y partidos de oposición”. (134)

Se reproducen a continuación los puntos resolutivos de la Contradicción de Tesis 31/98.

México, Distrito Federal. **Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación**, correspondiente al día siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

(134) “Con su fallo, la Suprema Corte se propone “permitir todo” a los bancos, tras disfrutar de intereses “congelados”. Agustín Ambríz. **PROCESO**. No. 1145. 11 de octubre de 1998. p.6.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

PRIMERO. No existe contradicción de tesis entre los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados de Circuito cuyos datos se precisan en el considerando cuarto de esta resolución, por los motivos en él expuestos.
(Resuelto por unanimidad de votos)

SEGUNDO. Sí existe contradicción de tesis entre los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados de Circuito en la República, en los términos que se precisan en los considerandos del quinto al décimo segundo de este fallo, por las razones en ellos expuestos.
(Resuelto por unanimidad de votos)

TERCERO. Deben prevalecer con carácter de jurisprudencia, los criterios sustentados por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en términos del considerando quinto, en las tesis cuyos rubros son:
(Se emitió Voto Particular)

A) "CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO."

B) "CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, PERO SÍ PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES."

C) "CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCES NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIEDAD DEL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS."

CUARTO. Debe prevalecer con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en términos del considerando sexto, en la tesis cuyo rubro es:
(Resuelto por unanimidad de votos)

"APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DE CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO."

QUINTO. Debe prevalecer con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en términos del considerando séptimo, en la tesis cuyo rubro es:

(Se emitió Voto Particular)

"VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO."

SEXTO. Deben prevalecer con carácter de jurisprudencia, los criterios sustentados por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en términos del considerando octavo, en las tesis cuyos rubros son:

(Mayoría de diez votos)

A) "APERTURA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO MERCANTIL. LEGISLACIÓN APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES."

B) "INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO SON DETERMINABLES. NO IMPRECISAS."

SÉPTIMO. Debe prevalecer con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en términos del considerando noveno, en la tesis cuyo rubro es:

(Resuelto por unanimidad de votos)

"APERTURA DE CRÉDITO. NO SON NULAS LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACIÓN DEL ACREDITADO, DE AVISAR CON ANTICIPACIÓN SI RECHAZA LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES."

OCTAVO. Deben prevalecer con carácter de jurisprudencia, los criterios sustentados por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en términos del considerando décimo, en las tesis cuyos rubros son:

(Resuelto por unanimidad de votos)

A) "APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. POR SÍ SOLA, NO CONSTITUYE SIMULACIÓN."

B) "APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILÍCITO DE INTERESES SOBRE INTERESES."

C) "APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA."

NOVENO. Deben prevalecer con carácter de jurisprudencia, los criterios sustentados por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en términos del considerando décimo primero, en las tesis cuyos rubros son:

(Se emitió Voto Particular)

A) "CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO)."

B) "CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO LA PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACIÓN DE LOS RÉDITOS, A CONDICIÓN DE QUE EXISTA ACUERDO EXPRESO."

DÉCIMO. Debe prevalecer con carácter de jurisprudencia, el criterio sustentado por este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en términos del considerando décimo segundo, en la tesis cuyo rubro es:

(Se emitió Voto Particular)

"APERTURA DE CRÉDITO. LAS AMORTIZACIONES REALIZADAS POR EL DEUDOR CONVALIDAN LA NULIDAD RELATIVA DE QUE PUDIERA ADOLESCER LA CLÁUSULA EN QUE SE PACTA UN CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES."

DÉCIMO PRIMERO. Remítanse de inmediato las tesis jurisprudenciales que se sustentan en la presente resolución a la Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis, para efecto de su publicación en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, así como a los Tribunales Colegiados de Circuito y Juzgados de Distrito.

(Resuelto por unanimidad de votos)

Notifíquese y cúmplase; con testimonio de esta resolución comuníquese a los Tribunales Colegiados sustentantes y en su oportunidad archívese el expediente como asunto concluido.

Así, lo resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno, por unanimidad de once votos se aprobaron los resolutivos primero, segundo, cuarto, séptimo, octavo y décimo primero, los señores Ministros Díaz Romero y Silva Meza formularon salvedades respecto de las consideraciones correspondientes a los resolutivos cuarto y séptimo; por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Sánchez Cordero y presidente Aguinaco Alemán se aprobó el resolutivo tercero; los señores Ministros Castro y Castro, Román Palacios y Silva Meza, votaron en contra y manifestaron que formularán voto de minoría, el señor Ministro Díaz Romero formuló salvedades respecto del considerando correspondiente, y los señores Ministros Castro y Castro, Román Palacios y Sánchez Cordero razonaron el sentido de su voto; por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero y presidente Aguinaco Alemán se aprobó el resolutivo quinto, los señores Ministros Castro y Castro, Díaz Romero y Silva Meza, votaron en contra y manifestaron que formularán voto de minoría; por mayoría de diez votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero, Silva Meza y presidente Aguinaco Alemán se aprobó el resolutivo sexto; el señor Ministro Castro y Castro votó en contra, y el señor Ministro

Díaz Romero formuló salvedades respecto del considerando correspondiente; por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Castro y Castro, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Sánchez Cordero y presidente Aguinaco Alemán se aprobó el resolutivo noveno; los señores **Ministros Román Palacios y Silva Meza votaron en contra y manifestaron que formularán voto de minoría**, y el señor Ministro Díaz Romero formuló salvedades respecto del considerando correspondiente; por mayoría de diez votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Castro y Castro, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero y presidente Aguinaco Alemán se aprobó el resolutivo décimo; el señor **Ministro Silva Meza votó en contra y manifestó que formulará voto particular**, y el señor Ministro Díaz Romero formuló salvedades respecto del considerando correspondiente.

Como se aprecia en la forma de votación de cada uno de los puntos resolutivos, ni los mismos Ministros se pudieron poner de acuerdo al momento de emitir el criterio que debía prevalecer, de ahí la importancia de los Votos Particulares que formularon los Ministros inconformes con la mayoría. (Mismos que serán analizados en el siguiente apartado).

De esta forma quedaron como se expresa a continuación los rubros de la Jurisprudencia emitida:

Novena Época

Instancia: Pleno

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Octubre de 1998

Tesis: P. LXIII/98

Página: 384

VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE BANCA MÚLTIPLE DE REALIZAR EL CITADO ESTUDIO. NO PUEDE SER RECLAMADA POR EL ACREDITADO EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO POR CARECER DE LEGITIMACIÓN ACTIVA.

Tesis: P. LXIV/98

Página: 383

INTERESES. TASAS DE REFERENCIA ALTERNATIVAS EN CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO (DISPOSICIONES APLICABLES).

Tesis: P. LXV/98

Página: 383

INTERESES EN CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO. LA INCLUSIÓN, ENTRE OTROS, DE UN ÍNDICE O REFERENTE ALTERNATIVO, CUYA CUANTIFICACIÓN DEPENDE PRIMORDIALMENTE DE LA VOLUNTAD UNILATERAL DEL BANCO ACREEDOR, ES CONTRARIO AL ARTÍCULO 1797 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.

Tesis: P. LXVI/98

Página: 381

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

Tesis: P. LXVII/98

Página: 382

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES DEVENGADOS. NO OCULTA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES.

Tesis: P. LXVIII/98

Página: 382

APERTURA DE CRÉDITO. ES VÁLIDA LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EXPRESAMENTE PACTADA EN DICHO CONTRATO.

Tesis: P./J. 48/98

Página: 372

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

Tesis: P./J. 49/98

Página: 375

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, PERO SÍ PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES.

Tesis: P./J. 50/98

Página: 371

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCES NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIEDAD DEL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.

Tesis: P./J. 51/98

Página: 369

APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DEL CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO.

Tesis: P./J. 52/98
Página: 378

VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.

Tesis: P./J. 53/98
Página: 370

APERTURA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO MERCANTIL. LEGISLACIÓN APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES.

Tesis: P./J. 54/98
Página: 378

INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO SON DETERMINABLES, NO IMPRECISAS.

Tesis: P./J. 55/98
Página: 368

APERTURA DE CRÉDITO. NO SON NULAS LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACIÓN DEL ACREDITADO, DE AVISAR CON ANTICIPACIÓN SI RECHAZA LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES

Tesis: P./J. 56/98
Página: 365

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO, POR SÍ SOLA, NO CONSTITUYE SIMULACIÓN.

Tesis: P./J. 57/98

Página: 5

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILÍCITO DE INTERESES SOBRE INTERESES.

Tesis: P./J. 58/98

Página: 366

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA.

Tesis: P./J. 59/98

Página: 376

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO).

Tesis: P./J. 60/98

Página: 374

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO DE COMERCIO LA PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACIÓN DE LOS RÉDITOS, A CONDICIÓN DE QUE EXISTA ACUERDO EXPRESO.

Tesis: P./J. 61/98

Página: 367

APERTURA DE CRÉDITO. LAS AMORTIZACIONES REALIZADAS POR EL DEUDOR CONVALIDAN LA NULIDAD RELATIVA DE QUE PUDIERA ADOLESCER LA CLÁUSULA EN QUE SE PACTA UN CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES.

De las Tesis de Jurisprudencia cuyos títulos ya se indicaron se entrará al estudio de las que tienen relación con el Contrato de Apertura de Crédito Adicional o Refinanciamiento a fin de precisar la postura establecida por lo Ministros respecto a este tema.

Las Tesis se mencionarán en el orden que aparece en el Número de Registro.

No. de Registro: 195, 329

Tesis: 59/98.

CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO). La naturaleza y los fines del contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses son diversos a los de la capitalización de intereses, y no deben confundirse. En efecto, la capitalización de intereses implica la acción de agregar al capital originario de un préstamo o crédito los intereses devengados, vencidos y no pagados, para computar sobre la suma resultante réditos ulteriores. Esa capitalización no se presenta en el convenio celebrado entre las partes en un contrato de apertura de crédito a fin de que el acreditado disponga de un crédito adicional para cubrir intereses devengados en otro crédito distinto. Entre la capitalización de intereses y el contrato de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento), existen sustanciales diferencias. La capitalización a que se refiere el artículo 363 del Código de Comercio, supone la existencia de un contrato de préstamo mercantil, sobre la base de intereses vencidos y no pagados. En cambio, en el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento), llegado el momento de vencimiento de pago de intereses devengados por otro crédito, el deudor se ve en situación de pagar al acreedor las sumas en cuestión, lo cual podrá hacer con recursos propios o con los recursos de que pueda disponer por virtud de dicho contrato. Por otra parte, mientras que los intereses, por regla general, siguen la suerte de la obligación principal, el refinanciamiento se logra a través de un contrato de apertura de crédito diverso al originalmente pactado, con el destino específico de pagar total o parcialmente los intereses vencidos. Además, en el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento) el acreditante asume la obligación de poner a disposición del acreditado una suma de dinero (obligación de hacer), a fin de que no incurra en el incumplimiento de pago de otro crédito, y el acreditado asume la obligación de pagar intereses sobre las sumas dispuestas (obligación de dar). Corroborar lo anterior, la circunstancia de que el referido contrato se puede celebrar en el mismo instrumento en que consta el diverso jurídico, o en otro, y con el primer acreditante o con uno diferente.

La conclusión obtenida no se desvirtúa por el hecho de que en algunos casos se observe que en los contratos de apertura de crédito las partes convengan la capitalización de intereses e invoquen para ello el artículo 363 del Código de Comercio, toda vez que, aun cuando es innegable que en esta hipótesis sí existe pacto de capitalización de intereses, la misma deriva del convenio expreso de las partes en ese sentido, que se celebra con fundamento en el artículo 78 del Código de Comercio, y en razón de que en esa materia los contratantes gozan de plena libertad para acordar lo que les convenga, con la limitante, desde luego, de que no se contravengan disposiciones de orden público.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Para los Ministros que votaron a favor de esta Tesis, la capitalización de intereses y el refinanciamiento no son lo mismo, aunque como ya se estudió al momento de revisar las cláusulas de los Contratos donde se establece la segunda figuras, al momento de disponer de la cantidad del crédito adicional para el pago de intereses esta se suma al capital y no se hace mención expresa de algún pacto de capitalización de intereses basado en el artículo 363 del Código de Comercio.

Otro razonamiento es el que mientras los intereses siguen la suerte principal el refinanciamiento se puede pactar con acreditante distinto al original, pero en este caso dónde quedan las sanas prácticas bancarias al momento de conceder créditos para el pago de pasivos exclusivamente sin depender de un crédito principal como sucedería si se pactara dicho crédito con la misma Institución.

No. de Registro: 195, 330
Tesis: 58/98

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA. En la tesis publicada en el Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Cuarta Parte, Tomo 163-168, página 117, la anterior Tercera Sala de esta Suprema Corte ha establecido, con base en el artículo 8o., fracción VI, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que existe falsedad ideológica o subjetiva cuando en un título de crédito las partes hacen constar en él, algo que en realidad no sucedió.

Este criterio, sin embargo, no es aplicable a los contratos de apertura de crédito adicional que las personas celebran con un banco para que éste ponga a su disposición el crédito necesario para cubrir los intereses causados derivados de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto; la inaplicación deriva no sólo del hecho de que la apertura de crédito es una figura jurídica distinta de un título de crédito, sino también y fundamentalmente, de que en aquel contrato las partes hicieron constar lo que sucedió en la realidad y que, en su oportunidad, tuvo plena y válida ejecución, sin que sea obstáculo para esta conclusión el hecho de que no se haya entregado materialmente al acreditado el dinero para pagar los intereses, sino que solamente se hayan efectuado asientos contables por el acreditante, ya que aquél recibió, de igual manera, el beneficio de ver pagados los intereses a su cargo, además de que siendo el contrato de naturaleza consensual, no requiere para su perfeccionamiento de la entrega del dinero, y de que el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito permite esta clase de asientos y les da, en su caso, efectos liberatorios.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Si como ya se precisó al analizar las cláusulas del contrato de crédito adicional, el mismo no depende para su perfeccionamiento del hecho de que se entregue materialmente el dinero que "se pone a disposición del acreditado", y tanto en el contrato de apertura de crédito adicional donde al momento de aplicarse la cantidad al pago de intereses se suma a la suerte principal para generar nuevos intereses, en el caso del refinanciamiento se aplica y a su vez se generan intereses del crédito otorgado para el pago de intereses, entonces que necesidad hay de la existencia de esta figura si de todas formas acaba siendo una capitalización de intereses, para qué usar este intermediario que de todas formas surte los mismos efectos que la capitalización.

No. de Registro: 195. 331
Tesis: 57/98.

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILÍCITO DE INTERESES SOBRE INTERESES. Esta Suprema Corte, interpretando los

artículos 2o. y 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con la Ley del Banco de México que resulta aplicable por la remisión que hace el artículo 6o. de la Ley de Instituciones de Crédito, ha establecido que en los contratos de apertura de crédito puede, válidamente, pactarse la capitalización de intereses. Por lo tanto, no cabe admitir la objeción de que los contratos de apertura de crédito adicional para disponer del crédito necesario para pagar los intereses causados con motivo de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto, encubra la capitalización de intereses o un pacto de pagar intereses sobre intereses, en virtud de que el pretendido engaño que invoca el acreditado parte, necesariamente, del supuesto de que estos actos son ilícitos, cuando lo cierto es que no lo son dentro del contrato de apertura de crédito y que, por ello, no es dable aceptar la intención dolosa de la institución bancaria. Esta conclusión se pone de manifiesto con mayor claridad, si se tiene en cuenta que el contrato de apertura de crédito para solventar intereses, puede ser convenido con el mismo banco con el que se pactó la obligación primaria, pero en instrumento distinto, o bien, con otro banco, hipótesis en las que se evidencia que ni siquiera puede existir, materialmente, capitalización de intereses.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Del criterio antes emitido cabe hacer las siguientes reflexiones, si bien es cierto la capitalización de intereses no es un hecho ilícito en los contratos de apertura de crédito, por qué se manejan bajo el nombre de refinanciamiento o contrato de apertura de crédito adicional y no con el que evidencia su verdadera naturaleza.

Por otra parte, efectivamente si se contrata con otro banco el crédito adicional materialmente no existe la capitalización de intereses pero en este supuesto lo criticable no es la existencia que pudiera haber de dicha capitalización, sino la violación flagrante a las sanas prácticas bancarias al otorgar créditos para el pago de pasivos cuando se tiene la presunción de insolvencia del acreditado que solicita este tipo de créditos.

Se menciona también que cuando el crédito adicional se celebra con la misma Institución este se puede hacer en instrumento distinto aunque en los contratos estudiados generalmente se conviene insertándose en una cláusula del propio contrato principal.

