



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA  
DE MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

CAMPUS ARAGÓN

LOS PACTOS DEL ANATOCISMO.

293539

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
JOSÉ DE JESÚS MORALES VÁZQUEZ.

ASESOR:  
DR. ARTURO ARRIAGA FLORES.



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.

*A mis padres:*

*María del Carmen Vázquez y José de Jesús Morales*

*No sólo porque me dieron lo más valioso que es la vida, sino por darme el amor, cariño, comprensión y buen ejemplo, gracias a ello hacerme una persona útil y alcanzar el presente propósito.*

*A mis hijos:*

*Beatriz Gabriela y José de Jesús.*

*Por el gran amor y cariño que siento por ellos lo cual ha generado en mí las fuerzas necesarias para no quebrantar en los propósitos fijados en mi realización como persona.*

*A todos mis hermanos:*

*Por su apoyo en todas las etapas de mi vida.*

*A Elvia Patricia:*

*Por su ejemplar cariño, amor, afecto, tolerancia y apoyo que me ha brindado para hacer posible la culminación del presente objetivo.*

*A mi asesor el Dr. Arturo Arriaga Flores:*

*Porque aparte de su importante dirección en la realización del presente trabajo, me ha brindado su valiosa amistad.*

*A todos mis maestros:*

*Con agradecimientos por los conocimientos y consejos que me transmitieron a lo largo de mi vida académica.*

*A Todos mis compañeros universitarios:*

*Una mención muy especial por su buena voluntad y motivación que me llevó a la realización del presente trabajo.*

*A todas aquellas personas con quien me ligan lazos inolvidables de afecto y cariño.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México por ser inagotable fuente de conocimientos, y porque es y será siempre mi Alma Mater, mi máximo reconocimiento.*

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>I</b>
<b>CAPÍTULO 1</b>	
<b>BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DEL ANATOCISMO.</b>	
1.1.- Derecho Romano.....	1
1.2.- Derecho Francés.....	2
1.3.- Derecho Alemán.....	3
1.4.- Derecho Italiano.....	5
1.5.- Derecho Español.....	6
1.6.- Derecho Suizo.....	7
1.7.- Derecho de los Estados Unidos de América.....	8
1.8.- Derecho Argentino.....	8
1.9.- Derecho Mexicano.....	9
<b>CAPÍTULO 2</b>	
<b>GENERALIDADES DEL ANATOCISMO.</b>	
2.1.- Concepto.....	16
2.2.- Etimologías.....	17
2.3.- Aspectos Doctrinales.....	18
2.4.- Elementos del Anatocismo.....	27
<b>CAPÍTULO 3</b>	
<b>FIGURAS JURÍDICAS VINCULADAS CON EL ANATOCISMO.</b>	
3.1.- Los Contratos Civiles.....	29
3.1.1.-Inviabilidad de los Contratos.....	60
3.1.2.-Contratos de Adhesión y la Autonomía de la Voluntad...	61

3.2.- Simulación.....	71
3.3.- La Teoría de la Imprevisión.....	76
3.4.- Los Contratos Mercantiles en General.....	81
3.4.1.-Contrato de Apertura de Crédito.....	96
3.4.2.- Contrato de Refinanciamiento.....	108
3.5.- Los Contratos y los Intereses.....	113

## **CAPÍTULO 4**

### **EL ANATOCISMO Y LA LEGISLACIÓN MEXICANA.**

4.1.- Análisis del art. 363 del Código de Comercio vigente.....	115
4.2.1.- Supletoriedad.....	116
4.3.- Intermediación del Sistema Bancario.....	117
4.3.1.- Análisis de los arts. 4, 49, 65, 77, 106 fracción V, 112 fracción V incisos c) y d) de la Ley de Instituciones de Crédito.....	118
4.3.2.- Análisis del art. 359 del Código de Comercio y art. 8 de la Ley Monetaria.....	122
4.4.- El Anatocismo en la Legislación Mexicana actual.....	123
4.5.- El Anatocismo y los intereses.....	124
4.6.- Análisis de los Criterios sustentados en Tribunales Colegiados de Circuito.....	126
4.6.1.- Contradicción de Tesis.....	159
4.6.2.- Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	162
4.7.- Propuesta personal.....	176
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>186</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>189</b>

## INTRODUCCION

El presente trabajo de tesis titulado “LOS PACTOS DEL ANATOCISMO”, abarca las ramas del Derecho Civil y Mercantil.

En el sistema bancario, es usual que en los contratos de apertura de crédito las partes pacten el cobro de intereses sobre intereses. Esta práctica contractual trajo como consecuencia que en Tribunales Colegiados de Circuito se desatará una discusión polémica de mucha trascendencia en nuestro país. Las crisis económicas han traído consigo severos efectos sobre los sectores reales y financieros en un contexto de sobre endeudamiento de las empresas y particulares.

El objeto del presente estudio se centra sobre la validez del pacto de anatocismo, es decir el pacto por el que se convienen el cobro de intereses sobre intereses o pacto de capitalización de intereses en el derecho mexicano, que han dañado las economías de quienes son considerados deudores de la banca como se desglosará en el contenido de esta tesis.

Para ello en el capítulo primero precisó algunas breves referencias al derecho antiguo, que explican la evolución del tema en cuestión; también se formulan algunas citas del derecho extranjero, y finalmente se tratará como se contempla el anatocismo en el derecho mexicano, bajo la perspectiva de los Códigos tanto Civil, como Mercantil y Leyes especiales.

El segundo capítulo hablará de las generalidades del anatocismo, desde su origen etimológico, concepto mismo, así como se tratarán las cuestiones relativas a los elementos que lo conforman.

El tercer capítulo se concretizará al estudio de las figuras referentes al anatocismo, en el cuál encontraremos conceptos generales que rodean a los contratos Civiles como Mercantiles, como también los bancarios y sus accesorios de los mismos.

El capítulo cuarto se concretizará esencialmente al análisis de nuestra legislación mexicana en relación con el pacto de anatocismo ó de capitalización de intereses; se analizarán las disposiciones del sistema

jurídico mexicano, en especial, el Código Civil y Mercantil, así como las Leyes de Instituciones de Crédito y de Títulos y Operaciones de Crédito. En esencia se establecerá si se autoriza o prohíbe el pacto de capitalización de intereses el cuál estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En este mismo capítulo propongo una Reforma de Ley, la cuál contemple la figura de la imprevisión en materia Civil y Mercantil, ya que desde mi punto de vista considero que al contemplarse en la Ley crearía un ambiente jurídico económico propicio, el cuál garantizaría un equilibrio en las obligaciones entre acreedor y deudor.

Este tema de investigación pretende dar una perspectiva humana que garantice no solo la eliminación de los peligros y amenazas existentes para la continuidad para la vida humana, si no también genere condiciones idóneas para una existencia digna y tranquila.



## **CAPÍTULO 1**

### **BREVE REFERENCIA HISTÓRICA DEL ANATOCISMO.**

1.1.- Derecho Romano.

1.2.- Derecho Francés.

1.3.- Derecho Alemán.

1.4.- Derecho Italiano.

1.5.- Derecho Español.

1.6.- Derecho Suizo.

1.7.- Derecho de los Estados Unidos de América.

1.8.- Derecho Argentino.

1.9.- Derecho Mexicano.

## CAPÍTULO 1

### BREVE REFERENCIA HISTORICA DEL ANATOCISMO

Conceptos generales.- Para hacer un estudio cuidadoso de anatocismo es fuerza tomar como punto de partida, una noción clara de los intereses, nombre que recibe en Derecho la compensación en favor del acreedor, por la privación temporal del goce de la prestación principal que tiene derecho a exigir de su deudor. Esta compensación tiene el carácter de fruto civil o jurídico y debe reunir dos condiciones: que haga referencia a una prestación principal de cosas fungibles y que la propia compensación consista en cosas de la misma especie, de donde se advierte que, aunque los intereses en dinero son los mas frecuentes, no son empero los únicos que pueden darse<sup>1</sup>. La obligación que impone el pago de esta compensación accesoria puede nacer de un negocio jurídico (contrato, promesa unilateral o disposición testamentaria), de una resolución judicial o de la Ley<sup>2</sup>.

Hay anatocismo cuando se hace a los intereses productivos a su vez de intereses, como si fueran capital<sup>3</sup>, pudiendo hacerse esta capitalización de los intereses, también por un negocio jurídico por una resolución judicial o por la Ley.

#### 1.1.- DERECHO ROMANO

La "usurae usurarum" en el Derecho Romano.- Según el testimonio de Cicerón en alguna de sus cartas<sup>4</sup>, permitiéndose en el primitivo Derecho de Roma la capitalización de los intereses, siempre que esta operación se hiciera cada año, "anatocismus anniversarius". Mas tarde, sólo se admitió el anatocismo en caso de que los intereses ya causados, se hubieran acumulado al capital y se estipulara de nuevo el pago de intereses sobre la suma "usuras in sortem redigere. . . et totius summae usuras stipulari"<sup>5</sup> (acumular los intereses al capital y estipular intereses de la suma total), hasta que JUSTINIANO

<sup>1</sup> Cfr. B. Windscheid, Derecho de Comercio, Trad. De Fadda y Bensa, Torino, U.N.E.T., 1930, Vol. II & 259 Pags.46 y 47.

<sup>2</sup> Cfr. B. Windscheid, op. cit., ibidem.- L. Enneccerus, Tratado de Derecho Civil. Trad. De Pérez González y Alguer, Bosch, Barcelona, 1933, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Vol. I, Pag.55.

<sup>3</sup> Cfr. M. Planiol y G. Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Paris, 1931. Tomo II, Núm. 2096, Pág. 675.

<sup>4</sup> Cit. por P.F. Girard, Manual Elemental de Derecho Romano, VII Edit., Paris, 1924, Pág. 543, nota 3.

<sup>5</sup> Codex, Liber IV, cap. XXXII "De usuris",núm. 28.

prohibió los intereses de los intereses, “*usurae usurarum*”, de una manera absoluta:

“*quapropter hac apertissima lege definitus, nullo modo licere cuiquam usuras prae teriti temporis vel futuri in sortem redigere, et earum usuras prae stipulari, sed etsi hoc fuerit subsecutum, usuras quidem semper usuras manere, et nullum usurarum aliarum incrementum sentire, sorti autem antiquae tantum modo incrementum usurarum accedere*”<sup>6</sup> (por lo cual disponemos por esta clarísima ley, que de ningún modo es lícito a nadie acumular al capital los intereses del tiempo pasado o del futuro, y estipular intereses de éstos, sino que, aunque se hubiese hecho esto, los intereses, ciertamente permanecen siempre intereses, y no experimentan ningún aumento de otros intereses, sino que el aumento de los intereses corresponde sólo al antiguo capital).

## 1.2.- DERECHO FRANCES

La capitalización de los intereses ha sido objeto de reglamentación sólo por parte del Código Civil, pero sus disposiciones, aunque el Código de Comercio nada prescribe, han sido extendidas también al Derecho Mercantil<sup>7</sup> como una regla general, sujeta a varias excepciones.

El artículo 1154 del Code Civil, en el capítulo consagrado a tratar “de los daños y perjuicios que resultan de la inejecución de la obligación”, establece la norma: “los intereses vencidos de los capitales pueden producir intereses, o por una demanda judicial, o por un convenio especial, siempre que, bien sea en la demanda bien sea en el convenio, se trate de intereses debidos al menos por un año entero”.

La actitud, por consiguiente, que guarda el Legislador Francés frente al problema del Anatocismo, es en principio permisiva, si bien somete la validez de la proliferación de los intereses a la concurrencia de determinadas condiciones. Los dos requisitos impuestos para autorizar la capitalización de los intereses, hacen recordar la reglamentación de esta materia en los dos periodos que precedieron a la codificación de Justiniano, porque se exige que la capitalización verse sobre los intereses de un año por lo menos ( el “*anatocismus anniversarius*” del tiempo de Cicerón) y hay necesidad además, para el cómputo de los nuevos intereses, que se acumulen al capital sólo

<sup>6</sup> Codex, *ibidem*, in fine.

<sup>7</sup> Cfr. Lyon Caen y Renault, Tratado de Derecho Comercial, Paris, 1899, 32, núm. 33.

intereses vencidos y no intereses por vencer (las “*usurae praeteriti temporis*” y no las “*usurae futuri temporis*”), tal como corría en la etapa inmediatamente anterior a Justiniano.

El modo de entender la segunda condición ha provocado una profunda división en la doctrina y en la jurisprudencia francesa. En efecto, una buena parte de autores<sup>8</sup> y algunas resoluciones judiciales antiguas<sup>9</sup> sostienen que es requisito indispensable para permitir el anatocismo que en el momento en que se presente la demanda judicial o se celebre el convenio que haga producir intereses a los intereses, éstos ya se hayan devengado; en tanto que para varios otros autores<sup>10</sup> y para la jurisprudencia dominante<sup>11</sup>, es solo necesario que se trate de intereses debidos en el momento en que éstos se fundan con el capital para producir en la suma total nuevos intereses sin importar que el convenio o la demanda judicial que den origen a la capitalización de intereses sea anterior o posterior al momento en que se venzan los intereses que van a proliferar.

Como arriba se hizo notar, la disposición del artículo 1154 del Código Civil y su interpretación tan debatida, han sido trasladada al Derecho Mercantil, sólo que las restricciones al anatocismo han quedado excluidas de la cuenta corriente<sup>12</sup> y de las operaciones bancarias.<sup>13</sup>

### 1.3.- DERECHO ALEMAN

Al igual que el Derecho Francés, únicamente el Código Civil de Alemania y no el Código de Comercio, se ocupa de disciplinar el anatocismo en dos preceptos, cuyo texto poseen su redacción mayor claridad el artículo 1154 del Code Civil, según podrá comprobarse a continuación.

En efecto, el artículo 248 establece: “El convenio celebrado de antemano para que los intereses sean productivos de intereses, es nulo. Las

<sup>8</sup> Baudry - Lacantinerie y Barde, Tratado Teorico y Practico de Derecho Civil, 3º. Edit., Paris, 1906, Des Obligaciones, Tomo I, págs. 352 a 354, Núms. 532 y 533.- Id. Planiol y Ripert, Tratado Practico de Derecho Civil Francais, Paris 1931, Tomo VII, Pág. 195, Núm. 889 y Laurent, Hug, Demolombe y Colin y Capitant, citados por Planiol y Ripert en la nota Núm. I del mismo lugar.

<sup>9</sup> Citadas por planiol y Ripert, op. cit., ibidem.

<sup>10</sup> Aubry y Rau, Curso de Derecho Civil Frances, 4º. Edit., tomo IV, Paris, 1871, Pág. 109, Núm. 308 y nota 58.- Id. Bonnacasse, Proceso de Derecho Civil, Paris 1934, Tomo II Núm. 681, Pág. 528.- Jossierand, Curso de Derecho Civil Positivo Frances, 2º. Edit., Paris, 1933, vol. II, Pág. 355, Núm. 646 quater.

<sup>11</sup> Resoluciones Citadas por Jossierand, op. cit., ibidem. Núm. 646 ter.

<sup>12</sup> Thaller y Percerou, Tratado Elemental de Derecho Comercial, 7º. Edit., Paris, 1925, Pág. 994, Núm. 1669 bis.- Lacour y Bouteron, Proceso de Derecho Comercial, 2º. Edit., Paris 1924, Tomo IV, Pág. 139, Núm. 1498.- Lyon Caen y Renault, op. cit., ibidem.

<sup>13</sup> Escarra y Rault, Principios de Derecho Comercial, Paris, 1937, tomo vi, Núms. 379 a 381, Págs. 222 a 226.

cajas de ahorros, las instituciones de crédito y los bancos pueden sin embargo estipular que los intereses no pagados de los capitales sean productivos de nuevos intereses, considerándose como nuevos capitales.

Las instituciones de crédito autorizadas para emitir obligaciones al portador hasta la concurrencia del monto de los préstamos que ellas hayan otorgado, pueden en estos préstamos estipular que los intereses en mora sean productivos de intereses”. A su vez el artículo 289 dispone: “Los intereses legales o convencionales no causan intereses moratorios. Con todo, el acreedor conserva derecho a la indemnización de los perjuicios causados a él por el retardo”.

La reglamentación del anatocismo es más amplia que en el Código de Napoleón, dado que el legislador alemán de una manera expresa creó las excepciones a la norma y se propuso, aunque sin eficacia, prohibir no sólo el anatocismo fruto de un convenio sino también la proliferación de los intereses a causa de la mora en el pago de éstos.

El referido artículo 248 no deja lugar a dudas acerca de que el convenio sobre capitalización de intereses para ser válido debe ser de fecha posterior al vencimiento de los intereses que van a producir nuevos intereses<sup>14</sup> esta disposición rige también para el Derecho Mercantil<sup>15</sup>, sin embargo la misma ley excluye de estas limitaciones al anatocismo que pueden convenir libremente las cajas de ahorro las instituciones de crédito y los establecimientos bancarios<sup>16</sup>, así como los contratantes en la cuenta corriente<sup>17</sup>.

El artículo 289 pretendió, sin conseguirlo, desconocer el viejo principio jurídico de que retardo en el cumplimiento de toda obligación, aun la relativa al pago de intereses, impone al deudor el deber de resarcir los daños y perjuicios moratorios, “quirardius solvit, minus solvit” la declaración terminante de la primera parte del precepto: “Los intereses legales o convencionales no causan intereses moratorios”, cae por tierra enseguida en la segunda parte del propio artículo: “Sin embargo el acreedor conserva derecho a la indemnización de los perjuicios causados a él por el retardo”. Con razón ha sido censurado este precepto por inútil “Si el anatocismo esta prohibido,

<sup>14</sup> Cfr. Enneccerus y Lehman, op. cit., Derecho de Obligaciones, Tomo II, Vol. I, Núm. 9, Núm. II, Pág. 59.

<sup>15</sup> Cfr. Cosack, Tratado de Derecho Comercial, Trad. De L. Mis, París, 1994, Tomo I, Pág. 59.

<sup>16</sup> Vide Art. 248, 2º parte del cod. Civil.- Cfr. Enneccerus y Lehman, op. cit., ibidem.- Cosack, op. cit., ibidem.

<sup>17</sup> Cfr. Enneccerus y Lehman, op. cit., ibidem.

observa De La Grasserie<sup>18</sup>, el agregado del artículo permite llegar a menudo al mismo resultado que si estuviere permitido”. Así mismo, Saleilles hace notar: “En su segunda parte, el mismo artículo (Número 248) reserva al acreedor conforme a los principios generales consagrados por el Código Civil Alemán relativos a la inejecución de las obligaciones el derecho a reclamar una indemnización por razón del perjuicio que le ha causado el retardo en el pagó de intereses pero con la carga para él de probar este perjuicio. Podrá pues suceder que él reciba una indemnización igual al monto de los intereses moratorios que los intereses no pagados al vencimiento hubieran producido si la Ley no se hubiera opuesto”<sup>19</sup>. Estos comentarios son exactos, por que como la cláusula penal está destinada entre otros fines a eximir al acreedor de la carga de la prueba sobre la existencia y el monto de daños y perjuicios que le infirió en el cumplimiento de su deudor, y como por otra parte esta permitida la “Stipulatio poenae”, aún para determinar los daños y perjuicios moratorios causados por el pago tardío de los intereses<sup>20</sup>, resultan permitidos, como consecuencia los intereses moratorios fijados en una cláusula penal para indemnizar al acreedor por el pagó extemporáneo de los intereses comunes.

#### 1.4.- DERECHO ITALIANO

No había tampoco en el Código de Comercio de Italia ninguna disposición dedicada al anatocismo, pero el Código Civil de 1865 daba las normas no sólo para la capitalización de los intereses en materia civil, sino que contenía además prescripciones expresas para las operaciones mercantiles. “Los intereses vencidos, decía el artículo 1232, pueden producir otros intereses bien sea al tipo legal en virtud de una demanda judicial y desde la fecha de ésta, bien sea al tipo pactado en virtud de un convenio posterior al vencimiento de los mismos.

En materias comerciales el interés de los intereses esta además regulado por los usos y por las costumbres. El interés convencional o legal de los intereses vencidos por deudas civiles no empieza a devengarse sino cuando se trata de intereses debidos por un año entero, salvo sin embargo respecto a las cajas de ahorro y a otras instituciones semejantes en cuanto estuviera establecido por sus respectivos reglamentos”.

<sup>18</sup> Cfr. R. de la Grasserie, *Código Civil Aleman*, traducido y anotado, París, 1897, Pág. 64, nota 4.

<sup>19</sup> Citado por Baudry Lacantinerie y Barde, *op. cit.*, *ibidem*, nota 3.

<sup>20</sup> Cfr. Enneccerus y Lehman, *op. cit.*, Pág. 59, nota 5.

Un triple mérito hay que reconocer al precepto anterior que mejora por esto mismo la redacción del artículo 1154 del Code Civil, dado que aclara perfectamente el convenio válido sobre anatocismo debe ser posterior al vencimiento de los intereses que producirá nuevos intereses; reconoce primacía a los usos y costumbres mercantiles muy frecuentes sobre todo en Derecho

Bancario y admite los intereses moratorios fijados por la ley o por convenio para resarcir al acreedor por los perjuicios que le ha irrogado su deudor que le paga los intereses, comunes después de su vencimiento, si bien el cómputo de los nuevos intereses debe comprender en este caso un año por lo menos<sup>21</sup>. Esta benigna reglamentación del anatocismo se mantiene aún en el artículo 1283 del nuevo Código Civil de 1942, concebido en los términos: “A falta de usos contrarios los intereses vencidos pueden producir intereses sólo desde el día de la demanda judicial o por efecto del convenio posterior a su vencimiento, y siempre que se trate de intereses debidos al menos por seis meses”<sup>22</sup>.

### 1.5.- DERECHO ESPAÑOL

En este punto la legislación española muy deficiente, tanto por que no es el Código Civil la Ley que disciplina en anatocismo, sino el Código de Comercio, como porque este ordenamiento sólo ha contemplado el anatocismo que deriva de un convenio sin referencia para nada a la capitalización de intereses a consecuencia de un negocio jurídico diverso, de un acto procesal o de una disposición legal.<sup>23</sup>

En efecto, el Código Civil de 1888 no aprueba ni condena el pacto de anatocismo, a pesar de que es en los contratos civiles donde conviene establecer restricciones a la capitalización de los intereses por lo que frente al silencio de esta Ley y ante la imposibilidad de apelar alas reglas del Código de Comercio la Jurisprudencia Española ha admitido la validez del convenio de anatocismo en materia civil.

<sup>21</sup> Cfr. Ricci, Derecho Civil Teórico y práctico, Trad. De E. Ovejero, Madrid, Tomo XIII, Núm. 222, Págs. 358 a 360.

<sup>22</sup> Brugi condensa así la posición de su legislación patria: “El Derecho Italiano, por sus conceptos económicos fundamentales, no prohíbe el anatocismo”, Cfr. Instituciones de Derecho Civil, Trad. De J. Simóbofarrul, México 1946 Pág. 381

El artículo 1109 del mismo Código Civil no contiene en manera alguna una reglamentación sobre el anatocismo toda vez que sólo establece que, a falta de estipulación expresa, “Los intereses vencidos devenga el interés legal desde que son judicialmente reclamados”, declaración que no es sino un corolario del principio de que la mora en el cumplimiento de cualquier obligación inclusive la que tiene por objeto el pago de intereses comunes obliga a pagar daño y perjuicios moratorios.

La laguna del Código Civil, fue llenada exclusivamente para los contratos mercantiles y de una manera confusa, por el artículo 317 del Código de Comercio cuyo texto es el siguiente: “Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos que como aumento del capital devengarán nuevos réditos”. Semejante precepto ha sido objeto de las más variadas interpretaciones en la doctrina Española. Garrigues ve sin más en la disposición una absoluta prohibición para el anatocismo; en cambio, González de Echavari y Vivanco juzga que para la válida capitalización de los intereses, es menester que el pacto del anatocismo sea posterior al vencimiento de los intereses que van a producir nuevos intereses y, por otra parte algunos autores señalan que el Derecho Mercantil Español admiten sin reserva la validez del convenio de anatocismo, aduciendo una razón muy original. “Los intereses vencidos y no pagados, señalan los autores no devengarán intereses, dice el artículo 317 del Código de Comercio (precepto que es una derivación lógica del principio sentado en el artículo 314 al determinar que los préstamos no devengarán interés sino se hubiere pactado por escrito) y por eso mismo el artículo 317 dice, en su segundo párrafo, que “los contratantes podrán capitalizar los intereses líquidos y no satisfecho, que como aumento de capital devengarán nuevos réditos”; pues, entonces respecto de la capitalización existe ya el pacto necesario, a tenor del artículo 314”.

A pesar de esta disparidad de opiniones, los mercantilistas españoles unifican un criterio para admitir la capitalización de los intereses en algunos contratos mercantiles, como en la cuenta corriente.

## 1.6.- DERECHO SUIZO

Sobre esta materia, es de mencionar el Código Suizo de las Obligaciones, el cual, en su artículo 314, exceptúa de la prohibición de llevar a cabo la capitalización de intereses impuesta por dicho precepto y por el artículo 105 del mismo ordenamiento, tanto a la cuenta corriente y a las



operaciones de las Cajas de Ahorro como a otras operaciones análogas entre las que figuran las bancarias.

En este precepto se refleja claramente el ánimo del legislador, en cuanto a que en tratándose de operaciones bancarias se sujeten a un régimen legal diferente al de la prohibición general que sobre capitalización o acumulación de intereses, establecen los mencionados artículos, y con ello permitir que las Instituciones de Crédito, entre otros, puedan convenir la capitalización de intereses.

### 1.7.- DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA.

La posibilidad de que los intereses causados no pagados por el acreditado, sean capitalizados, ha sido denominada en el Derecho Anglosajón con el término "acrued interests".

La legislación del Estado Americano de California, ha contemplado la figura jurídica del "acrued interests" o interés acumulado, particularmente en los Códigos Civil, Mercantil y Financiero prescribiendo que será la estipulación expresa pactada en el contrato de crédito, que faculta la capitalización de los intereses que hayan sido causados y no pagados, incrementándose dichos intereses al importe no pagado de capital para sufrir un ajuste en la tasa de interés originalmente convenida, y que se efectúa precisamente en el capital pendiente del préstamo.

Por otra parte, la legislatura de la Ciudad de Nuevo York, promulgó leyes que legalizaron la acumulación de intereses sobre intereses no pagados, y codificaron la posición de los bancos y otros acreedores al respecto.

La Ley General de Obligaciones del Estado de Nueva York se opuso a las decisiones judiciales que prohibían la aplicación del "interés Compuesto", el cual se define como "La acumulación de intereses sobre intereses no pagados, sin tomar en cuenta si los intereses no pagados se sumaron a la deuda principal".

### 1.8.- DERECHO ARGENTINO.

El artículo 623 del Código Civil argentino, señala que:

"No se deben intereses de los intereses sino por convención expresa que autorice su acumulación al capital con la periodicidad que acuerden las partes; o cuando liquidada la deuda judicialmente con los intereses el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuere moroso en hacerlo.

Serán validos los acuerdos de capitalización de interés que se basen en la evolución periódica de la tasa de interés de plaza".

Por su parte el Código de Comercio argentino en sus artículos 569 y 570, establece que:

"Sólo pueden producir interés los intereses vencidos por demanda judicial o por una convención especial; en el caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden por lo menos por un año. Producen igualmente intereses los saldos líquidos de las negociaciones concluidos al fin de cada año".

Asimismo, la jurisprudencia argentina señala que la capitalización de intereses solo es permitida en los casos reconocidos por la ley; también señala que es lícito cobrar intereses pactados de intereses vencidos, capitalizándose por convenio.

Por su actualidad reviste una gran importancia la comunicación A-2698 de fecha 6 de mayo de 1998 del Banco Central de la República de Argentina, en la que se establecen las pautas mínimas que deben contener los contratos de créditos hipotecarios para vivienda en las cuales expresamente señala la capitalización de interés al señalar que:

"El deudor presta conformidad para que los intereses que se devenguen con motivo de los saldos deudores que se produzcan en su cuenta corriente serán debitados y capitalizados una vez por mes calendario y en la fecha que el acreedor determine, previa notificación al deudor"

## 1.9.- DERÉCHO MEXICANO

### Anatocismo en los Códigos Civiles Mexicanos

El proyecto Sierra del Código Civil de 1861 permitía en su artículo 1763 el pacto de anatocismo, como un pacto accesorio del mutuo, siempre que los intereses que se capitalizaran fueran vencidos por más de un año. "no

pueden pactarse, decía, el precepto incluido dentro del capítulo del “mutuo o simple préstamo” intereses sobre intereses; sin embargo los intereses vencidos después de un año pueden capitalizarse y es permitido estipular un nuevo interés sobre este aumento de capital”.

Todavía con mayor claridad y con supresión de toda reserva, vino el Código civil de 1870 a aceptar de manera categórica la validez absoluta del pacto de anatocismo. Así lo consagró el artículo 2827: “No puede cobrarse interés de los intereses vencidos si no está expresamente estipulado en el contrato; observándose lo que en él se establezca sobre los plazos en que deba hacerse la capitalización”. La explicación y fundamento que de éste precepto proporciona la exposición de motivos, corrobora la única interpretación que cabe atribuir al texto legal. “Para que pueda cobrarse interés declara la comisión que presentó el proyecto, de los intereses vencidos, exige el artículo 2827 que haya convenio expreso; por que siendo realmente un nuevo y terrible gravamen para el mutuatario, es preciso que consienta terminantemente en imponérselo”.

Más tarde, al expedirse el Código Civil de 1884, el legislador se limitó a transcribir literalmente en el artículo 2699 de este ordenamiento la misma disposición contenida en el artículo 2827 del Código de 1870.

No fue sino hasta la elaboración del proyecto de Código Civil de 1928, cuando trato de abandonarse por primera vez el sistema de libertad absoluta en materia de anatocismo, acogido por los dos Códigos anteriores, para subordinar la validez del pacto, al hecho de que el convenio para la capitalización de los intereses fuera posterior en fecha al vencimiento de estos últimos. Propuso, en efecto, la Comisión Redactora en el artículo 2365 del proyecto del texto siguiente: “ Las partes no pueden, bajo pena de nulidad convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses”. Ninguna objeción despertó en el fuero mexicano esta innovación, por lo que el precepto fue adoptado sin modificación alguna por el artículo 2397 del Código Civil en vigor.

En suma, el pacto de anatocismo hasta antes del primero de Octubre de 1932, fecha en que empezó a regir el actual Código Civil, fue absolutamente valido en los contratos civiles, sin requerir condición de ninguna especie para su eficacia y a partir de la vigencia del Código indicado, el pacto de anatocismo en las operaciones civiles exige para su validez que el convenio

sobre capitalización de intereses tenga lugar con posterioridad a la fecha del vencimiento de los intereses que van a fructificar de nuevo.

### EL Anatocismo en la Legislación Mercantil Mexicana.

En el primer Código de Comercio que se dio en nuestro país, gracias al célebre jurisconsulto Don Teodosio Lares, fue incluida una disposición dentro del capítulo "de los prestamos" que prohibió el convenio para la capitalización de los intereses, si éstos no se habían devengado ya y no había sido objeto de una previa liquidación en este sentido el artículo 302 prescribía: "no se debe rédito de réditos devengados en los prestamos mercantiles ni en ninguna otra especie de deuda comercial, mientras que hecha la liquidación de éstos no se incluyan en un nuevo contrato, como aumento de capital; o bien de común acuerdo, o bien de una declaración judicial se fije el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces lo cual no podrá tener lugar sino cuando las obligaciones de que procedan estén vencidas, y sean exigibles de contado".

Años después, con la expresión del Código de Comercio de 1884 en una época en que ya habían sido promulgados sucesivamente los Códigos de 1870 y de 1884 que autorizaron sin reservas el pacto de anatocismo, juzgo conveniente el legislador mercantil mantener en este punto el mismo sistema del Derecho civil y suprimió en consecuencia, toda disposición encaminada a prohibir o reglamentar siquiera el convenio sobre capitalización de intereses consagrando el más amplio criterio de libertad en relación con el anatocismo.

La única base para determinar la posición adoptada hoy día por nuestro Derecho Mercantil frente al debatido problema del anatocismo, es el texto del artículo 363 del Código de Comercio de 1889, redactado en los términos: "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los interesados podrán, sin embargo, capitalizarlos". Para la correcta interpretación de nuestro precepto no podemos fiarnos de ninguna manera, ni en la legislación, ni en la jurisprudencia, ni en la doctrina de otras naciones, no precisamente porque los datos que nos ofrece el Derecho Comparado deban en principio desdeñar para fijar el sentido y el alcance de nuestros textos positivos, ya que semejante actitud, cómoda y soberbia solo encubre de ordinario una pereza intelectual que se traduce en pobreza para los estudiosos jurídicos. Hemos procurado evitar este cargo al abreviar al principio de este trabajo en las fuentes de otros países las razones que existen para no dejarse guiar en este punto concreto por los resultados de las Leyes, de las Obras

Jurídicas o de las resoluciones judiciales extranjeras, son en verdad convincentes.

Ante todo, carecemos de una teoría general sobre anatocismo unánimemente aceptada por los autores, por los textos positivos y por la jurisprudencia de las naciones más adelantadas en las disciplinas jurídicas no puede hablarse, por consiguiente, en esta materia de un "jus receptum". Más aún, ni siquiera en cada país existe unanimidad al considerar este problema por las tres fuentes invocadas y el propio Derecho Romano sustentó en este punto diversas soluciones a través de sus diversas etapas.

Por otra parte, la disposición del artículo 363 del Código de Comercio Mexicano no fue calcada de ningún modelo extranjero, pues sería insostenible, aceptar, por ejemplo, que coincide con el texto del artículo 317 del Código de Comercio Español, dado que la comparación de los dos preceptos hace resaltar desde luego la fundamental diferencia que hay en la segunda parte de ambos artículos es un hecho que nuestro Código de Comercio de 1889 se inspiró en el Código de Comercio Español; pero en este artículo a pesar de haber tenido a la vista la redacción del artículo 317 del Código Español se apartó el nuestro deliberadamente de él, transformando la mayor parte de su texto en forma notable. En efecto el precepto Español autoriza sólo la capitalización de intereses "líquidos", expresión que introduce la deuda acerca de si se trata de intereses devengados ya en el momento de celebrarse el pacto de anatocismo; en tanto que en nuestro artículo 363 se limita a permitir la capitalización de los intereses vencidos y no pagados, expresión esta última que no puede tener otro sentido que los intereses para proliferar, en virtud del convenio, deben haberse causado y no haberse pagado; y de ningún modo el sentido de que la celebración del pacto de anatocismo sea posterior al vencimiento de los intereses que van a fructificar. Además, ha quedado demostrado que los tratadistas más autorizados del Derecho Mercantil en España, como Garrigues, a defendido interpretaciones absolutamente contradictorias del artículo 317 de la legislación Española.

Cerrado el recurso al Derecho Comparado para desentrañar el verdadero significado de nuestro artículo 363, es menester volver a las fuentes propias para hallar su recta interpretación.

En el Derecho Mercantil, hasta ahora en México, solo he podido encontrar dos teorías que se plantean expresamente en la cuestión sobre las condiciones para la validez del pacto de anatocismo en las operaciones

mercantiles. En su modesto pero utilísimo tratado de Derecho Mercantil Mexicano.

Nos dice Moreno Cora: "El Código actual (Código de Comercio de 1889) sólo dice que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses; pero que los contratantes podrán capitalizarlos lo cual debe entenderse, seguramente, por mutuo acuerdo, y no sólo por la voluntad del prestamista"<sup>24</sup>. Es de notar como coincide en su conclusión este autor mexicano con la interpretación que más tarde sostendría en España Garrigues a propósito del artículo 317 del Código de Comercio Español.

Así mismo, en su magnífica y documentada monografía sobre la cuenta corriente subraya Martínez de Castro la diferencia que guarda el sistema adoptado por el Código Civil de 1928 y el sistema seguido por el Código de Comercio en vigor, respecto al anatocismo. Es ésta su opinión: "Por último puede convenirse que se calculen intereses sobre los intereses devengados por los créditos asentados en cuenta y que entren a formar parte de éstos, como partida de cuenta. Esta operación se llama en términos contables, anatocismo, y esta prohibida en Derecho Civil por el artículo 2397, que dispone: Los intereses no deben capitalizarse so pena de nulidad del contrato; pero esta prohibición no afecta a los contratos de naturaleza mercantil, como es el caso de la cuenta corriente. Nuestro Código de Comercio deja a la voluntad de las partes convenir su capitalización"<sup>25</sup>.

Cabe concluir, en consecuencia, que la proliferación de los intereses puede tener lugar en Derecho Mercantil Mexicano, merced a un pacto expreso sobre anatocismo sin exigirse que este convenio sea posterior a la fecha en que causaron los intereses.

#### Los Intereses Moratorios en las Obligaciones de Pagar Intereses.

En nuestros Derechos Civil y Mercantil todo deudor que tardamente cumple con su obligación de pagar a su acreedor una prestación en dinero, sea ésta la suerte principal o los intereses, es responsable por los daños y perjuicios que con su retardo resintió el acreedor, según disposiciones contenidas en los artículos 2105 del Código Civil y 362 del Código de Comercio. En las deudas civiles estos daños y perjuicios moratorios, aun en las obligaciones de pagar intereses, deben ser probados por el acreedor y su

<sup>24</sup> Cfr. s. Moreno Cora, Tratado de Derecho Mercantil Mexicano, México, 1905, p. 270.

<sup>25</sup> Cfr. Martínez de Castro, Rene, El Contrato de Cuenta Corriente, México, 1943 p 117.

monto no puede exceder en este caso del interés legal del nueve por ciento anual de acuerdo con los artículos 2117, in fine, y 2395 del Código Civil.<sup>26</sup> En cambio, en las deudas mercantiles la existencia de los daños y perjuicios moratorios, aunque se trate de obligaciones de pagar intereses, no tiene que ser comprobada por el acreedor, sino que éste tiene derecho a cobrar intereses al tipo legal del seis por ciento anual sobre el capital o los intereses comunes no pagados a sus debidos vencimientos, por el simple hecho de la mora solvendi de su deudor, en virtud del artículo 362 del Código de Comercio.<sup>27</sup> Más rigurosa en Derecho Mercantil que en Derecho Civil, es además esta obligación porque en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles no se reconocen términos de gracia o de cortesía, sino que la demora del deudor, siempre se traduce en la obligación de pagar a su acreedor los daños y perjuicios correspondientes por el retardo, en razón de los artículos 84 y 85 del Código de Comercio.

- Aun en las obligaciones de pagar una suma de dinero, así consista ésta en intereses, pueden las partes convenir en un interés penal, "estipulatio paenae", que no sólo exima al acreedor de la carga de probar la existencia de los daños y perjuicios moratorios, sino que también valúe éstos anticipadamente. Semejante estipulación, válida sin duda en las obligaciones mercantiles que admiten sin reservas el anatocismo, no está privada de validez jurídica ni aún en las obligaciones civiles, no obstante la prohibición del artículo 2397 del Código Civil, dado que este precepto, ni en su texto, ni en su espíritu, se refiere siquiera a esta cuestión en concreto, ni se propuso dejar sin sanción alguna la mora del deudor que no cubre a su vencimiento los intereses ordinarios adeudados a su acreedor, ni quiso tampoco impedir la valuación por anticipado de los daños y perjuicios moratorios causados por este retardo, merced a una cláusula penal; pues el sentido natural de semejante disposición del Código Civil es solo negar eficacia jurídica al pacto de anatocismo concertado por las partes previamente a la fecha del vencimiento de los intereses ordinarios por fructificar. La diferencia, aunque sutil, descansa en situaciones jurídicas realmente diversas. En el pacto de anatocismo, ni el acreedor puede exigir el pago de los intereses ordinario; constituyendo a su deudor en la "mora solvendi", ni tampoco el deudor puede exigir que se le reciban esos intereses ordinarios, constituyendo a su acreedor en la "mora accipiendi", a medida que dichos intereses se vayan devengando, sino que éstos, por el convenio, deberán irse acumulando al capital para proliferar de

<sup>26</sup> Cfr. Fernández del Castillo, G., Apuntes del Derecho Mercantil, México, 1941, Apuntes Mimeográficos, p. 9.

<sup>27</sup> Cfr. Fernández del Castillo, G., Apuntes Citados, Lugar Citado.

nuevo y producir a su vez nuevos réditos. En el caso de los intereses moratorios sobre los intereses ordinarios pagados tardíamente, el acreedor puede exigir el pago de estos últimos a sus respectivos vencimientos, constituyendo a su deudor en la "mora solvendi", y el deudor por su parte tiene el deber de hacer el pago de los mismos precisamente a sus fechas de vencimiento, constituyendo a su acreedor que se rehusa a recibirlos en la "mora accipiendi". liberándose de esta suerte de la obligación de cubrir intereses moratorios sobre los ordinarios, toda vez que no ha mediado ningún pacto dilatorio para ir fundiendo periódicamente en una sola masa, los intereses causados con el capital, para que continúen produciendo nuevos intereses. En suma, los intereses que devengan los réditos por razón de un pacto de anatocismo, no tienen carácter de intereses moratorios, sino que son intereses ordinarios previstos por las partes.

No hay duda, por consiguiente, que tanto en Derecho Mercantil, como en Derecho Civil, a virtud del artículo 362 del Código de Comercio y del artículo 1840 del Código Civil, respectivamente, es válida la cláusula penal que exima al acreedor de la carga de la prueba sobre la existencia de los daños y perjuicios moratorios y que valúe por anticipado esta responsabilidad en una suma determinada de dinero, es decir; en un interés penal, para compensar en esta forma al acreedor por los daños y perjuicios moratorios que su deudor le irrogó por no haberle pagado a su vencimiento una prestación en dinero, aunque ésta consista a su vez en el pago de intereses ordinarios.



## **CAPÍTULO 2**

### **GENERALIDADES DEL ANATOCISMO.**

2.1.- Concepto.

2.2.- Etimologías.

2.3.- Aspectos Doctrinales.

2.4.- Elementos del Anatocismo.

## CAPÍTULO 2

### GENERALIDADES DEL ANATOCISMO

#### 2.1.- CONCEPTO

Antes de precisar el término anatocismo es necesario señalar, que tal término no lo contempla la legislación mexicana.

El término anatocismo es contemplado por las legislaciones Francesa, Alemana, Italiana, Española, Suiza, E.E.U.U. y Argentina. Así tenemos que los tratadistas franceses Planiol y Ripert lo definen de la siguiente manera:

Cuando la suma de dinero no pagada por el deudor al vencimiento consiste en intereses producidos por un capital, la reparación debida al acreedor adopta a su vez la forma de otros intereses. Los intereses no pagados producen a su vez otros intereses, como si constituyeran un nuevo capital. Esta capitalización de los intereses o anatocismo puede resultar, tanto de un pacto concertado entre el deudor y el acreedor, como de una demanda judicial formulada con posterioridad al vencimiento. Ambos casos vienen equiparados por la ley y se sujetan a una reglamentación especial (art. 1154)<sup>28</sup>

El tratadista español José Castan Tobeñas señala: “se da el nombre de anatocismo al hecho de que los intereses ya vencidos se incorporen al capital y produzcan, en consecuencia, a su vez, nuevos intereses”<sup>29</sup>

No obstante de lo antes ya señalado es necesario hacer saber que existe una muy sutil diferencia entre “anatocismo”, “pacto de anatocismo” y “capitalización de intereses”, pues: anatocismo, por definición, implica cobrar intereses respecto de los intereses generados por un mismo dinero, esto es, consiste básicamente en que los intereses generados por un crédito y que no se pagan por el deudor a su vencimiento generan a su vez intereses tal como si dichas sumas vencidas y no pagadas fuesen principal; se distingue de pacto de

---

<sup>28</sup> Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, Tomo Séptimo, Las Obligaciones (Segunda Parte), Cultural, S.A., Habana, 1945, pp. 198.

<sup>29</sup> Castan Tobeñas, José, Derecho Civil Español Común y Foral, décima edición, tomo tercero, Madrid, 1967, p. 56.

anatocismo, en que este último consiste en el acuerdo expreso en virtud del cual las partes convienen en que los intereses generados por la propia suma objeto del contrato y que no sean pagados a su vencimiento por el deudor generarán a su vez intereses, tal como si se sumaran al principal. Usar la voz de “anatocismo” hace referencia al fenómeno de que los intereses vencidos y no pagados devenguen a su vez intereses (como si fuesen principal); decir “pacto de anatocismo”, hace referencia al pacto expreso en virtud del cual las partes admiten dicho fenómeno. En cambio, hablar de capitalización de intereses, tal como lo hacen las leyes mexicanas, implica capitalizar, 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.

En el anatocismo, los intereses generan intereses como si fuesen capital y, por consecuencia de dicha suma, ese interés vencido y no pagado genera de nuevo interés.

Aún cuando el resultado puede ser el mismo, como ya se había dicho las leyes mexicanas no mencionan la voz anatocismo sino que hablan de “capitalización de intereses”, por lo que creo más propio esta terminología.

Quizás hacer estas puntualizaciones parecieran obvias pero vienen a colación especialmente por una confusión o imprecisión que observo materializada en los rubros y en los textos de las tesis jurisprudenciales y que ha llegado a tergiversar el sentido de las voces “anatocismo” como si fuese sinónimo de “pacto de anatocismo” y que ambas equivalen a algo legalmente prohibido y también se ha generado confusión en cuanto a si “anatocismo” es lo mismo que “capitalización de intereses”.

## 2.2 ETIMOLOGIA

Según la Enciclopedia Jurídica Omeba, anatocismo viene del griego aná, que significa reiteración, y tokimós, que significa acción de dar interés y designa el pacto por el cual se convienen pagar intereses de intereses vencidos y no satisfechos.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> Enciclopedia Jurídica Omega. Tomo I. Edit. Biográfica Argentina. Buenos Aires. Pag. 687.

Según el Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, es “la capitalización de los intereses, de modo que sumándose tales intereses al capital originario pasan a redituarse nuevos intereses. Es denominado también interés compuesto.”

Y también el Diccionario de Derecho Romano de Fernández de León nos dice: que anatocismo son intereses producidos por los intereses devengados y no satisfechos de un préstamo. El anatocismo se producía por medio de un pacto, y los intereses podían producirse mensualmente, menstrus, o anualmente, anniversarius.<sup>31</sup>

### 2.3 ASPECTO DOCTRINAL

El tratamiento que se le ha dado al tema de la capitalización de los intereses causados y no pagados, en nuestra legislación tiene su régimen jurídico aplicable en materia de tasas de intereses. En las operaciones de crédito los rendimientos del capital se determinan considerando una variada gama de elementos de juicio que pueden diferir sensiblemente en cada caso atentas las particulares circunstancias de la correspondiente transacción. Las condiciones que, en determinado tiempo, presenten los mercados de dinero; las expectativas de estabilidad o de depreciación monetaria; el origen de los recursos prestables; los plazos y las garantías del financiamiento a otorgarse y la transferencia de cargas fiscales (gross up) son factores de particular importancia para fijar el monto de los intereses y la variabilidad que éste tenga durante la vigencia del acto jurídico que los origine. Aun en la captación y el financiamiento bancarios, que se realizan en forma masiva y con carácter institucional, las estipulaciones de intereses y, en general, los casos reales del dinero para los usuarios, presentan una diversidad considerable.

Reconociendo esta realidad económica, nuestro derecho vigente, al igual que la mayoría de los ordenamientos extranjeros, da un amplio campo a la voluntad de las partes, limitándose a consignar ciertas previsiones que tienen el propósito de evitar o corregir pactos contrarios al equilibrio interno del contrato o que establezcan cargas para los deudores, consideradas injustificadas o excesivas.

En materia bancaria el legislador confiere a la Administración Pública amplias facultades para regular los rendimientos de las operaciones pasivas y

---

<sup>31</sup> Fernández de León, Gonzalo. Diccionario de Derecho Romano. Edit. Sea Buenos Aires. Argentina 1962  
Pag. 51.

activas mediante las que se lleva a cabo el servicio público de intermediación institucional en el crédito.

Dado que la teoría de la imprevisión no es aceptada en la ley mexicana,<sup>32</sup> las estipulaciones en materia de intereses procuran salvaguardar no sólo el adecuado rendimiento del capital sino también el valor real éste ante eventuales pérdidas en el poder adquisitivo de la moneda que demeriten sus funciones de medio general de cambio, medida y reserva de valor. Surgen así las cláusulas de “escala móvil” que consignan réditos de monto variable en base a un determinado índice convenido por las partes al celebrar la operación. En la materia existe un uso, ampliamente aceptado en el ámbito internacional y, de manera creciente, en el interno, referido a la estipulación de intereses flotantes, que, para las operaciones bancarias, aceptan y regulan expresamente nuestras autoridades financieras y que se hace cada día más frecuente en créditos vinculados a dichas operaciones o a transacciones con el exterior.

Como antes afirmamos, la ley permite, en cuanto a la estipulación de réditos, un amplio ejercicio de la autonomía de la voluntad, en los campos civil y mercantil. Tratándose de operaciones bancarias, los rendimientos que las operaciones de crédito pueden pagar o cobrar al público están sujetos a la regulación del Banco de México por corresponder a la prestación de un servicio público concesionado. Asimismo, y debido a razones de carácter social, en las operaciones de crédito en las que participen consumidores de bienes o usuarios de servicios, la Secretaría de Comercio está facultada para establecer las limitaciones a los réditos previstas en la Ley Federal de Protección al Consumidor.

### *Derecho Común*

Los artículos 2394 y 2395 del Código Civil para el Distrito Federal prevén, en los contratos de mutuo con interés, un rédito legal o convencional.- primero es el 9% anual y rige de no haberse pactado una tasa distinta. El segundo es el que fijen los contratantes y puede ser mayor o menor que el interés legal.

---

<sup>32</sup> Séptima época, instancia tercera sala, S.C.J.N., fuente Semanario Judicial de la Federación, Tomo 139-144, cuarta parte, pág. 29.

Un apreciable número de códigos civiles estatales fijan también el interés legal en 9% anual.<sup>33</sup> A partir de 1861, en que dejó de señalarse en la ley un interés máximo limitativo de la usura,<sup>34</sup> éste puede pactarse libremente, si bien existen normas que tienen por propósito evitar o corregir cargas patrimoniales excesivas.

Estas normas integran el siguiente estatuto:

Si se conviene un interés más alto que el legal, el deudor, después de seis meses contados a partir de la celebración del contrato, tiene derecho a reembolsar anticipadamente el capital, dando aviso al acreedor con una antelación de dos meses y pagando los intereses vencidos.<sup>35</sup>

Si el interés pactado, además de ser superior al legal, es tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, el juez, a petición de éste y teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, puede reducirlo equitativamente hasta el tipo legal.<sup>36</sup>

Esta norma regula, con características especiales, la lesión que pueda producirse en los contratos de mutuo con interés, difiriendo de las previsiones generales contenidas en el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, en cuanto a que: a) no requiere que la ignorancia, la inexperiencia o la miseria del deudor sea, respectivamente, suma, notoria o extrema; b) la situación prevista lleva a la reducción de intereses mas no a la rescisión del contrato y c) no restringe al periodo de un año la existencia del derecho que confiere al mutuatario.

Por otra parte, el artículo 387 fracción VIII del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, establece las penas que castigan el delito de fraude

<sup>33</sup> Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán. Los de Guanajuato y Puebla lo establecen en 6% anual y de Querétaro en 12 % anual. El Código Civil para el Estado de Veracruz dispone que el interés legal será el que fije cada año el ejecutivo, tomando en consideración las condiciones económicas de tiempo y lugar y la cotización del dinero; de no fijarse dicho interés, éste será 9% anual.

<sup>34</sup> Se exceptúa de éste régimen al Código Civil para el Estado de Hidalgo que prohíbe estipular intereses mayores a los en él determinados, los cuales varían según el monto de la operación.

<sup>35</sup> Código Civil para el Distrito Federal, artículo 2396 y códigos estatales mencionados en la nota 5. El Código Civil de Guanajuato consigna un régimen similar, aun cuando en este caso el pago anticipado procede si el interés convenido es, en vez del legal (6%), 12%.

<sup>36</sup> Código Civil para el Distrito Federal, artículo 2395 *in fine* y códigos civiles estatales mencionados en la nota 2. El Código de Guanajuato contiene, con algunos variantes, un régimen similar.

para quien valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones económicas de una persona, obtenga de ésta ventaja usuraria por medio de contrato o convenio o lucros superiores a los usuales en el mercado.

Dados los elementos, ampliamente subjetivos, que el juez debe tomar en cuenta para resolver casos en controversia, las protecciones mencionadas en los párrafos precedentes son de difícil e incierta aplicación en la práctica, por lo que no es frecuente se invoquen. Podría ser conveniente que, al igual que diversas legislaciones extranjeras como la francesa,<sup>37</sup> nuestro derecho positivo contuviese un criterio objetivo para calificar cuando los réditos resulten excesivos; tal criterio podría hacer referencia a determinados puntos porcentuales sobre las tasas de interés que alcancen ciertas operaciones bancarias que puedan considerarse indicativas del costo del dinero en el mercado institucional. De esta forma se facilitaría el establecimiento de normas legales que, a su fácil aplicación, traería aparejado un concepto dinámico sobre el costo promedio del dinero.

Más aún parece procedente establecer un régimen como el señalado, para determinar el interés legal, ya que señalar éste refiriéndose a un porcentaje fijo consignado en la ley, no es consecuente en los cambios, a menudo frecuentes e importantes que en el mercado alcanzan los réditos.

La materia reviste importancia debido a que, si bien es poco frecuente la aplicación del interés legal para suplir la falta de estipulaciones en la materia, dicho interés resulta relevante para determinar el derecho al pago anticipado o la disminución de réditos en caso de lesión.

Conforme al artículo 2117 del Código Civil para el Distrito Federal si la prestación consistiere en el pago de cierta cantidad de dinero los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento, no pueden exceder del interés legal, salvo convenio en contrario.

Esta disposición permite estipular libremente intereses moratorios y a falta de ellos limita el monto de los correspondientes daños y perjuicios al que resulte de aplicar, por el tiempo que dure la mora, una tasa del 9% anual sobre las sumas exigibles pendientes de pago.

---

<sup>37</sup> Ley Núm. 66-1010 de 28 de diciembre de 1966 sobre la usura en préstamos de dinero y en determinadas operaciones de corretaje y publicidad.- J.O. del 29 de diciembre de 1966, página 11. 623.

Tal régimen propicia convenciones que fijen altos réditos moratorios ya que, de otra forma y dado que el actual interés legal de 9% es sensiblemente inferior al costo del dinero en el mercado, se propicien incumplimientos por parte del deudor. En esta materia puede hacerse un comentario similar al expresado en el punto anterior sobre la conveniencia de establecer intereses moratorios legales con referencia al costo del dinero en el mercado institucional.

Las partes no pueden bajo pena de nulidad convenir de antemano que los intereses se capitalicen y produzcan intereses. Dados los términos en que esta disposición se encuentra redactada en el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, lo que tal norma prohíbe es que al celebrarse el contrato se estipule la piramidación de réditos, si bien la condena de este anatocismo no alcanza el supuesto de que, una vez producida la mora en el pago de intereses, éstos, previo acuerdo de las partes, se han capitalizado. Ello parece lógico ya que si el deudor para pagar intereses vencidos de un crédito a su cargo recurre a un préstamo que obtenga de un tercero debe cubrir a este último el interés correspondiente. En este orden de ideas parece razonable el que sea su acreditante original quién pueda concederle prórroga en el pago, recibiendo en cambio un rendimiento equitativo.

Derecho mercantil general. El Código de Comercio no contiene prevenciones expresas en cuanto: al interés legal en los préstamos mercantiles; al derecho de los deudores al pagar anticipadamente sus créditos si el interés excede al legal; ni ala reducción de intereses en caso de lesión.

Atento a lo anterior y dado que a los actos del comercio le es aplicable supletoriamente el derecho común,<sup>38</sup> rigen las disposiciones de los correspondientes códigos civiles locales en cuanto a que, a falta de pacto expreso, el interés en las operaciones de mutuo será el legal, así como las que dan derecho al deudor de pagar anticipadamente su crédito si el interés pactado es superior al citado interés legal.

---

<sup>38</sup> Código de Comercio, artículo 2º, pág. 6.



En materia mercantil no es invocable la lesión;<sup>39</sup> por ello carece de aplicabilidad la reducción prevista en el derecho común, cuando se pacten prestaciones desproporcionadas abusando del apuro pecuniario de la experiencia o de la ignorancia del deudor.

Es importante destacar que, para los actos jurídicos regulados en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito tampoco rigen las disposiciones de derecho común que concede a los deudores el derecho de pagar anticipadamente sus créditos cuando los intereses convenidos sean superiores al interés legal. Ello en virtud de que existe un uso, evidenciado particularmente en el sector bancario, que niega este derecho y que inclusive, prevé en ciertos casos pagos compensatorios adicionales cuando el acreditado cubre su adeudo en fecha anterior a la prevista en el contrato. Tal uso, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º de la citada ley, es fuente de derecho, preferente a los ordenamientos civiles.

En materia de intereses moratorios, el artículo 362 del Código de Comercio refiere a lo pactado por las partes, señalando que, el defecto de ello, tal interés será del 6% anual.

Por otra parte el artículo 363 del Código de Comercio dispone que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, agregando que los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos. Este régimen es más liberal que el consignado en la legislación civil y da una mayor posibilidad a las partes para convenir a la celebración del contrato o con posterioridad a ello, regímenes que permitan acumular al saldo insoluto del crédito el monto de intereses vencidos.

### Regímenes Especiales.

1.- Las instituciones de crédito, al pagar intereses por los depósitos y prestamos que reciben del público, así como al cobrarlos en los financiamientos que otorgan, deben ajustarse a los límites que determine el Banco de México, dentro de un régimen de facultades compartidas con la

---

<sup>39</sup> El Código Civil para el Distrito Federal 1884 solo reconocía la lesión en materia de compra venta y, precisamente en tal materia, el artículo 385 del Código de Comercio, expedido en 1889, establece que las ventas mercantiles no se rescindirán por causas de lesión. Si bien el ordenamiento civil de 1928 extiende el reconocimiento de la lesión a todos los contratos, se estima que en materia mercantil no es aplicable supletoriamente tal disposición, ya que como al expedir el código de comercio vigente el legislador no hizo extensiva a la materia que dicho código regula, el único caso de lesión previsto en el código civil de 1884.

Secretaría de Hacienda y Crédito Público,<sup>40</sup> en lo que atañe a réditos correspondientes a las operaciones de captación de ahorro antes señaladas.

En la actualidad dicho Banco Central establece periódicamente las diferentes tasas máximas de intereses que pueden devengar, según su plazo, los depósitos bancarios así como los préstamos que los propios bancos reciban del público. Estas tasas son, actualmente, fijas durante el plazo de las correspondientes operaciones, tratándose de préstamos o de depósitos a plazos de 30 a 81 días; las de depósitos retirables un día cada semana cada quince días o cada mes y las correspondientes a depósitos a plazos de 90 días en adelante, son fluctuantes, ajustándose en base a las tasas máximas que para ese efecto fija en forma periódica el Banco de México.

En las operaciones activas de crédito existe, en términos generales, un régimen de tasas fijas máximas para financiamientos ha ciertos sectores prioritarios de la economía, como el crédito a campesinos a bajos ingresos; en otras operaciones de interés general como la canalización de recursos a ciertos tipos de vivienda popular la tasa de intereses puede, si así se pacta, ser variable dentro de ciertos límites que determina el propio instituto central; el resto de los financiamientos que concede la banca, es susceptible de convenirse en términos de intereses fluctuantes en base al costo porcentual promedio de la captación de recursos en moneda nacional por el sistema bancario, más el margen financiero, integrado por puntos porcentuales, que libremente se estipule al celebrarse cada operación.

Este sistema por haberse establecido en forma gradual, presenta actualmente cierta complejidad en determinados tipos de financiamiento, caso de aquéllos concedidos para la adquisición, construcción o mejoras de habitaciones de tipo popular, en los que el régimen de flotación de intereses aplicables difiere atendiendo a la fecha en que se hubiere concedido los respectivos préstamos.

2.- Operaciones a crédito en las que participen consumidores de bienes o usuarios de servicios.- los intereses a pagar por los consumidores que contraten a crédito la adquisición uso y disfrute de bienes o la prestación de servicios, deben ajustarse a las tasas máximas que, en su caso, fije la Secretaría de Comercio previa opinión de una comisión consultiva integrada, a nivel técnico, por sendos representantes del Banco de México, del Instituto

---

<sup>40</sup> Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares artículo 138 bis 1, pág. 193 y Ley Orgánica del Banco de México artículo 32, pág. 455.

Nacional del Consumidor y del que designe conjuntamente La Confederación de Cámaras Industriales de los Estados Unidos Mexicanos y la de Cámaras Nacionales de Comercio.<sup>41</sup>

El ejercicio de las facultades que la ley confiere en la materia a la citada dependencia del Ejecutivo Federal, debe hacerse mediante la expedición de disposiciones de carácter general que tomen en cuenta la naturaleza y modalidades de los actos o contratos de que se trate, las diversas ramas o especialidades de cada actividad, la ubicación de los establecimientos su magnitud y otras circunstancias relevantes. Estas resoluciones deben publicarse en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico de la mayor circulación en cada entidad federativa.

Dada la complejidad y diversidad de circunstancias y elementos de juicio que se requiere tomar en cuenta par fijar las mencionadas tasas máximas de intereses éstas no se han llegado al terminar hasta la fecha, por lo que continua existiendo al respecto un régimen de libertad contractual.

En materia de intereses moratorios correspondiente al incumplimiento de obligaciones derivadas de las operaciones que nos ocupan, la ley concede a sí mismo a la Secretaria de Comercio la atribución de fijar tasas máximas, previendo que, en su defecto, tales intereses no podrán exceder de 25% de los intereses ordinarios estipulados.

Así mismo el propio ordenamiento consigna que el pactar intereses ordinarios moratorios en exceso de los límites dichos, así como estipular que los intereses se causan sobre sumas superiores a los saldos insolutos del crédito o que su pago será exigible por adelantado, no producirá efecto alguno entre las partes y se considera como usura o ventaja usuaria para todos los efectos legales a que haya lugar.<sup>42</sup>

Por otra parte, el artículo 20 de la ley citada establece que: "En toda operación en que se conceda crédito al consumidor el proveedor esta obligado a informar previamente a aquél sobre el precio de contado del bien o servicio del que se trate, el monto de los intereses y la tasa a que estos se calculan, el total de los intereses a pagar el monto y detalle de cualquier cargo si lo hubiere, el número de pagos al realizar, su periodicidad, la cantidad total a pagar por dicho bien o servicio y el derecho que tiene al liquidar

---

<sup>41</sup> Ley Federal del Consumidor, artículo 22, pág. 8

<sup>42</sup> Ley Federal de Protección al Consumidor artículo 26, pág. 8.

anticipadamente el crédito con la consiguiente reducción de los intereses.- En los contratos respectivos, se deberán señalar con toda claridad los datos a que se refiere el párrafo anterior”.

Estas prevenciones: son aplicables tanto a los financiamientos que los proveedores de bienes y servicios otorguen a los consumidores o usuarios respectivos como a los que a estos concedan terceras personas, que no tengan el carácter de institución de crédito, para el pago del bien o del servicio de que trate; dan a los correspondientes deudores el derecho al pago anticipado de sus créditos independientemente de la tasa de intereses que devenguen y excluyen la posibilidad de pactar intereses flotantes, salvo que el financiamiento sea independiente de la operación de compra venta o de la prestación de servicios.

Cabe destacar que el artículo 21, último párrafo, de la ley a comentario excluye expresamente de la observancia de las citadas normas a los préstamos al consumo o al pago de servicios, que concedan instituciones de crédito, prevención justa si se considera que el sistema bancario mexicano, dadas sus características particulares de operación esta sujeto a un régimen especial cuya aplicación compete a las autoridades financieras. Así, en estos casos puede convenirse ampliamente regímenes de intereses flotantes.

De todo lo anterior puede concluirse que los pactos de réditos variables conformes a los movimientos de un índice escogido por las partes, tiene plena validez jurídica y son susceptibles de aplicarse a una muy amplia gama de operaciones pecuniarias. Aún en el caso de títulos de crédito, esta posibilidad existe y así se viene haciendo en emisiones de obligaciones aprobadas por la Comisión Nacional de Valores y en suscripción de pagarés y cuyo caso no es a nuestro juicio impedimento el requisito legal de que tales títulos deban contener la promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero, ya que tal requisito se refiere al modo del capital más no al de los intereses que, al igual que en caso de tasa fijas, si se pactan flotantes, su importe es también determinable aún cuando en ciertos casos la determinación requiera de mayores elementos de juicio que la que es producto de un simple calculo aritmético; estimo que el régimen de intereses variables no impide el ejercicio de la acción cambiaria, e, inclusive de la ejecutiva ya que conforme al artículo 2189 de Código Civil para el Distrito Federal deuda líquida es aquella cuya cuantía puede determinarse dentro del plazo de nueve días, supuesto fácilmente realizable en la materia.

Aspecto de importancia es el correspondiente a la determinación del índice que sirva de base para fijar el monto de los réditos. Dicho índice usualmente se encuentra referido en el mercado interno, al costo promedio de captación bancaria en moneda nacional que periódicamente da a conocer el Banco de México. Tratándose de operaciones internacionales los índices empleados con mayor frecuencia corresponden, según las características del financiamiento: a la tasa preferencial a que la banca norteamericana otorga crédito (prime rate), a la tasa vigente para eurodepósitos en el mercado de Londres o la de prestamos interbancarios en dicho mercado (libor).

Por lo que se refiere a operaciones en el mercado interno vinculadas con financiamientos para la construcción o la adquisición de inmuebles, los índices que han venido señalándose en las correspondientes estipulaciones ocasionan, a veces, problemas de cierta complejidad. Así, se observa que a menudo los promotores y vendedores de bienes y muebles a crédito, convienen con los adquirientes de dichos bienes que la tasa de intereses podrá elevarse hasta alcanzar el monto de las tasas máximas que fije el Banco de México quién, actualmente, no las determina cuando se trata de financiamientos distintos de aquellos relativos a vivienda de tipo popular; surgen así controversias ante los Tribunales cuya resolución es difícil.

Una conveniente previsión al respecto la constituye establecer en los contratos fórmulas que permiten sustituir el índice escogido si este se vuelve inoperante por circunstancias ajenas al contrato.

Las condiciones prevalecientes en los mercados financieros, tanto internos como del exterior, hacen día a día más conveniente y necesario el establecimiento de tasas flotantes las que, como ya hemos señalado, son aceptadas ampliamente por nuestro régimen jurídico. Dichas clausuras de escala móvil son asimismo convenientes para salvaguardar el equilibrio interno de los contratos e inclusive, en muchos casos, indispensables para hacer factibles operaciones de crédito que, de otra forma, no se celebrarían o, de hacerlo conforme de tasas fijas llevarían éstas a muy altos niveles en previsión de depreciación monetarias cuya magnitud es a menudo difícil de predecir particularmente tratándose de financiamientos a medio y largo plazo.