No. de Registro: 195, 332
Tesis: 56/98

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. POR SÍ SOLA, NO CONSTITUYE SIMULACIÓN. De acuerdo con el artículo 2180 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal "Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas.", y del artículo 2183 del mismo ordenamiento se infiere que, con el acto simulado, las partes tienen la intención de causar perjuicio a un tercero o de transgredir la ley. Estas consideraciones permiten comprender que en el contrato de apertura de crédito adicional que celebra una persona con un banco con objeto de disponer del crédito necesario para cubrir los intereses devengados con motivo de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto, no adolece de simulación, en primer lugar, porque no se ve que haya ningún tercero que pueda resultar perjudicado ni, obviamente, la dañada intención de los contratantes en este sentido y, en segundo lugar, porque no puede haber transgresión a la ley, porque estando configurada la apertura de crédito en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como un contrato mediante el cual el acreditante se obliga a poner una suma de dinero - entre otras posibles obligaciones- a disposición del acreditado, para que éste haga uso del crédito "en la forma y en los términos y condiciones convenidos", debe admitirse que no está vedada la convención que permita disponer de dicho crédito para el eventual pago de intereses; y si, por otra parte, coincide la realidad de los hechos con el pacto jurídico, del que aparece que el acreditado se obligó a efectuar pagos parciales con intereses, debe concluirse que en esos términos, la sola celebración del contrato de apertura de crédito adicional no adolece de simulación.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito y otros y el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Después de revisar lo antes señalado volvemos a la pregunta que nos hemos estado haciendo al revisar las Tesis referentes a la simulación, si no existe tal por qué se pretende llamar a la figura de capitalización de intereses con nombres diversos.

No. de Registro: 195, 333.

Tesis: 55/98.

APERTURA DE CRÉDITO. NO SON NULAS LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACIÓN DEL ACREDITADO, DE AVISAR CON ANTICIPACIÓN SI RECHAZA LA DISPOSICIÓN DEL CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES. De conformidad con lo dispuesto por los artículos 78 del Código de Comercio y 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, si se celebra un contrato de apertura de crédito conviniéndose que el acreditado pueda disponer del crédito para pago de intereses generados por otra obligación y, a la vez, se obliga a restituir la suma dispuesta y a pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen, de acuerdo con el principio de que en este tipo de actos mercantiles rige la voluntad contractual, no son nulas las cláusulas que contengan la obligación del acreditado de dar aviso al banco con anticipación respecto de que no va a disponer del referido crédito adicional, en virtud de que, en la hipótesis examinada, al momento de firmar el convenio dicho acreditado otorga su consentimiento para que el acreditante aplique su importe para el fin convenido. Además, el que el acreditado desconozca el monto de los réditos que se van a generar en el periodo mensual respectivo, ello no impide que pueda dar el aviso multicitado, ni trae como consecuencia la nulidad de la cláusula relativa, toda vez que, por un lado, tiene como antecedente el pago realizado por el mes anterior, que obviamente constituye una referencia de aproximación a la cantidad que está obligado a liquidar el mes siguiente, y por otro, no es presupuesto de validez del pacto el que deba conocer con exactitud el monto de la obligación, ya que basta con que exista una previsión económica de su parte para que pueda ejercitar la opción de disponer del crédito adicional condicionado al aviso previo.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

La falta del aviso con una antelación treinta días a la Institución de Crédito para que no aplique el crédito adicional trae como consecuencia la aplicación del mismo, sin importar que el Acreditado desconozca el monto de la obligación a cubrir.

Es interesante la postura de los Ministros quienes pareciera que salieron del país durante todo el año del 95 y no se dieron cuenta de la grave crisis económica que

se vivió en México. Con base en los Indicadores Económicos del año ya señalado es notorio que ni el más experto contador podría prever los aumentos a los porcentajes ya no se diga de un semestre a otro sino de mes a mes que se dieron durante ese año, es más los aumentos fueron tan excesivos que efectivamente el Acreditado no pudo pagar ni los intereses que se fijaron en esa época.

Es absurdo argumentar que el Deudor tienen como antecedente el pago anterior que "obviamente constituye una referencia de aproximación a la cantidad que está obligado a liquidar el mes siguiente", da la impresión que los Ministros vieron las tasas de interés de países como Estados Unidos de Norteamérica o de Londres, donde efectivamente las tasas no varían sustancialmente en un mes e incluso tienden a bajar, pero ¡por favor, estamos en el Tercer Mundo!, qué parámetros se deben establecer en estos casos.

Por otro lado pareciera que vivimos en el país donde se aplica la "Ley de Heródes", si no se avisa se aplica el crédito adicional cuando debiera ser al revés, que el aviso sea para su aplicación y no para que se abstengan de hacerlo.*

No. de Registro: 195, 336

Tesis: 52/98.

VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO. El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que éstas tienen la obligación de que, previo al otorgamiento de financiamientos, realicen el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos. sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias.

* Situación similar ocurre con la Ley de Donación de Órganos, que no se nos ocurra morir sin decir que no queremos que se donen nuestros órganos, cuando debiera ser al contrario y para colmo aún no se fija de manera precisa la forma de poder negarnos a su aplicación.

Asimismo, el citado precepto señala que los montos, plazos, regímenes de amortización y, en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados. Además, el mencionado dispositivo prevé que la Comisión Nacional Bancaria vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el citado artículo. Estos requisitos tienen como finalidad buscar la seguridad de las operaciones, previendo la viabilidad del crédito que se otorgue, a efecto de que se obtenga su recuperación en los términos y condiciones que fije la política bancaria y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones. Ahora bien, a la Comisión Nacional Bancaria corresponde la vigilancia del cumplimiento de la mencionada obligación, entidad a la que los artículos 108, 109 y 110 de la citada ley le conceden facultades sancionadoras de carácter administrativo e, incluso el artículo 112 del cuerpo legal en cita, considera como delictivas algunas de las conductas irregulares en el otorgamiento de los financiamientos; sin embargo, el incumplimiento de la obligación de mérito de ninguna manera incide en los elementos fundamentales del contrato de apertura de crédito, como son el objeto y el consentimiento, traducidos, el primero, en que se ponga a disposición del acreditado una suma de dinero, o se obligue el acreditante a contraer por cuenta del acreditado una obligación, la cual debe restituir a este último en los términos y condiciones pactados y, el segundo, en el acuerdo coincidente de voluntades sobre este objeto, por lo que carece de trascendencia para la validez del acto jurídico la omisión del indicado estudio. Además, en cualquier caso esa situación perjudicaría a la institución de crédito y no así al deudor, ya que la primera es quien sufriría el perjuicio por no recuperar el dinero prestado sin prever la situación económica, solvencia y capacidad de pago del segundo, en cambio, éste de todos modos recibió el beneficio del crédito. Por tanto, no existe razón jurídica alguna para que la omisión de la realización del estudio de viabilidad económica del proyecto respectivo dé lugar a declarar la nulidad del contrato de apertura de crédito.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Octavo en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Aquí, afortunadamente, existen votos discrepantes de esta postura. Es preocupante que no obstante haber copiado lo que establece el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito donde con toda oportunidad se señalan las obligaciones que tienen las Instituciones de Crédito al momento de otorgar sus créditos y de

manera fundamental el estudio de viabilidad económica del proyecto del cual depende la certeza de su recuperación, los Ministros afirman que su “omisión” que más bien es una violación no tendrá como consecuencia la nulidad del contrato.

Lo que es lamentable es que los Ministros analizan los elementos de existencia del contrato para acentuar la intrascendencia de dicho estudio dentro del contrato de apertura de crédito y se olvidan de los elementos de validez del mismo.

Hay que mencionar que la propia Corte estableció en su ejecutoria que el Contrato de Apertura de Crédito estaba debidamente reglamentado por la legislación bancaria y por lo mismo no cabía la posibilidad de la supletoriedad del Código Civil y el de Comercio en ciertos aspectos, entonces por qué deja de lado una disposición expresa que es directamente aplicable al caso que nos ocupa como el artículo ya citado.

Lo que es de fábula es la mención de que “esa situación perjudicaría a la institución de crédito y no así al deudor, ya que la primera es quien sufriría el perjuicio por no recuperar el dinero prestado sin prever la situación económica, solvencia y capacidad de pago del segundo, en cambio, éste de todos modos recibió el beneficio del crédito”. Volvemos a lo mismo en qué país vivieron los Ministros los tres años anteriores a su resolución.

Si se llegó a la Contradicción fue precisamente por la serie de juicios que iniciaron los Bancos contra los deudores que constituyeron una cartera vencida exorbitante, la irresponsabilidad con la que se dieron los créditos dio como resultado la imposibilidad de recuperar los créditos.

El Gobierno lejos de proceder de manera equitativa como lo prometiera el presidente Zedillo, procedió a proteger a las Instituciones de Crédito quienes en buena parte son corresponsables de las consecuencias de la crisis económica, figuras como FOBAPROA e IPAB pasarán a la historia por su justo valor en base a lo que en realidad significaron.

Que no nos vengan los Ministros con que los Bancos serán los perjudicados al no aplicar los estudios que la ley les exige, cuando la realidad del país nos muestra la gran fuerza e influencia política que tienen estas Instituciones que dieron como resultado este tipo de Tesis carentes de todo fundamento jurídico.

Efectivamente no “existe razón jurídica alguna para que la omisión de la realización del estudio de viabilidad económica del proyecto respectivo dé lugar a declarar la nulidad del contrato de apertura de crédito”. Lo que si existen son razones económica y políticas que motivan este tipo de determinaciones, carentes de todo sustento, más que el de que en México los Bancos legislan a su conveniencia y si no les funciona también intervienen en la interpretación de las leyes siempre en su beneficio.

No. de Registro 195, 337
Tesis: 51/98.

APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MÚLTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTÁ REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DEL CRÉDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CRÉDITO. Cuando en la celebración de un contrato de apertura de crédito, las partes convienen a la vez un crédito adicional que permita al acreditado, de serle necesario, cubrir el importe de los intereses a su cargo. evidentemente se está en

presencia de un crédito para el pago de pasivos, operación que se encontraba prohibida por el artículo 8o., inciso b), del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito; sin embargo, tal disposición no resulta aplicable a la hipótesis examinada, en virtud de que, por una parte, en el propio artículo se restringió su aplicación exclusivamente a las instituciones que actualmente se conocen como banca de desarrollo, y a las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, por lo que tal precepto nunca fue aplicable a la banca comercial, conocida actualmente como banca múltiple. Asimismo, debe resaltarse que el artículo 46, fracción VI, de la Ley de Instituciones de Crédito, faculta a dichas instituciones para otorgar préstamos o créditos, y el artículo 106 de la propia ley que establece cuáles son las actividades prohibidas a tales instituciones, no contempla la prohibición de referencia.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Lo importante de este antecedente legislativo es la cuestión de la prohibición expresa del otorgamiento de créditos para el pago de pasivos, las disposiciones legales no se expiden a capricho (salvo las que se están estudiando), tienen una razón de ser que la mayoría de las veces son para prever situaciones de inseguridad en el cumplimiento de las obligaciones.

Efectivamente la legislación mencionada no es aplicable al caso que se estudiaba, por otra parte tenemos lo que ya se señaló respecto a la contradicción de tesis en el sentido de que la misma se puede resolver con un tercer criterio que no da la razón a ninguna de las posturas que la motivaron.

No. de Registro: 195, 341
Tesis: LXVIII/98.

APERTURA DE CRÉDITO. ES VÁLIDA LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EXPRESAMENTE PACTADA EN DICHO CONTRATO. Cuando en un contrato de apertura de crédito para la cobertura de intereses, las partes convienen en capitalizar los intereses, adoptando como cláusula contractual el artículo 363 del Código de Comercio, ese acuerdo es eficaz dado que en esa materia los contratantes gozan de plena libertad para acordar lo que a sus intereses convenga, con la limitante de que no se contravengan disposiciones de orden público en esa materia.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Como ya se señaló en el punto 2.3.8 de la Supremacía del Interés Público sobre la Libertad Contractual: “La Ley de Instituciones de Crédito es una Ley de Interés Público, como lo reconocen en su Ejecutoria de la Contradicción de Tesis, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ser reglamentaria de los artículo 26 y 28 de la Constitución Política de nuestro país.

En este orden de ideas, no queda al arbitrio de los particulares el modificar normas que atañen al Interés Público, aunque las mismas sean realizadas por una Institución de Crédito. Y siendo que la Constitución ordena que sólo el Banco de México determine las tasas de intereses, el Banco Central no puede delegar esa facultad en los particulares. de lo contrario modificaría el mandato constitucional.”

Si los Ministros establecen como limitante al pacto de la Capitalización de Intereses el que se respete el Orden Público se están contradiciendo ellos mismos, luego entonces, en qué quedamos.

No. de Registro: 195. 342
Tesis: LXVII/98.

APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES DEVENGADOS. NO OCULTA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. El contrato de apertura de crédito para la cobertura de intereses es un acto verdadero, permitido por la ley, cuya naturaleza y finalidad es diversa a la capitalización de intereses, por lo que aquél no es un medio de encubrir a ésta.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Por supuesto que no se oculta la capitalización de intereses con el crédito adicional, lo evidente no es necesario ocultarlo, si ambas figuras producen los mismos efectos para qué llamarlas de manera distinta.

No. de Registro 195, 343

Tesis: LXVI/98.

ANATOCISMO. DICHO VOCABLO NO SE ENCUENTRA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. Del análisis de las disposiciones que integran el sistema jurídico mexicano, en especial del Código Civil y del de Comercio, así como de las Leyes de Instituciones de Crédito y de Títulos y Operaciones de Crédito, relativas a los contratos civiles, mercantiles y bancarios, se advierte que en ninguna parte hacen referencia expresa al anatocismo, vocablo que queda comprendido en el campo de la doctrina. El artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ubicado en el título quinto "Del mutuo", capítulo II, "Del mutuo con interés", establece que "Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.". El artículo 363 del Código de Comercio, en el título quinto, capítulo primero, denominado "Del préstamo mercantil en general", previene que "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses" y, añade, que "Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos". Finalmente, las leyes citadas en último término, que regulan los contratos bancarios, no tienen ninguna disposición en ese sentido. Por tanto, de acuerdo con el derecho positivo mexicano, no cabe hablar de anatocismo sino de "intereses sobre intereses", prohibido por ambos preceptos, y de "capitalización de intereses", expresamente autorizada a condición de que sea pactado entre las partes, en el primer precepto, con posterioridad a que los intereses se causen; y, en el segundo, sin hacer manifestación en cuanto a la temporalidad de ese convenio.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de nueve votos. Disidentes: Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

¡Se descubrió el hilo negro de la legislación en México!; ocuparon su "valioso" tiempo en buscar la existencia expresa de la palabra Anatocismo en todas las legislaciones del país, ¡vaya labor titánica!. Todo para quedar en que ya no debemos mencionar la palabra "Anatocismo" sino "Intereses sobre Intereses" que al fin y al cabo son lo mismo.

Esta es la tesis más importante que se ha dictado en toda la historia de la Suprema Corte, sin menoscabo, claro esta, del informe rendido en el caso de Aguas Blancas.*

No. de Registro 195, 346

Tesis: LXIII/98.

VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CRÉDITO DE BANCA MÚLTIPLE DE REALIZAR EL CITADO ESTUDIO, NO PUEDE SER RECLAMADA POR EL ACREDITADO EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO POR CARECER DE LEGITIMACIÓN ACTIVA. La obligación contenida en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, consistente en que, previo al otorgamiento de financiamientos, las instituciones de crédito realicen el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, busca la seguridad de las operaciones, previendo la viabilidad del crédito que se otorgue, a efecto de que se obtenga su recuperación en los términos y condiciones que fije la política bancaria y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones, protegiendo a éstas de posibles incumplimientos que redunden en perjuicio a su patrimonio, es decir, que la omisión de la obligación señalada perjudicaría a la institución de crédito y no así al acreditado, ya que la primera es quien resentiría el perjuicio por no recuperar el dinero prestado sin prever la situación económica, solvencia y capacidad de pago del deudor. Por lo consiguiente, el acreditado carece de legitimación activa.

Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Séptimo y Octavo en Materia Civil del Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y otros. 7 de octubre de 1998. Mayoría de ocho votos. Disidentes: Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero y Juan N. Silva Meza. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.

Es interesante la postura de la Corte respecto a quitarle el interés jurídico a los Deudores ante la omisión de las Instituciones de Crédito de realizar los proyectos de Inversión, en virtud de que los únicos perjudicados en este caso serían los Acreditantes y no así lo Acreditados en el Contrato de Apertura de Crédito.

* Nótese el grado de ironía.