#### 2.4.- ELEMENTOS DEL ANATOCISMO.

Los elementos que se requieren para integrar la figura del Anatocismo (capitalización de intereses), son los siguientes:

- 1.- La existencia de un crédito.
- 2.- El pacto de pago de intereses a una tasa determinada.
- 3.- El pago de una suma mensual.
- 4.- La posibilidad de que no se alcancen a cubrir el monto de los intereses devengados.

## **CAPÍTULO 3**

### **FIGURAS JURÍDICAS VINCULADAS CON EL ANATOCISMO.**

**3.1.- Los Contratos Civiles.**

**3.1.1.-Inviabilidad de los Contratos.**

**3.1.2.-Contratos de Adhesión y la Autonomía de la Voluntad.**

**3.2.- Simulación.**

**3.3.- La Teoría de la Imprevisión.**

**3.4.- Los Contratos Mercantiles en General.**

**3.4.1.-Contrato de Apertura de Crédito.**

**3.4.2.- Contrato de Refinanciamiento.**

**3.5.- Los Contratos y los Intereses.**

## CAPITULO 3

### FIGURAS JURÍDICAS VINCULADAS CON EL ANATOCISMO

#### 3.1.- LOS CONTRATOS CIVILES.

##### Definición de Contrato:

En el Derecho Mexicano para definir al Contrato algunos autores distinguen el concepto de convenio del de contrato, y es partiendo de esa base que consideran al convenio como el género y al contrato como la especie.

El convenio considerado en un sentido amplio, es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Por su parte, se entiende al convenio en un sentido restringido cuando se habla de contrato.

El Código Civil define al convenio en el artículo 1792 como "El acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Y en el artículo 1793 expresamente manifiesta "los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

El Licenciado Bernardo Pérez Fernández del Castillo, considera que en principio es lógico el razonamiento anteriormente expuesto, sin embargo dicha distinción entre convenio y contrato resultaría inútil si se toma en cuenta que de acuerdo con el artículo 1859 de la mencionada ley " Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos."

Agrega el autor que el mismo Código Civil en algunos casos se refiere indistintamente al convenio y al contrato, como en los casos de la novación en el artículo 2214 y la transacción en el artículo 2944 y es por esta razón que algunos autores consideran inútil distinguir al convenio como el género y al contrato como la especie.



Artículo 2214.- "La novación es un contrato, y como tal, está sujeto a las disposiciones respectivas, salvo las modificaciones siguientes."

En este artículo expresamente se está refiriendo a la novación como un contrato y se refiere al convenio al señalar que está sujeto a todas las disposiciones respectivas, tomando en consideración que existe artículo expreso que manifiesta que a los convenios les serán aplicables las disposiciones legales que sean aplicables a los contratos. Además, al decir el artículo que es un contrato por el cual las partes terminan una controversia, se está refiriendo primero de manera expresa a los contratos y segundo a los convenios al decir que por medio de la transacción las partes terminan una controversia.

Artículo 2944.- "La transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura".<sup>43</sup>

El autor Miguel Angel Zamora y Valencia define al contrato en dos partes:

1.- El contrato como acto jurídico.

Desde esta perspectiva, primeramente se tiene que establecer que el acto jurídico, es el acontecimiento del hombre en el cual interviene su voluntad en forma directa y que por la motivación que hace de un supuesto jurídico, produce consecuencias de derecho.

En el caso de que en la realización del acto jurídico interviniera una sola voluntad, se estaría en presencia de un acto monosubjetivo, y si se trata de un acto donde intervienen dos o más voluntades sería un acto plurisubjetivo.

En base a este punto el Contrato se define como aquél acto jurídico que se origina por el acuerdo de voluntades conforme a lo dispuesto por un supuesto para producir las consecuencias de derecho consistentes en crear o transmitir derechos y obligaciones.

---

<sup>43</sup> Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. Contratos Civiles. Editorial Porrúa México 1994 Pag. 7.

## 2.- El contrato como norma jurídica.

Conforme a este punto de vista, deben tomarse en consideración dos aspectos fundamentales: el primero de ellos es el acto jurídico como acuerdo de voluntades que es el proceso creador del contrato, y el segundo aspecto, que es el resultado de ese proceso.

El resultado del acto jurídico contractual puede considerarse como una norma de la cuál emanan derechos y obligaciones para las partes que en él intervienen.

Los conceptos principales que deben considerarse en el estudio de este punto son los ámbitos de validez material, temporal, espacial y personal, y los conflictos entre contratos relacionados con los ámbitos indicados.

El ámbito material del contrato, significa que las partes son libres para crear derechos y obligaciones siempre que procedan lícitamente, es decir sin violar las normas de orden público y las buenas costumbres y que además se propongan un objeto posible. Los principios de la posibilidad y de la licitud son los únicos que vienen a limitar la autonomía de la voluntad.

El ámbito temporal del contrato se refiere a que existe un momento en el que inicia la vigencia de la norma contractual, y también tiene una duración, es decir por su propia naturaleza deben estar limitados en cuanto al tiempo.

Por su parte el ámbito espacial del contrato comprende todos los problemas relacionados con la validez de la norma contractual en relación con el espacio, por consiguiente en las normas generales, las leyes constitucionales, las leyes ordinarias, los reglamentos, y demás, existe un ámbito definido para poder circunscribir el alcance espacial de la norma.

Por último, el ámbito personal va a determinar si el contrato es una norma que sólo rige para los contratantes o si tiene aplicabilidad respecto de terceros.

### 3.- El contrato como documento.

Este punto básicamente se refiere al documento o al conjunto de signos sensibles que es el resultado del proceso contractual y en el cual se contiene la voluntad de las partes, que es en donde constan los pactos o cláusulas de la norma individualizada.<sup>44</sup>

#### ELEMENTOS DEL CONTRATO.

El contrato se integra con elementos de existencia y de validez.

Los elementos de existencia son indispensables para que haya contrato.

Artículo 1794.- Para la existencia del contrato se requiere:

I.- Consentimiento.

II.- Objeto que pueda ser materia del contrato y excepcionalmente la solemnidad.

Los elementos de validez no impiden que el contrato nazca pero si provocan su ineficacia.

Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado:

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

II.- Por vicios del consentimiento;

III.- Por que su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;

IV.- Por que el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

#### ELEMENTOS DE EXISTENCIA

Consentimiento.

Para abarcar este elemento es necesario considerar a la voluntad como la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa y desde el punto de vista

---

<sup>44</sup> Zamora y Valencia, Miguel Angel. Contratos Civiles. Editorial Porrúa México 1981 Pag. 15.

jurídico entenderlo como el acuerdo de dos o más voluntades sobre la creación o transmisión de derechos y obligaciones.

La voluntad deberá exteriorizarse de manera tácita, verbal, escrita o por signos indubitables.

El consentimiento cuando se trata de un contrato contendrá dos elementos que son la oferta y la aceptación; y por lo tanto no habrá consentimiento cuando haya error en la naturaleza del contrato o sobre la identidad del objeto.

La oferta dura indefinidamente hasta que sea retirada.

En cuanto a la aceptación, esta es un hecho a partir del cual se produce la unión de voluntades, necesaria para la formación del contrato.

Así mismo para el perfeccionamiento del consentimiento debe tomarse en cuenta si es entre presentes o entre ausentes.

Entre presentes el consentimiento se perfecciona al instante, ya que ese es el momento en que las partes manifiestan su voluntad.

Entre ausentes deben cuidarse varios aspectos:

Cuando es por teléfono se considera como si estuvieran presentes (art. 1805 C. C.).

Si es por telégrafo producirá efectos únicamente si los contratantes hubieran estipulado por escrito esta manera de contratar. (Los telegramas deberán contener las firmas de los contratantes y los signos convencionales establecidos entre ellos.)

Si fuera por carta existen cuatro momentos:

1º.- Declaración, cuando se recibe por carta la policitud y se expresa verbalmente o por escrito que se está de acuerdo en celebrar ese contrato.

2º.- Expedición cuando se está de acuerdo con la policitud y se manifiesta la aceptación por escrito y se envía la carta.

3°.- Recepción, cuando el oferente o peticionante recibe por carta la aceptación.

4°.- Información, cuando el oferente hace saber al peticionante que recibió su aceptación.

En este caso por tratarse de actos plurisubjetivos (aquellos en los cuales para su celebración se requieren dos o más voluntades con fundamento en el artículo 1951 del C. C.), la voluntad es la unión o conjunción acorde de voluntades de los sujetos contratantes en los términos de la norma para crear o transmitir derechos y obligaciones.

### Objeto.

El objeto es lo que debe el deudor, y a su vez toda obligación tiene por objeto un hecho.

Cuando se hace referencia al objeto del contrato, se habla de la conducta la cual puede manifestarse como una prestación (situación activa, móvil, dinámica) o como una abstención (situación pasiva, inmóvil, estática).

En el caso de que dicha conducta se manifieste o exteriorice como una prestación, puede encausarse como un hacer algo o en dar una cosa, y si se manifiesta o exterioriza como una abstención, podrá encausarse en un no hacer algo.

En el supuesto de que el contenido del objeto consista en una prestación, deberá ser posible y lícito, independientemente de que se proyecte hacia un hecho o hacia una cosa. (art. 1827)

Derivado de lo mencionado con anterioridad se puede clasificar al objeto en directo e indirecto.

El objeto directo, tiene como finalidad el crear o transmitir derechos y obligaciones que pueden consistir en dar, hacer o no hacer.

### Artículo 2011: Obligaciones de dar:

I.- La traslación de dominio de cosa cierta.

II.- La enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta.

III.- La restitución de cosa ajena o pago de cosa debida.

Artículo 2027: Obligaciones de hacer "Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando esto sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciere de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho."

Artículo 2028: Obligaciones de no hacer " El que estuviere obligado a no hacer alguna cosa, quedará sujeto al pago de daños y perjuicios en caso de contravención. Si hubiere obra material, podrá exigir el acreedor que sea destruida a costa del obligado."

Por su parte el objeto indirecto se refiere a la cosa que se tiene que dar, al hecho que se tiene que realizar o a la conducta que se tiene que abstener. Las cosas objeto del contrato deberán ser física y legalmente posibles.

Artículo 1825:" La cosa objeto del contrato debe:

Existir en la naturaleza;

Ser determinada o determinable en cuanto a su especie;

Estar en el comercio."

Por existir en la naturaleza se entiende que las cosas futuras podrán ser objeto si son susceptibles de existir (art. 1826).

Artículo 1826.- "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aun cuando ésta preste su consentimiento."

Ser determinadas o determinables en cuanto a su especie y calidad se refiere a su peso, medida, y otros, es decir. su individualización.(art. 2015)

Artículo 2015.- "En las enajenaciones de alguna especie indeterminada, la propiedad no se transferirá sino hasta el momento en que la cosa se hace cierta y determinada con conocimiento del acreedor".

Con relación al hecho de que debe estar dentro del comercio el artículo 748 establece que las cosas pueden estar fuera de comercio por su naturaleza o por disposición legal.

Artículo 749: "Están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por un individuo exclusivamente y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular."

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

Posible.

Lícito.

Por último, la posibilidad deberá ser jurídica, es decir, que produzca consecuencias jurídicas; y deberá ser de hecho, lo cual significa que sea compatible con las leyes de la naturaleza.

### 3.- Solemnidad.

Este elemento solamente se da en algunos actos jurídicos como el testamento y el matrimonio.

## ELEMENTOS DE VALIDEZ:

### 1.- Capacidad.

Es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y para hacerlos valer por sí mismas en el caso de las personas físicas ó por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales y de las personas incapacitadas.

La capacidad se clasifica en dos:

Capacidad de goce: Aptitud de las personas para ser titulares de derechos y de obligaciones.

Capacidad de ejercicio: Aptitud de las personas para hacer valer sus derechos y sus obligaciones, ya sea por sí mismas en el caso de las personas

físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales y de los incapaces.

El hecho de que una persona no sea apta para hacer valer por sí misma sus derechos ó para cumplir con sus obligaciones, no significa que no los tenga ó que no pueda hacer ejercicio de los primeros o que no deba cumplir con los segundos, sino que no podrá ejercitarlos por sí mismo y que por lo tanto requerirá de otra persona para que en su representación lo haga.

Las incapacidades generales de ejercicio las establece el Código Civil, en su artículo 450 que a la letra dice:

"Tienen incapacidad natural y legal:

Los menores de edad.

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

Con relación a las incapacidades de goce la ley señala los siguientes casos:

Los extranjeros no tienen aptitud de ser titulares de derechos de propiedad sobre bienes inmuebles cuando estos están ubicados dentro del territorio nacional en la zona restringida ( art. 27 Constitucional)

Los ministros de los cultos, no tienen aptitud de ser titulares de derechos hereditarios derivados de un testamento otorgado por ministros del mismo culto o de particulares con quienes no tengan parentesco dentro del cuarto grado (arts. 130 de la Constitución y 1325 del C. Civil).

Para los efectos de intervenir o no en un contrato se habla de dos tipos de capacidad.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Miguel Angel Zamora y Valencia: Op cit. pag. 30.



-Capacidad General.- Que sería la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento, sin requerir que el sujeto tenga una calidad específica de tipo personal o en relación al bien que eventualmente puede constituir el contenido de su prestación de dar.

-Capacidad Especial.- Se entiende por esta además de la aptitud para poder intervenir por sí en un contrato y para poder adquirir la titularidad de los derechos que se originen como consecuencia de su otorgamiento. La calidad o una calidad específica de tipo personal o una calidad específica relacionada con el bien como contenido de su prestación de dar, un claro ejemplo de la capacidad especial podría ser el otorgamiento de un poder por virtud del cual el apoderado queda facultado para la celebración de determinados actos en representación de la persona que le haya otorgado el poder.

## 2.- Ausencia de vicios en el consentimiento.

Se considera a los vicios como aquellas circunstancias particulares que sin suprimir al contrato lo dañan.

El consentimiento debe darse en forma libre y veraz, de tal forma que las partes estén de acuerdo tanto en la persona, como en el objeto y las formalidades del contrato.

En los contratos se requiere que las personas manifiesten su consentimiento exento de vicios, de lo contrario invalidan al contrato. Son vicios del consentimiento el error, el dolo, la lesión y la violencia.

Error.- Es el conocimiento equívoco de la realidad y no debe confundirse con la ignorancia, puesto que ésta es una falta de conocimiento. También puede definirse como una creencia contraria a la verdad; y puede clasificarse en tres de acuerdo con el Licenciado Bernardo Pérez Fernández del Castillo.<sup>46</sup>

-Obstáculo.- Cuando recae en la identidad de la persona o del objeto quedando inexistente el contrato.

---

<sup>46</sup> Bernardo Pérez Fernández del Castillo: Op cit. pag. 31.

-Nulidad.- Según el artículo 1813 del C. C., puede ser de hecho y de derecho. Es de hecho cuando recae sobre la naturaleza y características del objeto material del contrato.

Es de derecho cuando se tiene la falsa opinión de un contratante sobre una regla jurídica aplicable al contrato.

Indiferente. - Cuando recae sobre las cualidades secundarias del objeto material del contrato.

De lo anterior considero la existencia de errores que hacen inexistente al contrato y otros que lo hacen anulable, en cuanto a los primeros está el error obstáculo, y al respecto cabe mencionar como ejemplo del mismo cuando una parte propone entregar a la otra una cosa en calidad de préstamo y la otra lo consideró como una donación.

A su vez anulan al contrato el error nulidad y el indiferente.

El error puede referirse a las calidades o composiciones físicas de la cosa considerada en sí misma (como contenido de prestaciones de dar); a las calidades o funcionalidad de la cosa referida al uso o a la utilización que desee darle el sujeto; o a la identidad de la persona del cocontratante en aquellos contratos que se celebren en atención a las cualidades del sujeto.

Cuando los errores no recaigan sobre el motivo determinante de la voluntad no son causa de nulidad del contrato (art.1813 y 1814 del C.C.).

Artículo 1813.C. C –“El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la voluntad de cualquiera de los que contratan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el falso supuesto que lo motivó y no por otra causa.”

Artículo 1814.C. C.-"El error de cálculo sólo da lugar a que se rectifique."

Dolo. Artículo 1815 del C. C. dice que se configura cuando una persona utiliza cualquier sugestión o artificio para inducir a error o mantener en el a alguno de los contratantes.

Las sugerencias, los artificios o los medios ilícitos, no constituyen un vicio del consentimiento sino que los medios para obtener el resultado de inducir a error o mantener en él a una persona. Por ello se distinguen los medios utilizados del resultado obtenido.

Este vicio es una causa de nulidad relativa del contrato, si el error a que induce o que es mantenido por el mismo recae sobre el motivo determinante de la voluntad del sujeto en su celebración.

Puede existir dolo principal o secundario, cuando se trata del principal anula al contrato si ha sido la causa determinante de ese acto jurídico.

En su caso el dolo secundario provoca la acción cuanti minoris.

Desde mi punto de vista por dolo principal se entiende aquél que se comete antes del contrato, siendo éste lo que origina el espíritu de su víctima de contratar.

Por su parte el dolo secundario se comete en el curso de la negociación con el fin de evitar que el otro contratante abandone el proyecto.

También existe el dolo bueno cuando se exageran las cualidades del bien objeto del contrato.

Mala Fe.- Consiste en la disimulación del error de uno de los contratantes, una vez conocido. Es importante esté concepto en virtud de que cuando hay dolo puede llegar a existir también mala fe.

Violencia- El artículo 1819 del C.C., establece que hay violencia cuando se emplea fuerza física o amenazas que imponen peligro de perder la vida, honra, libertad, salud, o una parte considerable de bienes del contratante o de su cónyuge o de sus parientes colaterales en segundo grado.

Para que sea vicio del consentimiento se requiere que sea grave, actual, inminente, injusta, que provenga de una persona y no de un hecho, y que sea el motivo determinante de la voluntad del sujeto al contratar.

En ocasiones se llega a confundir a la violencia con el temor reverencial que se da cuando se celebra un contrato por no desagradar a una persona que se quiere o respeta.

Además la violencia produce la nulidad del contrato y el temor reverencial no invalida el contrato.

La violencia requiere para su existencia de tres elementos:

- 1.- Impresionar a una persona razonable.
- 2.- Originar el temor de un mal considerable.
- 3.- Que la amenaza se dirija contra la persona a quien se atemoriza o contra sus parientes.

Lesión.- "Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daños y perjuicios...." (art. 17 C.C.)

En la lesión para que se considere un vicio debe existir una desproporción entre las prestaciones; y por lo tanto en los actos en que no haya prestaciones recíprocas no puede originarse la lesión.

La lesión proviene de la desigualdad de las prestaciones de las partes en el contrato.

Para que se configure la lesión se requieren dos elementos que son el psicológico y el objetivo.

El elemento psicológico por su parte, es aquel vicio del consentimiento que evita contratar en igualdad de circunstancias ya que uno de los contratantes se encuentra en estado de suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria.

En su caso el elemento objetivo es aquella desproporción económica que existe entre lo que se da y lo que se recibe.

Por último, la lesión únicamente se da en los contratos conmutativos y onerosos.

- 3.- Licitud en el objeto, motivo o fin.

El objeto, el motivo y el fin, deben ser lícitos y posibles.

Por objeto se entiende la conducta manifestada como una prestación o como una abstención.

Lícito, es todo hecho que es conforme a la ley y las buenas costumbres. (art. 1830 C.C.)

Los motivos son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con la cosa o el hecho que constituye el contenido de la otra parte.

De acuerdo con el artículo 1813 del Código Civil, los motivos pueden clasificarse en dos:

Motivos determinantes de la voluntad.

Motivos que no sean en forma directa determinantes de la voluntad.

A los fines se les considera como las intenciones de destino último el que pretenda utilizar el contratante la cosa y el hecho que constituye el contenido de la prestación de la otra parte.

La ilicitud en el objeto, motivo o fin produce la nulidad absoluta del contrato; y debe recaer tanto en el objeto jurídico como material del contrato, y a su vez sobre el fin o motivo determinante de la voluntad que es la causa del contrato.

#### 4. Forma.

La forma es la manera de exteriorizarse el consentimiento en el contrato y comprende todos los signos sensibles que las partes convienen o la ley establece para lograr esa exteriorización.

Constantemente se confunde dicho concepto de forma con el de los formalismos, el cual lo puede definirse como el conjunto de normas establecidas por el ordenamiento jurídico o por las partes, que señalan como se debe exteriorizar la voluntad para la validez del acto jurídico.

Derivado de las dos definiciones anteriores puede concluirse que la diferencia entre forma y formalismos es considerar a la forma como parte del consentimiento y a los formalismos como elemento de validez.

El legislador para satisfacer una forma ha regulado tres situaciones:

Primera.- En determinados contratos la ley exige una manera en específico y determinada de exteriorizar el consentimiento, con lo cual busca que se produzcan ciertos y determinados efectos, los cuales no se cumplirían si no se utilizará dicha forma.

En este caso se trata de un contrato que es solemne.

Segunda.- También hay casos en que la ley exige una determinada forma cuyo objeto es dar mayor seguridad a las operaciones, lo cual no se daría si no se sigue dicha manera de exteriorizar el consentimiento.

En dicho caso se persigue la validez del acto y que este no sea anulado por la omisión de dicho requisito.

Tercera.- La ley no puede exigir una determinada manera de exteriorizar el consentimiento, sin dejar que las partes escojan libremente la forma del contrato, aunque para ello deban siempre de observar alguna forma para la existencia del contrato.

## MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES.

Las Modalidades de las Obligaciones son las siguientes:

a)Obligaciones de dar, hacer, o no hacer.

Obligaciones de dar consisten en la prestación de una cosa es decir, 1º. en la traslación de dominio de una cosa o 2º. en la enajenación temporal del uso o goce de cosa cierta ó 3º. en la restitución de cosa ajena o pago de cosa debida. (art. 2011 C. C.)

Obligaciones de hacer consisten en la prestación de un hecho de una actividad, en favor del acreedor.

Obligaciones de no hacer, consisten en la abstención del deudor de realizar determinado hecho.

b) Puras, condicionales y a plazo.

Puras son aquellas incondicionales, es decir, que no estén sujetas a condiciones o plazos.

Condicionales cuando su existencia o su resolución dependen de un acontecimiento futuro e incierto. (art. 1938 C. C.).

A plazo es aquella para cuyo cumplimiento se ha señalado un día cierto, es decir, necesariamente ha de llegar. (art. 153 y 1954 C.C.)

c) Conjuntivas y alternativas.

Conjuntiva es cuando el deudor se ha obligado a diversas cosas o a prestar distintos hechos, debiendo dar todas las primeras y prestar todos los segundos. (art. 1961 C. C.)

Alternativa cuando el deudor se ha obligado a uno de los hechos ó a una de dos cosas, ó a un hecho ó a una cosa. al prestar cualquiera de esos hechos o al entregar cualquiera de aquellas cosas, habrá cumplido su obligación. ( art. 1962 C. C.).

d) Mancomunadas y Solidarias

Mancomunadas cuando, tratándose de una misma obligación, hay pluralidad de deudores o de acreedores, existe una mancomunidad.(arts. 1984, 1985 y 1986 C.C.)

Solidarias, son activas cuando dos o más acreedores tienen el derecho de exigir, cada uno el cumplimiento de la obligación.

Es pasiva cuando, dos o más deudores reportan la obligación de prestar, cada uno, en su totalidad, la prestación debida.(art. 1987C.C.)

e) Divisibles e indivisibles.

Divisibles, cuando tienen por objeto prestaciones susceptibles de ser cumplidas en forma parcial.

Indivisibles, si las prestaciones no pueden cumplirse sino en forma total, por entero. (art. 2003 C. C.).

#### IV: CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.

Los contratos se clasifican de la siguiente manera<sup>47</sup>:

a) Desde el punto de vista de las obligaciones que generan pueden ser: Unilaterales y Bilaterales.

Son unilaterales los contratos en los que se obliga una de las partes, y son bilaterales aquellos en los que los contratantes se obligan recíprocamente.

b) Desde el punto de vista de los provechos y de los gravámenes que generan los contratos pueden ser Onerosos y Gratuitos.

Oneroso es aquel contrato en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; es gratuito, aquel en el que el provecho es solamente una de las partes.

En su caso en los contratos gratuitos traslativos de dominio sólo se responde del saneamiento para el caso de evicción, cuando se haya convenido expresamente.

Con relación al carácter comercial, el comercio es esencialmente una especulación y por lo tanto, nunca se hace a título gratuito, razón por la cual nunca un contrato gratuito podrá asumir el carácter de mercantil.

Un contrato oneroso es bilateral y en ocasiones podrá ser unilateral como el mutuo con interés; en cambio un contrato gratuito siempre es unilateral.

c) Desde el punto de vista de la certeza de los provechos y gravámenes que generan se clasifican en Conmutativos y Aleatorios, Son una subdivisión de los contratos Onerosos.

---

<sup>47</sup> Bernardo Pérez Fernández Del Castillo: Op cit. pag. 44.



Si los provechos y los gravámenes que genera para las partes son ciertos y conocidos desde la celebración del contrato se tratará de un contrato conmutativo.

En el caso de que dichos provechos y gravámenes no sean ciertos y conocidos al momento de celebrarse el contrato, sino que dependen de circunstancias o condiciones posteriores a su celebración, el contrato será Aleatorio.

d) Desde el punto de vista de la manera en que puede manifestarse la voluntad pueden ser Solemnes, Formales, Consensuales.

Cuando la ley exige una determinada forma y no otra diferente para que se produzcan ciertas y determinadas consecuencias y que en el caso de que no se cumpla con la forma prevista, que no se produzcan dichas consecuencias, entonces el acto se clasifica de Solemne.

Si la ley exige una forma determinada para que se produzcan determinadas consecuencias, las cuáles se producen aunque no se satisfaga la forma prevista, originando únicamente la nulidad del contrato por falta de forma; entonces el contrato se clasifica y califica como formal.

A su vez cuando la ley no exige forma determinada para la validez de un contrato, el contrato será consensual.

e) Desde el punto de vista de la entrega de la cosa como un elemento constitutivo del contrato o como una obligación nacida del contrato, se pueden clasificar en reales o consensuales.

Cuando la entrega de la cosa consista en la transmisión del dominio, el uso o goce de un bien, para el perfeccionamiento del contrato, este será real.

Si la entrega no es un elemento constitutivo del contrato, sino que es una obligación que nace del mismo, se entiende que el contrato se perfeccionó por el simple acuerdo de voluntades y se clasifica como consensual.

f) Desde el punto de vista de la dependencia y no de la existencia de una obligación, los contratos se clasifican en principales y accesorios.

Los contratos principales son aquellos que su existencia y validez no dependen de la existencia o validez de una obligación preexistente o de un contrato previamente celebrado, es, decir son contratos que tienen existencia por sí mismos.

En el caso de los accesorios, se consideran como aquellos que no tiene existencia por sí mismos.

g) Desde el punto de vista del cumplimiento en un solo acto y un plazo determinado, de las obligaciones de las partes, los contratos se clasifican en instantáneos de tracto sucesivo, ejecución escalonada, y de ejecución diferida.

Los contratos instantáneos o de ejecución instantánea, son aquellos en que las prestaciones de las partes se ejecutan o se cumplen en un solo acto.

Los contratos de tracto sucesivo son aquellos en que las prestaciones de las partes se van cumpliendo de momento a momento como seria un arrendamiento.

Los contratos de ejecución escalonada son aquellos en los que las prestaciones se repiten en intervalos periódicos, como en el suministro.

Los contratos de ejecución diferida se caracterizan por que las obligaciones se cumplen en una sola exhibición, posterior a la celebración.

h) Desde el punto de vista de la satisfacción de la intención de las partes en la celebración de un contrato, se clasifican en contratos de medios y de resultados.

Se trata de un contrato de resultado, cuando como consecuencia de los efectos del contrato, la intención de las partes se ve satisfecha o colmada por la simple celebración del contrato.

El contrato de medio es cuando la intención de las partes no se ve satisfecha o colmada por la simple celebración del contrato.

i) Desde el punto de vista de la reglamentación que haga o deje de hacer un determinado ordenamiento de los contratos, se clasifican en nominados e innominados.

Será nominado el contrato cuando la ley reglamente un contrato conceptuándolo y señalando sus elementos y determinando sus consecuencias y causas de determinación. También se conocen como típicos. (art. 1859 C.C.)

Será innominado el contrato si la ley no lo reglamenta aunque sólo señale su concepto o le de nombre. También se les conoce como atípicos.(art. 1858 C.C.)

j) Dentro de la última clasificación se encuentran el contrato de libre discusión y de adhesión.

Los contratos de libre discusión, se caracterizan por que generalmente son consensuales, y en éstos los contratantes de común acuerdo establecen las condiciones bajo las cuales se van a comprometer.

De conformidad con el artículo 85 del Código Civil, el contrato de adhesión es el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aún cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista.

Generalmente este contrato se hace a una colectividad, redactado por una de las partes, las cláusulas no se discuten, frecuentemente se trata de un servicio público.

## CREDITOS HIPOTECARIOS

Los créditos hipotecarios quedan comprendidos, junto con la fianza, la prenda y el derecho de retención respecto a negocios comerciales, dentro del rubro de los contratos de garantías y derechos de retención.

La hipoteca normalmente recae en inmuebles, sólo está reglamentada, en los artículos 2893 a 2943 del Código Civil. No obstante, el derecho mercantil admite esta otra garantía real, tanto para aeronaves y navíos (artículos 362, fracción 1, de la Ley de Vías Generales de Comunicación y 104 y 121 a 126 de la Ley de Navegación), como para Empresas (124 de la

Ley de Instituciones de Crédito; 92 y siguientes y 362, fracción II, de la Ley de Vías Generales de Comunicación). Además, el Código Civil al definir la hipoteca ya no la limita a inmuebles (artículo 2893), y admite y regula la constitución de la garantía sobre obligaciones a la orden (que son muebles y siempre son mercantiles), caso en el cual permite que la hipoteca se haga constar en el mismo título de crédito.

Ante la ausencia de una regulación específica de la hipoteca en la legislación comercial, se aplican supletoriamente las normas del Código Civil, salvo que haya una disposición especial.

## CONCEPTO DE HIPOTECA

Para Rafael Rojina Villegas, la hipoteca "Es un derecho real, que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles, enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado, y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación".<sup>48</sup>

Ramón Sánchez Medal, establece que la hipoteca es "Un contrato por el que el deudor o un tercero, concede a un acreedor el derecho a realizar el valor de un determinado bien enajenable, sin entregarle la posesión del mismo, para garantizar con su producto el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".<sup>49</sup>

Borja Soriano indica que "El contrato de hipoteca es aquel por virtud del cual nace un derecho real que afecta a un inmueble generalmente para garantizar el cumplimiento de una obligación principal y su preferencia en el pago".<sup>50</sup>

## REFERENCIA HISTÓRICA

En el derecho romano antiguo, y respecto a la hipoteca, surgió la *manus injectio* que permitía al acreedor, si el deudor no pagaba, tomarlo, para hacerlo encarcelar, reducirlo a esclavitud. El deudor, con su persona misma,

<sup>48</sup> Rojina Villegas Rafael. Compendio de Derecho Civil Contratos, Porrúa, México, 1991 pag. 396.

<sup>49</sup> Sánchez Medal Ramón, de los Contratos Civiles, Porrúa, México 1993, Pág. 479.

<sup>50</sup> Borja Soreano, Teoría General de las Obligaciones Tomo Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, México, 1953, Pag. 138.

garantizaba el cumplimiento de sus obligaciones. La obligación estaba personalizada, se comprometían personas, no se comprometían bienes. Así nacen los contratos de garantía. Primero aparecen las garantías personales y después las garantías reales. Dióse la Mancipatio con fidutia, que concluyó que la persona no es la que responde por el cumplimiento de la obligación sino con el patrimonio; la garantía pasa en propiedad al acreedor, el acreedor adquiere el dominio quirritario, aquel pacto consistía en que si el deudor pagaba su deuda, readquiriría la cosa.

A través de la historia también surgió la pínquis (prenda) o actio pignoratícia que la tiene el deudor para exigirle al acreedor la entrega de la cosa. El inconveniente de la prenda es que se desposee al deudor.

El pretor Servio, autorizó que la prenda quedara en poder del deudor.

Otra etapa de la hipoteca consistió en la prenda sin desposesión e hipoteca con registro, se pensó que la hipoteca que recae sobre bienes inmuebles debía registrarse como un gravamen y por ello se organizó el registro público.

En el derecho romano antiguo las hipotecas eran generales y ocultas: el deudor responde con todos sus bienes, todo su patrimonio queda hipotecado.

En cambio, bajo el sistema alemán toda hipoteca debe ser especial y pública.

Este sistema fue traspolado del derecho español y de ahí al Código Civil de México, de 1870, luego al de 1884 y posteriormente al vigente, en el cual se da la especialidad de la hipoteca, es decir, debe recaer sobre bienes determinados y darse la publicidad de la misma, por virtud de que debe inscribirse en el registro público de la propiedad para que surta efectos contra terceros.

## CARACTERISTICAS DE LA HIPOTECA

Las características de la hipoteca son las siguientes: su naturaleza es accesoria; su carácter indivisible en cuanto al crédito y divisible respecto a los bienes gravados; su naturaleza inseparable del bien gravado; carácter de inmueble y excepcionalmente mueble de los bienes hipotecados; su aspecto especial y expreso; su constitución pública.

Rafael Rojina Villegas, expresa que las características del contrato de hipoteca son:

1.- Es un derecho real (no es una garantía real como precisa el artículo 2893 del Código Civil). Por que va directamente sobre la cosa, permite al titular de ese derecho obrar sobre la cosa, sin intervención de ninguna persona. Es oponible a todos los terceros. Estos deben abstenerse de impedir al titular de ese derecho, realizarlo.

Es un derecho real, por ello el acreedor tiene el derecho de persecución de la cosa hipotecada y se le otorga el derecho de preferencia frente a otros acreedores a ser pagado con el valor de la cosa.

2.- Derecho de persecución: la hipoteca faculta al acreedor hipotecario para recuperar la cosa de manos de quien la tenga. Este derecho se reconoce en el artículo 2894 del Código Civil.

3.- Derecho de preferencia: debe distinguirse la preferencia en el pago, preferencia en cuanto al grado, calidad o fecha de constitución. La preferencia en el pago, es peculiar de los derechos reales de garantía, ya que se supone que el valor de una cosa se destina a pagar un crédito u obligación principal. En cambio, la preferencia en el rango, grado o fecha de constitución, se presenta tanto en los derechos reales principales como en los accesorios. Este derecho de preferencia se desprende de la definición de hipoteca que proporciona el artículo 2893 del Código Civil, mismo que se amplía en el título relativo a la concurrencia y prelación de créditos (Artículos 2973, 2981, 2983 del Código Civil); por lo que los acreedores hipotecarios pueden abstenerse de asistir a las juntas de acreedores para que los acuerdos que se tomen no les perjudiquen en sus derechos; tampoco necesitan entrar a concurso.<sup>51</sup>

## LA HIPOTECA EN EL CÓDIGO CIVIL

La hipoteca en el Código Civil se encuentra regulada en los artículos 2893 a 2895 y 2914, que en síntesis establecen:

---

<sup>51</sup> Rojina Villegas, Rafael, Derecho Notarial, Número 5, UNAM pp. 372 a 445.

La hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedor, y que da derecho a este, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, en el grado de preferencia establecido por la Ley. Los bienes hipotecados quedan sujetos al gravamen impuesto, aunque pasen a poder de terceros. La hipoteca solo puede recaer sobre bienes especialmente determinados, nunca es tácita ni general; para producir efecto contra tercero necesita siempre de registro.

## BIENES SUSCEPTIBLES DE HIPOTECA

Código Civil: no indica que deba ser sobre bienes inmuebles o sobre bienes muebles. La regla general es que la hipoteca recae sobre bienes inmuebles.

Ley de Instituciones de Crédito: su artículo 67 establece: "Las hipotecas constituidas en favor de Instituciones de Crédito sobre la unidad completa de una empresa industrial, agrícola, ganadera o de servicios, deberán comprender la concesión o autorización respectiva, en su caso; todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación considerados en su unidad.

Podrán comprender además, el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, sin perjuicio de la posibilidad. De disponer de ellos y de sustituirlos en el movimiento normal de las operaciones, sin necesidad del consentimiento del acreedor, salvo pacto en contrario ...".

Este caso de la hipoteca industrial, es muy común en el ejercicio notarial, tratándose de créditos bancarios.

Ley de Navegación (hipoteca marítima), los artículos 90 al 94 del ordenamiento en cita, establecen los contratos de hipoteca sobre embarcaciones y artefactos navales mexicanos, salvo embarcaciones menores y artefactos navales que señale el reglamento de dicha Ley, pero deben inscribirse en el Registro Público Marítimo Nacional ya que de no hacerlo sólo surtirá efectos entre los contratantes.

Ley de Vías Generales de Comunicación: el ordenamiento en cita en sus artículos 92 a 95, 362 y 363, establecen la hipoteca de aeronaves, la cual no requiere autorización de la Secretaria de Comunicaciones y Transportes.

Solo es exigible autorización de la dependencia aludida, cuando se hipoteque la unidad completa de una empresa de transporte aéreo.

## CAPACIDAD PARA HIPOTECAR

De conformidad al artículo 2906 del Código Civil, sólo puede hipotecar el que pueda enajenar y solamente pueden ser hipotecados los bienes que pueden ser enajenados.

Por lo tanto, solo pueden hipotecar: el dueño de la cosa, o el representante de éste; pero es necesaria la facultad de disposición de la cosa, es decir, deben tener la facultad de dominio o la facultad expresa para hipotecar.

El poder o mandato para hipotecar debe ser para actos de dominio, por que la hipoteca es un acto de disposición y de administración; dicho poder debe contener la facultad expresa para suscribir títulos de crédito, pues atento a lo establecido en el artículo 9, fracción I, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, tal facultad debe conferirse expresamente mediante un poder.

El artículo 40, fracción II, segundo párrafo de la Ley General de Organizaciones y Actividades de Crédito, establece que las uniones de crédito para recibir de sus socios créditos hipotecarios requieren que el crédito se apruebe por el 75 % de votos de la asamblea general.

Por su parte, la cuarta de las reglas básicas para la operación de las arrendadoras financieras, establece que los prestamos hipotecarios solo podrán otorgarse para inversiones relacionadas con actividades productivas y deberán someterse a la autorización previa el de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros. La falta de autorización hace inexistente el contrato. Tal disposición constituye limitación a la capacidad para la celebración de créditos hipotecarios.

En cambio, tratándose de bancos, la Ley de Instituciones de Crédito no contiene tal limitación, por lo que los contratos de crédito, si bien son autorizados por acuerdo del consejo o comité, este acuerdo y la orden de trabajo que envía el banco al notario para que formule la escritura del crédito, quedan relegados a meros antecedentes, pues la existencia y validez del contrato de crédito bancario basta con la firma del apoderado.



No obstante, tratándose de créditos otorgados por los bancos, la Ley de Instituciones de Crédito consigna diversas prohibiciones, sanciones administrativas y delitos.

Respecto de la hipoteca de bienes pertenecientes a menores de edad, no es factible legalmente hipotecar, ni contratar deudas que obliguen a éstos, a menos que exista evidente necesidad y se recabe autorización judicial (artículo 440 del Código Civil).

Respecto de la hipoteca y la sociedad conyugal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretando el artículo 172 y 194 del Código Civil han establecido que es necesaria la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles a nombre de la sociedad conyugal para que surta efectos contra terceros.

Por su parte el artículo 9 del Código de Comercio establece que en el régimen social conyugal, ni el hombre ni la mujer comerciante podrán hipotecar ni gravar los bienes de la sociedad ni los suyos propios cuyos frutos o productos correspondan a la sociedad, sin licencia del otro cónyuge.

## FORMA DE LA HIPOTECA

El contrato de la hipoteca es formal, debe constar por escrito, en contrato privado o escritura pública. En los artículos 2197, 2317, 2320 y 730 del Código Civil regula el monto de los créditos para definir cuando debe ser un contrato privado en escritura pública. El criterio notarial estima que la hipoteca sobre bienes inmuebles debe constar en escritura pública, aún en los créditos de habilitación o avío y refaccionarios que otorguen las instituciones de crédito de conformidad con los artículos 66 y 67 de la Ley de Instituciones de Crédito.

## CLASES DE HIPOTECA

Existen dos clases de hipoteca:

Hipoteca voluntaria: que son las convenidas entre las partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre los que se constituye (artículo 2920 del Código Civil).

Hipoteca necesaria: es la hipoteca especial y expresa que por disposición de la Ley están obligadas a constituir ciertas personas para asegurar los bienes que administran o para garantizar los términos de determinados acreedores.

Es especial por que debe recaer sobre bienes determinados; y debe ser expresa. Toda hipoteca necesaria debe ser pedida, ya que no existe por sí, ni se decreta de oficio (artículos 2933 a 2938 del Código Civil).

### EFFECTOS DE LA HIPOTECA

El deudor no toma posesión de la cosa hipotecada al constituirse la hipoteca, sino hasta que sea exigible el crédito.

El deudor hipotecario conserva la propiedad de la cosa hipotecada, y como dueño, que es, puede venderla, volver a hipotecarla o darla en fideicomiso; pues todo esto no perjudica al acreedor hipotecario por que este conserva intacto su derecho de preferencia y de persecución de la cosa hipotecada, sin importar quien la tenga.

El deudor hipotecario puede dar en arrendamiento la finca hipotecada, pero la duración del arrendamiento y el anticipo de rentas no pueden ser mayores a la duración de la hipoteca y en caso contrario será nulo en la parte que exceda de esa duración.

Los frutos de la cosa hipotecada pertenecen al deudor hipotecario, mientras no se haga exigible el crédito; pero puede pactarse que dichos frutos si pertenezcan al acreedor hipotecario.

Al hacerse exigible la obligación garantizada con la hipoteca, el acreedor hipotecario tiene derecho a tomar la cosa hipotecada, hacerla vender y aplicar el precio al pago de la deuda.

### DURACIÓN DE LA HIPOTÉCA

La hipoteca durará el mismo tiempo que dure la obligación que con ella se garantiza; con la salvedad de que la voluntaria, si no se fijó plazo, no podrá durar más de 10 años.

La acción hipotecaria prescribe en 10 años. Los intereses una vez vencidos, prescriben en 5 años.

La hipoteca no garantiza intereses respecto de terceros sino por 3 años, salvo que se haya pactado un plazo mayor.

La hipoteca está vigente todo el tiempo que dure la obligación principal y diez años después a partir de que la obligación se hizo exigible.

### PRÓRROGA DE LA HIPOTECA

La prórroga de la hipoteca la regulan los artículos 2928 a 2930 del Código Civil. Cuando se prorrogue el plazo de la obligación garantizada con la hipoteca, ésta se entenderá prorrogada por el mismo término, a no ser que expresamente se asigne menor tiempo a la prórroga de la hipoteca. Si antes de que expire el plazo se prorrogare por primera vez, durante la prórroga y el término señalado para la prescripción, la hipoteca conservará la prelación que le corresponda desde su origen. La hipoteca prorrogada por segunda o más veces solo conservará la preferencia derivada del registro de su constitución por el tiempo a que se refiere el artículo 2929; por el demás tiempo, o sea, la segunda o ulterior prórroga, solo tendrá la prelación que le corresponda por la fecha de su último registro.

Si la hipoteca es prorrogada por segunda vez, se impide que los terceros con derecho real a gravamen experimenten algún perjuicio en sus intereses, por lo que la prelación sólo se extiende al término de la primera prórroga, más el de prescripción: supongamos una obligación principal por un término de 10 años; esto significa que durante 10 años, más el plazo de prescripción que es de 10 años, o sea, durante 20 años tendrá preferencia la hipoteca constituida en primer lugar; pero si luego se prorroga por 5 años más la obligación, ello no quiere decir que la hipoteca mantenga su prelación durante 25 años gracias a una segunda prórroga, la preferencia se mantiene solo 20 años; si a los 20 años no se exige el pago, pierde su prelación.

### TRANSMISIÓN DE LA HIPOTECA

La transmisión de la hipoteca se encuentra contemplada en el artículo 2926 del Código Civil, ya que este establece que el crédito puede cederse, en todo o en parte, siempre que la cesión se haga en la forma que para la constitución de la hipoteca se previene en el artículo 2917 del ordenamiento

en cita, se dé conocimiento al deudor y sea inscrita en el registro. Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro. La hipoteca constituida para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito.

Un acreedor hipotecario colocado en segundo o tercer lugar que desee adquirir el crédito colocado en primer término, puede hacerlo mediante un contrato de cesión, pero si el primer acreedor no quiere cederlo, puede todavía lograr su objeto por la simple subrogación legal, pagando y sustituyéndose al primer acreedor, el pago del crédito hipotecario solo puede efectuarse cuando sea exigible, de modo que el segundo acreedor no podría subrogarse si el pago aún no fuera exigible: en este caso, solo puede adquirir el crédito mediante un contrato de cesión. Una vez que el pago se hace exigible, puede subrogarse todo aquel que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación.

## EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

El fundamento de la extinción de la hipoteca se encuentra en los artículos 2940 a 2942, así como los numerales 2194 y 2195 del Código Civil.

## CAUSAS DE EXTINCIÓN

La extinción de la hipoteca puede hacerse por vía principal o por vía de consecuencia. Por vía principal, la hipoteca se extingue por las mismas causas que todas las obligaciones (nulidad, rescisión, prescripción, remisión de pago, dación en pago, etc.). en cambio, la hipoteca se extingue por vía de consecuencia al extinguirse la obligación principal a la que sirve de garantía. Sin embargo, la hipoteca puede subsistir a pesar de que se extinga el crédito, cuando se hace cesión del crédito y nace un nuevo crédito, siempre que se haya hecho reserva de la garantía hipotecaria.

## COMPENSACIÓN

Opera desde que se hace la misma y extingue las obligaciones compensadas. El que paga una deuda a sabiendas de que era compensable, no puede, en perjuicio de terceros, aprovechar los privilegios e hipotecas que para garantizar esa deuda compensada existieran al hacer el pago de ella; pero si paga ignorando que la deuda era compensable, sí puede aprovechar los privilegios e hipotecas, aún en perjuicio de terceros.

## NOVACIÓN

Esta figura es de aplicación permanente en los créditos con hipoteca, tratándose de reestructuración de pasivos, ampliación de plazo de pago y en la modificación de tablas de amortización; pero sólo se utiliza para precisar que el nuevo crédito no constituye novación del crédito anterior que se modifica.

La novación extingue la obligación principal (crédito) y las obligaciones accesorias (hipoteca). Hay novación cuando las partes en él interesadas lo alteran sustancialmente sustituyendo una obligación nueva a la antigua.

## PAGO Y SUBROGACIÓN

El artículo 2058 del Código Civil dice en que casos opera la subrogación, por ministerio de la Ley y sin necesidad de declaración alguna de los interesados.

La subrogación no extingue el crédito (obligación), sino que solo transmite la misma.

## DACIÓN EN PAGO

Esta figura la regulan los artículos 2942 y 2943 del Código Civil. La hipoteca extinguida por dación en pago revivirá, si el pago queda sin efecto ya sea por que la cosa dada en pago se pierde por culpa del deudor y estando todavía en su poder, o bien, por que el acreedor la pierde por evicción.

## REMISIÓN

Por remisión expresa del acreedor, en este caso éste conserva su acción personal (crédito) pero pierde la acción real (hipoteca), por que esta se extingue. En cambio si el acreedor remite el crédito, al no existir éste, que es la obligación principal, se extingue también la hipoteca.

## EFFECTOS POSTERIORES A LA EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA

Aún extinguida la hipoteca puede seguir surtiendo algunos efectos, como en el caso del artículo 2910 del Código Civil. Si la casa hipotecada estaba asegurada o si se expropia, el acreedor hipotecario tiene derecho a recibir el importe del seguro y/o la indemnización por la expropiación.

Esta situación se explica en que no es la persona la que se subroga a las obligaciones del deudor hipotecario, es el valor mismo del seguro el que toma el lugar de la cosa hipotecada.

Otro efecto posterior a la extinción consiste en la cancelación de la hipoteca, por que conforme al artículo 2940 del Código Civil la hipoteca, mientras no se cancela, sigue produciendo efectos. La cancelación se hace mediante juicio, aunque si las partes están de acuerdo en cancelarla, o bien cuando se extinguió por pago, la obligación sí puede cancelarse por solicitud ante oficial registrador.

La cancelación de cédula y obligaciones hipotecarias se encuentra regida por la Ley general de instituciones de crédito en sus artículos 694 y 106, fracción XII, del Código Civil.

### ¿QUÉ TIPO DE JUICIO DEBE SEGUIRSE?

La doctrina opina que es el juicio hipotecario o el juicio ejecutivo mercantil, por que invariablemente con la escritura del crédito hipotecario se firman pagarés, la vía a seguirse es opcional para el acreedor como lo dispone el artículo 72 de la Ley de Instituciones de Crédito, mismo que establece que cuando el crédito tenga garantía real, el acreedor podrá ejercitar sus acciones en juicio ejecutivo mercantil, ordinario, o el que en su caso corresponda, conservando la garantía real y su preferencia a un cuando los bienes gravados se señale para la práctica de la ejecución.

## LA HIPOTECA Y LOS BANCOS

Los bancos, ante la falta de postores para el remate, se están adjudicando en pago inmuebles, atento a lo establecido en el artículo 2916 del

Código Civil y los numerales 106, fracción XIII, segundo párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito.

### 3.1.1.- INVIABILIDAD DE LOS CONTRATOS

**INVIABILIDAD CONCEPTO:** Que no tiene posibilidad de llevarse a cabo.<sup>52</sup>

La inviabilidad dentro de los contratos se manifiesta en la omisión total o parcial al efectuar estudios de forma deficiente y que estos se traduzcan en una causa de nulidad. Planteada ahí por las leyes y aceptada desde siempre por la doctrina.

En los actos jurídicos se validan por cuestiones que se relacionen con sus respectivos elementos de existencia, de validez o por haber pactado en contra de lo dispuesto en leyes prohibitivas.

Refiriéndose al contrato de apertura de crédito en especial y al contrato refaccionario. El hecho de que el banco haya omitido efectuar el estudio de viabilidad económica, previo al otorgamiento de los créditos, en base a la solvencia económica y capacidad de pago por parte del deudor, congruente con la situación presente previsible del acreditado.

La inviabilidad en los contratos puede tener como consecuencia que se establezca una causa de nulidad que puede ser absoluto o relativa según el caso.

Volviéndose a los contratos de crédito que la institución bancaria, para otorgar el financiamiento, estuvo obligada a efectuar la estimación del proyecto de viabilidad económica, procurando que las condiciones guarden un sano equilibrio. Con la situación actual de los acreditados.

Al caso no esta acreditado que se haya llevado a cabo la estimación de ley del proyecto de viabilidad económica, ni el estudio de la situación presente y previsible de los acreditados, condiciones indispensables para el otorgamiento del financiamiento bancario y principio fundamental que debió observarse a fin de que el banco pudiese recuperar el crédito y evitar situaciones de insolvencia y por ende, de falta de pago, pues de haberlo hecho

---

<sup>52</sup> Diccionario de la Lengua Española. "Esencial". De. Larousse Planeta S.A. México 1994., pág. 65.

dada su condición de experto financiero, hubiera advertido la inviabilidad del crédito en las condiciones en que fue otorgado.

### 3.1.2.- CONTRATOS DE ADHESIÓN Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

#### NATURALEZA DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN.

Durante los primeros años de este siglo, como consecuencia del pronunciado decaimiento de la voluntad individual, comenzó a aparecer, en ciertas relaciones contractuales, la preponderancia abusiva de quienes sustentaban una posición más fuerte en el negocio a celebrarse. Sin embargo esa situación sólo se presentó en condiciones particularizadas y sin que ello implicare una directa consecuencia de los distintos problemas que acarrearía luego, la sociedad de masas (uniformización de la oferta de bienes y servicios, despersonalización del individuo en sus relaciones contractuales, etcétera).

En aquel momento se empleó la expresión "contrato por adhesión" o "contrato de adhesión" -acuñada por R. Saleilles en 1901, quien confesó que optó por esa denominación "a falta de otra mejor"- para indicar el negocio jurídico celebrado a través del abuso de uno de sus contratantes frente a la situación de inferioridad en que se encontraba el otro sujeto contratante al tiempo de celebrar un determinado negocio jurídico.

Filológicamente, la adhesión "es un sustantivo derivado del verbo "adherir" que significa convenir en un recurso o dictamen utilizado por la parte contraria".<sup>53</sup>

Gramaticalmente, adherir importa coincidir con lo expresado por otro. En el plano jurídico "la adhesión se instala en la formación del contrato, cuando su contenido es establecido por una persona que para ello toma la iniciativa, y es hecho propio por otra que limita su actividad a expresar su consentimiento en cuanto fue elaborado por la primera".<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Diccionario de la Lengua española, Madrid, 1970, de 19º., pág. 25.

<sup>54</sup> "Contratos por Adhesión, Cláusulas abusivas y protección al consumidor", autores: Ruben S. Stiglitz y Gabriela A. Stiglitz, ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, Pág. 50.



Ahora, el contrato por adhesión ha sido definido por Messineo como "aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera que el otro no puede modificarlas ni puede hacer otra cosa que aceptarlas o rechazarlas"<sup>55</sup>, de tal suerte que este último no presta colación alguna a la formación del contenido contractual, quedando así sustituida la determinación bilateral por simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente.

Esta expresión significaba el resultado de un poder económico privado, ejercido de manera abusiva para obtener ventajas patrimoniales, confluyendo figuras como las de la lesión subjetiva o del abuso del derecho para procurar paliar precisamente este desequilibrio contractual.

No tardó mucho tiempo en que la expresión de "contrato de adhesión" se viera superada principalmente por las transformaciones socioeconómicas que afectaron a toda la civilización a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

Al existir una nueva realidad, se dio la coincidencia de que también ciertas negociaciones eran concluidas a través de la adhesión de uno de sus sujetos contratantes.

Sin embargo, una figura relacionada con lo anterior es la libertad contractual, que supone para el individuo la posibilidad de reglamentar por sí mismo sus cuestiones personales, y en tanto con ello quede afectada otra persona, pueda reglamentar sus relaciones con ella con carácter jurídicamente obligatorio mediante un concierto libremente establecido.

La libertad de contratación comprende, por un lado, la posibilidad para el individuo de decidir libremente si va a concluir un contrato y con quién va a hacerlo (libertad de conclusión), y, por otro, la posibilidad de establecer libremente el contenido del contrato (libertad de configuración interna).

Como se ha sostenido, por principio la autolimitación de libertad era voluntaria, los efectos jurídicos del contrato se presumían deseados, de tal forma que la omisión de la ley en la determinación del contenido del contrato también se justificaba en la libertad. Pero continúa si uno de los contratantes puede imponer al otro su voluntad, si el otro está obligado por la necesidad a

---

<sup>55</sup> Messineo, t. IV, no. 12. Pág. 483, citado por Rubén S. Stiglitz, "Contratos por Adhesión, Cláusulas abusivas y protección al consumidor", ediciones Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 50.

adherirse sin discutir, el contrato sólo expresa la ley del más fuerte. Es entonces que se alteran los términos y se acuña la idea opuesta: es la libertad la que esclaviza y es la ley la que liberta.

El autor Santos Briz afirma que el contrato ya no es solamente un asunto particular de los intervinientes en él, sino que nuestra vida económica y social ha pasado a ser una institución social, que no afecta solamente a los intereses de los contratantes, y es entonces que la sociedad, representada por el Estado, en sentido lato, asume el control del contrato en sus aspectos fundamentales. Control que se manifiesta, en los llamados genéricamente contratos de masa, por medio de leyes que establecen en todo o en parte las condiciones contractuales para negocios jurídicos de importancia social.

El contrato por adhesión se halla inescindiblemente vinculado con la denominada sociedad de consumo, y ésta se relaciona a su vez, estrechamente, con la gran empresa y la acentuada tendencia a la producción en serie de bienes y servicios.

Es, el contrato por adhesión, un supuesto típico de desplazamiento del principio de libertad contractual y de fractura del modelo clásicamente individualista de formación del contrato. En efecto, el contrato por adhesión atiende esencialmente al modo de formación, al nacimiento a la vida jurídica de esta categoría negocial.

#### ELEMENTOS QUE CARACTERIZAN A LA FIGURA DE CONTRATOS DE ADHESIÓN”

a) El contrato de adhesión es una categoría invasora con carácter expansivo, esto es, su campo de cultivo es la disparidad de poder de negociación entre ambos polos de interés contractual. Aquél está dado por la posibilidad que dispone sólo una de las partes de imponer la configuración interna del contrato a la otra. Predominantemente, ese poder de negociación habrá de coincidir con la disparidad de fuerzas económicas. De ahí que, sea común que al predisponente se le identifique como la parte económicamente fuerte del contrato y al adherente como la parte débil. Pero, aunque se trate del supuesto de excepción, quien ostenta poder económico puede formalizar contratos de adhesión en condición de adherente; por lo que se estima que el poder de negociación siempre resulta de la posibilidad de que una de las partes, con abstracción de su poder económico, imponga a la otra el contenido del negocio.

b) El adherente se halla en estado de compulsión, del cual no puede sustraerse, pues necesita del bien o servicio que presta el predisponente, preferentemente con motivo del ejercicio de un monopolio de hecho o de derecho.

c) Ese estado de compulsión a que está sometido el adherente motiva que la alternativa de que dispone consiste en aceptar en bloque el esquema programado por el predisponente, o no contratar, en razón de que el contrato por adhesión ha sido concebido precisamente como una categoría que no consiente la deliberación previa, y, por tanto, es rígidamente uniforme.

d) El predominio del empresario se hace ostensible cuando, más allá de la posibilidad que le otorga esa técnica de negociación consistente en predisponer el contenido del contrato, se aprovecha de ello para favorecer su posición incorporando cláusulas que, por favorecerle sólo a él en detrimento del adherente, se transforman en abusivas.

e) El contrato por adhesión está integrado por cláusulas que se denominan condiciones generales, cuyas notas más salientes responden a la circunstancia de ser redactadas exclusivamente e íntegramente por una parte que adopta el nombre de predisponente.

Se caracterizan por su homogeneidad con fundamento en que la uniformidad de la producción de bienes y servicios lleva a la estandarización de los instrumentos negociales que sirven a su comercialización y finalmente a su rigidez, elemento que apunta a la severa inmutabilidad de las fórmulas preordenadas, pero también incluye condiciones particulares que las partes introducirán, conforme a la naturaleza del negocio celebrado, mediante los mecanismos tradicionales de formación del consentimiento. En ocasiones, las condiciones particulares tienen como propósito consignar los elementos específicos de la relación singular, y en ese caso se suman a las condiciones generales. En otras, apuntan a la sustitución de una estipulación general negocial, y, como en el caso, traducen una expresión de voluntad que atiende al mecanismo clásico en la formación del contrato, prevalecen sobre la condición general que deviene derogada.

## CONTRATO DE ADHESION A CONDICIONES GENERALES

Las condiciones generales de los contratos constituyen sólo uno de los elementos configurativos de los contratos por adhesión a condiciones generales.

El contrato por adhesión a condiciones generales es aquel en el cual el contenido contractual realizado a fin de ser impuesto ha sido determinado con relación por una de las partes contratantes, al que se deberá adherir sin discusión alguna quien desee formalizar un negocio jurídico determinado.

El contrato por adhesión aparece estructurado sobre la base de dos situaciones jurídicas esenciales que por lo general, se dice, la doctrina nacional y extranjera no han tomado la precaución de distinguir, esto se refiere a la situación jurídica de quien emite la oferta de contrato mediante la utilización de condiciones generales y la de quien se somete a ella mediante adhesión.

Ambas situaciones aparecen distanciadas temporalmente, pero a la hora de configurar el contrato por adhesión resulta imprescindible su encuentro.

Las terminologías que más se adecuan a estos dos elementos son las de "estipulación" y "adhesión" respectivamente, toda vez que con dichas denominaciones nos alejamos de posibles confusiones y, además, porque permiten su distinción con la oferta y demanda del contrato paritario.

La estipulación.- La misma viene a constituir aquel elemento esencial del contrato por adhesión, en el cual uno de los sujetos contratantes dispone sobre qué bases está dispuesto a celebrar un determinado contrato.

Dichas pautas son elaboradas con anterioridad a cualquier situación de relación contractual, y están dirigidas a ser impuestas sin discusión alguna a quien desee o tenga necesidad de contratar.

Existen dos elementos básicos que permiten la configuración de esta situación: un elemento material: las "bases de la contratación", y otro subjetivo: "la intención de imponerlas sin discusión alguna".

El elemento material viene a constituir lo que la doctrina en general denomina "condiciones generales", terminología que se comparte por los varios doctrinarios y que ha sido definida como una serie de cláusulas formuladas respectivamente en forma general y abstracta, o como "los conjuntos de reglas que un particular (empresario, grupo o rama de industriales o comerciantes) ha establecido para fijar el contenido (derechos y obligaciones) de los contratos que sobre un determinado tipo de prestación se propone alcanzar.

El elemento subjetivo no aparece incorporado a dichos conceptos, por lo que las condiciones son insuficientes para que por sí mismas generen relaciones contractuales por adhesión.

Un sector de la doctrina encabezado por Berloiz ha puesto de resalto el aspecto subjetivo de la estipulación, expresando que son las cláusulas donde una de las partes indica cuáles constituyen para ella un reglamento de una eventual relación jurídica que no es sometida a discusión.

En definitiva, la estipulación requiere para ser tal no sólo la formulación previa de cuáles serán los lineamientos de un futuro contrato sino también que dichas cláusulas no estén sometidas a discusión alguna.

Las condiciones generales, mayormente las mismas, son abstractas e impersonales, están dirigidas a la sociedad masificada y por ende tampoco tienen en cuenta las condiciones personales del futuro contratante, a menos que haya sido contemplado esto como condición; por lo general aparecen detalladas en un texto redactado en la letra pequeña y que resultan invariables en toda la etapa previa a la adhesión del otro contratante.

La adhesión.- La adhesión constituye el otro elemento esencial de este tipo de contrato. La misma queda configurada cuando el sujeto contratante, sabiendo que la otra parte entiende tratar siguiendo sus "condiciones generales", indica su intención de someterse sin discusión alguna a los términos de dicha estipulación.

Del concepto surge nítidamente un factor subjetivo tipificante de dicha situación: el sometimiento sin discusión alguna. Esta particular situación del adherente, exteriorizada al tiempo de formalizar el vínculo contractual, no alcanza para impedir precisamente la formación de dicho vínculo, pues como lo señala el autor Santos Briz ", la tipificación del contenido del contrato y la limitación que ello implica de la libertad contractual, en nada altera que las partes se obliguen recíprocamente en virtud de un contrato bilateral que sólo puede perfeccionarse por las declaraciones de voluntad concordantes".

Se habla de las ventajas y desventajas de las llamadas condiciones generales a los contratos de adhesión.

Se señala que la principal ventaja que tiene esta modalidad de la contratación contemporánea reside en el hecho de haberse constituido en una herramienta imprescindible para el tráfico negocial de masas de nuestros días.

A priori, se sustenta, la figura no puede ser impugnada toda vez que ello implicaría cerrar los ojos a una realidad que nos demuestra día a día que el tráfico negocial contemporáneo se mueve básicamente a partir de dicho tipo contractual.

Como desventajas potenciales, es que por su intermedio se facilita el empleo de cláusulas oscuras o ambiguas, de un casuismo exagerado, de difícil lectura, inflexibles, etc.; que con su empleo se permite la eliminación de la competencia y con ello el libre juego de la oferta y la demanda; que limita, cuando no elimina totalmente, la libertad de contratación considerada no como pilar estructural de la teoría general del contrato sino como atributo natural del hombre.

Rubén S. Stiglitz y Gabriela A. Stiglitz, en su obra "Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor, hablan sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales.

Al respecto señalan que la importancia del tema radica en las consecuencias prácticas que corresponde asignarle, según la posición adoptada por el intérprete en cuanto a la eficacia que se les reconoce.

Son dos las corrientes de pensamiento, opuestas entre sí, que intentan explicar el fundamento de la fuerza vinculante de las condiciones generales, sin perjuicio de quienes sostienen una postura ecléctica.

La tesis normativa, dicen, sustenta que las condiciones generales son un acto normativo, ya sea porque considerando su difusión y amplia objetividad se asemejan a los usos, asumiendo entonces el carácter de derecho consuetudinario, o porque, impuestas por un órgano del Estado o aprobadas por él para ser incluidas en los contratos, las condiciones generales asumen categoría de derecho objetivo.

Entre los autores que sostienen dicha tesis se encuentra G. Garrigues, que en su obra "Contratos Bancarios", sostiene "que las condiciones generales de la contratación, por el dato de su obligatoriedad indiscutible para las partes y por su trascendencia al suplir las lagunas de la ley en sectores enteros del tráfico mercantil, singularmente en materia bancaria y de seguros, ofrecen un carácter muy semejante al de la ley. Haciendo referencia expresa a las condiciones generales de contratación bancaria, señala Garrigues, que éstas constituyen un marco dentro del cual se prevé unilateralmente el desenvolvimiento de las posibles relaciones contractuales entre el banco y la clientela. Pero se trata -agrega- de un marco dibujado a gusto del banco, y precisamente para conseguir descargar sobre el cliente todos los hechos que puedan originar daño o responsabilidad. Para decidir sobre la naturaleza de estas condiciones generales de contratación habrá que considerar su grado de difusión y objetividad, y, cuando éste sea muy amplio, dichas condiciones podrían asimilarse al uso mercantil normativo".<sup>56</sup>

Por su parte, los autores Stiglitz, mencionados, al coincidir con la diversa tesis contractualista, apuntan que "el desequilibrio del poder de negociación ha originado nuevas técnicas o fórmulas contractuales predispuestas, en las cuales el contrato por adhesión juega un rol protagónico por la cantidad de negocios que pertenecen a su categoría. La estructura del contrato se mantiene inalterable. Como quiera que sea, el consumidor emite una oferta sobre la base de una fórmula general e inmutable que le provee el predisponente, y a ella le sucede la aceptación. La naturaleza íntima del contrato no se modifica. Lo expuesto significa que la modalidad en la formación del acto consistente en la adhesión a un contenido predeterminado con anterioridad y no discutido previamente, no priva al

---

<sup>56</sup> J. Garriguez, "Contratos Bancarios", Madrid, 1975, págs. 18.

negocio de su naturaleza contractual, pues en definitiva hay una declaración sobre la cual las dos partes consienten, no pudiendo desconocerse que la adhesión, aunque consista en la aceptación incondicionada de pactos establecidos por otro, es, al menos formalmente, un acto de libre voluntad que no puede ser constreñido a cumplirse. La necesidad de que se consienta libremente sobre un esquema predispuesto por otro, configura a las condiciones generales como derecho contractual, pues sería innecesaria la aceptación del adherente si éstas fuesen normas objetivas."<sup>57</sup>

El maestro Ramón Sánchez Medal, en su obra "De los Contratos Civiles". Teoría General del Contrato. Contratos en Especial, al referirse tanto al tema en estudio así como a las condiciones generales en cita, refiere que el contrato de adhesión, es lo opuesto al contrato negociado o paritario (Josserand), y en el que no hay tratos preliminares o discusiones previas de las partes, sino que una de ellas elabora unilateralmente las condiciones del contrato y a la otra sólo se le deja la posibilidad de aceptarlas, si quiere celebrar el contrato, o de no celebrar éste.