El hecho de que la omisión irresponsable de la Instituciones de Crédito de hacer los estudios sobre la viabilidad económica al momento de celebrar los contratos de apertura de crédito tenga como consecuencia el que no se puedan recuperar los créditos, no sólo merece dicho perjuicios sino además se debe aplicar una sanción por la violación de lo que señala la Ley de Instituciones de Crédito.

Al momento de darse la crisis económica se aplicaron los créditos adicionales ante la ausencia de recursos por parte de los acreditados que les permitiera poder pagar ni siquiera los intereses que se aumentaron en el año del 95, se llegó al extremo que los bienes con los que se garantizaba la obligación sólo alcanzaban a cubrir la décima parte del total del adeudo que se multiplicó sin que hubiera límite al respecto ¿El temor fundado de perder un patrimonio completo por las negligencias de la Instituciones de Crédito les da legitimación en el proceso a los deudores?

Por otro lado en la Ejecutoria los Ministros precisaron que el estudio a que hacemos referencia no era elemento de validez en el contrato y que el estudio que se hiciera en el contrato de Apertura de Crédito Principal sería igualmente válido para el de Crédito Adicional, sin tomar en consideración que son dos supuestos distintos: no es lo mismo solicitar un crédito para adquirir algún bien, que solicitarlo para cubrir los intereses de un crédito principal que no se pueden cubrir con recursos propios.

Cómo puede ser aplicable en ambos casos cuando son situaciones totalmente distintas, no es lo mismos solicitar un crédito para adquirir algún bien, que pedirlo para pagar los intereses que se generan por un crédito que se obtuvo para adquirirlo. En el segundo caso esta la presunción de insolvencia del Acreditado para poder cubrir con sus propios recursos un crédito principal.

Si estamos en el entendido que el mismo estudio puede ser aplicado tanto en el contrato principal como en adicional, dónde queda el supuesto de que se celebre con Institución de Crédito distinta; además, qué Banco, respetando las sanas prácticas bancarias y previendo el cumplimiento de sus obligaciones va a otorgar un crédito para el pago de pasivos, sino puede pagar un crédito principal cómo va a poder pagar uno adicional.

Es de mencionarse que el sistema económico del refinanciamiento estaba previsto para aplicarse en una economía estable que “maquilló” muy bien el entonces Presidente Salinas, efectivamente un crédito adicional funciona perfectamente ante tasas de interés como la de Estados Unidos donde el Acreditado puede planear sus pagos sin verse sorprendido. Nadie esperaba la crisis que se vendría a escasos veinte días de gobierno de Zedillo.

Si se aplicaran políticas equitativas para el cumplimiento de las obligaciones ante situaciones “imprevisibles” como la que se presentó en nuestro país desde finales de 94 que llegó a ser insoportable durante todo 1995, estaríamos en el entendido de que nadie esta obligado a lo imposible y cuando una contraprestación se vuelve tan onerosa que no se puede cumplir en esas condiciones es válido que prevalezca el “*rebus sic stantibus*” sobre el “*pacta sunt servanda*”. Siempre con el ánimo de proteger a las partes en el contrato.

3.2.4 El Voto Particular.

La resolución de la Contradicción de Tesis fue tan controvertida que ni los mismos Ministros lograron unificar criterios por consiguiente se emitieron diversos votos particulares, nunca es conveniente esconderse tras las Instituciones, se hará mención de los nombres de los Ministros que aprobaron o emitieron su voto particular respecto a los resolutivos de la citada Contradicción:

Por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Sánchez Cordero y presidente Aguinaco Alemán se aprobó el resolutivo tercero; los señores **Ministros Castro y Castro, Román Palacios y Silva Meza, votaron en contra y manifestaron que formularán voto de minoría**, el señor Ministro Díaz Romero formuló salvedades respecto del considerando correspondiente, y los señores Ministros Castro y Castro, Román Palacios y Sánchez Cordero razonaron el sentido de su voto.

Por mayoría de ocho votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero y presidente Aguinaco Alemán se aprobó el resolutivo quinto, los señores **Ministros Castro y Castro, Díaz Romero y Silva Meza, votaron en contra y manifestaron que formularán voto de minoría**;

Por mayoría de diez votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero, Silva Meza y presidente Aguinaco Alemán se aprobó el resolutivo sexto; el señor Ministro Castro y Castro votó en contra, y el señor Ministro Díaz Romero formuló salvedades respecto del considerando correspondiente.

Por mayoría de nueve votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Castro y Castro, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudiño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Sánchez Cordero y presidente Aguinaco Alemán se aprobó el resolutivo noveno; los señores **Ministros Román Palacios y Silva Meza votaron en contra y manifestaron que formularán voto de minoría**, y el señor Ministro Díaz Romero formuló salvedades respecto del considerando correspondiente;

Por mayoría de diez votos de los señores Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón, Castro y Castro, Díaz Romero, Góngora Pimentel, Gudíño Pelayo, Ortiz Mayagoitia, Román Palacios, Sánchez Cordero y presidente Aguinaco Alemán se aprobó el **resolutivo décimo**; el señor Ministro Silva Meza votó en contra y manifestó que formulará voto particular, y el señor Ministro Díaz Romero formuló salvedades respecto del considerando correspondiente.

Se procederá a continuación a hacer un somero recorrido sobre los argumentos vertido en los votos particulares por los Ministros ya mencionados haciendo hincapié en lo referente al Principio de Equidad dentro de los razonamientos divergentes.

A) Análisis del Principio de Equidad.

Voto minoritario de los Ministros Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza.

Tema I

CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO. CAPITALIZACIÓN DE INTERESES ¿ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE EL CÓDIGO CIVIL, ARTÍCULO 2397, A DICHOS CONTRATOS MERCANTILES?

Respecto a este tema se hará mención del por qué de su inconformidad y los motivos por los cuales consideran que si es aplicable supletoriamente el Código Civil.

Nos permitimos discrepar del criterio sustentado en el proyecto, en torno al tema que se analiza.

Pues bien, la supletoriedad de una ley implica un principio de economía e integración legislativas, para evitar la reiteración (principio de economía) o bien para integrar una clara omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes distintas a la que se interpreta.

Esa labor integradora de la ley lleva necesariamente a analizar la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, no de manera aislada en la que si así se hiciera sólo se encontraría lógicamente, ausencia de regulación ¿o supresión, cómo se interpreta? de capitalización de intereses o de interés sobre interés, sino de manera lógica y sistemática, con la ley general que originalmente reguló su materia, esto es el Código de Comercio. Recordemos que el mecanismo de supletoriedad se observa respecto de leyes de contenido especializado en relación a leyes de contenido general.

Concretando:

Nuestra objeción radica en no admitir lisa y llanamente que, se trata de un sistema de supletoriedad "cerrado", donde las omisiones, lagunas, restricciones o prohibiciones, en materia de intereses no están reguladas expresamente y esta materia se deja a la libre voluntad de las partes, que debe tener como límite el interés público y la técnica jurídica.

Nosotros decimos ¡sí! Es diverso del préstamo, pero sigue siendo acto de comercio; tiene finalidades específicas ¡sí!, pero sigue manteniendo una relación acreedor-deudor, que debe tener equilibrio y normas que lo propicien y, en su caso, cuando se rompa lo remedien.

Al existir una parte fuerte y una débil en los contratos de apertura de crédito, deben existir un mínimo de normas que protejan esta relación.

En el tema de intereses hay total libertad para estipularlos, se dice ¿cómo?, como sea; como las partes lo decidan; antes, después; sumándose al capital; sin sumar; generando interés compuesto; tocar las puertas de la usura; como sea "es un sistema normativo cerrado", todo lo que no está regulado constituye un acto de supresión del legislador; éste no quiso que para el "préstamo" bancario existieran normas protectoras del deudor, se dice, hay una libertad total para el primero en materia de intereses, pues así se ha querido interpretar ahora en las tesis propuestas, dando a la voluntad de las partes un alcance que otorga a la libertad contractual una magnitud que en esta materia rebasa al interés social, al público y a la propia técnica jurídica.

Es absurdo pretender dar a la libertad contractual un alcance tal que ponga en riesgo el interés social y público al estipularse intereses impagables que ponen en riesgo el patrimonio de millones de familias, situación que como reacción en cadena repercutirá en todos los sectores de la Nación.

Sobre este aspecto, debemos admitir que bajo este esquema de interpretación que se propone se permitiría todo, lo que fuera, aun lo considerado ilícito en otros contratos, aun jurídicamente emparentados. Nosotros creemos que no es la interpretación jurídicamente correcta y lo tratamos de demostrar.

Uno de los límites que fijó el legislador a los actos de comercio para salvaguardar el interés público, se encuentra precisamente en lo que dispone el artículo 363 del Código de Comercio que establece que:

"Art. 363. Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos."

Dicho precepto contiene una restricción, es decir, contiene una prohibición, contra la que no puede ir la voluntad de las partes en cualquier acto de comercio, so pena de considerarse ilícito el pacto, sin que de dicha disposición, ni de lo que establece el artículo 77 del Código de Comercio se advierta que dicha prohibición discrimine o excluya de su aplicación a determinados actos de comercio, como lo es el contrato de apertura de crédito.

Las leyes prohibitivas son el medio que utiliza el legislador para fijar los límites a la voluntad de los individuos; y, según la importancia del interés que pretende proteger, varía la intensidad de su sanción, contra el acto ilícito; así, esta ley que es impulsada por un interés general de orden público asume un carácter rígido e inflexible; imponiendo la nulidad de los actos cuando la transgresión a los límites legales es considerada sumamente lesiva.

Quando existe una parte débil que al verse orillado por la necesidad a aceptar cualquier tipo de estipulación que se le proponga es cuando entra el Estado que por medio de sus leyes protege y restringe la voluntad de los particulares con miras a la preservación del interés general. Nadie debe estar por encima de la ley aunque sean Instituciones de Crédito, sin restarles la importancia que tienen en el desarrollo económico de cualquier país esto no les permite caer en prácticas viciosas que a la postre perjudicará tanto a los Acreditados como a los Acreditantes.

Por todo lo anterior, estamos en contra del criterio sostenido en esta tesis, sobre todo porque insistimos, de aceptarse, no habrá limitación alguna para la regulación del tema cobro de interés sobre interés, capitalización ilícita de intereses pues al considerarse suprimida esa regulación, como se propone interpretar y dejarse a la libre voluntad de las partes, podría pensarse que se estableció una zona libre jurídica para unos actos de comercio. los contratos de apertura de crédito y, desde ese punto de vista, entonces, tal vez, los demás temas de contradicción deberían declararse sin materia.

Por esto, señores, no compartimos todos los criterios y tesis propuestas para este primer punto.

Como ya se detalló en el voto antes citado hay valores y principios fundamentales que deben prevalecer sobre cualquier pacto y entre ellos se encuentra el de Equidad, no se debe pactar por medio de contratos de apertura de crédito adicional que encubren la capitalización de intereses, situaciones que llegado el momento de su cumplimiento sólo traerán ventajas para una de las partes dejando en situación precaria a la parte débil de la relación jurídica.

Voto minoritario de los Ministros Juventino V. Castro y Castro, Juan N. Silva Meza y Juan Díaz Romero, en relación con el tema relativo a sí:

LA OMISIÓN DEL ESTUDIO DE LA VIABILIDAD ECONÓMICA EN LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN Y EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL, PRODUCE O NO, LA NULIDAD DE ÉSTOS, cuyo estudio se encuentra en el considerando séptimo de la resolución aprobada por la mayoría, en la contradicción de tesis 31/98.

El siguiente voto a analizar es uno de los más importantes debido a que aquí se entra de lleno al estudio del Principio de Equidad que se encuentra contenido dentro de la Teoría de la Imprevisión.

Los suscritos disintimos del criterio mayoritario, básicamente, porque omite aplicar, para dilucidar el problema, la teoría de la imprevisión, cuya invocación es indispensable en casos como los que analizaron los Tribunales Colegiados de Circuito, por las razones que a continuación se exponen.

Para que se dé la hipótesis de la imprevisión se requieren los siguientes elementos:

I. Que se trate de obligaciones de tracto sucesivo o diferidas en su cumplimiento (no aleatorias).

II. Que con posterioridad al momento de contraer la obligación ocurra un hecho extraordinario e imprevisible.

III. Que ese acontecimiento extraordinario e imprevisible provenga de una alteración general, nacional o regional, mas no de circunstancias personales del deudor.

IV. Que ese acontecimiento extraordinario e imprevisible convierta el cumplimiento de la obligación en excesivamente oneroso.

Como se aprecia en la situación de los Deudores de la Banca se presentan todos y cada uno de los elementos que dan origen a la Teoría de la Imprevisión.

Justamente esa falta de acción ha impedido a los deudores de la banca afectados plantear, ante los Poderes Judiciales, la corrección, ajuste económico o enmienda de su situación conforme a las reglas de la imprevisión, para convertirla en más equitativa; no sólo eso, sino que precisamente por esa omisión legislativa es casi imposible que pueda presentarse ante los Tribunales Colegiados de Circuito, en vía de amparo, un problema de esa índole y, consecuentemente, tampoco podrá alzarse en vía de contradicción.

Es precisamente la omisión por parte del legislador la que deja en estado de indefensión a los Acreditados quienes quedan maniatados ante la ausencia de leyes protectoras de la parte débil del contrato.

Para pronunciarse jurídicamente al respecto, la Suprema Corte debería partir de la observación, ya probada, de que el legislador federal en materias civil y mercantil no establecen ninguna disposición reguladora de la imprevisión que pueda, válidamente, ser aplicada de manera general o específica a los contratos de apertura de crédito.

Este silencio constituye una laguna de la ley que de ningún modo justifica, a su vez, el silencio de esta juzgadora, obligada como está por el artículo 17 constitucional a cumplir con la garantía de administrar justicia aunque no haya norma específica al respecto.

Consecuentemente, surge la imperiosa necesidad de llenar la laguna en nuestro derecho, y para lograrlo eficazmente se tiene que recurrir, forzosamente, a los principios generales del derecho.

Al admitirse la existencia de la laguna legal y su necesidad de llenarla por medio de los recursos que reconoce nuestra propia constitución nos encontramos que son aplicables los Principios Generales del Derecho.

Pues bien, si la teoría de la imprevisión está orientada esencialmente por un espíritu de equidad, ésta constituye un principio general de derecho.

El juzgador se encuentra, por tanto, en aptitud de invocar la equidad al decidir un conflicto de intereses, si no existe norma aplicable y con ese proceder no se contraría el sistema normativo correspondiente.

La calificación que se atribuye a la devaluación de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, en el sentido de que constituye un hecho extraordinario e imprevisible, es negado por algunos, argumentando que la inflación no es algo novedoso, extraordinario, anormal o imprevisible. Con sustento en tal afirmación, dicen que todo fenómeno económico, cuando se intensifica en su cantidad y se extiende en su aparición, se confirma como un hecho cualitativamente normal y ordinario.

Esta objeción es inexacta. Es cierto que desde hace varios decenios, vivimos, económicamente, en inflación permanente, al grado de que ésta se ha convertido en un mal endémico, pero igualmente cierto resulta que lo que sucedió en diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, fue un golpe inflacionario más allá de lo ordinario; fue una hiperinflación, que desbordó los cauces de la normalidad y que no fue posible prever, dada su característica de excepcional.

La previsión de una inflación desorbitada no se demuestra porque los contratantes hubiesen pactado, en el mismo instrumento o en uno distinto, un crédito adicional para la cobertura de intereses derivados del primer crédito; se trata de un instrumento concebido por los bancos, que es de aplicación permanente mientras el acreditado no pague los intereses devengados por el crédito inicial, pero convenido sobre la hipótesis de una inflación ordinaria, estructural, mas no de una inflación coyuntural.

La situación que prevaleció en el año de 1995 se salió de control, ni siquiera los propios rectores de la economía del país podían creer lo que estaba sucediendo.

Es oportuno subrayar que la invocación de la teoría de la imprevisión, a través del procedimiento de la equidad, no tiene el menor propósito de exonerar de sus obligaciones a los deudores que se encuentren en el supuesto examinado, sino tan sólo de ajustar los límites del débito y encontrar un adecuado reajuste en aras de un equilibrio económico.

Su aplicación por los Jueces no sería arbitraria, si se establecen con precisión las reglas básicas para tal efecto, y la obligación de los Jueces de sujetarse estrictamente a ellas.

La seguridad jurídica constituye un derecho público subjetivo reconocido por la Constitución, y un valor jurídico que prevalece en los negocios jurídicos, como en los bancarios; en esta materia, es importante garantizar la seguridad contractual, pero no la de una sola parte, sino la de todos los contratantes. Sería contrario a tal principio pretender velar por la seguridad del acreedor, a costa del sacrificio de la seguridad del deudor; ambas partes aspiran y requieren de seguridad contractual, en tanto que no es privativa de una de ellas.