Señala que tratándose de servicios indispensables, prácticamente no existe la posibilidad de abstenerse de celebrar el contrato, como ocurre con los servicios de transporte, de energía eléctrica, de teléfono, de gas, etc.; por ello, en estos casos interviene con frecuencia el Estado para vigilar que las cláusulas no extorsionen a los usuarios de tales servicios. Por ello, la Ley Federal de Protección al consumidor exige que en los contratos de adhesión no se inserten cláusulas que establezcan prestaciones desproporcionadas u obligaciones inequitativas a cargo de los consumidores y que siempre se redacten en español y en términos legibles y comprensibles (arts. 85 a 90).

Sin embargo, no puede negarse que en todos estos actos jurídicos haya contrato o acuerdo de voluntades, al menos para aceptar por una de las partes las condiciones elaboradas o propuestas por la otra, por lo que no tiene razón Duguit que niega el carácter de contratos a los conocidos como contratos de adhesión.

Refiere que no hay que confundir, como equivocadamente lo hace la Ley Federal de Protección al Consumidor (arts. 85 y 87), los contratos de adhesión con los contratos de machote, ni con las "condiciones generales del contrato" así llamadas en doctrina, y que son aquellas cláusulas que a manera

---

<sup>57</sup> Ob. Cit. pag. 60



de reglamento contractual de aplicación general ha preparado una de las partes para la integración de un determinado tipo de contratos que ella celebra, y que se redactan en forma abstracta, que es lo que sucede, por ejemplo, con las pólizas de seguros, y no para celebrar un determinado contrato en un caso concreto.

## DERECHO COMPARADO: REGULACION DE LOS CONTRATOS POR ADHESION A CONDICIONES GENERALES

Se pueden distinguir en el ámbito del derecho comparado tres grandes sistemas: aquel cuyos códigos han establecido una sistematización más o menos completa del problema de los contratos de adhesión a condiciones generales; países donde la situación ha sido prevista a través del dictado de leyes especiales, sea que las mismas estén dirigidas al problema en general, sea que hayan previsto determinadas situaciones en particular, y sistemas que carecen de toda normativa jurídica y en los cuales todo está librado a los pronunciamientos jurisprudenciales.<sup>58</sup>

### TESIS EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION. EN RELACION A LA NATURALEZA DE LOS CONTRATOS POR O DE ADHESION.

Se señaló al asemejar a los contratos de suministro de energía eléctrica, con los de adhesión, que éstos no tienen los trazos del contrato clásico, pues al celebrarse no existe la igualdad de los contratantes, como se hace suponer según la teoría de la autonomía de la voluntad, pues por un lado se encuentra un particular y por el otro una potencia económica, la mayor de las veces, que impone las condiciones generales que se proponen en todo el público, en los mismo términos, y que son sometidas a su aceptación o rechazo; excluyendo toda posibilidad de admitir que las partes puedan, por su voluntad y aun por mutuo acuerdo, variarlas o modificarlas; máxime cuando estas condiciones generales son impuestas por disposiciones legales de carácter imperativo o coactivo y de eminente interés público y de servicio

<sup>58</sup> Felix A. Trigo Represas, Rubén S. Stiglitz, "Contratos", EDICIONES La Rocca, Buenos Aires, 1989, pág. 135 y 136.

social que impiden, restringen o modifican la autonomía de la voluntad de los contratantes.<sup>59</sup>

### AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

Aun cuando en la actualidad se ha combatido mucho la doctrina de la autonomía de la voluntad para dar paso a normas protectoras del consumidor y del débil, lo cierto es que es el principio que ha campeado y así debe de seguir en materia mercantil, como está consagrado en el artículo 78 del Código de Comercio:

Artículo 78.- En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.

El tráfico de lo mercantil requiere que las partes puedan concurrir a la contratación con una libertad amplísima en la que sólo cuando hay barreras y prohibiciones expresas pueden detenerse.

En el caso no existe ninguna norma que prohíba otorgar un crédito para que con su importe se paguen los intereses generados en otro.

No existe tampoco, aunque no es específicamente el caso, la prohibición de poder pactar la capitalización de intereses.

Si no hay normas prohibitivas que lo impidan, debe darse validez al pacto de las partes.

### 3.2.- SIMULACIÓN.

SIMULACIÓN F. Acción de simular, alteración de la verdad sobre personas, casos o actos.

SIMULAR Tr. Representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es, aparentar, fingir.

---

<sup>59</sup> Amparo Directo N°. 9539/ 97, Promovido por Arcadio Valenzuela y coagraviados, resuelto en sesión de 22 de Julio 1974, ponente Ministro Ernesto Solís López, Tercera Sala.

SIMULAR significa, también representar engañosamente una cosa, como si en verdad existiera como tal, cuando en la realidad no es así.

El artículo 2180 del Código Civil establece: “Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas”.

De aquí se desprende la actitud engañosa que las partes deben asumir a través de falsedades para crear un estado de error ya sea en un acto que se ha celebrado o que éste por celebrarse. Se deduce también que la intención de las partes va encaminada a aparentar lo que no existe o tiene forma distinta de cómo se le hace aparecer.

Para Planiol y Ripert, existe simulación: “Cuando a sabiendas se hace una declaración inexacta o cuando se celebra un contrato, aparente, cuyos efectos quedan modificados o suprimidos por otro contrato contemporáneo al primero y destinado a ser mantenido en secreto”.<sup>60</sup>

Se infiere de esta definición, la existencia de dos contratos, uno real y el otro aparente, y de hecho así podría considerarse, pues el acto o negocio aparente, debe convencer que está plenamente perfeccionado ante la ley con todos sus elementos. Asimismo el que ha sido encubierto se supone que también reúne los requisitos secretamente entre las partes, aunque el objetivo de esta apariencia, es precisamente lograr que mediante este “teatro”, se perjudiquen los intereses de terceros, incurriendo con dicha actitud en una finalidad ilícita.

Bonneccasse: Simulación “por este término se entiende el acto secreto que suprime o modifica los efectos de uno aparente. El acto secreto expresa la voluntad real, en tanto que el acto aparente traduce una voluntad simulada unánimemente se reconoce que es sumamente variable la extensión de la simulación”.<sup>61</sup>

La uniformidad de criterios doctrinales, ha establecido que la forma de la voluntad que asume la simulación consiste en una disconformidad entre la real y la declarada, la que determina el elemento engaño para defraudar de esa manera los intereses de terceros.

<sup>60</sup> Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge: “Tratado práctico de Derecho Civil Francés” . Cultural, Habana, Cuba, 1946, P. 465).

<sup>61</sup> Boccannesse, Julián. “Elementos de Derecho Civil Editorial Cajica, Puebla, México 1945, Pág. 490

Raúl Díez Duarte indica: “Hay simulación, toda vez que existe disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración convenida entre partes, con el fin de engañar a terceros”.<sup>62</sup>

En el mismo sentido se conduce Ruggiero y también aquí se da una disconformidad consciente y querida de la declaración con la voluntad pero resulta preordenada con la parte a la que la declaración se dirige y concertado con ella a fin de engañar a los terceros”<sup>63</sup>

Por su parte Francisco Ferrara, considerado como uno de los más sobresalientes exponentes del tema, precisa: simula o samalo deriva de la raíz sanscrita sa, donde vienen samo, lo mismo el griego, el latino semol, semel, similis, de los cuales a su vez, vienen samalo, igual, el griego y el latino similis, simul-tas simulare, ario antiguo, amal, amail, adu, instar”.<sup>64</sup>

Ferrara precisa que negocio simulado es el que tiene una apariencia contraria a la realidad, o por que no existe en absoluto o porque es distinto como aparece. En la simulación pues, los contratantes están de acuerdo sobre la apariencia del acto, que no llevan a cabo realmente o no en aquella forma visible de que se sirven como instrumento para engañar a terceros.

Atento a lo expuesto, se puede aseverar:

La simulación implica el acto de aparentar un negocio que no existe, encubriendo uno existente.

La simulación se realiza conscientemente por los sujetos participantes.

Para que pueda darse la simulación debe existir un concierto de dos o más voluntades.

Existe una discrepancia entre la voluntad real, y la declarada.

El acto aparente es el acto simulado, mientras que es acto secreto o real, es un acto disimulado.

<sup>62</sup> Díez Duarte Raúl. “La simulación de contratos en el Código Civil Chileno” Editorial Imprenta de Chile, Santiago Chile, 1957, Pág. 37.

<sup>63</sup> Ruggiero Roberto “Instituciones de Derecho Civil”, Edit. Reus, España, 1915, Pág. 256.

<sup>64</sup> Ferrara Francisco “La simulación en los negocios jurídicos” Editorial revista de derecho privado, Madrid, España 1960 Págs. 250 y 251.

La intención en la simulación va encaminada generalmente a que mediante el engaño, se logren perjudicar intereses de terceros.

Es difícil pensar que la simulación sea a veces lícita pues casi siempre es ilícita y constituye una forma anormal de celebrar actos o contratos jurídicos.

Francisco Ferrara establece que el acto simulado debe contener los siguientes requisitos:

“Una declaración deliberadamente disconforme con la realidad.  
 Concertada de acuerdo entre las partes.  
 Para engañar a acreedores.”<sup>65</sup>

Por su parte Raúl Diez Duarte, señala los siguientes: Para que surta simulación debe darse:

- 1.- Disconformidad entre la voluntad interna y su declaración.
- 2.- Disconformidad liberada y consciente.
- 3.- concierto entre partes.
- 4.- Intención de engañar a terceros.<sup>66</sup>

En cuanto a la finalidad que persigue la simulación, Ferrara hace notar, que no siempre la simulación es ilícita: “La simulación puede tener una finalidad lícita como por ejemplo: Sustraer a la curiosidad de indiscreciones de los demás la naturaleza de un acto jurídico, si bien debe reconocerse que en la mayoría de los casos la simulación siempre se dirige a defraudar a terceros”.<sup>67</sup>

#### Clasificación de la Simulación.

Raymundo Salvat indica que: “La simulación es absoluta cuando se celebra un acto jurídico que nada tiene de real y es relativa cuando se emplea para dar a un acto jurídico una apariencia que oculta su verdadero carácter”.<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Ob. Cit. P. 43, en igual sentido se pronuncia Muños Sabate Luis, “La Prueba de la Simulación Semiotica de los negocios jurídicos” Edit. Hispánico Europea, Barcelona España 1972 Pág. 100.

<sup>66</sup> Ob. Cit. Págs. 37- 38.

<sup>67</sup> Ob. Cit. Pág. 45

<sup>68</sup> Salvat M. Raymundo. “Tratado de Derecho Civil Argentino Editorial Tipográfica, Argentina, 1954 Pág. 2509

Ferrara señala:

1.- Las partes se proponen producir la apariencia del acto que no quieren realmente. El acto es inexistente, ficticio, ilusorio, se tiene solo una mera apariencia, una vasta sombra, un cuerpo sin alma, según la expresión de Baldo (simulación absoluta).

2.- Las partes realizan un acto real, aunque distinto de aquel que aparece exteriormente. El acto será escondido, celado, velado, existe una ocultación de un negocio verdadero bajo una forma mentira (simulación relativa)

3.- Las partes realizan un acto real y ponen de manifiesto su naturaleza, solo quieren engañar acerca de la persona del verdadero contratante. En el negocio figura un sujeto distinto del interesado, un titular fingido, un testaferro (interposición)

El procedimiento simulatorio se agota en la realización del negocio simulado.

El artículo 2182 del Código Civil establece:

“La simulación absoluta no produce efectos jurídicos descubierto el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare”:

También se afirma que no hay simulación:

1.- Por la inexistencia de un acto que es real y no encubierto.

2.- Porque las partes en los contratos de apertura de crédito y el refinanciamiento, realizan la operación conscientemente.

3.- La realización de los contratos citados no tienen la intención de, mediante el engaño, lograr perjudicar interese de terceros.

### 3.3 TEORIA DE LA IMPREVISION

#### PLANTEAMIENTO

La teoría de la imprevisión puede pensarse en ella, cuando un acontecimiento en absoluto imprevisto por ambos contratantes, que excede los límites de la previsión normal y es ajeno a su acción o misión, torna sumamente oneroso o gravoso el cumplimiento de una de las prestaciones del contrato, puramente conmutativo, con prestaciones sucesivas o de ejecución diferida.

Así pues, la pregunta consiste: ¿Han de mantenerse o deben sufrir una revisión los contratos realizados en épocas normales, si en forma repentina, violenta e imprevisible sobreviniendo circunstancias radicalmente diversas de las existentes en el momento de contratar, por ejemplo: El alza o la baja súbita de los valores, la desvalorización de la moneda, la inflación, y ello se traduce para uno de los obligados en la excesiva gravosidad de la ejecución del contrato?

¿Las situaciones extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, o difícilmente previsibles, deben o no ser tomados en cuenta para disminuir la responsabilidad o eximir de ella o conceder esperas al contratante que se obligó en circunstancias totalmente diferentes?

#### BREVE REFERENCIA HISTORICA

El origen de la teoría de la imprevisión, no es claro, ya que algunos comentaristas, piensan que se desprende de un texto de Cicerón (de los deberes); otros lo localizan en un pasaje de Séneca, en su obra: "De Beneficilis". O bien, se opina que surge en el Digesto. ("Rebus sic Stantibus Loquimur: Se habla estando así las cosas", Ley Octava; Libro VI, Título Cuarto.) Otros opinan que emerge con el Digesto en 45-I, párrafo 98.

Lo que bien es cierto, que la teoría de la imprevisión, surge al adaptarse los contratos alas circunstancias, o causas imprevisibles que se daban en el desarrollo de un negocio jurídico.

La formulación mas clara del principio, se localiza en la expresión de los post-glosadores: "Contratus qui habent tractum successivum et

dependentiam de futurum, rebus sic stratibus intelliguntur (los contratos a Término o tracto sucesivo se entienden permaneciendo las cosas en el mismo estado).

En su desarrollo participaron con eficiencia los canonistas medievales, pues los tribunales eclesiásticos, “siempre dispuestos a favorecer la solución de equidad”, aplicaron a menudo, la doctrina del cambio de circunstancias, por estimar contrario a la moral cristiana el enriquecimiento de uno de los contratantes a expensas del otro.

La teoría de la imprevisión, esboza que: el contratante debe mantener la obligación en tanto que las condiciones se encuentren en la misma forma en el origen del contrato. Existe una forma de enriquecimiento ilegítimo por eso la establecieron.

La cláusula “Rebus sic stantibus”, aparece en el Código Maximiliano Bavárico de 1756 mismo que expresó: puesto que todos los vínculos encierran tácitamente la cláusula de referencia, se invalidan también por la variación de la cosa deducida en obligación, si concurren los siguientes requisitos: 1. Cambio que no provenga de la mora, ni de hecho o culpa del deudor; 2. Que no fuese fácil de prever; 3. Que sea de tal naturaleza que si el deudor lo hubiese conocido antes, según la opinión desinteresada y honesta de una persona inteligente, no habría consentido en obligarse”. De igual forma, es regulada en el Código Prusiano de 1794 y el Austríaco de 1812.

La aplicación de la teoría de la imprevisión se ha dado, principalmente, en materia de contratos administrativos.

El principio de la imprevisión se vigoriza, con las opiniones a su favor de Haueriou, Demogue Jossierand, Bonnecasse, etc. En Francia y España se le denomina imprevisión, en tanto en Alemania, Holanda, Brasil e Italia se le llama cláusula “Rebus sic Stantibus”.

Hemos de precisar que el Código Civil Italiano actual, establece la rescisión por excesiva onerosidad sobrevenida de momentos posteriores.

El Código de Napoleón, en el artículo 1143 tercera parte, establece: “Que los contratos legalmente formados tienen fuerza de Ley para las partes. Los contratos no pueden ser revocados si no por acuerdos de las partes o por la Ley”.



En la tercera parte, indica el numeral 1134, que los contratos deben ser ejecutados de buena fe.

Los comentaristas del Código de Napoleón, establecieron que el Código admitía la teoría, porque la rectitud y la justicia en las prestaciones debe prevalecer.

Así pues, la imprevisión consiste en la excesiva onerosidad sobrevenida.

Ripert, indicaba que debía invocarse la buena fe, como regla moral de las obligaciones, para aceptar la imprevisión.

Bonnecasse, invoca la imprevisión apoyándose en la equidad: La obligación lleva a las consecuencias de uso y equidad. El fundamento lo precisa en el artículo 1796 del Código Civil, y de igual manera, se establece en el caso de juicio especial de hipoteca y en el artículo 404 del Código de Procedimientos Civiles, pero solo en caso de confesión.

## FUNDAMENTO DOCTRINAL

El fundamento doctrinal de la teoría de la imprevisión lo encontramos en un elemento subjetivo: voluntad de los contratantes, que debe interpretarse razonable y equitativamente, en el sentido de que las partes han contado al contratar, con la permanencia del estado de cosas en que se realiza el acto, y en el elemento objetivo de las prestaciones es la base del consentimiento.

En este último aspecto, elemento objetivo, indica Voirín (“De L’ imprevisión Dans Les Rapports De Droit Prive” Página 4) indica que el principio de la imprevisión es el efecto o resultante de un predominio de la noción moral de la equivalencia, mejor dicho, el equilibrio de las prestaciones sobre la noción económica de seguridad. La seguridad es un gran “desideratum” de la vida económica y social, pero que puede limitar sus exigencias para hacer lugar a un mínimun de moralidad. La economía se desenvuelve casi enteramente sobre postulados morales que ella supone implícitamente reconocidos.

El fundamento de principio reside en la voluntad presunta de las partes contratantes, en la interpretación de su acuerdo de voluntades al formar el

contrato, con arreglo a la razón, la buena fe y la equidad, entendiéndose que lo normal y ordinario es que los contratantes procuren una aproximada equivalencia o un cierto equilibrio de sus prestaciones.

## CIRCUNSTANCIAS PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IMPREVISION.

Ripert indicaba que el principio solo puede usarse, con mucha restricción, solo en casos graves, de absoluta imprevisibilidad y trastorno muy grave.

### REQUISITOS O CONDICIONES.

1. QUE EXISTA IMPREVISIBILIDAD: que el acontecimiento o circunstancia sobreviniente al contrato no se deba a culpa del deudor y no haya sido razonable o normalmente previsible al contratar. Que consista en un acontecimiento excepcional, anormal, extraordinario.

2. QUE ESE EVENTO IMPREVISIBLE SEA DE TAL GRAVEDAD O IMPORTANCIA, que de haberlo previsto el deudor no se hubiera obligado, o lo hubiera hecho en forma muy distinta.

Es menester que como efecto de ese hecho imprevisible, el cumplimiento de alguna de las prestaciones convenidas en el contrato resulte excesivamente oneroso o gravoso, notoriamente desmesurado en relación con lo estipulado originariamente. Que resulte intolerable la carga de la obligación para una de las partes, que entrañe un gran desequilibrio entre las prestaciones recíprocas originarias.

3. QUE ESE HECHO NORMALMENTE O HUMANAMENTE IMPREVISIBLE CONSISTA EN ALTERACIONES DE LA SITUACIÓN ECONÓMICA GENERAL DEL PAÍS.

4. Que se trate de contratos de ejecución continuada, que produzcan prestaciones futuras. La desigualdad de las prestaciones se relaciona con la teoría de la lesión o de la causa.

**ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA**

## LIMITES DE APLICACIÓN A LA TEORIA DE LA IMPREVISION

Aunque se encuentren reunidas todas las condiciones o requisitos que justifican el funcionamiento del principio, su aplicación no puede ser ilimitada.

### LIMITANTES:

1. Por el orden público y las buenas costumbres.

2. Por la misma libertad de las convenciones resultante de la autonomía de la voluntad, ya que nada obstaría a la validez de una estipulación por la cual la imprevisión, quedara en el contrato mismo eliminada como causal de revisión, así como las partes pueden asumir los riesgos del caso fortuito y la fuerza mayor.

3. Por la naturaleza del contrato, no aplica en los contratos aleatorios o de especulación, como las apuestas o los juegos de bolsa y operaciones del mercado a término.

## EFFECTOS JURÍDICOS DE LA APLICACIÓN DE LA TEORIA DE IMPREVISIÓN

Las consecuencias jurídicas de la aplicación a casos concretos de la teoría de la imprevisión variaran acorde a las circunstancias planteadas, pudiendo dar lugar a la rescisión del contrato, a la nulidad, a efectos atenuados: como la disminución o el aumento de prestaciones.

Así pues, entre los efectos jurídicos, tenemos:

1. Nulidad: Absoluta, relativa.

2. Rescisión,

3. Mantener el contrato, sometido a una revisión razonable, revisando sus condiciones.

4. Suspender la exigibilidad de la prestación.

5. Prorrogar su vencimiento.

6. Disminuir la extensión o intensidad de las obligaciones de los contratantes.

7. Imponer una indemnización compensatoria a favor del obligado para quien resulte excesivamente onerosa la ejecución del contrato.

## LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN Y LAS CLAUSULAS DE ESCALA MOVIL.

“Para proteger al acreedor a plazo una suma de dinero contra los efectos de la pérdida considerable e imprevisible del valor de cambio o poder adquisitivo de la moneda nacional a causa de la inflación, pueden reducirse los remedios jurídicos a dos grupos: o en una intervención directa del legislador para que se puedan revisar y modificar o rescindir los contratos afectados gravemente por el desequilibrio posterior a su celebración y debido a la mencionada desvalorización monetaria, o bien en una cláusula o estipulación especial acordada expresamente por las mismas partes en el texto del propio contrato que haya previsto y regulado de antemano la situación planteada; pero nunca compete al juez hacerlo sino existe la autorización precisa en la ley o sin haberlo previsto y facultado las partes en el mismo contrato, ni a pretexto de que al celebrarse este no pudieron prever las contratantes que sobrevendría después cambios inesperados y extraordinarios que aumentarían o menguarían de manera excesiva el valor real de las obligaciones pecuniarias de uno de ellos”<sup>69</sup>

### 3.4. CONTRATOS MERCANTILES EN GENERAL

#### DEFINICION.

El autor Mario Bauche GarciaDiego, quien señala que los aspectos relativos a la Teoría General de las Obligaciones, incluyendo de esta manera la definición de contrato en términos generales, sus clasificaciones, así como los elementos de existencia y de validez que se conocen en materia Civil son aplicables supletoriamente a los Contratos Mercantiles.<sup>70</sup>

<sup>69</sup> Sánchez Meda, Ramón: “ De los contratos civiles” Editorial Porrúa, Página 99

<sup>70</sup> Bauche GarciaDiego, Mario. La Empresa., Nuevo Derecho Industrial. Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles. Editorial Porrúa México 1977, pág. 90.

Es correcta la aportación de este autor, ya que en virtud de que sería absurdo la existencia de una Teoría General de las Obligaciones en materia civil, otra mercantil, y el fundamento legal son los artículos 1º. y 2º. del Código de Comercio al señalar lo que sigue:

Artículo 1º. -"Los actos comerciales sólo se regirán por lo dispuesto en este Código y las demás leyes mercantiles aplicables."

Artículo 2o.- "A falta de disposiciones de este ordenamiento y las demás leyes mercantiles, serán aplicables a los actos de comercio las del derecho común contenidas en el Código Civil aplicable en materia federal".

Derivado de lo anterior el contrato mercantil es el acuerdo de voluntades para producir o transferir los derechos y obligaciones (art. 1793 C. C.)

## II. FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL

Son fuentes del derecho mercantil de acuerdo con el autor Rafael de Pina Vara:

### 1.- La ley.

La ley mercantil es aquella norma emanada de los órganos del Estado, destinada a regular la materia mercantil. En este caso no se refiere únicamente al Código de Comercio, sino que también a todas las leyes mercantiles especiales que lo complementan y que regulan la materia mercantil en su conjunto.

Así serán fuentes del derecho:

Código de Comercio.

Reglamento del Registro de Comercio.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Siendo estos de los más importantes.

## 2.- Jurisprudencia.

La Jurisprudencia, definiéndola como el criterio de interpretación judicial de las normas jurídicas de un Estado, que prevalece en las resoluciones de un Tribunal Supremo, de varios Tribunales Superiores y se inspira en el propósito de obtener una interpretación uniforme del Derecho en los casos que la realidad presenta a los jueces.

## 3.- Costumbre.

La Costumbre, que es el modo originario de manifestación de la voluntad social. Es la norma creada e impuesta por el uso social. Como fuente del derecho mercantil comprende normas jurídicas que no han sido promulgadas por los legisladores ni expuestas por los jueces de formación jurídica, sino que han surgido de la opinión popular y están sancionadas por un largo y reiterado uso.

Las normas consuetudinarias se manifiestan por la repetición constante de ciertos actos, acompañada de cierta obligatoriedad. La ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en sus artículos 11 y 308 se refiere a los usos.

## 4.- Doctrina.

La Doctrina es el conjunto de opiniones de los autores y tratadistas del derecho.

La Doctrina se divide en:

**Fuentes Formales:** son aquellas fuentes por medio de las cuales se establecen las normas jurídicas.

**Fuentes Históricas:** las que están constituidas por los medios materiales en que se exterioriza y da a conocer la norma jurídica, como los códigos, documentos e inscripciones; y

Fuentes Materiales: son las que están constituidas por los elementos que contribuyen a fijar el contenido de la norma o regla jurídica.<sup>71</sup>

### III. ACTO DE COMERCIO.

Existen diversidad de opiniones respecto de la definición del Acto de Comercio.

Rafael De Pina Vara lo define considerando tres sistemas: el subjetivo, el objetivo y el fin.

#### Punto de vista Subjetivo.

Desde esta perspectiva un acto será mercantil, es decir, acto de comercio cuando lo ejecute un comerciante. La calidad mercantil del sujeto que los realiza, otorga a los actos el carácter comercial.

#### Punto de vista Objetivo.

Desde este punto de vista los actos son mercantiles en virtud de sus caracteres intrínsecos, independientemente del sujeto que los realice.

Cabe señalar al respecto que nuestro Código de Comercio adopta en esta materia un sistema mixto, aunque predominantemente sea objetivo.

El acto mixto se puede ejemplificar en situaciones en las que al celebrarse un negocio jurídico bilateral en el que se establecen prestaciones recíprocas, una de las partes realiza un acto de comercio y la otra un acto meramente civil, generando la disyuntiva para determinar la aplicabilidad de la legislación Civil o la Mercantil.

#### Por su fin.

Se refiere al ánimo o intención que tiene el comerciante de lucrar, especular, traficar, por lo que carácter mercantil se determina en base a su finalidad.

---

<sup>71</sup> De Pina Vara, Rafael. Derecho Mercantil Mexicano, Editorial Porrúa, México 1973, P. 12

Por su parte en relación con la determinación de los actos de comercio se pueden citar además de los casos previstos en el artículo 75 del Código de Comercio, los contemplados en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito y la Ley Minera, en las que, también se señalan algunos actos de comercio.

El autor, Jaime Bergers, define al Acto de Comercio estableciendo que es aquél que comprende cualquier contrato, operación o negociación que por reunir los caracteres necesarios que prescribe la legislación mercantil, vienen comprendidos en sus disposiciones.<sup>72</sup>

Por su parte el autor Arturo Puente y F, señala que los actos de comercio son los actos jurídicos que producen efectos en el derecho mercantil y que son señalados por el Código de Comercio.<sup>73</sup>

Roberto L. Mantilla Molina, considera al acto de comercio como la clave del sistema mercantil, y los clasifica de la siguiente forma:

a) Actos esencialmente civiles, son aquellos que nunca y en ninguna circunstancia son regidos por el derecho mercantil: Pueden reducirse a los relativos al derecho de familia y al derecho sucesorio, pues una donación, según autores y numerosas opiniones doctrinales, cabe que se realice como consecuencia de una actividad mercantil y tome este carácter.

b) Actos absolutamente mercantiles, siempre y necesariamente están regidos por el derecho mercantil. En ellos se encuentra una primera clase de actos de comercio.

c) Actos de mercantilidad condicionada, son aquellos que no son esencialmente civiles, ni mercantiles, ya que pueden revestir uno u otro carácter, según las circunstancias en que se realizan y de las cuales dependerá que sean regidos por el derecho civil o el mercantil.<sup>74</sup>

## OBLIGACION MERCANTIL.

---

<sup>72</sup> Bergers, Jaime. *Practica y Diccionario en Procedimiento Mercantil*. Editorial Arillo Hermanos. Guadalajara Jalisco. México 1989 pág. 9

<sup>73</sup> Puente Arturo Y F. *Derecho Mercantil*. Escuela Bancaria y Comercial. México 1980. Pág. 9.

<sup>74</sup> Roberto Mantilla Molina: *Op cit.*, pág. 53.



A partir de este momento procede a tratar las obligaciones y los Contratos Mercantiles como una fuente de las mismas, que por esa razón reviste gran importancia su mención en este trabajo.

El maestro Manuel Borja Soriano dice, que la obligación es la relación jurídica entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para otra, llamada acreedor, a una prestación o una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir del deudor.

En mi opinión, basta considerarla como aquella facultad que tiene una persona llamada acreedor para exigir de otra llamada deudor una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer.<sup>75</sup>

El autor Mario Bauche Garciadiego respecto de las obligaciones, opina que en materia mercantil la mayor parte de estas proviene del contrato de compraventa.<sup>76</sup>

Las disposiciones mercantiles que norman a los convenios, obligaciones y contratos están contenidas en los siguientes artículos del Código de Comercio.

Artículo 77.- "Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio.."

Artículo 78.- "En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados."

Artículo 79.- "Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede":

I.- Los contratos que con arreglo a este código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran formas o solemnidades necesarias para su eficacia.

---

<sup>75</sup> Borja Soriano Manuel. Teoría General de las Obligaciones. Editorial Porrúa. México 1973. Pág. 60.

<sup>76</sup> Bauche Garciadiego, Mario: Op. cit., pág. 80.

II.- Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.

En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio.

Artículo 80.- "Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que ésta fuere modificada.

La correspondencia telegráfica sólo producirá obligación entre los contratantes que hayan admitido este medio previamente y en contrato escrito, y siempre que los telegramas reúnan las condiciones o signos convencionales que previamente hayan establecido los contratantes, si así lo hubiesen pactado."

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."

Artículo 82.- "Los contratos en que intervengan corredores quedarán perfeccionados cuando los contratantes firmaren la correspondiente minuta de la manera prescrita en el título respectivo."

Artículo 83.- "Las obligaciones que no tuvieren término prefijado por las partes o por las disposiciones de este código serán exigibles a los diez días después de contraídas, si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaren aparejada ejecución."

Artículo 84.- "En los contratos mercantiles no se reconocerán términos de gracia o cortesía, y en todos los cómputos de días, meses y años, se entenderán : el día de veinticuatro horas; los meses según están designados en el calendario gregoriano, y el año de trescientos sesenta y cinco días."

Artículo 85.- "Los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzaran:

I.- En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento.

II.- Y en los que no lo tengan, desde el día en que el acreedor le reclamare al deudor, judicial o extrajudicialmente ante escribano o testigos.

Artículo 86.- "Las obligaciones mercantiles habrán de cumplimentarse en el lugar determinado en el contrato, o, en caso contrario, en aquel que según la naturaleza del negocio o la intención de las partes deba considerarse adecuado al efecto por consentimiento de aquellas o arbitrio judicial."

Artículo 87.- "Si en el contrato no se determinaren con toda precisión la especie y calidad de las mercancías que han de entregarse, no podrá exigirse al deudor otra cosa que la entrega de mercancías de especie y calidad medias."

Artículo 88.- "En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita, pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra." Cabe señalar que en la formación de los contratos se aplican las mismas normas generales que se aplican en materia civil y que forman parte del derecho general de las obligaciones, lo mismo ocurre con relación a los elementos como la capacidad, consentimiento, objeto y causa.

## PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO.

Es muy importante determinar cuando el contrato se perfecciona, ya que a partir de dicho momento los contratantes quedarán sujetos a sus términos y no podrán desconocer sus declaraciones.

El principio fundamental, es que los contratos se perfeccionan cuando las partes tienen conocimiento de la recíproca identidad de los consentimientos.

El Código de Comercio, señala al respecto lo siguiente:

En su artículo 80 establece que cuando los contratos mercantiles se celebren por correspondencia quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o condiciones con que ésta fuere modificada.

El artículo 82 señala que cuando en los contratos intervengan corredores públicos se perfeccionarán en el momento en que los contratantes firmen la correspondiente minuta.

#### ELEMENTOS DEL CONTRATO MERCANTIL.

Respecto de los elementos del contrato, la clasificación que aportan los autores mercantilistas como Joaquín Rodríguez y Rodríguez es la siguiente:

#### ELEMENTOS PERSONALES:

- 1.- Consentimiento.
- 2.- Capacidad.

#### ELEMENTOS REALES.

- 1.- Objeto.

#### FORMALIDADES.<sup>77</sup>

En mi opinión la clasificación más acertada es la que señala el Código Civil, aplicándola supletoriamente.

#### ELEMENTOS DE EXISTENCIA

- 1.- Consentimiento.

Es el acuerdo de voluntades para crear obligaciones y derechos y se integra por dos elementos que son la oferta y la demanda.

---

<sup>77</sup> Rodríguez Joaquín. Derecho Mercantil. Editorial Porrúa. México 1987. Pág. 72.

### Oferta.

La celebración de un contrato se inicia con la propuesta que hace el proponente, consistente en una declaración de voluntad, que al ser aceptada da vida al contrato.

### Aceptación.

Para explicar este punto se aplicará el derecho común supletoriamente, en todo aquello que no esté previsto por la legislación mercantil.

La aceptación deberá corresponder exactamente a la propuesta.

En el caso de que difiera la aceptación de la propuesta entonces ya no se tratará de una aceptación sí no de una nueva propuesta de contrato. Además deberá ser tan clara que no exista duda de que la voluntad del aceptante es la de adherirse. (art. 1810 C. C.)

Artículo 1803 del Código Civil dice al efecto que la aceptación podrá ser tácita, es decir, siempre y cuando no exista comportamiento alguno que denote lo contrario.

La propuesta podrá dirigirse a una persona determinada o al público en general y cuando esta sea aceptada ya no podrá ser aceptada por otra persona.

Cuando la propuesta y la oferta coinciden el contrato se perfecciona. Al respecto debe distinguirse el perfeccionamiento entre presentes y entre ausentes.

Cuando la oferta se lleva a cabo sin plazo, entre presentes no se tiene dificultad alguna por que se acepta inmediatamente. (art. 1805 C. C.)

En su caso, si la oferta se lleva a cabo sin plazo entre ausentes, el proponente queda obligado a sostenerla durante tres días, más el tiempo que transcurra por el envío por correo de la propuesta y la aceptación. (art. 1806 C. C.)

## 2.- Objeto.

Se divide en:

Directo: es la creación de derechos y obligaciones.

Indirecto: puede ser una prestación de dar, un hacer o una abstención.

Por regla general son objeto de un contrato mercantil las mercancías o cosas que tengan dicho carácter.

## ELEMENTOS DE VALIDEZ.

### 1.- Capacidad.

Al igual que en los contratos civiles, es la aptitud que tienen las personas para ser titulares de derechos y obligaciones y ejercitarlos por sí mismos.

Son los artículos 5º y 81 del Código de Comercio, los que se refieren a la capacidad y al respecto señalan lo siguiente:

En conclusión serán capaces para contratar todas aquellas personas que no se encuentran exceptuadas por el derecho común, es decir que no incurran en ninguno de los supuestos de incapacidades contenidos en el artículo 450 del C. C. (art. 1798 C. C.)

Existen algunos tratadistas del Derecho Mercantil que consideran capaz para contratar a las personas que hagan del comercio su ocupación ordinaria, es decir, a los comerciantes, a las sociedades mercantiles y a las sociedades extranjeras que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio (art. 3 C. Com.), atribuyendo capacidad únicamente a los mencionados, lo cuál en mi opinión es incorrecto, en virtud de que es el mismo ordenamiento el que está aplicando supletoriamente el derecho común en cuanto a la capacidad de los contratantes y además por que en su artículo 4o. señala que tratándose de personas que accidentalmente con o sin establecimiento fijo, hagan alguna operación de comercio, aun que no sean en derecho comerciantes, quedan sujetas por ello a las leyes mercantiles.

## 2.- Ausencia de vicios en el consentimiento.

Como se ha señalado anteriormente el consentimiento debe darse libre y veraz.

En los contratos mercantiles el consentimiento puede ser viciado cuando se presenta el error, el dolo o la violencia.

El error, es la creencia equivocada o falsa de la realidad.

El dolo, consiste en el empleo de sugerencias o artificios para inducir a error o mantenerse en él.

La violencia, consiste en el empleo de fuerza física o amenazas para obtener el consentimiento, cuando ello implique peligro de perder la vida, libertad, honra o gran parte del patrimonio a la persona sobre la cual se ejerce o en su caso de sus ascendientes, descendientes, cónyuge, o parientes colaterales hasta el segundo grado.

Respecto de la lesión, éste vicio no se da en materia mercantil en virtud de que para que se configuren deben darse los elementos: un objetivo que es la desproporción económica y otro psicológico que sería el estado de suma ignorancia, extrema miseria o notoria inexperiencia, en que debe de encontrarse el contratante que sufre la desproporción; y como el objeto principal de los contratos mercantiles es el lucrar, es obvio que debe existir una desproporción, pudiéndose dar únicamente el elemento psicológico pero no el objetivo y por lo tanto no habrá lesión.

## 3.- Licitud en el objeto, motivo o fin.

Respecto del objeto, éste puede integrarse por un dar, un hacer o un no hacer.

En caso de consistir en una obligación de dar, el objeto deberá existir en la naturaleza, ser determinada o determinable en cuanto a su especie, estar dentro del comercio.(art. 1825 C. C.)

Cuando el objeto del contrato sea un hecho, deberá ser posible y lícito. (art. 1827 C. C); será imposible el hecho cuando sea incompatible con una ley de la naturaleza o en su caso la norma jurídica que deba de regularlo. (art.

1828 C. C.) Aplicando también supletoriamente el derecho común a los motivos o fines de la voluntad, tampoco deberán ser contrarios a las leyes de orden público ni alas buenas costumbres. ( art. 1831 C.C.)

#### 4.- Forma

El artículo 78 del Código de Comercio, el que se encarga de establecer la libertad de forma para la celebración de los contratos mercantiles, el cual a la letra dice:

“En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.”

Por su parte el artículo 79, marca dos excepciones a la libertad de forma que a continuación se transcribe:

Artículo 79, “Se exceptuarán de lo dispuesto en el artículo que precede:

I.- Los contratos que con arreglo a este código u otras leyes deban reducirse a escritura o requieran forma o solemnidades necesarias para su eficacia;

II.-. Los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez, aunque no las exija la ley mexicana.

En uno y otro caso, los contratos que no llenen las circunstancias respectivamente requeridas, no producirán obligación ni acción en juicio.”

La justificación que se da a la libertad en la forma es que la actividad mercantil debe realizarse con la rapidez necesaria de los negocios.

#### MORA.

La mora consiste en el retraso de uno de los contratantes en cumplir con una obligación, esta es siempre imputable al que incurre en ella y existe la posibilidad de probar que es por causas ajenas al deudor.(art. 2111 C.C.)



A su vez el artículo 2107 del C.C. establece que cuando hay imputabilidad de la mora, la consecuencia importara la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados.

El Código de Comercio, señala en su artículo 85, que los efectos de la morosidad comienzan al día siguiente del vencimiento del plazo cuando en el contrato se hubiera pactado: Y en caso de contratos donde no se haya pactado plazo desde el día en que el acreedor lo reclame judicial o extrajudicialmente.

#### CLAUSULA PENAL.

En los contratos mercantiles frecuentemente las partes establecen una pena de indemnización contra el que no cumpla, conocida como cláusula penal.

Al respecto, el artículo 88 del Código de Comercio establece, que cuando en los contratos se fije una pena de indemnización a quien no cumpliere, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena, y utilizando una de estas dos acciones quedara extinguida la otra.

#### PRESCRIPCION.

Con relación a la prescripción en los contratos mercantiles, la falta de acción por parte del titular de los derechos que de ellos surgen, dentro del término que en los propios contratos se fija, provoca que se extingan sus derechos.

La prescripción se interrumpe cuando se presenta la demanda o por interpelación judicial al deudor.(art. 1041 C. Com.) Y después de interrumpida empezará a contarse nuevo termino. (art. 1042 de la citada ley)

Las acciones prescribirán en uno, tres, cinco o diez años dependiendo del caso. (arts. 1045, 1047 C. Com.)

Artículo 1045.- Se prescribirán en cinco años:

I.- Las acciones derivadas del contrato de sociedad y de operaciones sociales, por lo que se refiere a derechos y obligaciones de la sociedad para

con los socios; de los socios para con la sociedad y de socios entre sí por razón de la sociedad.

II.- Las acciones que puedan competir contra los liquidadores de las mismas sociedades por razón de su encargo.

Artículo 1047.- En todos los casos en que el presente código no establezca para la prescripción un plazo más corto, la prescripción ordinaria en materia comercial se completarán por el transcurso de diez años.

### MODALIDADES DE LAS OBLIGACIONES.

Las Modalidades de las Obligaciones son las mismas que se explicaron anteriormente y que a continuación se mencionan:

- 1.- Obligaciones de dar, hacer, o no hacer.
- 2.- Puras, condicionales y a plazo.
- 3.- Conjuntivas y alternativas.
- 4.- Mancomunadas y solidarias.
- 5.- Divisibles e indivisibles.

### CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS.

La clasificación de los contratos mercantiles es igual que en los civiles:

a) Desde el punto de vista de las obligaciones que generan pueden ser: Unilaterales y Bilaterales.

b) Desde el punto de vista de los provechos y de los gravámenes que generan los contratos pueden ser: Onerosos y Gratuitos.

c) Desde el punto de vista de la certeza de los provechos y gravámenes que generan se clasifican en Conmutativos y Aleatorios.

d) Desde el punto de vista de la manera en que puede manifestarse la voluntad pueden ser: Solemnes, Formales, Consensuales.

e) Desde el punto de vista de la entrega de la cosa como un elemento constitutivo del contrato o como una obligación nacida del contrato, se pueden clasificar en reales o consensuales.

f) Desde el punto de vista de la dependencia y no de la existencia de una obligación, los contratos se clasifican en principales y accesorios.

En el caso de los accesorios, se consideran como aquellos que no tiene existencia por sí mismos.

g) Desde el punto de vista del cumplimiento en un solo acto y un plazo determinado, de las obligaciones de las partes, los contratos se clasifican en instantáneos de tracto sucesivo, ejecución escalonada, y de ejecución diferida.

h) Desde el punto de vista de la satisfacción de la intención de las partes en la celebración de un contrato, se clasifican en contratos de medios y de resultados.

i) Desde el punto de vista de la reglamentación que haga o deje de hacer un determinado ordenamiento de los contratos, se clasifican en nominados e innominados.

j) Dentro de la última clasificación se encuentran el contrato de libre discusión y de adhesión.

### 3.4.1.- CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO

De conformidad con el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el contrato de apertura de crédito (“CAC”) se define como:

“Artículo 291.- En virtud de la apertura de crédito el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de 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 estipule”.

Además, el contrato de apertura de crédito es un contrato absolutamente mercantil, esto es, con independencia de las partes y los fines con que se celebre, siempre será considerado un acto mercantil, pues el artículo 1º. De la propia LTOC, señala que:

“Artículo 1º.- Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval, o aceptación y las demás operaciones que en ellos se consigne son actos de comercio. Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con estos se rigen con las normas enumeradas en el artículo 2º. , cuando no se pueden ejercitar o cumplir separadamente del título, y por la ley que corresponda ala naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos. Las operaciones de crédito que la ley reglamenta son actos de comercio”

Según se desprende del texto de la ley citada, los elementos de existencia del CAC son:

El consentimiento de las partes del contenido del acto jurídico, como en cualquier contrato; y

El objeto, en el caso concreto el poner a disposición del acreditado una cantidad de dinero o asumir por cuenta de éste obligaciones a cambio de una prestación a su cargo, consistente en restituir la cantidad de que dispuso o pagar oportunamente la obligación que el acreditante contrajo a su cuenta, junto con el pago de intereses, gastos y comisiones según hayan pactado.

Según se desprende de su definición y de su objeto, el CAC es un contrato que se perfecciona con el mero consentimiento de las partes. La ley no exige respecto de la celebración del CAC una forma especial que condicione sobre existencia ni su validez.

El italiano Giacomo Molle, estudioso en la materia, respecto del CAC, señala que:

“La apertura de crédito es un contrato cuyo contenido lo constituye la acreditación, o sea una facultad otorgada al acreditado de percibir hasta una suma determinada en el banco.

Antes de 1942, la doctrina, con el fin de vincular dicha facultad con los actos ejecutivos (actos de utilización del crédito) veía en la apertura del crédito un contrato preliminar o bien un contrato preparatorio de otros contratos o un contrato de coordinación. El legislador en 1942 superó el nexo entre la acreditación y los actos de utilización porque de acuerdo con la definición del artículo 1842 del Código Civil la apertura de crédito es un contrato definitivo que tiene su función propia, cuyo objeto práctico se alcanza mediante la creación de una disponibilidad que el acreditado puede incluso no utilizar sin que por ello se resuelva el contrato.

El contrato se perfecciona, pues, cuando se concede el crédito, es decir, cuando el banco, aceptando la solicitud del acreditado, le manifieste que se encuentran los fondos a su disposición, pasando a ser dicho banco su deudor dentro de los límites del monto convenidos. De ahí surge que el acreditado no tiene una obligación inherente al contrato de utilizar el crédito, pero al adquirir una disponibilidad frente al banco debe en compensación abonar una comisión que se denomina precio del crédito.<sup>78</sup>

Continua Molle señalando que las características de la apertura de crédito son “ la apertura de crédito es un contrato consensual con efectos obligatorios, porque el banco, aun cuando está obligado a mantener a disposición del acreditado una suma determinada, sigue siendo propietario de ella hasta el momento de la utilización. Es oneroso porque implica obligaciones para ambas partes. Es de duración o de ejecución continuada que tiene lugar por actos individuales que se extienden en el tiempo. Su forma es libre porque para su documentación no se requiere la forma escrita, pudiendo ser el resultado de un acuerdo verbal o de hechos concluyentes. Pude ser a plazo fijo o por tiempo indeterminado según se fije o no un límite de tiempo para poder utilizarlo.[...]

Por último la apertura del crédito puede ser simple cuando el acreditado puede utilizar la disponibilidad una sola vez o varias, con sucesivos retiros parciales, o en varias con sucesivos retiros parciales, o en cuenta

---

78 Molle, Giacomo; Manual de Derecho Bancario, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 137.

corriente, cuando el acreditado puede utilizar el crédito en varias oportunidades y reponer las disponibilidades con sucesivas entregas. [...]”<sup>79</sup>

Lo que nos ilustra Molle- pese a que ha sido escrito para una ley italiana- es aplicable al CAC que regula la LTOC en virtud del contenido de la definición legal prevista en nuestro ordenamiento.

Aparentemente el CAC se asimila al contrato del préstamo o de mutuo con intereses, sin embargo goza de una naturaleza jurídica propia y distinta que lo visten con gran singularidad. Tal como de sus propias definiciones se desprende, entre el CAC, el préstamo mercantil y el mutuo con intereses existen diferencias substanciales que dan génesis a sus propias naturalezas.

El Código de Comercio dispone que:

“Artículo 358.- se réputa 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 a éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes.”.

El legislador ha establecido cuatro características específicas del préstamo mercantil:

Una exigencia peculiar a efecto de que el préstamo se pueda considerar mercantil y que consiste en un fin específico respecto de las cosas prestadas: que se destinen a actos de comercio;

El préstamo mercantil puede versar respecto de cualquier objeto en el comercio;

Existe una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que se presume mercantil el préstamo entre comerciantes. Es *tantum* porque pueden ambos comerciantes probar que el objeto prestado no se destinó al comercio y por ende no ser mercantil su acto;

Si la prestación consistiera en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resultan de la falta de cumplimiento no podrán exceder del interés legal, salvo convenio en contrario;

---

<sup>79</sup> Idem. pp.138 y 139.

La lesión, que faculta al juez a determinar la tasa de interés y que opera de manera diversa a la lesión genérica de materia civil, según se desprende de los artículos 2395 y 17 del CCDF que a la letra señalan:

“Artículo 17.- Cuando alguno, explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro; obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho a elegir entre pedir la nulidad del contrato o la reducción equitativa de su obligación, más el pago de los correspondientes daño y perjuicio.

El derecho concedido en este artículo dura un año.”

“Artículo 2395.- el interés legal es el 9 % anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundamente 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.”

La prohibición expresa de que la capitalización de intereses se pacte de antemano.

Estas exigencias nos marcan diferencias substanciales entre el préstamo mercantil y el CAC, a saber:

Mientras en el primero necesariamente el objeto del préstamo debe destinarse a actos mercantiles, en el segundo no hay tal exigencia, el dinero objeto del CAC puede tener cualquier destino o aplicación;

En el préstamo mercantil, el carácter mercantil de dicho acto jurídico viene por consecuencia del destino o uso que se vaya a ser de la cosa prestada, o sea por un acto volitivo, mientras que el CAC el carácter absolutamente mercantil del mismo deviene por disposición expresa de la ley (artículo 1, LTOC, in fine), independientemente del destino o aplicación de los recursos objeto del CAC;<sup>80</sup>

<sup>80</sup> Respecto de la mercantilidad absoluta del CAC, ver Mantilla Molina, Roberto L., Derecho Mercantil, Introducción y Conceptos fundamentales de Sociedades, Porrúa, México, 26° Edición, 1989, pp.60 y ss..

El préstamo mercantil puede tener por objeto cualquier cosa in commercium, mientras que el CAC, se limita únicamente a tener por objeto dinero;

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, por consecuencia si el objeto prestado nunca se entrega el contrato podrá resolverse, mientras que en el CAC, la consecuencia inmediata y natural del contrato es la disponibilidad de recursos y no forzosamente su entrega;

En el CAC puede nunca transferirse al acreditado la propiedad de los recursos sin que ello implique la resolución del contrato, aunque- por su puesto- lo esperado es que el acreditado realmente disponga de las mismas;

Por último en el CAC no hay presunción alguna respecto de la naturaleza mercantil o civil del acto, pues aun siendo celebrado por dos personas no comerciantes y aun cuando se destine el dinero objeto del mismo a fines no comerciales, la ley lo reputa tajantemente como un acto absolutamente mercantil.

Además, existen diferencias entre el préstamo mercantil y el mutuo con interés. En este último existen reglas proteccionistas no contempladas en el préstamo mercantil, tales como:

I.- El interés legal,

II.- La permisividad de pago por anticipado cuando el interés convencional es mayor que el legal,

III.- La regulación del interés moratorio que resulta de la interpretación conjunta de los artículos 2396 y 2117 del CCDF que a la letra señalan:

“Artículo 2396.- Si Se ha convenido un interés más alto que el legal, el deudor, después de 6 meses contados desde que se celebren el contrato, puede reembolsar el capital, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al acreedor con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos.



“Artículo 2117.- La responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo a aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa.

Al respecto, Francisco Borja Martínez nos ilustra:

“ Conforme a el artículo 2117 del Código Civil para el Distrito Federal, si la prestación consiste en el pago de cierta cantidad de dinero, los daños y perjuicios que resulten de la falta de cumplimiento no pueden exceder del interés legal salvo convenio en contrario.

Esta disposición permite estipular libremente intereses moratorios y a falta de ellos limita el monto de los correspondientes daños y perjuicios a quien resulte de aplicar, por el tiempo que dure la mora, una tasa del 9% anual sobre las sumas exigibles pendientes de pago.”<sup>81</sup>

El Código Civil para el Distrito Federal respecto del mutuo dispone que:

“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.”

Por definición el mutuo civil se distingue del CAC entre otras cosas por:

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

En el mutuo el mutuante se obliga a transferir la propiedad del objeto del contrato mientras que en el CAC la obligación primordial del acreditante es mantener disponibles los recursos a favor del acreditado y, posteriormente, a través de uno o más actos de ejecución efectivamente disponer de dichos recursos; y

---

<sup>81</sup> Borja Martínez, Francisco, Régimen Jurídico Aplicable en Materia de Tasas de Intereses, Anuario de Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 13 Tomo I, Universidad Iberoamericana, 1981, Pág. 308.

El mutuo es naturalmente gratuito, mientras que el CAC es naturalmente oneroso e inclusive como cualquier contrato oneroso, puede ser conmutativo o aleatorio.<sup>82</sup> La distinción entre el mutuo civil y el préstamo mercantil no es lo gratuito y oneroso de los contratos, sino la finalidad que se le pretende dar a las cosas objeto del contrato; así, puede el préstamo ser mercantil aún cuando sea un contrato gratuito.

Las diferencias apuntadas en lo anterior facilitan nuestra comprensión de la singularidad del CAC y son auto explicativas de la diversa naturaleza entre los mismos.

El argentino Bonfanti, también estudioso de la materia, ha dicho que:

“La apertura de crédito ha constituido una forma evolucionada del mutuo por cuanto se encuentra dirigida a satisfacer exigencias de la misma naturaleza, pero con ciertos agregados a los cuales el esquema rígido del mutuo no podría plegarse.[...]

Mientras que el mutuo sirve a quien necesita del dinero en forma inmediata, diversamente la apertura de crédito opera para aquél que habrá de recurrir al dinero en un lapso prolongado en momentos en que no están predeterminados o sea cuando surja para él la necesidad de contar con fondos [...].Lo que en realidad configura la apertura de crédito es la creación, a favor del acreditado, de una “disponibilidad” que, si bien permanecerá en la caja del banco, aquél podrá utilizarla en el momento en que la necesite. [...] Configura una verdadera convención, siendo considerada por la doctrina como un contrato sui generis, con un objeto especial: el crédito que se consiente.”<sup>83</sup>

Aún cuando para determinar la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito, se llegaron a proponer diversas teorías para explicarla<sup>84</sup>, hoy día aparentemente hay unanimidad en cuanto que el CAC es un contrato que no es ni mutuo ni préstamo, pues ninguno de ellos puede explicar sus efectos. El CAC es simplemente eso: un contrato de apertura de crédito,

82 Respecto de las características del mutuo y sus diferencias con el préstamo mercantil, ver Lozano Noriega Francisco. Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos, Quinta Edición, Asociación Nacional del Notario Mexicano, A.C.; pp. 176 y ss..

83 Bonfanti, Mario A., Contratos bancarios: Responsabilidad de la Entidad Financiera, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 150 y 151

84 Respecto de las diversas teorías que al respecto se han propuesto ver Cervantes Ahumada Títulos y Operaciones de Crédito, 5º Edición, Editorial Herrero, México, 1966, pp. 253 y ss..

especial definitivo, autónomo y de contenido complejo. Raúl Cervantes Ahumada, señala que el CAC:

“Es un contrato especial, diverso de otros contratos, autónomo en el sentido de que por sí mismo produce sus propios efectos y de contenido complejo esto es, que produce un doble efecto: El primero inmediato y esencial, que consiste en que el acreditante pone una cantidad a disposición (todavía no en propiedad) del acreditado (obligación de hacer); el segundo efecto, que consiste en las posteriores disposiciones que del crédito haga el acreditado.”<sup>85</sup>

Como observamos, cada uno de estos contratos lleva congénitos sus propios efectos y caracteres. No en balde el legislador ha dado a cada uno de ellos un estatuto jurídico distinto. Ha dispuesto regular el mutuo en el Código Civil y por consecuencia ha dotado al mutuuario de todos los beneficios establecidos a favor de las clases débiles en dicho ordenamiento<sup>86</sup>, el préstamo mercantil es el ordenamiento que por excelencia rige el comercio y el CAC en la LTOC, que precisamente tiene por objeto el crédito. Inclusive, la Exposición de Motivos de la propia LTOC nos asiste cuando señala que:

“Al lado del préstamo directo y del descuento ordinario; al lado del mutuo con garantía prendaria y de la hipoteca directa constituida a favor de acreedor determinado; al lado de las ventas condicionales de títulos o valores y de las ventas con transferencia material de los bienes vendidos, la nueva ley abre la posibilidad de contratos de crédito consensuales que no requieren, por tanto, la transferencia material e inmediata de las sumas prestadas; las ventas de bienes muebles que se operan mediante la simple entrega del título representativo sin implicar la traslación y el manejo material de los bienes vendidos; las prendas que válidamente se constituyen por una inscripción en el registro, por la entrega de un título o por el transferimiento jurídico de la posesión –sin necesidad de apoderamiento material de los bienes dados en prenda- y el descuento de créditos en libros, que tampoco requiere la entrega de los títulos representativos, sino que se cumple por medio de una mera construcción jurídica de responsabilidades y que en un país como el nuestro, donde la circulación de títulos de crédito ha sido casi nula, está destinado a ser el origen de esa circulación y a cumplir el propósito pedagógico de formar un mercado de descuento.

<sup>85</sup> Idem, p.255.

<sup>86</sup> Montero Duhalt, Sara. La socialización del Derecho en el Código Civil de 1928, en el Libro del Cincuentenario del Código Civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1978, pp. 160 y 161.

La nueva ley precisa la distinción entre apertura de crédito, crédito en cuenta corriente, resolviendo con ello puntos que han dado lugar a largas controversias y abriendo un inmenso campo para operaciones que la falta de prescripciones legislativas y la oscuridad de conceptos existentes sobre el particular habían hecho imposible en México, no obstante las notorias ventajas que de su relación pueden derivarse.”<sup>87</sup>

### Normatividad aplicable al contrato de Apertura de Crédito

Respecto de la normatividad aplicable al CAC, cabe señalar que los artículos 1° y 2° de la LTOC, disponen que:

Artículo 1°.- .....

Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio.”

Artículo 2°.- Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

I.- Por lo dispuesto en esta ley, y en las demás leyes especiales relativas; en su defecto,

II.- Por la legislación Mercantil general; en su defecto,

III.- Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos,

IV.- Por el derecho común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley. El Código Civil del Sistema Federal.

De conformidad, el CAC está sujeto a la siguiente normatividad:

a) En primer lugar, a la propia LTOC y lo dispuesto en las demás leyes especiales relativas;

b) En segundo lugar, por la legislación mercantil general , léase, Código de Comercio;

---

<sup>87</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

c) En tercer lugar, por los usos bancarios y mercantiles; y

d) En última instancia por el Código Civil del Distrito Federal que para efectos de supletoriedad de la LTOC será aplicable en toda la República.

Es propiamente lo dispuesto en el inciso (a) anterior (que coincide con lo dispuesto en la fracción I del artículo 2º. de la LTOC) el que nos permite afirmar que cuando el CAC es celebrado siendo parte de una institución de crédito, resultan justamente aplicables en primer lugar tanto la LTOC como la Ley de Instituciones de Crédito (“LIC”), al ser ésta la ley especial que rige la actividad bancaria.<sup>88</sup>

No significa lo anterior que la LTOC excluya a la LIC o viceversa, ni tampoco que primero se aplica una y luego la otra, sino que más bien ambas se complementan. Esto es, entre ambos ordenamientos opera una integración legislativa y a través de su aplicación conjunta se regulan las operaciones de crédito celebradas por bancos. Lo anterior se aprecia claramente cuando la LIC estipula reglas especiales que deben observarse al celebrarse dichos actos jurídicos regulados por la LTOC y que son aplicables cuando es parte en ellos un banco, tal como ejemplifican los artículos 66, 67 (in fine), 69, 70 y 71 de la LIC, pues señalan que:

“Artículo 66.- Los contratos de crédito refaccionario y de habilitación o avío, que celebren las instituciones de crédito, se ajustarán a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y a las bases siguientes:

Los bienes sobre los cuales se constituya la prenda, en su caso, podrán quedar en poder del deudor en los términos establecidos en el artículo 329 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;

No excederá del cincuenta por ciento la parte de los créditos refaccionarios que se destine a cubrir los pasivos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito...”

<sup>88</sup> No incluye como “ley especial” la ley de Banco de México, pues si bien es cierto que esta última contiene disposiciones aplicables a las operaciones bancarias, su aplicabilidad no deriva sino de una sub-remisión o reenvío expreso que hace la LIC (artículo 6), cuando a su vez esta última es la ley a la cual se hace remisión en primer lugar. No creemos procedente señalar que es aplicable un ordenamiento que resulta de la remisión que se hace en un ordenamiento que resulta de la remisión que se hace en un ordenamiento que a la vez fue objeto de una primera remisión.

“Artículo 67.- ...

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

“Artículo 69.- La prenda sobre bienes y valores se constituirá en la forma prevenida en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, bastando al efecto que se consigne en el documento de crédito respectivo con expresión de los datos necesarios para identificar los bienes dados en garantía.

En todo anticipo sobre títulos o valores, de prenda sobre ellos, sobre sus frutos y mercancías, las instituciones de crédito podrán efectuar la venta de los títulos, bienes o mercancías, en los casos que proceda de conformidad con la mencionada Ley por medio de corredor o de dos comerciantes de la localidad, conservando en su poder la parte del precio que cubra las responsabilidades del deudor, que podrán aplicar en compensación de su crédito y guardando a disposición de aquél el sobrante que pueda existir.

“Artículo 70.- Cuando las instituciones de crédito reciban en prenda créditos en libros, bastará que se haga constar así, en los términos del artículo anterior, en el contrato correspondiente, que los créditos dados en prenda se hayan especificados en las notas o relaciones respectivas, y que esas relaciones hayan sido transcritas por la institución acreedora en un libro especial en asientos sucesivos, en orden cronológico, en el que se expresará el día de la inscripción, a partir de la cual la prenda se entenderá constituida.

El deudor se considerará como mandatario del acreedor para el cobro de los créditos, y tendrá las obligaciones y responsabilidades civiles y penales que al mandatario correspondan.”

“Artículo 71.- La apertura de crédito comercial documentario obliga a la persona por cuenta de quien se abre el crédito, a hacer provisión de fondos a la institución que asume el pago, con antelación bastante. El incumplimiento de esta obligación no perjudicará los derechos del beneficiario en caso de crédito irrevocable. El contrato de apertura de crédito será título ejecutivo para exigir el cumplimiento de dicha obligación.

Salvo pacto en contrario y en los términos de los usos internacionales a este respecto, ni la institución pagadora, ni sus corresponsales, asumirán riesgo por la calidad, cantidad o peso de las mercancías, por la exactitud, autenticidad o valor legal de los documentos, por retrasos de correo o telégrafo, por fuerza mayor, por incumplimiento por sus corresponsales de las instrucciones transmitidas, ni por aceptar embarques parciales o por mayor cantidad de la estipulada en la apertura de crédito.”

### 3.4.2.- CONTRATO DE REFINANCIAMIENTO

¿Qué es el crédito adicional? El "crédito adicional" o de "refinanciamiento" es un crédito que los bancos pusieron a disposición de aquellas personas con las cuales previa o concomitantemente celebraron un diverso préstamo o crédito (en lo sucesivo, "crédito inicial"), con el propósito de que los recursos del crédito adicional se destinaran única y exclusivamente para el pago de los intereses generados por el crédito inicial.

Los financiamientos en los cuales existe un crédito adicional para pago de intereses, según se advierte del texto de los mismos, son en términos propiamente jurídicos, por lo menos, dos actos jurídicos diferentes: por un parte, el contrato en virtud del cual se dispone u otorga el "crédito inicial", que podrá ser préstamo, mutuo o apertura de crédito; por otra parte, el contrato en virtud del cual se dispone del crédito adicional.

Por lo general, el contrato a través del cual se pone a disposición u otorga el crédito inicial conlleva una sola disposición o entrega y a su respecto existe un consentimiento específico entre deudor y acreedor: existe también un objeto propio, consistente en los recursos del crédito inicial y la contraprestación debida del acreditado de pagar por la disponibilidad y/o transferencia de propiedad de esos recursos.

En el caso del crédito adicional, estamos frente a un acto jurídico que tiene naturaleza de contrato, respecto del cual también hay un consentimiento especial y recíproco entre las partes y un objeto muy específico consistente en poner a disposición del deudor recursos con los cuales hacer frente a obligaciones de pago que tiene a su propio cargo y por otra parte, como contraprestación, la necesidad de devolver las sumas dispuestas y además pagar el costo de esa "disponibilidad" y por la transferencia de los recursos que en su momento llegara a efectuarse.

El crédito adicional tiene entonces un objeto muy específico y limitado: pagar los intereses que devengue el crédito inicial. El crédito adicional, sin el crédito inicial, no tiene razón de ser pues no habría un crédito inicial cuyos intereses vaya a cubrir. El crédito adicional no es una cantidad que se presta al deudor del crédito inicial, es una suma de dinero que queda a su disposición para el caso de que desee utilizar dichos recursos para pagar los vencimientos a su cargo. El acreditado, según vayan venciendo sus obligaciones de pago derivadas del crédito inicial, decide si dispone o no de los recursos disponibles.

Por lo tanto, el crédito adicional es propiamente un contrato de apertura de crédito accesorio y diverso al contrato que celebran el banco y su acreditado por el llamado "crédito inicial", que conlleva naturaleza de contrato principal. El crédito adicional, aun siendo un contrato accesorio, es por sí mismo un contrato: no es una cláusula más en los contratos de crédito. Podrá habersele dado la forma de cláusula contractual, sin embargo, es por sí mismo un contrato de apertura de crédito, con su propia prestación (disposición de los recursos), y sus propias contraprestaciones ya sean comisiones, interés, penas convencionales y su propio mecanismo para el ejercicio de los recursos que por su virtud están a disposición del acreditado.

En el refinanciamiento, entre el banco acreedor y el deudor hay mucho más de un solo consentimiento y objeto. Por un lado se da el consentimiento recíproco respecto de un primer objeto: el crédito inicial; por otra parte, hay otro consentimiento recíproco respecto de un segundo objeto: el crédito adicional.