La propuesta de los Ministros disidentes era una verdadera opción para lograr una solución equitativa en el problema de la contradicción de tesis, era encontrar una tercera vía, que con una base netamente jurídica hubiera dado cauce a un conflicto que en principio fue económico.

La consecuencia que se establece con motivo de su actualización no es la nulidad, ni absoluta ni relativa, sino la recomposición o reexpresión de las obligaciones para devolverles, hasta donde es posible, la equidad que permitió su nacimiento.

Este remedio es perfectamente lógico. No puede la imprevisión producir -en principio- la nulidad de las obligaciones, porque el hecho extraordinario e imprevisible que la caracteriza no acaece en el momento en que los deberes se generan; todo lo contrario, en el instante de la convención o aceptación, las obligaciones reúnan los requisitos formales y materiales necesarios para su validez, y no es sino con posterioridad cuando surge ese "acontecimiento desacostumbrado que los contratantes no hayan podido razonablemente prever", como dice el artículo 2455 del Código Civil, acontecimiento que hace el cumplimiento excesivamente gravoso para una de las partes. Se trata, por lo tanto, de un desequilibrio posterior al nacimiento de la obligación que quebranta la equidad original. Así, el remedio por excelencia es la restauración de la equidad.

Se especifica incluso los alcances jurídicos dentro del contrato al momento de su aplicación.

Integrando la laguna legislativa existente y haciéndose cargo de la situación de inequidad que ello ocasionó a grandes grupos de deudores de la clase media, con fundamento en los principios generales del derecho, principalmente en la equidad, debe restaurarse el equilibrio contractual perdido.

Se trataba de proteger a la clase más vulnerable en ese momentos, la que con un pequeño patrimonio podía solventar obligaciones a largo plazo si las condiciones no variaban de manera sustancial y que lamentablemente fue la más perjudicada en ese lapso.

El restablecimiento de esta nivelación jurídica debe estar presidido por la mesura y la prudencia, lo cual requiere una determinación que, en primer lugar, límite el beneficio sólo al grupo de deudores que contrataron con los bancos antes de la devaluación de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro; con ello se asegurará que la medida no trascienda al juego financiero y mercantil ordinario ahuyentando capitales e inversiones.

Se estableció un límite para aplicar la Teoría de la Imprevisión sin que hubiera deudores que quisieran sorprender al momento de su aplicación pretendiendo obtener un beneficio que no les corresponde.

En segundo lugar, la restauración de la equidad perdida debe consistir en una medida similar a la siguiente: que los deudores que integran el grupo mencionado deben pagar intereses conforme a la misma tasa mensual que el banco acreditante paga como intereses a los ahorradores, aumentados aquellos en un punto porcentual; esta determinación a que conduce el principio de equidad, ahuyenta varios extremos nocivos, pues por una parte, desalienta entre los deudores la cultura del no pago, puesto que se pone más a su alcance el cumplimiento de sus obligaciones, favoreciéndose la liberación de la cartera vencida; y por la otra, se refrena el lucro bancario que, en algunos casos, es exagerado, sin que la medida propuesta represente un perjuicio abrumador para las instituciones de crédito, tanto porque se circunscribe a un número limitado de personas, como porque les permite una compensación que, si bien les representa un sacrificio, éste corresponde al que sufren los deudores.

Una de las grandes incógnitas es el por qué son tan diametralmente inequilibrados las tasas de los ahorradores con la de los deudores cuando se entiende que lo mismo que cobra un banco por el crédito debiera dar por el ahorro.

Por las razones asentadas, votamos en contra del criterio que informa el voto mayoritario y nos pronunciamos por el tratamiento equitativo que proponemos.

El voto antes detallado pasará a la historia como la oportunidad que dejaron pasar los Ministros de asumir el verdadero papel que les corresponde dentro de la división de poderes y optar por la protección de las leyes antes que de sus puestos con sueldos vitalicios.

Otro de los votos particulares del que hay que hacer especial mención es el que a continuación se alude:

Voto minoritario de los Ministros Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza.

Tema VIII

NATURALEZA DE LA OPERACIÓN DE COBRO DE INTERÉS SOBRE LA CANTIDAD QUE SE SUMA AL CAPITAL POR INTERÉS VENCIDO.

Nos permitimos discrepar del criterio sustentado por la mayoría, en torno al pronunciamiento consistente en que el contrato de apertura de crédito adicional, no constituye un pacto anticipado de capitalización de intereses vencidos, que a su vez resulten generadores de réditos.

En efecto, la esencia verdadera de la operación que se lleva a cabo para acumular al capital, aquella cantidad de dinero que se produjo por el interés vencido y, sobre ella, cobrar un nuevo interés, en su sentido real se encuentra encubierta por el convenio inmerso de apertura de crédito adicional para aplicación a pago de intereses vencidos.

Aunque lo evidente no necesita explicación al parecer en este caso con este voto minoritario se estipula lo contrario, lamentablemente prevaleció la aberración de la mayoría. Con un breve análisis de lo vertido por los Ministros disidente podremos allegarnos del verdadero alcance del Contrato de Apertura de Crédito Adicional.

La anterior aseveración, parte del criterio de que el esquema financiero ideado en los contratos de apertura de crédito, referente a la disposición de una cantidad adicional, para aplicación específica a pago de intereses vencidos, en el fondo constituye el uso de una terminología que tiene por finalidad dar la apariencia de que no se trata de capitalización de intereses vencidos, que a su vez resulten ser productores de réditos sobre réditos. Así es, se dice que se ha producido un rédito al fenecer el plazo periódico, que propicia el que se tome una cantidad del crédito adicional, para aplicación exclusiva a pago de intereses, lo que no deja de ser rédito que se integre al capital para producir, necesariamente, intereses sobre intereses.

En conclusión, los intereses a través de la figura denominada del "crédito adicional" o "refinanciamiento", pasarán a integrarse al capital, para que en el siguiente periodo se produzcan intereses sobre intereses, lo que demuestra que mediante un cambio de terminología, por una vía indirecta, los intereses vencidos pasan a ser capital dispuesto del llamado crédito adicional, sin dejar de ser de un mismo origen (intereses vencidos), con efectos similares, que se constituyen en integrar lo que son réditos a capital, para generar intereses sobre intereses.

Como ya se había hecho mención la creación de esta figura que tiene los mismos efectos que la de la capitalización de intereses no tiene otra finalidad más que la del encubrimiento de una situación obvia.

De esta forma, la naturaleza y los fines del contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses y la capitalización de intereses, contrariamente a lo señalado en el proyecto de la mayoría, sí tienen factores y elementos comunes, tanto en su causa y en los efectos que a final de cuentas producen.

Por mucho que llamemos perro a la gallina la misma no va a dejar de dar huevos.

De la misma manera, debe señalarse que el crédito adicional para pago de intereses vencidos, no deja de ser parte integrante del contrato principal del cual no puede ser desvinculado para tener vida jurídica propia. En efecto, la condición para que surjan los llamados derechos y obligaciones del denominado crédito adicional, se centra en que en el contrato principal se produzcan intereses vencidos y no pagados, pues actualizado lo anterior, podrá entrar la pretendida disposición del crédito adicional, en la medida exacta de cantidad causada por intereses vencidos, líquidos y exigibles; para de ahí integrarse exclusivamente al capital correspondiente al crédito principal.

Por tanto, aun en el evento no actualizado en alguna de las ejecutorias de contradicción de tesis, de que el crédito adicional o el refinanciamiento, constaran en un instrumento diverso, de cualquier forma existiría una vinculación inescindible que quedaría concretada en el contrato principal y la operación de él dependiente, que es la del crédito adicional, porque a final de cuentas la causa y los efectos que produjeran, no dejarían de ser los mismos.

Como se aprecia hay un reconocimiento de que no existen Contratos de Apertura de Crédito Adicional que consten en instrumento distinto del Contrato Principal, menos aún puede esperarse que exista un Refinanciamiento con Acreedor distinto al de la Apertura de Crédito Principal.

La pretendida diferenciación entre el crédito adicional y la capitalización de intereses, que se realiza en el proyecto de la mayoría, que se basa en las obligaciones del acreditante (de hacer) y del acreditado (de dar), no es aceptable porque en ambas figuras existe la constante de obligaciones recíprocas similares.

En efecto, en la hipótesis de la apertura de crédito para cobertura de intereses, el acreditante dice poner a disposición del acreditado una suma de dinero (obligación de hacer) a fin de que no incurra en el incumplimiento de otra deuda. En el caso de franco pacto de capitalización de intereses, el acreditante tendrá que tomar los intereses vencidos y no pagados, para integrarlos a capital (obligación de hacer) para que produzcan nuevos intereses. En ambos casos, el deudor asumirá la obligación de pagar intereses (obligación de dar).

Las consecuencias, en ambas figuras se reflejarán en la integración de intereses vencidos a capital, para producir réditos sobre réditos.

Como se aprecia por más que se pretenda disfrazar una diferenciación, en esencia son lo mismo y producen los mismos efectos.

Respecto a la situación de que el multicitado Contrato de Apertura de Crédito Adicional se pactara con una Institución de Crédito diversa a la del Contrato Principal, los Ministros disidentes se quedaron cortos en sus comentarios al no mencionar las limitantes que establece la Ley de Instituciones de Crédito respecto a las sanas prácticas bancarias, no obstante son interesantes las cuestiones que mencionan:

Es conveniente señalar que no se ha advertido el caso de que se haya convenido un crédito adicional, mediante operación realizada coetáneamente con otro acreditante diverso a aquel con el que se celebró el contrato principal, de tal forma que es improcedente traer a colación una hipótesis no actualizada. Además, debe tenerse en cuenta que es muy poco probable que se dé tal supuesto, porque en primer lugar el acreditante principal no aceptaría arriesgar las garantías que le hubiera otorgado el deudor, para que le fuera proporcionado el crédito y que permitiera la deuda posterior en crédito adicional con otra persona.

De igual forma sería ilógico que se diera el caso de un diverso acreditante que al momento de celebración del crédito principal, se obligara a responder a futuro, para otorgar cantidades de crédito adicional en el evento en que se generaran intereses vencidos y no pagados, y que esas disposiciones quedaran integradas al capital a favor del acreditante principal.

Respecto del momento en que es válido pactar la capitalización de intereses se hicieron los siguientes comentarios:

Estimar, que la capitalización se puede pactar indistintamente antes o después del vencimiento, conduce a pensar que hubiera bastado decir que "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, salvo pacto en contrario.", lo que no acontece, pues el legislador utilizó una redacción mucho más precisa, en la que se observa una clara referencia a los intereses vencidos, ya que, por otro lado, no podría referirse a los intereses que aún no se encuentren vencidos, puesto que ellos no generan réditos.

Atenta la estructura lógica y jurídica del artículo 363 del Código de Comercio, la capitalización de intereses que dicho precepto autoriza debe ser necesariamente posterior a que los intereses estén vencidos y no sean pagados; esto es, que sean líquidos y exigibles.

Por tanto no son válidas las cláusulas que establecen un pacto anticipado de capitalización de intereses porque no reúnen los requisitos que establece la ley.

En la tesis propuesta se acude a la interpretación gramatical, lógica y jurídica. Sin embargo, precisamente esa interpretación "gramatical", "lógica" y "jurídica" a nosotros nos conduce a sostener que si la primera parte del artículo se refiere precisamente a los intereses vencidos y no pagados, la segunda que permite su capitalización, se circunscribe solamente a dichos intereses y, no a los futuros o que estén por vencerse.

No se puede hablar entonces, de intereses vencidos haciendo referencia los que sin serlo aún, se irán venciendo en el futuro de la contratación. En ese momento, y esto es indudable, tales intereses no existen, ni están vencidos sino que se van venciendo en el futuro y no pueden conceptuarse como vencidos con anterioridad.

Si la ley fija de manera detallada con una redacción explícita no cabe suponer lo que no se esta permitiendo.

Luego entonces, la correcta intelección del artículo 363 del Código de Comercio, debe ser en el sentido de que únicamente permite la capitalización, por voluntad de las partes, de los intereses que previamente se hubieran vencido y no admite como válido el acuerdo de capitalización anticipada.

Esto es, no será válido el convenio que se tome en esos precisos términos cuando tiene lugar por anticipado a la fecha de generación del interés.

En este orden de ideas las cláusulas que establecen el convenio de un Crédito Adicional son nulas en virtud de que la consecuencia lógica de su aplicación esa el pacto anticipado de la capitalización de intereses.

Los Ministros disidentes dejaron un claro precedente que podrá ser aplicado a futuro cuando se pretende aducir algún tema respecto a los tratados en los mismos, es de especial importancia el estudio y desarrollo de la Teoría de la Imprevisión la cual por mucho tiempo a quedado al margen de los razonamientos lógicos-jurídicos de las leyes.

CAPITULO IV

PROPUESTA DE ADECUACION A NUESTRA LEGISLACIÓN

- 4.1 Los Efectos Positivos y Negativos del Fallo a favor de la Capitalización de Intereses.
 - 4.1.1 El soslayamiento del Principio de Equidad.
 - 4.1.2 La manifiesta necesidad de Independencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la libertad para emitir sus fallos.
- 4.2 La Teoría de la Imprevisión como una alternativa de solución en la Contradicción de Tesis.
 - 4.2.1 Los alcances de su implementación conforme a la propuesta emitida por los Ministros disidentes en el Voto Particular.
 - a) Los elementos que la integran.
- 4.3 Propuestas de adecuación a la legislación conforme a las necesidades de nuestro tiempo.
 - 4.3.1 La Comisión para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.
 - a) Alcances y expectativas.
 - 4.3.2 La importancia del establecimiento expreso de la Teoría de la Imprevisión como reconocimiento del Principio de Equidad que lleva impreso.

CAPITULO IV

PROPUESTA DE ADECUACION A NUESTRA LEGISLACIÓN.

Como se ha buscado hacer patente en la explicación de la presente tesis, desde el origen de nuestro Derecho han existido figuras jurídicas que se crearon debido a la necesidad de su regulación en situaciones concretas que se han presentado a través de la historia.

En el caso que nos ocupa, la Equidad en los Contratos de Apertura de Crédito Adicional, se demostró con argumentos encontrados de los Ministros de la Corte que los mismos no cumple con el estudiado Principio General de Derecho; a mayor abundamiento, el origen de los litigios ante tribunales fue debido a la aplicación ilimitada de estos créditos como resultado de la imposibilidad de pago derivada de la crisis económica de 1994 a la que ya se ha hecho referencia.

En este último capítulo y a manera de colofón, se hará manifiesta la necesidad de regulación de figuras tan importantes como la Teoría de la Imprevisión, así como una breve crítica respecto a la verdadera autonomía de nuestro máximo Tribunal que se puso en entredicho al dictar su controvertido fallo, aunada a una propuesta de modificación que les permita alcanzar la tan deseada independencia que requiere la Suprema Corte.

Por otro lado, será interesante desarrollar una de las consecuencias más importantes de la crisis bancaria de 1994, esto es la creación del Ombudsman Financiero, reflejado en la Comisión para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), quien recoge entre sus objetivos precisamente el Principio de Equidad al que se ha hecho referencia en capítulos anteriores.

Sería ambicioso pretender agotar en un escueto estudio todas las repercusiones jurídicas de la aplicación de los contratos ya señalados, lo que si se puede dejar es un vestigio de lo que representó, y aún sigue representando, su existencia en el contexto de un país que apenas puede asomarse a una "estabilidad" que le permita pagar los grandes costos de las decisiones equivocadas de sus gobernantes.

4.1 Los efectos positivos y negativos del fallo a favor de la capitalización de intereses.

Los Ministros que aprobaron la resolución a favor de la capitalización de intereses, en respuesta a las críticas que generaron, manifestaron que su función se limita a interpretar las leyes, y que si éstas tienen fallas o son injustas, corresponde al Poder Legislativo corregirlas.

Desde el miércoles 7 de octubre de 1998, los bancos cuentan con el aval legal para poder perseguir, presionar y embargar propiedades correspondientes a más de nueve millones de deudores, que representan una cartera vencida de 36,000 millones de pesos en créditos hipotecarios.(135)

La actitud timorata de los Ministros, que dejaron pasar un momento histórico donde se hubiera hecho valer el Derecho sobre cualquier otra situación de carácter económico o político, pasó con más pena que gloria.

El gobierno continúa implementando nuevas figuras con el fin de calmar los ánimos de los Deudores que se quedaron en una situación aún más desventajosa ante los Bancos.

(135) "Con su fallo, la Suprema Corte se propone "permitir todo" a los bancos, tras disfrutar de intereses "congelados". Agustín Ambriz. PROCESO. No. 1145. 11 de octubre de 1998. p.6.

Con la creación del Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (IPAB) mediante la Ley de Protección al Ahorro aprobada el 12 de diciembre de 1998.

Tan sólo en 1999, de acuerdo con estimaciones de algunas empresas de consultoría económica, el IPAB tendría que erogar por pago de intereses alrededor de 100 mil millones de pesos, derivados de los pagarés que otorgó el Fobaproa a los bancos por las compra de cartera crediticia.

En opinión de Antonio Castro Quiroz, director del Centro de Análisis y Proyecciones Económicas para México (CAPEM): "El IPAB nació para absorber los costos que pagarán todos los mexicanos y no para resolver definitivamente los problemas del sistema bancario; por tanto; hay que absorberlo suavemente para que no haya más presiones sociales, políticas ni económicas". (136)

La razón fundamental del alza de los réditos es la política monetaria restrictiva que aplica el Banco de México y que amenaza mantenerla para el próximo año. Tampoco fue culpa del Fobaproa ni de la paupérrima salud financiera de los bancos, pues a estos no les conviene tener esos niveles de tasas, debido a que sus clientes no podrían pagarles la cartera crediticia que ya esta colocada.

El Doctor Arturo Huerta González autor del libro "El debate del Fobaproa. orígenes y consecuencias del rescate bancarios", sostiene que ni el nuevo instituto ni el programa de apoyo a deudores que lo acompaña resuelven el problema de fondo del sistema financiero: los ingresos de empresas e individuos crecen a un ritmo mucho menor que el valor de las deudas. Es decir, no se resuelve el problema de insolvencia, de incapacidad de pago.

(136) "La política económica ya no da; Huerta González. El IPAB nació para enfrentar una crisis coyuntural, y no para resolver el problema estructural del sistema financiero. Agustín Vargas Medina. PROCESO. No. 1156. 27 de diciembre de 1998. pp. 25-26.

“Quienes reestructuraron sus créditos en 1995, en 1996 y en 1997 ya están otra vez en cartera vencida. Todos esos programas han fracasado porque no resuelven el problema de fondo, que es que los ingresos crecen en menor proporción que el costo de las deudas. El ingreso de los individuos crece por debajo de la inflación; la tasa de interés está por arriba del ingreso y, por tanto, no hay capacidad de pago. El problema es que la política económica no da”.

Con su fallo la Corte, lejos de resolver una situación que ameritaba asumir un serio compromiso y análisis de los alcances de su resolución, vino a enardecer los ánimos de los Deudores quienes se vieron burlados ante la reafirmación de privilegios a las Instituciones de Crédito.

Cabe hacer mención que el mismo Presidente Zedillo en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, asumió compromisos con los gobernados en los siguientes términos:

** La Aspiración por un Estado de Derecho y un País de Leyes*

El primer efecto de la preeminencia constitucional debe ser que la ley funcione como el único marco para la convivencia social y que las normas regulen, efectivamente, las relaciones entre los integrantes de la sociedad y sus autoridades, así como las relaciones entre los diversos órdenes y órganos de gobierno, con la finalidad superior de garantizar para todos la seguridad y el acceso a la justicia, el goce de los derechos fundamentales y el disfrute del bienestar general.

** Impartición de justicia*

Por lo que respecta a la impartición de justicia, no siempre contamos con un sistema que corresponda a los reclamos de la sociedad. En algunos tribunales se dictan fallos con ignorancia o parcialidad, o se desarrollan con lentitud los procesos de que conocen, en buena parte porque no siempre existen los mecanismos para que los particulares combatan tales proceder que deben ser sancionados. o porque los propios tribunales carecen de los elementos materiales y técnicos para desempeñar adecuadamente sus funciones.

** Inseguridad jurídica*

Por otra parte, la incertidumbre procedente de muchas normas inadecuadas y de los rezagos del sistema de justicia, constituye un problema que afecta el desarrollo del país y el sano desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre las personas.

Como se aprecia se reconocen los atrasos legislativos que repercuten en las relaciones entre los particulares, la insuficiencia de leyes que regulen situaciones concretas que se van presentando y que requieren entrar dentro de un marco normativo para evitar abusos de la parte fuerte de la relación jurídica.

Así, diversas transacciones se realizan al amparo de normas que, por el transcurso del tiempo, resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades actuales, originando falta de claridad y transparencia en las relaciones jurídicas u obligando a subsanar tales deficiencias mediante instrumentos privados complejos, poco accesibles para un gran número de personas y que no ofrecen garantías suficientes a las partes.

Se vuelve hacer referencia a la insuficiencia de normas que regulen los actos que se presentan y que no siempre es sano dejar al arbitrio de los particulares.

** La reforma constitucional de 1994*

En diciembre de 1994, se presentó una iniciativa que el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados enriquecieron y aprobaron. Con ella se reformaron diversas disposiciones constitucionales con el objeto de modificar la integración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y prever nuevos mecanismos para la designación de sus integrantes; limitar la duración de sus miembros en el ejercicio del cargo para propiciar la renovación de criterios; dotarla de nuevas y trascendentes competencias a fin de constituirla en un auténtico tribunal constitucional; crear un órgano especializado para que la administración del Poder Judicial de la Federación sea eficiente y autónoma; y sentar las bases para extender y consolidar la reforma del sistema de impartición de justicia en las entidades federativas.

Hace mención del “golpe de estado” que hizo al desaparecer el Poder Judicial para constituirlo de una manera distinta. El argumento de la duración de los miembros para “propiciar la renovación de criterios” es bastante interesante, a ver si cuando se cambie a los Ministros se subsana lo que realizaron dejando sin efecto los criterios que emitieron en cuanto a la capitalización de intereses.

** Impartición de justicia*

La realización de las acciones para **acrecentar la independencia de los titulares de los órganos de justicia y la autonomía** de estos últimos, así como **la calidad de las resoluciones y la reducción del tiempo en que se dictan**, debe comenzar por la calidad profesional de los jueces y magistrados. De esta forma se apoyarán programas que mejoren sus sueldos y prestaciones, y los de capacitación, actualización y especialización, tanto a nivel federal como a nivel estatal. Una medida importante introducida mediante la reforma de diciembre de 1994, prevé el apoyo a los mecanismos e instituciones que en materia de carrera judicial decidan tomar los órganos competentes a nivel federal.

Cuestiones que se quedaron en el tintero del último Presidente Priista del siglo XX y que en gran parte motivaron la caída de la “Dictadura Perfecta”* de su partido.

Con la creación de figuras como el crédito adicional, que se vio garantizado en la mayoría de los casos con bienes inmuebles mediante el contrato de hipoteca, en nada cumple con la seguridad jurídica que debe prevalecer en su posesión ya que la incertidumbre de no saber en que momento se pierde todo el patrimonio por deudas impagables dista mucho del “bienestar para la familia” que prometió esta administración.

* Como llamara el politólogo Maurice Duverger al Partido Revolucionario Institucional.

Al efecto, se revisarán los distintos ordenamientos, con objeto de promover las reformas que ajusten la normatividad a las circunstancias actuales. Las líneas de acción en este rubro buscarán establecer las condiciones jurídicas que ofrezcan mayor agilidad y reducción de costos en la formalización de las relaciones contractuales, garantizando la seguridad jurídica.

Curiosamente aunque los Ministros disidentes dijeron que era menester regular figuras como la Teoría de la Imprevisión , al parecer esto no es importante no obstante la repercusiones jurídicas y sociales que ha dejado su ausencia.

** Poder Judicial*

En la perspectiva de fortalecer el equilibrio de poderes, la reforma emprendida en diciembre de 1994 al sistema de justicia promueve una mayor independencia del Poder Judicial, dotándolo con mecanismos efectivos de control sobre los actos de autoridad y con las facultades para sancionar las infracciones a la ley y el abuso de poder.

El equilibrio de poderes será fortalecido impulsando la capacidad, el profesionalismo y la imparcialidad de los servidores públicos del Poder Judicial, así como consolidando el funcionamiento del Consejo de la Judicatura, y apoyando las acciones para dar a todos los mexicanos acceso a una justicia expedita.

Más que equilibrio, con la reforma se quedó claro el hecho de que el Presidencialismo aún daba “patadas de ahogado” antes de fenecer. Efectivamente se estaba en el momento propicio para no permitir que se conculcaran los derechos del Poder Judicial como Órgano de Gobierno, hacer valer las leyes antes que la política. Lamentablemente el “hubiera” no existe.

En la política no existe la memoria porque es la principal forma de “morderse la lengua”, se prometió la autonomía del Poder Judicial, misma que aún seguimos esperando.

Para lo que si hubo pronta respuesta fue para el rescate bancario por más de 633 mil millones de pesos:

“Reunidos en los Pinos con líderes empresariales un mes después del estallido de la crisis financiera de diciembre de 1994, el presidente Ernesto Zedillo reconoció que el país se encontraba en “terapia intensiva”, por lo que, antes que nada, era preciso salir de la emergencia.

-Necesitamos otro Ficorca-propusieron entonces los líderes de la iniciativa privada, en referencia al programa de salvamento de empresas en quiebra que aplicó el gobierno desde el Banco de México en 1983.

El presidente les dijo que no era posible resucitar el modelo de Fideicomiso para la Cobertura de Riesgos Cambiarios (Ficorca), pues ello implicaría establecer el control de cambios.

Sin embargo, mediante el Fondo Bancario de Protección al Ahorro (Fobaproa), el presidente impulsó otro Ficorca, al aplicar de nuevo un programa de “rescate” de la élite de negocios del país, en la que por cierto aparecen como banqueros prácticamente los mismos que en los años ochenta fueron rescatados como industriales. Fobaproa creado por Carlos Salinas en 1990, adopta plenamente sus actuales mecanismos de salvamento por parte del Estado después del “error de diciembre de 1994.” (137)

(137) “Con los mismos rescatados y los mismos rescatistas, Ficorca y Fobaproa formaron “el hoyo negro de la economía” a favor de los oligopolios triunfantes”. Antonio Jáquez. PROCESO. No. 1127. 27 de junio de 1998. p. 26.

Debe reconocerse, que desde el origen de la Banca y a través de su desarrollo en la historia europea y nacional, la misma siempre ha jugado un papel preponderante en el desarrollo de todo país.

Efectivamente se necesitaba proteger esta Institución para así indirectamente proteger los intereses de toda la sociedad, aunque lamentablemente las medidas instrumentadas no se aplicaron con la transparencia que ameritaba el caso.

El sentido del fallo de la Corte por el cual se dejaron a salvo los derechos de la banca a costa de los de los Deudores, quizá permitió lograr una certidumbre jurídica para la aplicación de los contratos lo que en su momento motivó la calma en los sectores financieros. Un efecto positivo de esta decisión.

Lo que no queda claro es: que si teniendo opciones para resolver en un sentido más equitativo, argumentos que propiciaban una resolución donde ambas partes salieran ganando y no repercutía en otros sectores; por qué no aventurarse a hacer lo que la sociedad reclamaba.

Quizás, la luz al final del túnel se encuentre en la manifiesta inconformidad que proyectó la sociedad civil y que puso en evidencia la necesidad de una verdadera protección de los intereses de los usuarios de los servicios financieros. La tendencia mundial de proteger a este tipo de sujetos en las relaciones jurídicas, a fin de prevenir antes que saturar los Tribunales de conflictos que se pueden conciliar, por medio de Instituciones que más que autoridades son supervisoras de las relaciones de esta naturaleza y su implementación en el Sistema Jurídico Mexicano es el mayor beneficio que se pudo obtener.

4.1.1 El soslayamiento del Principio de Equidad.

Ante la contradicción de tesis que se puso a consideración del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para su resolución, era indispensable emitir un criterio que permitiera discernir la citada contradicción.

Como se hizo referencia en el capítulo anterior, la Contradicción de Tesis no implica necesariamente fallar a favor o en contra de las dos posturas presentadas, se tiene plena facultad para emitir una resolución totalmente diversa que venga a corregir la deficiencia en la contradicción, situación que no ocurrió.

El Pleno optó por apoyar la postura sustentada por el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito, emitiendo las tesis ya estudiadas en el apartado anterior.

Lo que en ningún momento tomaron en cuenta los Ministros que votaron a favor de la capitalización de intereses fue el contexto en el cual se estaban desarrollando los hechos.

No era condonar deudas y animar el incumplimiento de contratos existentes y válidos en la mayoría de sus cláusulas, simplemente era propiciar que su cumplimiento se diera sin provocar la ruina de todos los deudores a costa de un lucro excesivo que reciben las Instituciones de Crédito.

Si como se precisó en los conceptos la Equidad constituye el máximo de discrecionalidad que la ley concede al Juez en algunos casos, cuando la singularidad de ciertas relaciones se presta mal a una disciplina uniforme. Siendo la Equidad la “justicia del caso concreto”, esto es, la constante, perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho.

Estamos en el entendido de que las partes al celebrar un contrato tienen por lo menos la mínima noción de los alcances de su obligación, misma que por la experiencia de situaciones pasadas y presentes no varían sustancialmente, por ende contratan esperando ciertos beneficios y ciertas cargas que saben que podrán cumplir.

Pero que ocurre cuando la situación cambia de una manera tal que la obligación se convierte en demasiado onerosa para una de las partes, sin que ambas hayan tenido que ver en este resultado, es "justo" que la parte que se ve más beneficiada reciba el lucro que no esperaba a costa de la solvencia de su deudor.

Por otra parte, al analizar las cláusulas donde se estipulaba el crédito adicional se remarcó el hecho de que la Institución de Crédito en todo momento preveía la situación de que la tasa base no fuera lo suficientemente alta como para que no se obtuviera un rédito, e incluso se agotaba el supuesto de que llegaran a desaparecer los Indicadores que permitieran fijar el interés; sin embargo, al momento de aplicar los límites máximos a la aplicación del crédito adicional estos eran inexistentes en el contrato.

Si partimos de la base de que el Banco establece un tope mínimo para no verse perjudicado en caso de una baja en los intereses y , por el contrario, no fija un tope en la aplicación del crédito adicional para tener certidumbre en el máximo de la obligación, debemos concluir que ese contrato no cumple con la reciprocidad de la relación jurídica que le exige la propia ley, ergo, es inequitativa.

La Corte no hizo mención en ningún momento de este desequilibrio, pasó por alto muchas irregularidades al momento de la contratación de este tipo de crédito y no obstante que tuvo la oportunidad de dejar las cosas en un punto equitativo sin perjudicar mayormente a alguna de las partes se abstuvo de hacerlo.

4.1.2 La manifiesta necesidad de Independencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la libertad para emitir sus fallos.

La Historia se encargará de darle su justo valor al proceder de la Corte en un momento determinante en la vida de la Nación, esto no quiere decir que evitemos hacer algunas reflexiones:

En primer lugar, el origen de la actual conformación de la Suprema Corte dista mucho de ser la base para una verdadera autonomía, considerando que la misma fue impuesta por el Poder Ejecutivo, la forma de designación de los Ministros no deja de ser por demás infortunada ya que la misma permite ciertos favoritismos y compromisos.

En segundo lugar, el temor a contradecir la línea que se les impuso por el ejecutivo y peor aún los supuestos descuentos en el pago de sus crédito bancarios que obtuvieron los funcionarios del Poder Judicial por parte del Banco Internacional, lo que refleja una total parcialidad. *

Lo antes referido no deja lugar a dudas sobre la necesidad de una verdadera reforma que permita lograr al fin la verdadera autonomía que requiere nuestro máximo órgano jurisdiccional.

En voz de uno de los Ministros en la primera comida de acercamiento entre representantes de los poderes Legislativo y Judicial: Mariano Azuela Huitrón manifestó lo siguiente: (138)

* PROCESO. No. 1145. p.7.

(138) "facultar a la Corte para promover iniciativas, contra "genios del momento con influencia política". Azuela Raúl Monge. PROCESO. No. 1118. 5 de abril de 1998. p.17.

¿Quién puede conocer mejor cuál es la problemática que vive la impartición de justicia?, “¿Quiénes la viven o quiénes son ajenos a esa problemática?” “Nadie conoce mejor las cosas que el que las está viviendo: quien se ha pasado la vida impartiendo justicia, quien ha sido secretario en un juzgado, quien ha sido juez de Distrito, quien llega, finalmente, a ser ministro de la Corte y que acumula una experiencia de toda una vida sobre impartición de justicia, pues, me parece, que puede ayudar a resolver los problemas”.