El crédito adicional se tradujo en la fórmula a través de la cual los bancos "refinanciaron" las deudas que a su favor tenían sus acreditados, según se aprecia en las cláusulas que con propósitos ejemplificativos transcribo a continuación:

"CUARTA.- A partir de la fecha en que LOS ACREDITADOS deban hacer sus pagos por concepto de intereses señalados en la Cláusula Quinta, podrán ejercer en las mismas fechas en que deban cubrir los intereses, crédito adicional hasta por la cantidad de \$ \_\_\_\_\_ ( \_\_\_\_\_ DE PESOS 00/100) Moneda Nacional, mediante disposiciones mensuales, cada una de ellas, hasta por la cantidad positiva que resulta de restar: a).- al importe de los intereses ordinarios que mensualmente se causen conforme a dicha cláusula quinta; b).- el monto del abono a su cargo en el mes de que se trate



según la Cláusula Sexta.- Las cantidades ejercidas la destinarán LOS ACREDITADOS a liquidar los intereses a su cargo en esta fecha.- LOS ACREDITADOS instruyen, en forma irrevocable, a BANCOMER, para que mensualmente y en la fecha de cada disposición aplique en la liquidación de los intereses devengados e insolutos, a su cargo las cantidades dispuestas, por lo cual LOS ACREDITADOS, extienden a BANCOMER el recibo más amplio y eficaz que en derecho proceda por las cantidades ejercidas.- En el caso de que LOS ACREDITADOS, hayan dispuesto de la totalidad de la cantidad a que se refiere el párrafo anterior antes del vencimiento del plazo para la amortización del capital del crédito, LOS ACREDITADOS, podrán solicitar a BANCOMER una ampliación del crédito adicional que también destinarán al pago de intereses y si BANCOMER se las concediera se dispondrá de la misma en los mismos términos que se señalan al inicio de esta cláusula. Para el otorgamiento de esta ampliación BANCOMER y LOS ACREDITADOS firmarán el convenio modificatorio correspondiente siendo por cuenta de estos últimos los gastos y honorarios que se causen con motivo del otorgamiento y registro de la escritura correspondiente.- LOS ACREDITADOS desde este acto manifiestan su conformidad para ejercer las disposiciones en los términos y condiciones previstas en esta cláusula.- En caso de que LOS ACREDITADOS no deseen efectuar las disposiciones citadas, deberán dar a BANCOMER el aviso correspondiente por escrito cuando menos treinta días de anticipación a la fecha en que se realice el respectivo pago mensual por intereses.

#### Diversos mecanismos de refinanciamiento

Ahora, en el refinanciamiento, ¿hay realmente capitalización de intereses? El refinanciamiento de un crédito puede tener lugar a través de tres formas distintas, a saber:

a) Cuando los recursos disponibles bajo un CAC son destinados para un doble objeto: financiar al acreditado y también financiar las sumas que el acreditado no pueda cubrir a la acreditante. Es decir, el acreditante pone a disposición del acreditado una suma de dinero de la cual podrá disponer: en una primera ocasión, con el fin de destinar esos recursos para financiar alguna necesidad del acreditado; y en ulteriores ocasiones, para financiar los pagos vencidos que no pueda cubrir. Es decir, el acreditante vuelve a Financiar (refinancia) al acreditado, cargando la suma que este último dispone al total del monto dispuesto con anterioridad. Como caso ejemplo: Banco 1 celebra una apertura de crédito con B en la cual no se establece de inicio un monto

máximo respecto a la cantidad de recursos disponibles; B dispone de \$100; pasado el mes B debe pagar al Banco 1 \$5 por intereses devengados durante el mes anterior; B no cuenta con los \$5 que debe pagar al Banco 1 y pide al banco una nueva disposición por dicha cantidad; el Banco 1 "refinancia" a B esos \$5 poniendo a su disposición dicha cantidad, que aumentará el total del monto dispuesto bajo el contrato de crédito; así, B habrá dispuesto hasta ese momento de \$105.

b) Cuando por vías separadas, esto es, por dos contratos de apertura de crédito distintos, para lo cual no es óbice inconveniente obstáculo que celebre en un mismo documento contractual, un mismo acreedor pone a disposición del acreditado una suma de dinero para financiar algún o algunos actos del propio acreditado y otra suma de dinero de la cual este último podrá disponer exclusivamente para aplicar al pago de los adeudos generados por la primera. El crédito adicional que venimos comentando es el más claro ejemplo de lo anterior.

c) Cuando es un acreedor diverso al primero quien pone a disposición del acreditado una suma de dinero exclusivamente destinada para el pago de los adeudos generados por el crédito otorgado por el otro acreedor. Por ejemplo, cuando Banco 1 celebra un contrato de crédito (contrato 1) con B; la disposición de los recursos que por virtud del contrato 1 tiene el acreditado inicia, a partir del momento en que se dispone de los mismos, la generación de intereses. Posteriormente, B advierte que le será imposible pagar en su totalidad las amortizaciones que vencen mensualmente y acude a Banco 2 a solicitar un crédito que destinará para pagar el monto de las amortizaciones respecto del cual sus propios recursos le resulten insuficientes. En estos términos Banco 2 celebra con B un contrato de apertura de crédito (contrato 2). Llegado el vencimiento de una amortización, B acude a Banco 2 y dispone de los recursos que tiene a su disposición en virtud del contrato 2. Este acto de disposición inicia la generación de intereses ordinarios. B acude con Banco 1 y paga la amortización vencida, parte con recursos propios y parte con los recursos que puso a su disposición Banco 2.

En el primero de los supuestos (inciso (a) anterior), soy de la opinión de que claramente estamos frente a un caso de capitalización de intereses, pues cuando los intereses generados por un crédito no han sido cubiertos puntualmente por el acreditado y acreditante los vuelve a financiar a través de la siguiente operación: el total del monto (intereses) no pagado por el

acreditado es cubierto por el propio banco, y dicho monto se suma al saldo insoluto dispuesto del total del crédito.

Si B debía pagar al Banco \$100 y sólo pudo con su propio peculio pagar \$80, el banco "refinancia" al acreditado los \$20 restantes como una nueva disposición del crédito concedido sumándolos al saldo insoluto del crédito (capital), esto es, los capitaliza.

El acreditante efectúa un refinanciamiento de los mismos en virtud de la adición que hace de dichas sumas vencidas y no pagadas al principal previamente dispuesto de un CAC, estamos, sin lugar a dudas, en presencia de una capitalización de intereses.

En el segundo de los supuestos (inciso (b) anterior), soy de la opinión de que no estamos en presencia de lo que propiamente es una capitalización de intereses, como procederé a argumentar.

El momento en que el acreditado dispone del crédito que tiene a su disposición en virtud de un CAC condiciona el inicio de la generación de intereses ordinarios que devengará el monto dispuesto a la tasa de interés pactada. Llegado el momento de vencimiento del pago de intereses devengados o de una suma de capital conjuntamente con intereses ordinarios, el deudor se ve legalmente constreñido a pagar al acreedor las sumas en cuestión, lo cual podrá hacer con recursos de su propio patrimonio o con recursos de los que puede disponer en virtud de un diverso CAC o de cualquier otra fuente.

Cuando el deudor opta por pagar las cantidades (intereses) vencidas con los recursos puestos a su disposición en virtud de un CAC diverso (crédito adicional) suceden contemporáneamente dos cosas:

(i) los intereses vencidos del primer crédito (crédito inicial) se pagan, extinguiendo por consecuencia toda acción de incumplimiento en contra del deudor, y

(ii) los recursos de que se dispuso para efectuar dicho pago, como principal que son, inician, a partir del momento en que se dispuso de los mismos, el proceso de generación de intereses ordinarios a la tasa de interés pactada, misma que inclusive -aun siendo el mismo acreedor y aun siendo pactado el segundo CAC en un mismo documento- puede estar sujeta a una

tasa de interés diversa a la que se encuentra sujeto el primer crédito (crédito inicial).

El primero de los puntos nos permite visualizar la imposibilidad fáctica de que estemos en presencia de la adición de los intereses vencidos y no pagados al principal de un mismo crédito (capitalización), pues ningún interés se dejó de pagar sino que quedó totalmente extinguido; lo que en cambio si hay es interés sobre un diverso principal

El segundo de los puntos también es consecuencia natural de que el crédito inicial y el crédito adicional sean técnicamente dos CAC diversos.

Aunque, cabe aclarar que lo anterior no obsta para que el efecto netamente financiero a cargo del acreditado resultante del ejercicio del crédito adicional sea el mismo a que se hubiese llegado en caso de que el refinanciamiento se hubiese pactado en las condiciones referidas en el párrafo anterior.

Respecto del tercer supuesto (inciso (c) anterior), sobra decir de los casos en los cuales el crédito adicional es otorgado por un acreedor distinto del primero: además de que es aplicable lo previamente anotado, esta hipótesis reafirma nuestras conclusiones: aunque el efecto netamente financiero a cargo del acreditado sea el mismo, no podrá jamás argumentar que hay capitalización de intereses y mucho menos que su situación financiera le otorga acción o excepción frente a cualquiera de los acreedores.

### 3.5.- LOS CONTRATOS Y LOS INTERESES.

Como ya se señaló con anterioridad en los contratos de carácter Civil como mercantil establecen respectivamente atendiendo a su naturaleza, el tipo de interés que le corresponda.

Así tenemos que en materia Civil establece, el artículo 2394 que el interés es legal o convencional. El artículo 2395 establece que el interés legal es del 9% anual de no haberse pactado en una tasa distinta.

El interés convencional civil, es el que fijan los contratantes, este puede ser mayor o menor a lo que fija el interés legal, contemplado en el artículo 2394 C.C.

Esto puede pactarse libremente en interés, por la libertad de que tienen los contratantes, si bien existen en esta materia normas que tienen por propósito evitar o corregir cargas patrimoniales o excesivas, al permitirse, que las partes, pueden pactar libremente sin ninguna limitación el interés que deberán pagarse.

El legislador civil, en materia de intereses, esta reglamentada de una forma más justa, al permitir que el deudor, después de seis meses contado a partir de la celebración del contrato, tiene derecho a reembolsar anticipadamente el capital, dando aviso con dos meses antes y pagando los intereses vencidos, pretendiendo con esta norma frenar el pacto de intereses usurarios.

En materia mercantil los intereses legales, son los establecidos o consignados en la ley, así tenemos que el interés legal es el 6% anual, únicamente cuando el deudor incurre en mora, según disposición en el artículo 362 de Código de Comercio, los cuales se deberán de satisfacer desde el día siguiente de su vencimiento, en caso de que no se haya pactado otro interés.

Este tipo de interés, algunos estudiosos del derecho lo consideran, un interés moratorio o punitivo, que deberá de pagar el deudor al acreedor como compensación de su retraso en el cumplimiento de su obligación, en el que se presume que este viene a presentar el resarcimiento del daño sufrido al acreedor, ante el incumplimiento del interés.

Los intereses convencionales en materia mercantil, son los que surgen del acuerdo de voluntades entre las partes al momento de celebrar el contrato, así lo establece el artículo 362 de Código de Comercio en su primer párrafo, al establecer que los deudores que demoren en su pago, satisfagan desde el día siguiente de su vencimiento el interés pactado.

En este régimen hay más libertad al consignado por la materia civil y da una mayor posibilidad a las partes para convenir, a la celebración del contrato, se puede fijar los porcentajes de intereses a los que las partes se quisieran obligar por la autonomía de la voluntad de las partes al contratar.

## CAPÍTULO 4

### EL ANATOCISMO Y LA LEGISLACIÓN MEXICANA.

4.1.- Análisis del art. 363 del Código de Comercio vigente.

4.2.1.- Supletoriedad.

4.3.- Intermediación del Sistema Bancario.

4.3.1.- Análisis de los arts. 4, 49, 65, 77, 106 fracción V, 112 fracción V incisos c) y d) de la Ley de Instituciones de Crédito.

4.3.2.- Análisis del art. 359 del Código de Comercio y art. 8 de la Ley Monetaria.

4.4.- El Anatocismo en la Legislación Mexicana actual.

4.5.- El Anatocismo y los intereses.

4.6.- Análisis de los Criterios sustentados en Tribunales Colegiados de Circuito.

4.6.1.- Contradicción de Tesis

4.6.2.- Resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

4.7.- Propuesta personal.

## CAPITULO 4

### EL ANATOCISMO Y LA LEGISLACION MEXICANA

#### 4.1.- ANALISIS DEL ARTÍCULO 363 DEL CODIGO DE COMERCIO VIGENTE

La Legislación Mercantil Mexicana, ha aceptado la Capitalización de Intereses (el mal llamado anatocismo), de la siguiente forma:

Código de Lares: Art. 302: “No se debe rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles ni en ninguna otra especie de deuda comercial, mientras que hecha la liquidación de éstos no se incluyan en su nuevo contrato, como aumento de capital, o bien de común acuerdo, o bien por una declaración judicial, se fije el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces, lo cual no podrá tener lugar sino cuando las obligaciones de que procedan estén vencidas, y sean exigibles de contado.

Así pues, la capitalización de intereses, se permitió, siempre y cuando éstos se hubieran devengado y hubiera una previa liquidación.

El Código de Comercio de 1884 estableció una plena libertad en torno al anatocismo.

EL artículo 363 del Código de Comercio de 1889, vigente, y que se emite conforme a criterios liberales, vino a establecer:

“Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, los interesados podrán, sin embargo, capitalizarlos.

El examen que realiza el Doctor Jorge Adame Goddard (Adame Goddard Jorge: ¿es válido el pacto de anatocismo en la legislación mexicana? respecto al contenido del numeral en comento, es objetivo, al decir:

La primera frase del artículo simplemente establece que los intereses devengados y no pagados no producen réditos por si mismos; no prohíbe ni impide el pacto de anatocismo, pero en la siguiente frase, el artículo admite claramente que las partes puedan pactar la capitalización de dichos intereses, o sea pactar que los intereses devengados formen parte del capital y produzcan intereses vencidos y no pagados y en consecuencia prohíbe que se capitalicen los intereses que no se hayan vencido”.

“Puede considerarse que el artículo 363 del Código Mercantil admite el pacto de anatocismo y, como no precisa el momento en que debe hacerse, antes o después del vencimiento de los intereses se entiende que los admite en cualquier momento”.

Considero que nuestra Legislación Mercantil vigente, acepta el anatocismo, esto ante la referencia histórica y la interpretación del numeral 363, en comento. Además son aplicables las reglas contenidas en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, específicamente en el capítulo IV, Título II: Arts. 291 a 301, así como los numerales 306, 308 y 309, relativos a las reglas concernientes a la apertura de crédito simple y a la cuenta corriente.

#### 4.2.1.- SUPLETORIEDAD

Supletoriedad.- La Supletoriedad de la ley, sólo se surte cuando, en determinada institución jurídica prevista por la ley a suplir, existen lagunas u omisiones, las cuales podrían ser subsanadas con las disposiciones que la ley supletoria contenga en relación a dicha institución jurídica, pero de ninguna manera la supletoriedad tendrá el alcance de aplicar dentro de la codificación, especial relativa instituciones o requisitos no contemplados en la ley a suplir.<sup>89</sup>

**SUPLETORIEDAD DE LEYES. CUANDO SE APLICA.-** La supletoriedad sólo se aplica para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principio generales contenidos en otras leyes. Cuando la referencia de una ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en los supuestos contemplados por la primera ley que la complementará ante posibles omisiones o para la interpretación de sus disposiciones. Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones. La supletoriedad

<sup>89</sup> Octava época, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la federación, Tomo: XV-II Febrero, Tesis: IV. 3º. 119 K, Pág.563.



expresa debe considerarse en los términos que la legislación lo establece. De esta manera, la supletoriedad se observa generalmente de leyes de contenido especializados con relación a leyes de contenido general. El carácter supletorio de la ley resulta, en consecuencia, o integración, y reenvío de una ley especializada a otros textos legislativos generales que fijen los principios aplicables a la regulación de la ley suplida; implica un principio de economía integración legislativa para evitar la reiteración de tales principios por una parte, así como la posibilidad de consagración de los preceptos especiales en la ley suplida.<sup>90</sup>

De conformidad con la el criterio de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, la supletoriedad en materia mercantil.

#### SUPLETORIEDAD DE LA LEY EN MATERIA MERCANTIL.

La supletoriedad a que se refiere el artículo 1051 del Código de Comercio, parte del supuesto de que en la propia Ley Mercantil no se fijen todas las normas de una materia procesal, lo que dará lugar a que se aplique la ley de procedimientos local para llenar su insuficiencia; pero ello de ninguna manera impone que si en la legislación mercantil no se establece determinada institución jurídica, deba aplicarse supletoriamente el Código Local en relación con la misma, ya que en este caso, dejaría de operar la supletoriedad, de aplicación excepcional para convertirse en ley directa y principal.

#### 4.3 INTERMEDIACION DEL SISTEMA BANCARIO.

Esta es una importante función social y económica para hacer llegar a los sectores productivos los recursos provenientes del ahorro privado nacional o internacional lo que convierte a la intermediación bancaria en un asunto de interés público.

La intermediación, pues, consiste en que el banco capta los ahorros del público al celebrar operaciones pasivas, colocando dichos recursos entre quienes tienen necesidad de ellos a través de operaciones activas (prestamos), siendo su ganancia un diferencial entre la tasa de interés que paga a los ahorradores y la que cobra a los acreditados o clientes que reciben préstamos

---

<sup>90</sup> Tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Este criterio ha integrado la jurisprudencia I.3º.A. J/19, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, Enero de 1997, página. 374

(operaciones pasivas y activa), así como el cobro de comisiones por los servicios que presta.

El fundamento jurídico de lo anterior se encuentra en el artículo 2° de la Ley de Instituciones de Crédito que a la letra dice: Se considera servicios 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”, se entiende por contingente aquello que puede ocurrir o no (por ejemplo en un crédito por aval donde el banco se compromete a responder frente a otra institución de crédito por las obligaciones de pago de un cliente, en el caso de que este incumpla, siendo entonces necesario que primero se de el citado incumplimiento, para que el banco incurra en un pasivo).

Para llevar a cabo esta función se requiere autorización del gobierno federal de que esta en juego los intereses del público ahorrador, y más aun los del sistema financiero como importante motor de la economía, al proveerla de recursos. Por lo que es muy importante el generar confianza para todos los intervinientes, esto es: al ahorrador, respecto a la preservación de su patrimonio; al cliente, acreditado, para que destine el uso del crédito a proyectos viables que le permitan generar economía y esta a su vez la capacidad para devolver el principal más los accesorios financieros comprometidos, y al banco, como fuente e institución de confianza, sobre todo, con la estabilidad financiera que le permita ser ajeno a una quiebra.

#### 4.3.1.- ANALISIS DE LOS ARTÍCULOS 4, 49, 65, 77,106 FRACC. V, 112 FRACC. V, INCISO C Y D DE LA LEY DE INTITUCIONES DE CRÉDITO.

Para el análisis de los artículos antes señalados. Primeramente los transcribiré para posteriormente analizarlos en su conjunto por la relación que guardan entre sí.

“Artículo 4°.- 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 lo 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 49.- Las instituciones de crédito invertirán los recursos que capten del público y llevaran a cabo las operaciones que den origen a su pasivo contingente, en términos que les permitan mantener condiciones adecuadas de seguridad y liquidez. La Secretaria de Hacienda y Crédito Público oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria, determinará las clasificaciones de los activos y de las operaciones causantes de pasivo contingente, y de otras operaciones que determine la propia Secretaria, en función de su seguridad, determinando, asimismo, los porcentajes máximos de pasivo exigible y de pasivo contingente, que podrán estar representados por los distintos grupos de activos y de operaciones resultantes de las referidas clasificaciones.”

“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.”

“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...”

“Artículo 112.- Serán sancionados con prisión de tres meses a tres años y multa de treinta a quinientas veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, cuando el monto de la operación o quebranto según corresponda, no exceda del equivalente a quinientas veces el referido salario; cuando exceda dicho monto, serán sancionados con prisión de dos a diez años y multa de quinientas a cincuenta mil veces el salario mínimo señalado:

“... V.- Los empleados y funcionarios de la institución de crédito que autoricen operaciones, a sabiendas de que éstas resultarán en quebrantos al patrimonio de la institución en la que presten sus servicios...”

“c) Que otorgue créditos a personas físicas o morales cuyo estado de insolvencia les sea conocido, si resulta previsible al realizar la operación que carecen de capacidad económica para pagar o responder por el importe de las sumas acreditadas, produciendo quebranto patrimonial a la institución;

“d) Que renueven créditos vencidos parcial o totalmente a las personas físicas o morales a que se refiere el inciso c) anterior...”

De los artículos antes transcritos se hace evidente que contienen diversas reglas, tales son las condiciones normales y legales de un crédito bancario, en especial, del otorgado a través del contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria; es decir, cuando los bancos se apegan a sanas prácticas y usos bancarios, como lo dispone el artículo 4º. De la Ley de Instituciones de Crédito, y conforme, además, lo señalan los artículos 49 y 77 de la misma ley, que determinan la necesidad de apegarse a las sanas prácticas, manteniendo las condiciones necesarias para propiciar la seguridad en sus operaciones.

Los bancos, como una sana práctica bancaria, tienen la obligación legal de cuidar que las condiciones de los créditos, a saber, sus montos, plazos, regímenes de amortización, etcétera, guarden una relación adecuada con la situación económica presente y previsible de los acreditados, según lo previene el artículo 65 de la mencionada ley, que dice: “Artículo 65. Para el otorgamiento de sus financiamientos, las instituciones de crédito deberán estimar la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de 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.”<sup>91</sup>

<sup>91</sup> Ley de Instituciones de Crédito. Edit. Porrúa S.A. México 1999, pág. 60.

Del precepto antes inserto se advierte la obligación a cargo de las instituciones de crédito de que previamente al otorgamiento de sus financiamientos, realicen una estimación de la viabilidad económica de los proyectos de inversión, los plazos de recuperación, las relaciones existentes entre los conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, así como su calificación administrativa y moral y las garantías que son necesarias para otorgar el crédito. También deben procurar que los montos, plazos, regímenes de amortización y periodos de gracia, tengan una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los sujetos acreditados.

Estos requisitos que deben satisfacer las instituciones bancarias tienen como objeto 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.

La ley como puede verse de la transcripción precedente, para asegurarse que las instituciones de crédito cumplan con lo anterior, encomienda a la Comisión Nacional Bancaria la vigilancia debida para que se observe lo dispuesto en el citado artículo 65, y en un afán de que la banca se apegue a las sanas prácticas y usos bancarios, el artículo 106, fracción V, de la Ley de Instituciones de Crédito, les prohíbe celebrar operaciones pactando condiciones y términos que se aparten de manera significativa del mercado prevaleciente en el momento del otorgamiento, de las políticas generales de la institución y de las sanas prácticas y usos bancarios.

En este mismo sentido, la ley mencionada, en su artículo 112, fracción V, incisos c) y d), considera como un delito el que los empleados y funcionarios de los bancos otorguen créditos o los renueven en forma parcial o en su totalidad, a sabiendas del estado de insolvencia del acreditado.

Es indudable que los cambios en las condiciones económicas y financieras del país hacen necesario ir actualizando las condiciones de los créditos; sin embargo, por ningún motivo se justifica que tenga que transgredirse la ley, pues es precisamente el estricto apego a ella la solución a cualquier problema por severo que sea, debiendo en todo actualizarse cuando así sea necesario antes de tomar alguna acción fuera del marco del derecho.

#### 4.3.2.- ANALISIS DEL ARTICULO 359 DEL CODIGO DE COMERCIO Y DEL ARTÍCULO 8° DE LA LEY MONETARIA.

Artículo 359.- Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual á la recibida conforme á la ley monetaria vigente en la República al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente en valor será en daño ó beneficio del prestador.

En los préstamos de títulos ó valores, pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase é idénticas condiciones, ó sus equivalentes, si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario.

Si los préstamos fueren en especie, deberá el deudor devolver, á no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, ó su equivalente en metálico, si se hubiese extinguido la especie debida.

Como se aprecia de la redacción del artículo en comentario el cual nos dice lo siguiente:

Una vez realizado el préstamo, el deudor esta obligado a devolver una cantidad igual a la recibida conforme al valor actual que tenga la moneda, al momento de hacerse el pago, sin que lo antes mencionado sea renunciable. Tratándose de préstamos pactados en moneda extranjera, los cambios que esta experimente será en contra o en beneficio del prestador al momento de hacer el pago.

Tratándose de títulos o valores, el deudor esta obligado al pago, devolviéndolo en la misma cantidad, calidad y condiciones en que lo recibió en el caso de que ya no existiera, mientras no se hubiese pactado otra cosa.

Si el pacto fue hecho en cosa diversa a dinero el deudor esta obligado a devolver la cosa objeto del préstamo en la misma clase, cantidad y calidad, sin que esta pueda pactar el pago en algo distinto, en su defecto se calculara en dinero por el préstamo antes hecho.

Artículo 8° . de la Ley Monetaria: “La moneda extranjera no tendrá curso legal en la República, salvo en los casos en que la ley expresamente determine otra cosa. Las obligaciones de pago en moneda extranjera

contraídas fuera o dentro de la República para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional, al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

Este tipo de cambio se determina conforme a las disposiciones que para esos efectos expida el banco de México en los términos de su Ley Orgánica.

Los pagos en moneda extranjera originados en situaciones o transferencias de fondo desde el exterior, que se lleven a cabo a través del Banco de México o de instituciones de crédito, deberán ser cumplidos entregando la moneda objeto de dicha transferencia o situación. Ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor.

Las obligaciones a que se refiere el primer párrafo de este artículo, originadas en depósitos bancarios y regulares constituidas en moneda extranjera, se solventarán conforme a lo previsto en dicho párrafo, a menos que el deudor se haya obligado en forma expresa a efectuar el pago precisamente en moneda extranjera, en cuyo caso deberá entregar esta moneda. Esta última forma de pago solo podrá establecerse en los casos en que las autoridades bancarias competentes lo autoricen, mediante reglas de carácter general que deberán publicarse en el Diario Oficial de la Federación; ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones que imponga el régimen de control de cambios en vigor”.

Habiendo realizado un examen de los ordenamientos mercantiles vigentes, no encontramos disposición alguna que prevea que deba darse la revisión, rescisión o bien la nulidad de contratos vinculados con operaciones de crédito ante circunstancias que modifiquen el contenido económico de éstas. Pero debe observarse lo establecido en los artículos 2º . y 81 del Código de Comercio.

#### 4.4 EL ANATOCISMO EN LA LEGISLACION MEXICANA ACTUAL

Al respecto, se impone establecer que el análisis de las disposiciones que integran el sistema jurídico mexicano, en especial del Código Civil y del Código 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, no cabe hablar de anatocismo, sino de intereses sobre intereses prohibido por ambos preceptos, y de capitalización de intereses, expresamente autorizado 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.

#### 4.5.- ANATOCISMO Y LOS INTERESES

Establecida la normatividad aplicable a los contratos de préstamo mercantil y a los de apertura de crédito, para la resolución del tema que nos ocupa, en relación a la precisión, en estos últimos, de las tasas de interés pactadas, deben ahora considerarse los conceptos de interés y tasa a fin de establecer los alcances de las cláusulas correspondientes.

Por intereses puede entenderse el precio que debe pagarse por la utilización de bienes de capital expresados en dinero o la ganancia que se saca de una cosa, principalmente del dinero prestado.

Por interés compuesto se puede entender el interés de los intereses, esto es, el rédito que producen los intereses devengados y no pagados, considerándose añadidos al capital desde el instante en que debió hacerse el pago de ellos.

En otras palabras, los intereses son desde el punto de vista económico, el precio del crédito.



En este sentido, como el crédito se expresa en dinero y se mide en tiempo, su precio es el interés, cuyos términos de medición son el factor tiempo y el factor cantidad de dinero desplazado.

Por tasa, puede entenderse la medida del valor dado a una cosa; precio mínimo o máximo al que por disposición de la autoridad puede venderse una cosa. Asimismo, es sinónimo de rendimiento otorgado por una inversión en un determinado período.

Otro término que se utiliza en los contratos que se analizan, es el de tasa líder, que en la práctica bancaria mexicana se refiere a la mayor de entre un número dado y diverso de referentes o indicadores, de más frecuente aplicación en las transacciones financieras.

Asimismo, conviene establecer que, por tasa real se entiende el rendimiento expresado porcentualmente, que genera una inversión después de descontar a la tasa nominal, el índice de la inflación (también expresada generalmente en términos porcentuales). La confrontación de ambas puede arrojar una tasa positiva o una tasa negativa.

Ahora bien, sea cual fuere el concepto de tasa que se adopte, siguiendo alguna de las numerosas doctrinas económicas elaboradas sobre este tema, lo cierto es que a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y respecto del punto que se analiza, es necesario que la tasa de interés, en cualquiera de las formas en que se haya pactado, produzca certidumbre en la parte que debe pagar dicho interés.

Resulta relevante tomar en cuenta que las instituciones que habitualmente intermedian entre la oferta y la demanda de recursos financieros, que reciben y dan créditos como actividad profesional, para fijar la tasa "activa", es decir la que cobrarán en sus préstamos, toman en cuenta la tasa "pasiva", o sea la que le pagan a sus inversionistas y ahorradores por los depósitos que realizan.

#### 4.6.- ANALISIS DE LOS CRITERIOS SUSTENTADOS EN TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

Para analizar los criterios divergentes que sustentaron los Tribunales Colegiados de Circuito en relación al tema de Capitalización de Intereses (El mal llamado Anatocismo) vinculado con el contrato de apertura del crédito y el contrato de refinanciamiento para el pagó de intereses. Teniendo en consideración que el tema antes señalado es de características complejas, para darle un matiz más aceptable me vi en la necesidad de recurrir a la interpretación real que le dio la Suprema Corte de Justicia de cuyo contenido iré efectuando el análisis de la siguiente manera:

1.- Contrato de apertura de crédito. Capitalización de Interés. ¿Es aplicable supletoriamente el Código Civil, artículo 2397, a dichos contratos mercantiles?.

De este rubro se desprenden tres diferentes puntos de oposición relacionados con los pronunciamientos efectuados por los Tribunales Colegiados de Circuito y así tenemos:

a.- Si el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia común y para toda la República en Materia Federal es aplicable o no a las disposiciones que regula el contrato de apertura de crédito.

En relación al punto antes precisado destaca por un lado que los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 8° del primer Circuito, 2° del décimo sexto Circuito, 2° del décimo séptimo Circuito y 1° del vigésimo segundo Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron que el pacto de capitalización de intereses que se convenga al celebrar un contrato de apertura de crédito implica una transgresión a lo dispuesto en el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, que prohíbe el convenio anticipado de capitalización de intereses, pues en la especie opera la supletoriedad de éste, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2° del Código de Comercio.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa: El artículo 363 del código de comercio, establece lo siguiente: art. 363.- los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos. los artículos 8° y 2397 del código civil para el distrito federal, de aplicación supletoria al caso concreto de conformidad con el artículo 6°, fracción III la ley de instituciones de crédito, disponen: art. 8°.- los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario; art. 2397.- las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses; de las constancias del juicio ordinario mercantil, expediente número 1236/96, origen del acto reclamado, se aprecia que el actor reclamó del banco demandado la nulidad absoluta de las cláusulas primera, segundo párrafo; séptima, y de la cláusula decimosegunda; así como la nulidad absoluta del crédito adicional que le fue otorgado por el banco demandado para el pago de intereses, nulidad sustentada fundamentalmente en que a través de dicho crédito adicional se había convenido la capitalización de intereses, prohibida por el artículo 2397 del Código Civil (hechos VI, VII y VIII de la demanda) de una interpretación armónica del artículo 363 del código de comercio, se desprende la existencia de dos supuestos distintos entre sí, a saber: el primero la prohibición de que los intereses vencidos y no pagados devenguen a su vez intereses (pacto de anatocismo); el segundo, prevé la posibilidad de que las partes contratantes puedan capitalizar esos intereses vencidos (capitalización de intereses) es menester reafirmar que al ser utilizada la palabra capitalizarlos, en el segundo supuesto que regula el artículo 363 del código de comercio, ello pone en evidencia que a lo que se refiere este supuesto, es a los intereses vencidos que se mencionan en la primera parte del precepto además de lo anterior, de la apreciación jurídica del segundo supuesto previsto en el artículo 363 del código citado, es evidente la existencia de una laguna en la ley mercantil, puesto que en el mismo no establece cuándo puede ser pactada la capitalización de intereses; aunque si atendemos a la connotación gramatical de las palabras intereses vencidos, tendríamos que llegar a la conclusión de que tal pacto tendría que darse cuando los intereses hayan sido devengados y no cubiertos, pues hasta ese entonces estarían vencidos; sin embargo, como el precepto legal de mérito no lo menciona expresamente, ello nos conduce a la conclusión de que existe una laguna u oscuridad al respecto, por lo que es menester acudir en forma supletoria a la legislación común, de conformidad con el artículo 6°, fracción III de la ley de instituciones de crédito y 2° del código de comercio, así tenemos, que el artículo 2397 del código civil para el distrito federal, de aplicación supletoria al caso concreto, es claro y

determinante en que la capitalización de intereses no se puede convenir de antemano; dicho de otra forma, el código civil para el distrito federal, al igual que el código de comercio prevé implícitamente la posibilidad de capitalizar intereses vencidos, pero cuando tengan esta característica y no con anterioridad a que sean generados, y la sanción a convenir de antemano tales intereses es la nulidad, conforme al precepto legal invocado con antelación, en resumen, de una interpretación armónica, lógica jurídica de los artículos 363 del código de comercio, parte final y 2397 del código civil para el distrito federal, de aplicación supletoria, es manifiesta la posibilidad de que las partes contratantes en negocios de naturaleza mercantil, puedan capitalizar intereses siempre y cuando éstos sean vencidos; y tal pacto por tanto no puede celebrarse de antemano bajo pena de nulidad.