Y continuó diciendo: “ha llegado el momento en que no solamente el Poder Judicial federal, sino todos los órganos de impartición de justicia en México, dejen de ser objeto de reformas que se le ocurren a genios del momento, que tienen influencia política y que lleguen a ser sujetos participantes, que puedan tener voz y señalar como opciones, porque de ninguna manera pretenderemos invadir facultades del cuerpo legislativo”.

Cuando se tenga un verdadero Órgano Jurisdiccional autónomo de la influencia del Poder Ejecutivo dejaremos de sorprendernos por resoluciones tan controvertidas como la del Anatocismo.

No habrá pretexto de que no pueden porque “su función se limita a interpretar las leyes, y que si éstas tienen fallas o son injustas, corresponde al Poder Legislativo corregirlas”, dándoseles la opción de proponer mejoras a las leyes que interpretan y que por ello conocen mejor, coadyuvarán al verdadero desarrollo de las instituciones jurídicas.

4.2 La Teoría de la imprevisión como una alternativa de solución en la contradicción de tesis.

Como lo hicieran valer en su Voto Particular los Ministros Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios y Juan N. Silva Meza, al momento de proponer una solución diversa a la de la mayoría del Pleno:

"La teoría de la imprevisión ha sido elaborada por la doctrina jurídica con la finalidad de encontrar un remedio para los contratos, en que siendo de ejecución continuada o periódica o bien de ejecución diferida, una de las partes se ve sometida a una onerosidad excesiva o anormal en razón de que la base económica general (no subjetiva) tenida en cuenta al contratar, resulta modificada en el momento de la ejecución. Ello crea para la parte afectada, una grave dificultad para cumplir su prestación en razón de tener que someterse a un gran sacrificio económico, no previsible en el momento de celebrar el contrato."

"Los juristas de la edad media, para subsanar esta situación, sostenían que en los contratos existe sobreentendida la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual el contrato se resuelve cuando al llegar el momento de la ejecución se ha modificado la situación de recíproco sacrificio y ventajas tenida presente por las partes en el momento de la convención."

Se establece como cláusula natural el *Rebus sic stantibus*, de esta manera las obligaciones se cumplen siempre y cuando se pueda cumplir en los términos y condiciones pactados.

"Este instituto ha sido admitido en el Código Civil italiano de 1942 bajo la denominación de 'resolución por excesiva onerosidad sobreviniente'.

"Resulta así que tanto la lesión enorme como la excesiva onerosidad sobreviniente son causas de extinción de los contratos; y en ambos casos se funda en una desproporción entre las prestaciones.

En Italia se reconoce a esta figura que al lado de la lesión son una forma de resolución de las obligaciones.

Entre los requisitos que se deben cubrir para que opere esta figura tenemos:

- Que el acontecimiento sobrevenido tenga trascendencia jurídica por ser extraordinario e imprevisible.
- El que la excesiva onerosidad consiguiente a la nueva situación supere los límites del juego normal de la incertidumbre que cada contratante debe de afrontar respecto de las ventajas e inconvenientes de cada acto.
- La resolución afectará sólo a las prestaciones cuyo cumplimiento sea demasiado oneroso.
- Finalmente, diremos que este remedio no se aplicará a los contratos aleatorios.

Como se aprecia la inclusión de esta cláusula dentro de los contratos no tiene como fin el que se evada su cumplimiento sino que se cumpla cabalmente.

"La resolución del contrato con prestaciones recíprocas puede evitarse por la parte interesada, ofreciendo modificar equitativamente las cláusulas del contrato, a fin de eliminar la onerosidad sobrevenida. La resolución, en realidad, es un remedio excepcional concedido por motivos de equidad, y es justo que pueda ser evitada una vez suprimidos los motivos que la fundamentan.

Nuevamente queda manifiesta la situación del no evadir el cumplimiento sino efectivamente, cumplir pero de acuerdo a lo previsto sin que esto repercuta mayormente en el patrimonio de ambos contratantes.

"Esta alteración de las circunstancias cuando no ha podido ser prevista por las partes, haría sumamente gravosa la ejecución de las obligaciones, de tal manera que si el deudor ejecuta la obligación tal como fue convenida en el contrato, su ejecución resultaría tan grave que el cumplimiento de lo pactado entrañaría una positiva iniquidad. El deudor ciertamente no habría contraído la obligación si hubiera podido prever, en el momento de la celebración del contrato, esa grave alteración de las cosas."

Siguiendo el orden lógico del párrafo antes transcrito, queda manifiesta la necesidad de agotar todos los supuesto antes de contratar, pero si se sobrevienen situaciones imprevistas la ley también debe aportar una solución para las mismas.

"Frente a la regla *pacta sunt servanda*, que postula el principio de la fuerza obligatoria del contrato, la teoría de la imprevisión, elaborada en la edad media por los canonistas, quienes introdujeron en el contrato el concepto de la buena fe y rechazaron la usura como enriquecimiento injusto

y, más tarde, en los siglos XVII y XVIII, adoptada por Hugo Grocio y Samuel Puffendorf en el derecho internacional, sostuvieron el principio complementario -por otra parte justo y racional- de que tal regla debe imperar en los contratos siempre que subsistan en el momento de la ejecución del contrato las mismas circunstancias que prevalecían cuando éste se celebró. Esta regla que postula la teoría de la imprevisión se contiene en la expresión *rebus sic stantibus*.

Como se marcó al momento de analizar las Convenciones y Tratados Internacionales, la cláusula *rebus sic stantibus* ha sido recogida por el Derecho Internacional y tiene plena vigencia en la actualidad.

Y continúan arguyendo los Ministros con fundamento en otro voto particular: Los escolásticos empleaban un dístico latino para enumerar las ocho circunstancias mencionadas por Aristóteles; que eran: *Quis* (quién o sujeto) *quid* (objeto) *ubi* (lugar) *quibus auxiliis* (medios) *cur* (para qué) (fin) *quomodo* (modo) *quantum* (cantidad) y *quando* (tiempo). Al pensar en esas ocho circunstancias que pueden modificar la relación jurídica, el juezador no puede aplicar las disposiciones de la ley cerrando los ojos a la realidad transformada por cualquiera de ellas.

Las relaciones contractuales de tracto sucesivo corren el riesgo de verse modificadas por cualquiera de los factores ya mencionados, la mayoría de las veces las variantes no llegan a tener mayor trascendencia en el cumplimiento de la obligación, pero se deben tomar en consideración cuando su influencia llega a tener consecuencias sustanciales en las contraprestaciones de las partes.

La equidad y la buena fe son el alma de los contratos. La equidad es la justicia natural, la base y complemento de la justicia civil o escrita. El artículo 1960 de Luisiana es magnífico en este concepto: «La equidad (en cuanto a la ejecución o consecuencia de los contratos) está fundada en el principio religioso de no hacer a otro lo que no quisiéramos que se hiciera con nosotros mismos, y de no enriquecerse a expensas de otro.».

Como un concepto fundamental de las tendencias religiosas esta la Equidad en donde la premisa es “no hagas lo que no quieras que te hagan”.

Ahora bien, el artículo 1135 del Código Civil francés expresa textualmente: «Las convenciones obligan, no sólo a aquello que está expresado en ellas, sino a todas las consecuencias que la equidad, los usos o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza.» (Les conventions obligent non seulement á ce qui y est exprimé, mais encore á toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donxent á l'obligation d'après sa nature).’.

Se vuelve a incluir a la Equidad como una cláusula natural en los contratos, esto es, sin necesidad de su mención expresa se entiende implícita dentro del mismos.

Es este principio de equidad invocado con las palabras de buena fe en los códigos español y mexicanos, el que propugna por la defensa de la propiedad privada base de la independencia de la persona humana, y el cual ninguna de las partes contratantes puede violentar en perjuicio de la otra. Entre hombres de buena fe la equidad debe moderar las exageraciones producidas por las causas imprevistas.”

Interesante reflexión sobre los límites de la libertad contractual, donde las "causas imprevistas" pueden llegar a hacer más onerosa la obligación de uno de los contratantes; es ahí donde entra el Principio de Equidad para subsanar los desequilibrios al momento del cumplimiento de la obligación.

La teoría de la imprevisión implica que si con posterioridad a la celebración de un contrato hay una mutación importante y no previsible que haga excesivamente gravosa la obligación del deudor, el obligado pudiere invocar la modificación del contrato y de la obligación a su cargo.

En abono de lo expuesto, Mosset Iturraspe, en su obra "Contratos en Dólares", Ediciones La Rocca, página 43, afirma:

"Y en punto a que contratar es prever, cabe agregar, reconociendo la verdad del aserto, que es prever lo previsible, anticipar lo anticipable, aquello que puede ser conocido con anterioridad a su ocurrencia o devenir. Sería absurdo sostener la previsibilidad de lo fortuito, de lo inimaginable, de lo que se aparta manifiestamente del orden normal y ordinario de las cosas. El contrato no puede ser un salto al vacío, un documento en blanco, para ser cumplido cualesquiera que sean las vicisitudes que acaecieren. De ser de esta manera nadie, en su sano juicio y obrando con lealtad y probidad, se comprometería. O bien convertiríamos en aleatorios a todos los negocios, por más conmutativos que éstos fueren, en el entendimiento de los celebrantes. El contrato pasaría a ser una empresa de alto riesgo, de riesgos extraordinarios ..."

Con el razonamiento antes transcrito, queda clara la necesidad de reconocer y aplicar en los casos que lo ameriten la existencia de la Teoría de la Imprevisión.

4.2.1 Los alcances de su implementación conforme a la propuesta emitida por los Ministros disidentes en el Voto Particular.

La propuesta realizada en la parte final del Voto Particular se puede resumir en los siguientes puntos:

- La invocación de la teoría de la imprevisión, a través del procedimiento de la equidad, no tiene el menor propósito de exonerar de sus obligaciones a los deudores que se encuentren en el supuesto examinado, sino tan sólo de ajustar los límites del débito y encontrar un adecuado reajuste en aras de un equilibrio económico.
- Su aplicación por los Jueces no sería arbitraria, si se establecen con precisión las reglas básicas para tal efecto, y la obligación de los Jueces de sujetarse estrictamente a ellas.
- Es importante garantizar la seguridad contractual, pero no la de una sola parte, sino la de todos los contratantes.
- La consecuencia que se establece con motivo de su actualización no es la nulidad, ni absoluta ni relativa, sino la recomposición o reexpresión de las obligaciones para devolverles, hasta donde es posible, la equidad que permitió su nacimiento.
- Se trata, por lo tanto, de un desequilibrio posterior al nacimiento de la obligación que quebranta la equidad original. Así, el remedio por excelencia es la restauración de la equidad.
- Integrando la laguna legislativa existente y haciéndose cargo de la situación de inequidad que ello ocasionó a grandes grupos de deudores de la clase media, con fundamento en los principios generales del derecho, principalmente en la equidad, debe restaurarse el equilibrio contractual perdido.

- El restablecimiento de esta nivelación jurídica debe estar presidido por la medida y la prudencia.
- Se requiere una determinación que, en primer lugar, limite el beneficio sólo al grupo de deudores que contrataron con los bancos antes de la devaluación de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro.
- En segundo lugar, la restauración de la equidad perdida debe consistir en una medida similar a la siguiente: que los deudores que integran el grupo mencionado deben pagar intereses conforme a la misma tasa mensual que el banco acreditante paga como intereses a los ahorradores, aumentados aquellos en un punto porcentual.
- Esta determinación a que conduce el principio de equidad, ahuyenta varios extremos nocivos, pues por una parte, desalienta entre los deudores la cultura del no pago, puesto que se pone más a su alcance el cumplimiento de sus obligaciones, favoreciéndose la liberación de la cartera vencida; y por la otra, se refrena el lucro bancario que, en algunos casos, es exagerado.
- La medida propuesta no representa un perjuicio abrumador para las instituciones de crédito, tanto porque se circunscribe a un número limitado de personas, como porque les permite una compensación que, si bien les representa un sacrificio, éste corresponde al que sufren los deudores.

Se trataba de implementar un mecanismo que equilibrara la relación contractual de la apertura de crédito, la fijación de una tasa de interés "justa" que no perjudicara mayormente al Acreedor y al Deudor.

La propuesta, en un cabal cumplimiento del Principio de Equidad señalaba como parámetro para la aplicación de los intereses la tasa que paga el Banco a los ahorradores con el aumento de un punto porcentual ¿Por qué debe recibir el banco un lucro mayor si por otro lado no ofrece lo mismo?.

a) Los elementos que la integran.

De acuerdo con la teoría de la imprevisión , habría de considerarse la cláusula *rebus sic stantibus* sobreentendida en todos los contratos y a través de ella los tribunales estarían facultados para modificar las obligaciones contractuales en presencia de aquella alteración de las circunstancias, siempre que:

- a) Sean imprevisibles;
- b) Afecten sustancialmente las obligaciones del deudor, en manera que se produzca una situación de injusticia o iniquidad en la equivalencia de las prestaciones por excesiva onerosidad, y
- c) Que se trate de alteraciones de la situación general del país o de la región y no de circunstancias particulares o personales del deudor.
- d) La intervención del Juez tendría por objeto restablecer el equilibrio de las prestaciones, con un criterio de prudencia y ponderación, atendiendo a las circunstancias.

Respecto a la imprevisión que puede haber ante la situación económica de un país, el autor Mosset Iturraspe, citado en el Voto Particular, en su obra "Contratos en Dólares", Ediciones La Rocca, páginas 54 y 55, al tratar el tema de los hechos sobrevinientes, afirma:

"Hechos sobrevinientes. Si el hecho que altera la ecuación no sobreviene, nada se puede reclamar. Si la alteración ya existía al momento de consentir, se trata de un desequilibrio genético, base de una acción por lesión.

El tema adquiere relevancia en la invocación de la inflación: si, en cambio, fue sobreveniente, para explicar mejor la cuestión, frente a esta grave cuestión económico-financiera, se ha distinguido entre inflación estructural e inflación coyuntural; la primera, que responde a circunstancias permanentes de la economía, y tiene un nivel más o menos constante, se puede calificar como hecho anterior o concomitante a la celebración y no da pie a la revisión; la segunda, que provoca picos o incrementos súbitos, o hiperinflación, hace aplicable el remedio."

Para tener una idea de lo que se sufrió en los primeros meses del año de 1995, cabe hacer las siguientes anotaciones:

Con la caída de la bolsa mexicana que superaba el 16%, se desplomó el martes 10 de enero de 1995 y arrastró a las bolsas latinoamericanas con el "efecto tequila". El martes 10, más allá del efecto que produjo un alza descomunal en las tasas de interés- cetes a 55%-. Que azuzó la desbandada de inversionistas en el mercado de valores, la bolsa vivió su peor día desde el crack de 1987. En medio del pánico y la zozobra, el principal indicador llegó a perder hasta 11% cuatro horas después de iniciada la sesión en el piso de remates.

Y como dicen los economistas, que la bolsa anticipa acontecimientos, la caída de ese martes se antojaba premonitrice de momentos más negros, según los especialistas. El presidente de la Bolsa Mexicana de Valores, Manuel Robleda, se preguntó que podrán estar "viendo" los mercados para comportarse tan "irracionalmente". (139)

(139) Información recabada de: "Zedillo, impotente ante la debacle: Washington acudió a rescatarlo y México quedó endeudado. La desconfianza, el temor y la irritación, dentro y fuera del país, envuelven al Presidente". Carlos Acosta Córdova. PROCESO. No. 950. 16 de enero de 1995. pp. 6-7.

-Los mercados están contagiados de nerviosismo: están cayendo las bolsas latinoamericanas (9.6% en Argentina; 9.8% en Brasil; 5.12% en Chile y 9.9% en Perú).

-Los inversionistas están saliendo masivamente de los mercados "emergentes" y propician más nerviosismo y bajas abruptas en los mercados de valores.

-Las calificadoras internacionales llaman a no comprar papeles mexicanos y latinoamericanos en general.

-Azuzó el mar de confusión y nerviosismo el incremento sustancial en las tasas de interés domésticas. Los cetes llegaron a estar en el mercado secundario entre 60 y 65%, cuando apenas hace un mes la tasa primaria estuvo entre 13 y 14%.

Luego de tres meses de crisis económicas y reiterados programas oficiales para enfrentarla, nadie puede pagar. Ni particulares, ni empresas, ni bancos, ni – aun- gobiernos estatales. (140)

Las espectaculares alzas en las tasas de interés –que están diez veces más altas que a principios de 1994-, con las que el gobierno pretende retener los capitales externos, estabilizar el mercado cambiario y, junto con otros instrumentos macroeconómicos, corregir los "desequilibrios acumulados" que originaron la crisis, han producido la más severa crisis de insolvencia en el país.

(140) Información recabada de: "Rechazo general al plan de choque diseñado por Guillermo Ortiz. En moratoria silenciosa, industriales, agricultores, comerciantes y consumidores dejan de pagar sus deudas". Carlos Acosta Córdova. PROCESO. No. 960 27 de marzo de 1995. pp. 6-7.

Los particulares, en el peor caso: quedaron atrapados con créditos hipotecarios, créditos fáciles para consumo (Autos, artículos para el hogar, equipos diversos) y, sobre todo, con tarjetas de crédito que, en promedio cobran intereses arriba del 120% anual.

México, los mexicanos, con las capacidad de consumo, reducida hasta en 50%. Las consecuencias: cierre de comercios, caída estrepitosa de ventas, desempleo, delincuencia y violencia social.

* Nadie sabe cuánto va a estar ganando en términos reales la mañana siguiente. No hay garantías de que su ingreso tendrá el mismo poder adquisitivo entre la mañana y la tarde del mismo día.

* La venta de automóviles cayó 61.7% entre enero y febrero. La industria restaurantera reportó una disminución de 20 a 40% en su clientela durante los primeros 30 días del año.

* Casi 10,000 establecimientos de los 123,000 afiliados a la Cámara Nacional de la Industria Restaurantera y de Alimentos Condimentados tendrán que cerrar sus puertas. Por esa razón se perderán unos 70,000 empleos de los 650,000 que ofrece ese sector.

* Los hospitales y consultorios privados están resintiendo bajas en sus servicios en alrededor de 40%.

(138) Información recabada de: "En la crisis con visos de catástrofe, la clase media se torna "voyeurista": va a las tiendas a mirar". Alejandro Caballero, Rafael Ocampo y Fernando Ortega. PROCESO. No. 960 27 de marzo de 1995. p. 8.

* Las agencias de viajes reportan un panorama “terrorífico”. La venta de vuelos o paquetes internacionales cayó en 75%. La de paquetes o boletos con destino nacional 50%. En lo que va del año, sólo en el área metropolitana, han cerrado 20 establecimientos de este tipo.

* La renta de teléfonos celulares disminuyó en 50%.

* Autofin conseguía a nivel nacional 2,000 nuevos clientes al mes. Ahora sólo amarra 300.

* La gente dejó de usar tarjetas de crédito. El 80% de los usuarios la tiene guardada bajo llave, si no la ha cancelado. Sólo 20% la emplea.

Se hace manifiesta la situación imprevista que se presentó en nuestro país y que afectó todos y cada uno de los factores económicos del país. Como se demostró con los Indicadores económicos se afectaron sustancialmente las obligaciones del deudor, de una manera que se produjo una situación de injusticia o iniquidad en la equivalencia de las prestaciones por su excesiva onerosidad, además de que se trató de alteraciones de la situación general del país o de la región y no de circunstancias particulares o personales del deudor.

Para acreditar que dicha situación fue general del país que nos baste ver el número de las diversas ejecutorias que remitieron los Tribunales Colegiados de Circuito de la República, y que formó el legajo, agrupándose aquéllas atendiendo, en primer término, al número de circuito, en segundo lugar al número del tribunal dentro de cada circuito y por último al número de expediente y año de su formación, en orden ascendente, los que a su vez se enumeraron progresivamente del 1 al 207.

Los veintitrés circuitos existentes, sin excepción, mandaron las ejecutorias donde se iba a resolver lo concerniente a la Contradicción de Tesis. Lo que evidencia la trascendencia del fallo que alcanzó a todo el país.

Era un desequilibrio tal en el cumplimiento de la obligación que motivó controversias en todas las Entidades Federativas del país, estaba en riesgo la existencia de la clase media de la Nación (que en última instancia son los que cuentan con patrimonio para garantizar el cumplimiento de un contrato de apertura de crédito).

No se podrá encontrar en mucho tiempo un caso tan explícito de una situación donde hubiera operado de manera perfecta la Teoría de la Imprevisión.

4.3 Propuestas de adecuación a la legislación conforme a las necesidades de nuestro tiempo.

Ante lo que sucedió se deben tomar medidas para evitar que se vuelva a presentar este tipo de situaciones en el futuro, lo imprevisible lógicamente no se puede predecir, lo que si se puede hacer es tener mecanismos que permitan adaptar las condiciones ante la posibilidad de cambios sustanciales en los factores que determinan el cumplimiento equitativo de las obligaciones.

Como lo estableciera en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 el Presidente Zedillo:

“También es necesario introducir mecanismos alternativos de resolución de conflictos que permitan mayor rapidez y especialización en las resoluciones. La mediación y la conciliación son experiencias que deben considerarse, pues en cierto tipo de conflictos logran los mismos efectos de la justicia ordinaria a un bajo costo. Igualmente, se fortalecerán las vías de resolución de los conflictos por medio del arbitraje en diversas materias, y se realizarán reformas para que los laudos resultantes de los procesos de este tipo puedan tener una más eficiente ejecución.”

De los pocos compromisos que se cumplieron por la saliente administración debe hacerse especial mención a la creación de diversas Instituciones, cuyo objetivo primordial es la Conciliación y el Arbitraje con miras a resolver de manera especializada los conflictos que se presentaran ante las mismas.

4.3.1 La Comisión para la Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros.

La Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1999 que entrara en vigor noventa días después de su publicación, creo la Comisión para la defensa de los usuarios de servicios financieros (CONDUSEF), organismo público descentralizado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

La citada ley en su Título primero, Capítulo único, Disposiciones generales establece:

“La protección y defensa de los derechos e intereses de los Usuarios, estará a cargo de un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, denominado Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, con domicilio en el Distrito Federal.

La protección y defensa que esta Ley encomienda a la Comisión Nacional, tiene como objetivo prioritario procurar la equidad en las relaciones entre los Usuarios y las Instituciones Financieras, otorgando a los primeros elementos para fortalecer la seguridad jurídica en las operaciones que realicen y en las relaciones que establezcan con las segundas.

Uno de los principales avances ante la urgente necesidad de protección a la parte débil de los contratos con Instituciones Financieras. Nótese que el objetivo de dicha Comisión es “procurar la equidad en las relaciones”.

Se dio un gran paso al crear esta Comisión que de aquí en adelante procurará, por lo menos, explicar los alcances de las obligaciones que contratan los Usuarios de los servicios financieros, quizá otro hubiera sido el resultado si su creación se hubiera realizado antes.

En el artículo 5° de la Ley en cita se precisa la finalidad de la Comisión:

“La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros tendrá como **finalidad** promover, asesorar, proteger y defender los derechos e intereses de los Usuarios frente a las Instituciones Financieras, arbitrar sus diferencias de manera imparcial y proveer a la equidad en las relaciones entre éstos”.

En la finalidad se vuelve a hacer referencia a la preeminencia de la equidad en las relaciones entre los usuarios y las Instituciones financieras, reconociéndose así la importancia de no soslayar este principio en las relaciones contractuales.

Dentro de las diversas facultades con las que cuenta Comisión Nacional están las siguientes:

I. Atender y resolver las consultas que le presenten los Usuarios, sobre asuntos de su competencia;

Atender las principales dudas que tienen los usuarios al momento de solicitar o pretender contratar algún servicio financiero.

II. Atender y, en su caso, resolver las reclamaciones que formulen los Usuarios, sobre los asuntos que sean competencia de la Comisión Nacional;

III. Llevar a cabo el procedimiento conciliatorio entre el Usuario y la Institución Financiera en los términos previstos en esta Ley, así como entre una Institución Financiera y varios Usuarios, exclusivamente en los casos en que éstos hayan contratado un mismo producto o servicio, mediante la celebración de un solo contrato, para lo cual dichos Usuarios deberán apearse a lo establecido en el último párrafo del artículo 63 de esta Ley;

Una de las principales facultades, muchas veces las posibles controversias son cuestiones que no ameritan iniciar un juicio ante Tribunales, la oportunidad de requerir alguna situación mediante un procedimiento conciliatorio reduce en gran parte el número de juicios que se pueden presentar ante la autoridad jurisdiccional.

IV. Actuar como **árbitro en amigable composición o en juicio arbitral de estricto derecho** de conformidad con esta Ley, en los conflictos originados por operaciones o servicios que hayan contratado los Usuarios con las Instituciones Financieras, así como emitir dictámenes técnicos de conformidad con esta Ley;

En caso de no llegarse a un arreglo conciliatorio se da la opción de designar a la Comisión como árbitro, se tiene la ventaja de que se tratan de especialistas en la materia, se complementa y apoya la labor jurisdiccional con mayor precisión técnica.

V. De conformidad con lo señalado por el artículo 86 de esta Ley, **prestar el servicio de orientación jurídica y asesoría legal a los Usuarios**, en las controversias entre éstos y las Instituciones Financieras que se entablen ante los tribunales, con motivo de operaciones o servicios que los primeros hayan contratado; así como respecto de prestatarios que no corresponden al sistema financiero, siempre y cuando se trate de conductas tipificadas como usura y se haya presentado denuncia penal;

VI. **Proporcionar a los Usuarios los elementos necesarios para procurar una relación más segura y equitativa entre éstos y las Instituciones Financieras.**

Aunque no se mencionan cuales son estos elementos, se entienden que primordialmente serán una adecuada orientación y la información suficiente para que el usuario conozca anticipadamente a que atenerse si se decide a contratar.

Expedir, cuando así proceda, a solicitud de parte interesada y previo el pago de los gastos correspondientes, copia certificada de los documentos que obren en poder de la misma, siempre y cuando se compruebe fehacientemente el interés jurídico;

VII. **Coadyuvar con otras autoridades en materia financiera para lograr una relación equitativa entre las Instituciones Financieras y los Usuarios**, así como un sano desarrollo del sistema financiero mexicano;

Se destaca una y otra vez la “relación equitativa” que debe existir entre los Usuarios y las Instituciones Financieras, así como un “sano desarrollo del sistema financiero”, situación que no fue respetada en la mayoría de los Contratos de Apertura de Crédito Adicional como se demostró con el análisis de sus cláusulas.

VIII. Emitir recomendaciones a las autoridades federales y locales para coadyuvar al cumplimiento del objeto de esta Ley y al de la Comisión Nacional;

IX. Emitir recomendaciones a las Instituciones Financieras para alcanzar el cumplimiento del objeto de esta Ley y de la Comisión Nacional, así como para el sano desarrollo del sistema financiero mexicano;

X. Formular recomendaciones al Ejecutivo Federal a través de la Secretaría, para la elaboración de iniciativas de leyes, reglamentos, decretos y acuerdos en las materias de su competencia, a fin de dar cumplimiento al objeto de esta Ley y al de la Comisión Nacional, así como para el sano desarrollo del sistema financiero mexicano;

Aquí se cuenta con una excelente oportunidad para recomendar al Ejecutivo la creación o el mejoramiento de leyes deficientes que sólo remarcan el desequilibrio en las relaciones contractuales.

XI. Concertar y celebrar convenios con las Instituciones Financieras, así como con las autoridades federales y locales con objeto de dar cumplimiento a esta Ley;

XII. Elaborar estudios de derecho comparado relacionados con las materias de su competencia, y publicarlos para apoyar a los Usuarios y a las Instituciones Financieras;

Si se estudiara el Derecho Francés se encontrarían interesantes referencias de la aplicación de la Teoría de la Imprevisión en sus ordenamientos, mismas que les pueden servir para apoyar las recomendaciones de proyectos de ley al Ejecutivo.

XIII. Celebrar convenios con organismos y participar en foros nacionales e internacionales, cuyas funciones sean acordes con las de la Comisión Nacional;

XIV. Proporcionar información a los Usuarios relacionada con los servicios y productos que ofrecen las Instituciones Financieras, y elaborar programas de difusión con los diversos beneficios que se otorguen a los Usuarios;

En un ambiente competitivo, el conocer todas las opciones que ofrecen las diversas instituciones permite un mayor margen de libertades al momento de decidirse por alguna de ellas.

XV. Analizar y, en su caso, autorizar, la información dirigida a los Usuarios sobre los servicios y productos financieros que ofrezcan las Instituciones Financieras, cuidando en todo momento que la publicidad que éstas utilicen sea dirigida en forma clara, para evitar que la misma pueda dar origen a error o inexactitud;

Se denota la preocupación por la prestación de un servicio serio y profesional, cuidando los detalles que pudieran repercutir en su credibilidad.

XVI. Informar al público sobre la situación de los servicios que prestan las Instituciones Financieras y sus niveles de atención, así como de aquellas Instituciones Financieras que presentan los niveles más altos de reclamaciones por parte de los Usuarios;

Esto obligará a las instituciones financieras a mejorar la prestación de sus servicios, la mala publicidad que les puede provocar redundaría en el número de usuarios que pretendieran contratar sus servicios.

XVII. Orientar y asesorar a las Instituciones Financieras sobre las necesidades de los Usuarios;

La colaboración conjunta de la Comisión con las Instituciones Financieras permitirá optimizar los servicios de estos últimos en base a las necesidades de los usuarios.

XVIII. Revisar y, en su caso, proponer modificaciones a los contratos de adhesión utilizados por Instituciones Financieras para la celebración de sus operaciones o la prestación de sus servicios;

Esta es una de las principales facultades, aquí se pueden corregir muchas de las

convenciones leoninas que la mayoría de las veces imponen las Instituciones de Crédito, como lo fueran las famosas cláusulas de crédito adicional.

XIX. Revisar y, en su caso, proponer a las Instituciones Financieras, modificaciones a los documentos que se utilicen para informar a los Usuarios sobre el estado que guardan las operaciones o servicios contratados;

La claridad en el manejo de la prestación de los servicios que ofrecen las instituciones de crédito deberá ser una prioridad en la revisión de este tipo de documentos.

XX. Solicitar la información y los reportes de crédito necesarios para la substanciación de los procedimientos de conciliación y de arbitraje a que se refiere esta Ley. Para todos los efectos legales, la sola presentación de la reclamación por parte del Usuario, faculta a la Comisión Nacional para exigir la información relativa;

XXI. Imponer las sanciones establecidas en esta Ley;

Para hacer valer sus determinaciones se establecen importantes medios para que en verdad sea tomada en cuenta al momento de emitir sus fallos.

XXII. Aplicar las medidas de apremio a que se refiere esta Ley;

XXIII. Conocer y resolver sobre el recurso de revisión que se interponga en contra de las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional;

XXIV. Determinar el monto, la forma y las condiciones de las garantías a las que se refiere esta Ley, así como el monto que deberá registrarse como pasivo contingente por parte de las Instituciones Financieras en términos del artículo 68 fracción X1;

XXV. Condonar total o parcialmente las multas impuestas por el incumplimiento de esta Ley, y

XXVI. Las demás que le sean conferidas por esta Ley o cualquier otro ordenamiento.

Las diversas facultades que se le concedieron a la Comisión la hará en un futuro no muy lejano, tener una relevancia especial en el sistema financiero mexicano, a mayor abundamiento es de señalarse lo siguiente:

a) Alcances y Expectativas.

La Comisión responde a un proceso de universalización financiera en donde el mercado selecciona y premia a los que cubren las necesidades de sus usuarios. Se debe preservar el Interés general que no es más que la equidad y el orden ante la clientela, aunado a la eficiencia y calidad en los servicios que se prestan.

Siendo la Comisión para la defensa de los usuarios de servicios financieros el resultado del hechos indisputable del desequilibrio en las relaciones con la Instituciones Financieras, debe reconocerse que su objetivo primordial debe ser el perseguir la igualdad y justicia en estas relaciones.

¿Cuál es el tipo de asuntos que son de la competencia de la Condusef?

- Para realizar consultas, aplican aquellas relativas al tipo de productos y/o servicios ofrecidos por las Instituciones Financieras en el País, tales como características del producto, forma de operación, personal a quien contactar en cada Institución Financiera elegida, y compromisos asumidos por las partes, exceptuando de esta información la relativa a los costos que cada Institución cobrará a los Usuarios por el uso o prestación de los productos y/o servicios.
- También se atenderán consultas sobre la forma de operación de la Condusef, para lo cual se expondrá el procedimiento mediante el cual se puede brindar atención al Usuario, así como respecto del alcance de la Comisión en cuanto a las necesidades particulares de cada caso que plantee el Usuario.

- Para presentar reclamaciones, el ámbito de acción de la Condusef es aplicable cuando existan diferencias en la interpretación de los compromisos asumidos implícita o explícitamente, derivados de la suscripción del Contrato de Adhesión a través del cual el Usuario contrató el servicio o adquirió el producto ofrecido por la Institución Financiera.
- También se atenderán reclamaciones cuando a criterio del usuario, la Institución Financiera haya actuado de manera indebida, o cuando haya incumplido con lo planteado en los contratos suscritos con el Usuario.
- Adicionalmente, la Condusef está facultada para analizar y verificar que la información publicitaria y toda aquella utilizada por las Instituciones Financieras para comunicar los beneficios o compromisos, que el Usuario asume al adquirir un producto o contratar un servicio, sea veraz, efectiva y que no induzca a confusiones o interpretaciones equívocas.

Todo suena de maravilla e incluso se vislumbraba la creación de esta Comisión como una alternativa de solución de los Deudores de la Banca por el error de diciembre de 1994, lamentablemente dicha Comisión nació maniatada para atender este tipo de controversias, su legislación es ambigua lo que acarrea una serie de consecuencias que ponen en duda la eficiencia que pueda tener esta Comisión, debido a lo siguiente:

¿Que asuntos no son atendidos por la Condusef?

- La Condusef no dará atención, entre otras, a aquellas reclamaciones derivadas de las variaciones en las tasas de interés que se pacten entre el Usuario y la Institución Financiera cuando sean consecuencia de condiciones macroeconómicas adversas, así como de aquellos asuntos que sean derivados de políticas internas o contractuales de las Instituciones Financieras y que no sean notoriamente gravosas para los Usuarios.

En pocas palabras quedan fuera todos los Usuarios que se vieron afectados por la situación imprevisible de la crisis económica de 1995, llama la atención de la mención de “condiciones macroeconómicas adversas”. esto queda demasiado impreciso para una interpretación correcta.

- La Condusef podrá rechazar de oficio las reclamaciones que sean notoriamente improcedentes.
- La Condusef podrá atender las reclamaciones que le sean presentadas dentro del término de un año a partir de que se suscite el hecho que la produce. Esta reclamación se realizará a elección del usuario ante la Institución Financiera, en el domicilio de la Condusef o en alguna de sus delegaciones estatales o regionales.

La creación de esta Comisión no es mera casualidad, en gran parte es resultado de la molestia colectiva y la impotencia de los usuarios de servicios financieros, que la mayoría de las veces se ven burlados por campañas publicitarias que denotan una concepción distinta de lo que en realidad contratan este tipo de personas.

Las Instituciones de Crédito se dieron cuenta de que no podían abusar más de la situación de privilegio permanente en la que se encuentran y deben ganarse nuevamente la aprobación y credibilidad de sus clientes, que en última instancia es de donde adquieren su riqueza.

Como se empeña en afirmarlo el Presidente de la Asociación de Banqueros de México Carlos Gómez y Gómez, en una aportación que hiciera a la publicación periódica que hace la Condusef en su página de Internet:*

“La excelencia en los servicios bancarios: satisfacción total del usuario”

Introducción

Las instituciones de crédito, para poder operar, tienen que contar con la confianza de los depositantes y de quienes solicitan todo tipo de servicios bancarios.

Por un lado se brinda la seguridad de que los recursos que son entregados serán administrados correcta y profesionalmente para los fines y bajo las condiciones acordadas y, por el otro, que los servicios que se presten se apeguen a la legislación vigente, así como a **las sanas prácticas bancarias**. Para lograr esta confianza es necesario brindar información clara y oportuna al mercado, ya sea a través de la divulgación de información a los usuarios y al público, así como mediante reportes regulatorios a las autoridades que velan por el interés público.

Se reconoce que una de las bases de las Instituciones de crédito es conducirse conforme a las sanas prácticas bancarias, situación que para los Ministros al momento de dictar su fallo no les fue de mayor importancia.

* Internet www.condusef.com.

El prestigio es también un elemento fundamental para crear conciencia; éste representa información sobre el trabajo que diariamente se debe llevar a cabo para lograr el reconocimiento sobre la calidad moral y la capacidad técnica en la provisión de los servicios bancarios; sólo de esa forma se logra contar con la preferencia de los clientes.

La crisis bancaria se debe en gran parte a los abusos de los funcionarios que operaron en su oportunidad este tipo de Instituciones, la ignominia en su actuar y la posterior modificación de las leyes para el castigo de los delitos de cuello blanco, que gracias al “principio de irretroactividad de la ley” no se les podrá aplicar.

Consciente de que el activo más importante de las instituciones de crédito es la confianza del público y de que la reciente crisis financiera, así como el comportamiento indebido de algunos banqueros, deterioraron ese activo, al asumir la presidencia de la Asociación de Banqueros de México en marzo de 1998, me comprometí a trabajar en revertir dicha tendencia, aspecto en el que he redoblado esfuerzos durante este segundo año al frente de la ABM.

Se reconoce por su parte las deficiencias que se han tenido aunque no asume la responsabilidad que les toca en la nefasta crisis económica que sufrió el país, en donde en ningún momento se vieron esfuerzos de su parte para sacrificar algo de ganancias en aras de la estabilidad que el país necesitaba.

Una “revolución silenciosa” ha tenido lugar mediante la inversión de importantes recursos en la modernización de la infraestructura tecnológica y física, la creación de nuevos productos, la capacitación del personal y el fortalecimiento de las Unidades Especializadas de Atención al Cliente establecidas de conformidad con la Ley de Instituciones de Crédito.

Lo que nos quedan son las consecuencias positivas que tuvieron fraudes tan escandalosos como los del FOBAPROA, las instituciones de crédito están bajo la mirada crítica de la sociedad y esta será su mayor verdugo si no se modernizan y retoman parte de la credibilidad que difícilmente volverán a tener en un cien por ciento.

Algunos avances se han iniciado, falta bastante por hacer, el cambio del partido gobernante en el poder es el manifiesto descontento de la población que decidió poner un hasta aquí de una manera pacífica, no sabemos si el espejismo de Fox resolverá muchas de las deficiencias legislativas que se reflejan en los perjuicios que se ocasionan a la sociedad, lo que si queda claro es que si algo no funciona siempre se tendrá la opción de cambiarlo.

Entre las principales carencias de la ley en comento resaltan:

- * La falta de técnica legislativa en su elaboración, lo que trae como consecuencia inmediata la incertidumbre al momento de su aplicación.

- * La discrepancia en la prescripción para la presentación de las reclamaciones, que varía sustancialmente con otras legislaciones del ramo, siendo menor la que establece la Comisión y dejando así en desventaja al usuario.

- * La falta de medidas de apremio eficientes y debidamente detalladas que permitan hacer efectivos sus fallos. El hecho de que el laudo se tenga que homologar para su ejecución forzosa es uno de los grandes impedimentos para alcanzar sus fines.

- * Las Instituciones Financieras no están obligadas a someterse al arbitraje con lo que la Comisión sólo se queda con la "buena intención".

* El hecho de que se asiente el pasivo contingente contablemente y no se constituya, al momento de que se presenta una reclamación (en el término que señala la ley) hace que la Institución en ningún momento se vea presionada para llegar a un arreglo.

* Una preocupación aparte es el caso de que no se establece un límite máximo para emitir sus laudos con lo que se pone en riesgo la “justicia pronta y expedita” que al retrasarse deja de ser justicia.

Con lo ya señalado es de concluirse que urge una reforma integral en la ley que con menos de dos años ya sufrió una reforma el cinco de enero del año dos mil, misma que aún es insuficiente debido a los vicios de los que adolece esta ley desde su nacimiento.

4.3.2 La importancia del establecimiento expreso de la Teoría de la Imprevisión como reconocimiento del Principio de Equidad que lleva impreso.

Si partimos de la base del argumento de Celso: *impossibile nulla obligatio est*, “nadie esta obligado a lo imposible”. Debemos admitir que aunque las obligaciones se hicieron para cumplirse, existen principios y valores que se deben proteger por encima de la libertad contractual que prevalece en las relaciones, es ahí donde entra la Teoría de la Imprevisión.

Elementos no faltan para poder evidenciar la necesidad del establecimiento expreso del la Teoría de la Imprevisión. Simplemente en el ámbito internacional esta Teoría ha sido reconocida desde los inicios del Derecho Internacional, para muestra sólo basta citar dos tratados que ha suscrito nuestro país con la Comunidad Internacional:

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, mismos que como ya se hizo referencia en el apartado donde se les estudio reconocen la existencia del "*rebus sic stantibus*" en los Tratados y Contratos Internacionales.

Partiendo del hecho de que México firmó y publicó estos tratados haciéndolos normatividad vigente, y con fundamento en la siguiente tesis que a continuación se transcribe:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. **No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional;** por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.

Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Precedentes

Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiocho de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVII/1999, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.".

Luego entonces, si ya se reconoció en el ámbito internacional la existencia de la teoría de la Imprevisión no debe existir impedimento alguno para su inclusión en el ámbito interno de nuestro país.

El hecho de que se establezca con mayor precisión la jerarquía a que hace referencia el artículo 133 Constitucional pone la inclusión del Principio de Equidad en la Teoría de la Imprevisión que reconocen estos tratados, por encima de cualquier ley de carácter federal, llámese Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Instituciones de Crédito o Código de Comercio.

El Derecho Comparado también nos muestra importantes referencias del reconocimiento expreso de la Teoría de la Imprevisión como el ya señalado artículo del Código Francés que expresa textualmente: «Las convenciones obligan, no sólo a aquello que está expresado en ellas, sino a todas las consecuencias que la equidad, los usos o la ley atribuyen a la obligación según su naturaleza».

Las bases están, lo que falta es la decisión de aplicar las Instituciones Jurídicas que han prevalecido desde el origen del Derecho, no hay que menoscabar lo existente. Si se permitió la creación de figuras como el refinanciamiento que no es más que la capitalización de intereses, por qué no reconocer la existencia de una figura tan importante como la Teoría de la Imprevisión.

La preocupación es latente y afortunadamente se ha conjugado esfuerzos en la búsqueda de soluciones a futuro, lamentablemente se actualiza lo que dice el siguiente refrán: "Ahogado el niño, a tapar el pozo".

CAPITULO V
CONCLUSIONES

CAPITULO V

CONCLUSIONES

1. El Contrato de Apertura de Crédito Adicional tiene su base en un largo desarrollo del Derecho Civil y Mercantil donde siempre han prevalecido figuras e instituciones tendientes a proteger la libertad contractual aunado a la limitación que debe prevalecer cuando se conculcan principios generales que contemplan las leyes.

2. Desde su origen el interés en los contratos, ha sido y seguirá siendo un concepto sobre el cual las leyes y la doctrina no se pondrán de acuerdo. A lo largo de la historia se han presentado diversas posturas sobre su aplicación prevaleciendo en las etapas más importantes del desarrollo del Derecho, la postura de limitar su excesiva aplicación.

3. La dispersión legal en materia Mercantil ha ocasionado controversias sobre la forma de integración que debe haber al aplicar la legislación. Los argumentos para defender el hecho de que el Código de Comercio es la base sustantiva de las demás legislaciones que han emanado del mismo, tiene un origen histórico.

4. La Equidad es un Principio General del Derecho y por lo mismo es una fuente formal en nuestro sistema jurídico, lo que permite su aplicación conforme al orden que establece el artículo 14 constitucional, en los Contratos de Apertura de Crédito Adicional.

5. La Teoría de la Imprevisión que tiene su origen en el Derecho Canónico, recoge la máxima "Rebus sic stantibus", figura reconocida internacionalmente por Convenciones y Tratados suscritos por nuestro país.

6. El Contrato de Apertura de Crédito Adicional o Refinanciamiento es una medida tanto de carácter jurídico como económico, en donde el acreditado tiene a su disposición una suma de dinero para el pago de intereses vencidos, que al ser utilizada producirá intereses, que pueden consolidarse con el crédito principal. En pocas palabras el Refinanciamiento no es otra cosa que el interés sobre interés que se pacta en los Contratos de Apertura de Crédito.

7. La Legislación Bancaria, en particular la Ley de Instituciones de Crédito en su artículo 65 establece el deber de estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión, para el otorgamiento de sus financiamientos, situación que va concatenada con el artículo 77 del mismo ordenamiento donde claramente consta que las instituciones de crédito prestarán sus servicios con apego a las sanas prácticas bancarias, que no tienen otro fin que el garantizar la seguridad de las obligaciones. Situación que no fue respetada al momento de suscribir los Contratos de Apertura de Crédito Adicional.

8. Las cláusulas donde se contiene el Crédito Adicional son notoriamente desproporcionadas en cuanto a la obligación que asumen las partes, teniendo por un lado que por parte del Acreedor se prevén los supuestos que le puede perjudicar y no así con el Deudor.

9. Los antecedentes de la resolución de la Contradicción de Tesis por parte de la Suprema Corte tiene su origen en la crisis económica de 1995, que motivó la serie de controversias sobre la interpretación y aplicación de los contratos de crédito adicional que se dio de manera divergente.

10. La Jurisprudencia emitida por el Controvertido fallo de la Corte, lejos de resolver una situación, que requería de un criterio netamente jurídico donde válidamente se podían auxiliar de los Principios Generales del Derecho para fundamentar su fallo, vino a evidenciar la necesidad que siempre ha prevalecido de dotar de una base legal que permita tener un Poder Judicial Autónomo.

11. Los votos particulares de los Ministros disidentes y, en particular el que se refiere a la validez de los contratos aún cuando haya omisión del estudio de viabilidad económica, son la prueba de que existen argumentos de peso que en un momento dado permitirán rectificar las deficiencias en el fallo.

12. La Teoría de la Imprevisión al recoger el Principio de Equidad que debe prevalecer en todo sistema jurídico, es una opción que debe ser retomada para resolver la situación de la cartera vencida en México, reconociéndose expresamente en la legislación como una cláusula natural en los contratos.

13. Los Contratos de Apertura de Crédito Adicional no respetan la equidad que debe existir entre las partes, la Teoría de la Imprevisión es una importante opción en la solución de controversias por la aplicación de estos contratos, el reconocimiento que de esta figura ha hecho nuestro país en materia internacional permite tener una base sólida para su aplicación expresa en el ámbito interno.

14. Como consecuencia de la tremenda crisis bancaria se han creado en nuestro país Comisiones como la de Protección y Defensa a los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) en respuesta a las necesidades de tutela de los derechos de dichos usuarios que por la deficiencia de su legislación quedan sólo en buenas intenciones sin resolver el problema de fondo.

15. Se debe aprovechar la creación de la Comisión para la defensa de los usuarios de servicios financieros dotándola una legislación eficiente que le permita lograr sus objetivos.

BIBLIOGRAFIA Y LEGISLACION

- García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho.
Ed. Porrúa, 51ª. Reimpresión, México, 2000.
- González, Juan Antonio. Elementos de Derecho Civil.
7ª. Ed. Editorial Trillas, México, 1991.
- Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones.
12ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1998.
- Historia General de México. Tomo 1.
Ignacio Bernal. Formación y desarrollo de Mesoamérica.
3ª. Ed. El Colegio de México. 1981.
- Magallón, Ibarra Jorge Mario. Instituciones de Derecho Civil.
Tomo I, 2ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1998.
- Margadant, Guillermo F. El Derecho Privado Romano.
18ª. Ed. Editorial Esfinge, México, 1992.
- Introducción a la Historia del Derecho Mexicano.
11ª. Ed. Editorial Esfinge, México, 1994.
- Panorama de la Historia Universal del Derecho.
4ª. Ed. Grupo Editorial Miguel Angel Porrúa, México, 1991.
- Moreno Navarro, Gloria. Teoría del Derecho.
1ª. Ed. McGraw-Hill, México, 2000.
- Ortiz Urquidi, Raúl. Derecho Civil. Parte General.
3ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1986.
- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano.
11ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1994.
- Seara Vázquez, Modesto. Derecho Internacional Público.
13ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1991.
- Vásquez, del Mercado Oscar. Contratos Mercantiles.
8ª. Ed. Editorial Porrúa, México, 1998.

DICCIONARIOS Y ENCICLOPEDIAS

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Editorial Espasa-Calpe, 25ª Edición, Madrid, 1992.

Diccionario de Terminología Jurídica.

Visión Jurídica 98.6a Copyright 1998 Casa Zepol, S. A. de C. V.
DTJ - 1508.

Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot.

Tomo III, Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1989.

Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo IV.

3ª. Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Ed. Porrúa.
México, 1989.

Enciclopedia Jurídica Omeba

Tomo VIII , 1a. Ed. Editorial Bibliográfica Omeba, Argentina, 1991.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Código de Comercio.
3. Código Civil en Materia Federal.
4. Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
5. Ley del Banco de México.
6. Ley de Instituciones de Crédito.
7. Ley Federal de Protección al Consumidor.
8. Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos.
9. Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

REVISTAS

PROCESO. Semanario de Información y Análisis. Director. Julio Scherer García.
Año 21. 1994, 1995 y 1998.

INTERNET

COMISION PARA LA DEFENSA DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS. (www.condusef.com.)

OTROS

"INDICADORES ECONOMICOS" Diciembre 1995. del Banco de México. Publicación a cargo de la Dirección General de Investigación Económica. Enero 1996.