Por otra parte en contraposición a lo anterior los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 1º, 3º, 5º y 9º del primer Circuito, 2º del séptimo Circuito, 2º del décimo primer Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron que para determinar la validez del contrato de apertura de crédito en el que se pacte desde un principio la capitalización de intereses, no es necesario acudir a la supletoriedad del artículo 2397 del Código Civil del Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Del criterio antes señalado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa: En el sentido, que por ser un acto de comercio el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, debe regirse por las disposiciones del Código de Comercio y leyes colaterales a ella, sin que se dé la suplencia de la ley común, cuando exista precepto aplicable al caso concreto, lo que no acontece en el particular, como se razona a continuación, Es verdad que como lo indica el magistrado resolutor, existe aplicación de la ley civil federal, en tratándose de causas que rescindan o invaliden los contratos, de conformidad con el artículo 81 del Código de Comercio, sin embargo, en el caso no se da la nulidad de la cláusula tercera del contrato que se impugna, que cita el actor en su demanda del juicio ordinario mercantil, ya que el Código de Comercio prevé, las disposiciones relativas a la legalidad de dicha cláusula cuya nulidad se reclama, al no darse el anatocismo por capitalización de intereses sobre intereses, en relación con el uso del crédito adicional y mucho menos, de que se trate de un acto jurídico simulado, como erróneamente lo sostuvo el tribunal de alzada, en la sentencia que se reclama, Lo anterior, si bien está prohibido por el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en

Materia Federal, en relación a que las partes no pueden bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses, como ya se dijo, no es aplicable al caso en estudio, ya que la aplicación de la ley común se establece, cuando no existe precepto aplicable y en el caso, se ha visto, existe la disposición perfectamente aplicable en el caso concreto.

b.- Si el artículo 363 del código de Comercio tiene o no aplicación supletoria a la normatividad que se establece para el contrato de apertura de crédito.

En relación al punto antes precisado destaca por un lado que los Tribunales Colegiados en Materia Civil, del 3° y 5° del primer Circuito y 1° del décimo sexto Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron, medularmente, que para determinar la validez del contrato de apertura de crédito en el que se pacte la capitalización de intereses, debe tomarse en cuenta que dicho contrato se rige por el Código de Comercio, es decir, que al respecto coopera la supletoriedad del artículo 363 de este último ordenamiento, en relación con lo dispuesto en los artículos 291, al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que rige el contrato en comento.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresan: En este orden, de conformidad con el artículo 78, del Código de Comercio, en las convenciones mercantiles cada parte se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados. En este entendido, por ser un acto de comercio el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria, debe regirse por las disposiciones del Código de Comercio y leyes colaterales a ella, sin que se dé la suplencia de la ley común cuando exista precepto aplicable al caso concreto.

Por otra parte en contraposición a lo anterior los Tribunales Colegiales en Materia Civil, del 2° y 9° del primer Circuito, 2° del séptimo Circuito y 2° del décimo primer Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron, que la validez jurídica del pacto de capitalización de intereses realizado en un contrato de apertura de crédito tiene su origen, esencialmente, en la regulación propia que de tal contrato prevén los artículos antes mencionados de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y en el lecho de que las partes así lo hayan convenido por lo que, en todo caso, la aplicación del artículo 363

del Código de Comercio surge del acuerdo de voluntades; de donde se sigue que, implícitamente, reconocen que en el caso concreto no se produce la supletoriedad de este último ordenamiento.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresan:

Por otra parte y como acertadamente lo resolvió la Sala y contrariamente a lo aducido por el peticionario de garantías, en la especie no existió la ilicitud en el objeto, fin o condición del contrato de crédito simple básico de la acción, en relación con el cálculo y pago de los intereses ordinarios y moratorios convenidos por las partes, toda vez que el contrato base de la acción es de naturaleza mercantil, por lo cual el pacto de refinanciamiento o crédito adicional, no es ilícito porque exista pacto de capitalizar intereses, ya que es permitido en la materia mercantil cuando así lo convienen expresamente las partes contratantes, lo que en el caso aconteció pues del contrato básico aparece que se establece claramente:

Siendo claro como lo considera la Sala que en las cantidades parciales que corresponde pagar al actor en relación con el crédito obtenido, se vean reflejados en los estados de cuenta por los conceptos que se indican en los mismos, sin que la inexactitud en el cálculo de los intereses pactados por las partes, implique la ilicitud de lo convenido, pues como ya se ha dicho la legislación mercantil prevé la capitalización de intereses y como en la especie se convino de manera expresa dicha capitalización, puesto que ésta forma parte de las cláusulas contenidas en el contrato básico de la acción, no existe la causa de nulidad pretendida por la actora, conforme con lo dispuesto por el artículo 363 del Código de Comercio que a la letra dice: Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán sin embargo capitalizarlos, porque del texto legal anterior, se evidencia con toda claridad que dicho dispositivo legal deja expedito el derecho de las partes, si así conviene a sus intereses, para que, a la celebración del contrato, puedan pactar la capitalización de los intereses.

Ahora bien, aun cuando los dictámenes contables emitidos por el perito de la actora y el perito tercero en discordia, coinciden en determinar que en el caso existió capitalización de intereses y lesión civil; sin embargo, por una parte, de la cláusula quinta del contrato base no se advierte que exista capitalización de intereses y, por otra, no se está en el caso de un contrato celebrado entre particulares, sino de un contrato efectuado entre particulares

con una institución de crédito, por lo que no tiene aplicación lo dispuesto por el artículo 2395 del Código Civil. Es así, en virtud de que las operaciones que realizan los Bancos se regulan por la legislación mercantil respectiva, conforme se establece en el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y la fracción XIV del artículo 75 del Código de Comercio, resultando evidente que dichas instituciones siempre establecen intereses elevados sobre el crédito otorgado, por la labor financiera que desempeñan, y no por ello puede solicitarse con posterioridad la reducción de esos intereses por resultar excesivos, máxime si los mecanismos para su cálculo se establecieron desde el momento de la firma del contrato que los contiene.

c.- Si cuando se pacta en esta capitalización de interés en términos del artículo 363 del Código de Comercio para determinar los alcances de tal convención, debe o no acudir supletoriamente el numeral 2397 del Código Civil.

En relación a lo antes precisado destaca por un lado que los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 1º, 2º, 3º y 5º del primer Circuito, 2º del séptimo Circuito, 2º del décimo primer Circuito y 1º del décimo sexto Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron, que si las partes pactaron la capitalización de intereses en términos de lo dispuesto en el artículo 363 del Código de Comercio, al celebrar un contrato de apertura de crédito, de la interpretación de dicho numeral se llega a la conclusión de que si es válido que tal pacto tenga lugar con anticipación a que los intereses se encuentren vencidos y no pagados, pues la claridad de la redacción de este numeral y la naturaleza mercantil del acuerdo de voluntades impiden, inclusive, la aplicación supletoria del artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa:

El artículo 363 del Código de Comercio establece que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, sin embargo también dice que los contratantes, podrán capitalizarlos. En efecto, se desprende una prohibición de que los intereses que se hayan vencido generen a su vez intereses, sin embargo se prevé la posibilidad de que los intereses vencidos se puedan capitalizar con el previo acuerdo de las partes.

Por otra parte, aun cuando en la cláusula, en que se haya pactado la capitalización de los intereses generados y, que por ello, de suyo, pudiera ser nula dicha cláusula, lo cierto es que, en la especie, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 363 del Código de Comercio, que a la letra dice: Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos. Una sana interpretación de dicha norma legal, lleva a concluir que en ella se contemplan dos hipótesis, a). Prohibición de que los intereses vencidos generen a su vez intereses y, b). La posibilidad de que los contratantes convengan en capitalizar los intereses vencidos. En el primer supuesto, se está en un caso de anatocismo, el cual por ser contrario al espíritu de la ley no debe surtir efectos; en el segundo aspecto, el legislador dejó abierta la probabilidad de que, a voluntad de los contratantes, los intereses vencidos y no cubiertos formen parte del capital; esto es, para que se dé este último caso, debe existir consenso expreso de ambos contratantes, lo cual aconteció en la especie, como se aprecia de la referida cláusula del contrato de crédito base de la acción, que dice: EL COBRO DE INTERESES GENERADOS SERA ACUMULABLE AL VENCIMIENTO DEL CREDITO Y CAPITALIZABLE MENSUALMENTE, UTILIZANDO EL SISTEMA DE SALDOS AUTOMATICOS; pero además, como bien lo dijo la responsable, no se actualizó el supuesto contemplado en dicha cláusula, ya que en la certificación contable, no se advierte que se haya aplicado la misma, pues no se capitalizó interés alguno, sino que el interés normal, fue a la base, únicamente, del capital inicial; por ende, no es ilegal lo que estimó la ad quem con relación a que los artículos 362 y 363 del Código de Comercio, no prohibían en forma absoluta el anatocismo, pues a más que es cierto, como se dejó demostrado, en la especie no se dio esa hipótesis.

Es cierto, como lo refiere el quejoso, que existe supletoriedad del Código Civil a la Ley Mercantil cuando la figura o institución de que se trata no se encuentra prevista de modo expreso en el Código de Comercio, o encontrándose, su regulación es omisa, deficiente o incompleta. Sin embargo, en tratándose de la causal de nulidad del contrato base de la acción, por la capitalización de intereses no es factible dicha supletoriedad, ya que tal acto jurídico se encuentra regulado por el artículo 363 del Código de Comercio, de cuyo contenido revela contradicciones inconciliables con el diverso artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ya que mientras el primero dispone: Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos; el segundo por su parte establece: Las partes no pueden, bajo pena de nulidad convenir de antemano que los intereses



se capitalicen y que produzcan intereses. Contradicción que excluye por sí misma cualquier posibilidad de supletoriedad al respecto; tanto más, cuanto que la primera de las disposiciones legales en comento no requiere interpretación sobre si los contratantes podrán pactar la capitalización aún cuando no se hayan vencido los intereses o sólo cuando dichos intereses ya se hubieran devengado, en virtud de que al no hacer distinción a cuándo podrá hacerse esa capitalización por los contratantes, es incuestionable que se puede efectuar aún antes de que se generen los intereses.

Por otra parte en contraposición a lo anterior los Tribunales Colegiales en Materia Civil, 7° y 8° del primer Circuito, 2° del décimo sexto Circuito, 2° del décimo séptimo Circuito y 1° del vigésimo segundo Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron que el pacto de capitalización de intereses que se convenga al celebrar un contrato de apertura de crédito transgrede lo dispuesto en el artículo 363 del código de comercio pues este prohíbe el convenio anticipado de capitalización de intereses fundando su capitalización en la aplicación supletoria del artículo 2397 del código civil para el distrito federal en materia común y para toda la república en materia federal.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresan: Se infringen en el caso los artículos 363, del código de comercio y 2397, del código civil para el distrito federal, dichos numerales, con independencia de lo que pudiera decirse respecto a su aplicación al caso, tienen en común la prohibición de convenir de antemano la capitalización de intereses, que es lo que constituye el llamado pacto de anatocismo, el que, cabe subrayar, es distinto del convenio que de acuerdo con la normatividad mercantil las partes pueden celebrar válidamente después de que se hubieren devengado ya los intereses, para que en lugar de pagarse esos intereses a la sazón ya causados, se incorporen al capital para producir nuevos intereses se está entonces en presencia de un acto simulado, que encierra el pacto de anatocismo, prohibido por los artículos 363, del código de comercio y 2397, del código civil, para el distrito federal, que está probado en la especie en virtud del propio instrumento público en que consta el esquema financiero a discusión y de lo dicho al contestarse la demanda en sentido de que el documento exhibido como base de la acción contiene la voluntad de las partes, ratificada al momento de su suscripción, pues no puede arribarse a conclusión diferente, merced a la firma del contrato por los acreditados y a los pagos por éstos efectuados, ya que 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 la conducta atribuida a los quejosos, sino de aquélla que proviene por

actos ejecutados contra el tenor de leyes prohibitivas, en términos del artículo 8° 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.

2.- ¿La cláusula de crédito adicional para pago de intereses de un contrato de apertura de crédito, constituye una transgresión a la prohibición de financiamientos para pago de pasivos, establecida en el artículo 8° del reglamento sobre Instituciones Nacionales de Crédito y Organizaciones Auxiliares de Crédito?

En relación al punto antes precisado destaca por un lado que los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 3° y 8° del primer Circuito, 1° y 2° del séptimo Circuito, 2° del décimo Circuito, 3° del décimo primer Circuito, 2° del décimo cuarto Circuito, 1° del décimo quinto Circuito, 1° del décimo sexto Circuito, 1° y 2° del vigésimo primer Circuito y 1° del vigésimo tercer Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron, que el contrato de apertura de crédito era válido por no ser aplicable el artículo 8° del reglamento sobre Instituciones Nacionales de Crédito y Organizaciones Auxiliares de Crédito o por no existir la prohibición del crédito para el pago de pasivos.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa:

I.- El Reglamento sobre Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares de Crédito no es aplicable pues, como su nombre lo indica, sólo rige para las Instituciones Nacionales de Crédito, entendiéndose por tales las instituciones de banca pertenecientes a la Administración Pública Federal, así como para las Organizaciones Auxiliares de Crédito, como son los Almacenes Generales de Depósito, Arrendadoras Financieras, Sociedades de Ahorro y Préstamos, Uniones de Crédito, Empresas de Factoraje Financiero (de conformidad con lo que establece el artículo 3° de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito) y, en cambio, el acreditante en los casos resueltos no tuvo el carácter mencionado, sino que fueron instituciones de crédito privadas, que se encuentran reguladas por la Ley de Instituciones de Crédito vigente.

II.- Conforme al artículo 9° del Código Civil, la emisión de una ley posterior deroga la anterior, aun cuando no se haya abrogado expresamente el

Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Nacionales de Crédito, bastó para ello la emisión de las Leyes Reglamentarias del Servicio Público de Banca y Crédito, actualmente derogada por la Ley de Instituciones de Crédito, para que dejara de estar vigente el citado Reglamento.

III.- En ninguna de las fracciones del artículo 106 de la Ley de Instituciones de Crédito se prohíbe el establecimiento de un préstamo adicional para pago de intereses, porque si bien su fracción XVII dispone la prohibición de otorgar créditos con garantía de pasivos, a que se refieren las fracciones l, b), c) y d), y II a IV, del artículo 46 de dicha ley, éstos se refieren a otros supuestos, como son: recepción de depósitos bancarios de dinero retirables en días preestablecidos, de ahorro a plazo previo, aceptación de préstamos y créditos, emisión de bonos bancarios y de obligaciones subordinadas, hipótesis que no se ubican en el préstamo adicional para pago de intereses de un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria y sistema de refinanciamiento, operación permitida a los bancos en el artículo 46, fracción IV, del citado ordenamiento. No procede aplicar analógicamente lo dispuesto en la fracción V del artículo 66 de la Ley de Instituciones de Crédito, que prohíbe que en los contratos refaccionarios el monto destinado a cubrir los pasivos a que se refiere el numeral 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, rebase un porcentaje mayor del 50%, toda vez que tal disposición es específica y no constituye un supuesto general susceptible de actualizarse en cualquiera de los tipos de contrato o créditos que se puedan verificar.

IV. El crédito otorgado no es un financiamiento para el pago de pasivos, pues ninguna prueba hay que así lo establezca y, además, el pago del crédito será a cargo del acreditado como deudor directo, sin que de forma alguna deba solventarse con recursos propios del banco.

Por otra parte en contraposición a lo anterior el Tribunal Colegiado en Materia Civil, 7º del primer Circuito; tal órgano jurisdiccional sostuvo, llegando a la conclusión de que el contrato era inválido por ser violatorio del precepto referido, que prohíbe el préstamo para el pago de pasivos.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresan: El banco concedió un crédito para pago de pasivos en favor de sí mismo, en contra de lo dispuesto por el artículo 8º del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Nacionales

de Crédito, que dispone que no está permitido conceder esa clase de préstamos. Los elementos que se requieren para acreditar el anterior extremo son los siguientes: a) Existencia de un crédito; b) Pacto de pago de intereses a una tasa determinada; c) Pago de una suma mensual; d) Posibilidad de que los pagos mensuales no alcancen a cubrir el monto de los intereses devengados; e) Existencia de un crédito adicional, diseñado para pagar intereses devengados no cubiertos.

El argumento antes señalado se apoya en el contenido de la jurisprudencia siguiente:

**PAGO DE PASIVOS, NULIDAD DEL PRÉSTAMO PARA, OTORGADO POR UNA INSTITUCIÓN DE CRÉDITO.-** De conformidad con el inciso b) del artículo 8° 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.<sup>92</sup>

3.- Proyecto de viabilidad económica del acreditado en la apertura de crédito con línea adicional para aplicación de intereses. (Imprevisión). ¿Es nula la cláusula por falta de proyecto de viabilidad económica?

En relación al punto antes precisado destaca por un lado los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 7° y 8° del Primer Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron que se inclinan por considerar que la existencia del proyecto de viabilidad económica, constituye una condición indispensable del contrato.

---

<sup>92</sup> Novena Epoca.- fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo: VII, Febrero de 1988.- Tesis 1.7° C. 16 C. J/2 Pág. 415.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa:

a) El esquema financiero diseñado en el contrato base de la acción, se aparta de lo previsto en los artículos 4º, 49, 77, 106, fracción V y 112, fracción V, incisos c) y d), de la Ley de Instituciones de Crédito, por no haberse demostrado en autos el cumplimiento del requisito previo al otorgamiento del crédito, consistente en la debida estimación de viabilidad económica o proyecto de viabilidad económica del acreditado, previsto en el artículo 65 de la ley invocada, pues los bancos en acatamiento a la sana práctica bancaria, tienen la obligación legal de cuidar que las condiciones de los créditos, como son los montos, plazos, regímenes de amortización, etcétera, guarden una relación adecuada con la situación económica presente y previsible de los acreditados, según lo previene el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito.

b) En términos del último precepto citado, se encomienda a la Comisión Nacional Bancaria la vigilancia del debido cumplimiento y el artículo 106, fracción V, de la Ley de Instituciones de Crédito, prohíbe a la banca celebrar operaciones pactadas en condiciones y términos que se aparten de manera significativa del mercado prevaleciente en el momento del otorgamiento, de las políticas generales de la institución y de las sanas prácticas y usos bancarios; además de que en términos del numeral 112, fracción V, incisos c) y d), de la citada ley, se considera como un delito el que los empleados y funcionarios de los bancos otorguen créditos, o los renueven a sabiendas del estado de insolvencia del acreditado.

c) Es política bancaria derivada del citado artículo 65, que para que una persona pudiera ser sujeto de crédito, tenía que demostrar ingresos suficientes que rebasaran en determinada medida el importe del pago mensual, que los propios bancos establecían según el monto del crédito solicitado, de manera que la institución demandada para otorgar el financiamiento, estuvo constreñida a efectuar la estimación del proyecto de viabilidad económica y de los otros aspectos que guarda la disposición, procurando que las condiciones del crédito guardaran un sano equilibrio con la situación presente y previsible del acreditado conforme creciera la inflación.

Por otra parte en contraposición a lo anterior los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 1º del séptimo Circuito y 1º del vigésimo tercer Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron que al omitir el proyecto

de viabilidad en el otorgamiento de un crédito no constituye una condición indispensable en el contrato.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa:

a) En el supuesto de que la institución bancaria no hubiere observado lo previsto en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, el perjuicio lo resentiría éste y enfrentaría su responsabilidad ante la Comisión Nacional Bancaria de acuerdo con el contenido del citado precepto, razonamiento por el cual estima infundado que existiera lesión en el contrato cuya nulidad se reclamó.

b) Lo relativo a que el citado proyecto de viabilidad económica no se realizó y que era necesario para determinar para qué debe aplicarse el crédito, en nada perjudica a los quejosos, porque si se realizó o no el citado proyecto, conllevaría a una responsabilidad administrativa del banco actor y, por el contrario, beneficiaría a los quejosos, pues el sólo hecho de que el banco no haya realizado el citado proyecto, no puede conducir a la nulidad del contrato, porque es claro que los quejosos también formularon su propio proyecto de viabilidad y concluyeron que debían de solicitar un crédito para los fines que perseguían, entonces el que el banco no lo haya hecho implica un riesgo del banco de no poder recuperar el crédito, pero no la nulidad del mismo, como para incluso llegar a perder la garantía hipotecaria otorgada.

4.- Intereses ¿Ante la imprecisión de la tasa aplicable para su cuantificación debe estarse al tipo legal?

En relación al punto antes precisado destaca por un lado que el Tribunal Colegiado en Materia Civil, 1º del vigésimo primer Circuito; tal órgano jurisdiccional sostuvo que ante la imprecisión de la tasa aplicable para cuantificar el monto de los intereses debe éstarse a la tasa establecida en el artículo 362 del Código de Comercio.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa: La cláusula de referencia de intereses en contratos de apertura de crédito dice: Que todas las sumas a cargo del acreditado, conforme a este contrato, causarán intereses anuales sobre saldos insolutos de conformidad con las siguientes reglas: a) Intereses sobre saldos insolutos, pagaderos de acuerdo al calendario de amortización estipulado en la cláusula

cuarta de este contrato, a una tasa de interés que será revisada y modificada mensualmente en base a la reciprocidad en cuenta de cheques derivada por el acreditado, respecto del saldo insoluto del crédito. El procedimiento que se utilizara para definir la tasa de interés aplicable mensualmente, será la tasa más alta entre las siguientes opciones: 1.- El CPP vigente (puntos adicionales señalados en la columna 3 de la tabla de alternativas institucionales vigente) más un punto. 2.- La tasa de rendimiento neto de los certificados de la Tesorería de la Federación (cetes) que ofrece el gobierno federal, a plazo de 28 días y que se encuentre vigente el cuarto día hábil anterior al término de cada mes, más 20% de dicho rendimiento. 3.- La tasa promedio de rendimiento que ofrezcan las aceptaciones bancarias publicas emitidas el cuarto día hábil anterior a fin de cada mes por las instituciones de crédito, que determine Banco Mexicano, S. A., más 20% de dicho rendimiento. Los intereses deberán ser pagados mensualmente por la acreditada, en caso de que su capacidad de pago no lo permita, éstos se capitalizarán, con fundamento en el artículo 363, del Código de Comercio. La acreditada en este acto manifiesta su conformidad para que se capitalicen los intereses y sean liquidados conjuntamente al vencimiento del capital, sin que el plazo sea mayor de doce meses, en caso de que la acreditada no desee efectuar la capitalización de sus intereses, deberá dar al Banco de México el aviso correspondiente por escrito, cuando menos con veinte días naturales de anticipación a la fecha en que se deberá realizar el pago mensual de los intereses correspondientes al saldo insoluto. b) En el caso de que el Banco Mexicano, opte por descontar el importe del crédito motivo del presente contrato, con los fideicomisos instituidos en relación con la agricultura (fira), la tasa de interés será la que rija en el momento del descuento de acuerdo al esquema vigente fira-banca, y se modificará tantas veces como lo determinen dichos fideicomisos, de acuerdo a las condiciones que dé a conocer Banco de México, para este tipo de operaciones. c) En caso de mora, la tasa de interés será la que resulte de multiplicar la tasa de interés ordinaria determinada conforme al inciso a) de la presente cláusula, vigente a la fecha de pago, por 1.5 veces.

Es importante resaltar que el Tribunal antes señalado se apego a la tesis siguiente:

**INTERES LEGAL. SI EL CONTRATO DE MUTUO CON PAGO DE INTERESES Y GARANTIA HIPOTECARIA RESULTA IMPRECISO EL INTERES PACTADO DEBE ESTARSE AL INTERES .-** El Código Civil de la entidad dispone que el artículo 2328, párrafo primero, que el interés será el que fije cada año el ejecutivo del estado, tomando en consideración las

condiciones económicas de tiempo y lugar, la cotización del dinero y la tasa del interés y que no fijando el ejecutivo el interés legal, este será el de 9% anual lo anterior conduce a estimar que cuando en un contrato de mutuo con garantía hipotecaria y pago de intereses, se pactan estos de forma imprecisa, de manera que resulte imposible establecer la tasa a la cual debe calcularse, tal circunstancia no implica que deba absolverse a los demandados de su pago sino que deba estarse al resolver, siempre que se demanden intereses, al legal referido, toda vez que la voluntad de contratantes fue la de convenir el pago de intereses moratorios para el caso de incumplimiento.

Por otra parte en contraposición a lo anterior el tribunal colegiado en Materia Civil, 1º del vigésimo segundo Circuito; tal Tribunal Jurisdiccional sostuvo que si bien el monto de los intereses pactados en los contratos de apertura de crédito no esta expresado con una cantidad determinada, si se puede determinar, en los términos de la cláusula respectiva por la que no existe imposición que pueda provocar la nulidad y la aplicación del interés legal.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa: Como acertadamente lo estima la autoridad responsable, para el caso que nos ocupa, si bien el monto de los intereses ordinarios requieren primeramente la determinación de la tasa aplicable en un cierto mes, una vez conocido este dato, es posible determinar el monto de los intereses, en razón, de que la tasa anual aplicable de interés será la que determine Bancomer, considerando para tal efecto la que resulta mayor tasa líder del mercado, por ello, aun cuando el monto de los intereses no es en principio una cantidad determinada, si se trata de una cantidad determinable, por ende, no se puede estimar, que se deje en estado de indefensión a los ahora quejosos, por el hecho de que en principio no se pueda estimar que los intereses establecidos en la cláusula quinta del contrato base de la acción del juicio natural estén determinados, al quedar establecido en dicha cláusula, que la tasa aplicable será la que resulte mayor de la tasa líder del mercado, por lo que una vez conociendo dicho dato, se puede determinar el monto de los intereses, siguiendo para tal efecto las indicaciones que se señalan en la cláusula en comento, las cuales son: QUINTO.- Las cantidades ejercidas por LA PARTE ACREDITADA conforme a lo estipulado en las cláusulas SEGUNDA Y CUARTA de esta escritura, causarán intereses ordinarios sobre saldos insolutos en la siguiente forma: La tasa base anual aplicable de interés será la que determine BANCOMER, considerando para tal efecto la que resulte mayor de: tasa líder del mercado que en seguida se define por el factor



de 1.20 o tasas líder más seis puntos porcentuales. El procedimiento anterior determinará la tasa base anual y la tasa base mensual para calcular los intereses del mes, será el resultado de dividir dicha tasa base anual entre trescientos sesenta días y multiplicar el resultado por el número de días naturales que tenga el mes del cálculo cerrándose a centésimas la tasa de interés del período en que se encuentre el crédito. La tasa líder será la que resulte mayor de los siguientes conceptos: a).- El promedio aritmético de las tasas de rendimiento bruto de los certificados de la Tesorería de la Federación (CETES) de las cuatro últimas semanas anteriores al día veintiséis inclusive, del mes inmediato anterior, a plazo de veintiséis, veintisiete, veintiocho o veintinueve días en colocación primaria; b).- El promedio aritmético de rendimiento bruto en la oferta pública de aceptación bancaria de las cuatro últimas semanas anteriores al día veintiséis inclusive, del mes inmediato anterior, a plazo no mayor de treinta días ni inferior de veintiséis días de las siguientes instituciones bancarias: BANCOMER, SOCIEDAD ANONIMA; BANCO NACIONAL DE MEXICO, SOCIEDAD ANONIMA; y BANCA SERFIN, SOCIEDAD ANONIMA. c).- El costo porcentual promedio de captación (CCP) del mes inmediato anterior estimado por el Banco de México y publicado en el Diario Oficial de la Federación; y d) El rendimiento bruto de cualquier otro instrumento que emita el gobierno federal o las instituciones bancarias en México, para allegarse recursos, llevados en curva de rendimiento a treinta días correspondientes hasta el día veintiséis, inclusive del mes inmediato anterior, por lo anterior la tasa de interés inicial para el mes de DICIEMBRE DEL AÑO EN CURSO SERA DEL 26.52% (VEINTISEIS PUNTO CINCUENTA Y DOS POR CIENTO). A partir del mes siguiente la tasa de interés se determinará en la forma pactada en esta cláusula. En consecuencia las partes convienen en que los intereses se ajustarán mensualmente, a la alza o a la baja, en la misma proporción en que fluctúe la tasa base respectiva. En el caso de que se suspenda o se suprima el sistema que Banco de México proporcione respecto al costo porcentual promedio, BANCOMER hará la estimación de sus instrumentos de captación para el efecto de lo estipulado en esta cláusula. Los intereses que se devenguen serán pagaderos por mensualidades vencidas, a partir de la fecha de firma del presente instrumento, el día último calendario de cada mes. En caso de que algunas de esas fechas sea día inhábil bancario en el lugar de pago, el pago respectivo habrá de efectuarse el día hábil inmediato siguiente. Por tanto, contrario a lo aludido por los quejosos, no se puede establecer, que las cláusulas relativas a la fijación y monto de intereses sean nulas, ya que se insiste, si bien el monto de los intereses no es una cantidad determinada, sí se puede determinar, de acuerdo a lo establecido en la cláusula quinta del

contrato base de la acción, no adecuándose al caso el ejemplo que expresan los quejosos para ilustrar sus argumentos, ya que del mismo se desprende, el conocimiento determinado de la tasa aplicable; en la especie, la tasa aplicable dependerá de la que resulte mayor en cada período mensual, sin que por ello se pueda estimar, que los intereses se pactaron en forma imprecisa, en virtud, de que claramente se establece, en la cláusula quinta del contrato en comento, que la tasa de interés será la que resulte mayor de tasa líder del mercado y en base a ello, se determina el monto de los intereses, no teniendo aplicación al caso la tesis cuyo rubro dice: INTERES LEGAL, SI EN EL CONTRATO DE CREDITO REFACCIONARIO CON INTERES Y GARANTIA HIPOTECARIA SE PACTARON EN FORMA IMPRECISA, DEBE CONDENARSE A LA PARTE DEMANDADA A SU PAGO; ya que el supuesto que regula dicho criterio no se actualiza en la especie, al quedar perfectamente determinado el modo de calcular los intereses y las tasas aplicables, como ya se dijo en líneas anteriores. Por otro lado, si bien es cierto, como lo aducen los quejosos, el pago de intereses a tasas variables, no forman parte de la cultura general, aun cuando se publiquen en diarios o periódicos oficiales, ya que dichas tasas son emitidas por el Banco de México, con las que indudablemente está familiarizado el personal del banco, por ser su profesión u ocupación habitual y que difícilmente pueda entenderse por el común de las personas, que no están familiarizados ni con el uso de los vocablos, no menos cierto resulta, que tales argumentos no son suficientes para estimar, que por el hecho de que no sean del dominio público los instrumentos de inversión sobre los cuales se calculan los intereses pactados en el contrato base de la acción del juicio de origen, resulte procedente declarar la nulidad de dicho contrato, ya que tal desconocimiento no impide a los hoy quejosos, que en su momento pudieran solicitar a la institución bancaria que les informaran del instrumento de inversión aplicable a cada período, como en su momento lo estimó la Alzada, máxime, que el cumplimiento periódico de los quejosos, en el pago de las mensualidades respectivas, hacen presumir la conformidad con que la parte demandada del juicio de origen realizó el cálculo de los intereses.

5.- Cláusula de crédito adicional. La falta de aviso al Banco acreditante sobre no disposición del crédito adicional, ¿ implica aceptar la aplicación al pago de intereses?

En relación al punto antes precisado destaca por un lado que los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 1º, 3º y 5º del primer Circuito y 1º del séptimo Circuito; Tales órganos jurisdiccionales sostuvieron que al omitir

el acreditado dar el aviso previo al banco sobre la no disposición del crédito adicional para pago de intereses, tal conducta debe interpretarse como su expresa conformidad de que sí desea obtener los financiamientos adicionales y efectuar las disposiciones citadas, por lo que la cláusula que establece tal obligación no es nula, en tanto que fue de su conocimiento desde la celebración del contrato.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa:

I.- De acuerdo a la cláusula de intereses, resulta inconcuso que los acreditados podrán impedir la actualización del crédito adicional cubriendo puntualmente los intereses generados, puesto que dicha convención no estipula que los intereses vencidos y no pagados generen a su vez intereses, como inexactamente señaló la Sala responsable, sino que sólo puede inferirse del contenido de las cláusulas primera y tercera del referido contrato, que los acreditados podrán disponer discrecionalmente del mencionado crédito para cubrir intereses insolutos, pero que en caso de que no desearan efectuar las disposiciones citadas, deberían dar a Banca Cremi, S.A., el aviso correspondiente por escrito, cuando menos con treinta días de anticipación a la fecha en que se llevara a cabo la erogación neta mensual y por lo tanto, pagarían el importe total de los intereses correspondientes a ese mes.

II.- Aunado a lo anterior, cabe señalar que también se pactó de que en caso de que el acreditado no deseara efectuar las disposiciones a que aludía la cláusula tercera, debería notificar al Banco, por escrito de con treinta días de anticipación, cuando menos, a la fecha en que debía realizar el respectivo pago mensual de intereses ordinarios; por consiguiente, el acreditado debió demostrar fehacientemente que no efectuó disposición del crédito adicional que se le otorgó en la cláusula tercera, ofreciendo la notificación respectiva que comunicó al banco.

III.- A mayor abundamiento, debe de señalarse que por lo que respecta al crédito adicional, las partes convinieron en la cláusula cuarta del básico de la acción que la parte acreditada manifiesta su conformidad para recibir los financiamientos adicionales y para ejercer las disposiciones previstas en esta cláusula e instruya al banco para aplicar su importe a los pagos mensuales de que se trate y que en el caso de que la parte acreditada no desee obtener los financiamientos adicionales y efectuar las disposiciones citadas, deberá dar a el banco el aviso correspondiente por escrito, cuando menos con treinta días

de anticipación a la fecha en que se deba realizar el pago mensual por los intereses respectivos; razón por la cual, si no existe constancia de que la parte actora hoy quejosa hubiese dado el aviso a que se refiere la cláusula cuarta a la institución bancaria demandada, tal conducta debe interpretarse como su expresa conformidad de que sí desea obtener los financiamientos adicionales y efectuar las disposiciones citadas, por lo que en manera alguna dicha cláusula puede estar afectada de nulidad, en tanto fue del conocimiento de los quejosos las condiciones pactadas, por lo que si no hizo suyo del derecho de excepción a la adición al capital, para el pago de intereses, dentro del término convenido, resulta obvio que se sujetó a las consecuencias pactadas.

Por otra parte en contraposición a lo anterior los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 1º del vigésimo segundo circuito y 1º del vigésimo tercer Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron que el acreditado no tiene la libre posibilidad de disponer o no del crédito adicional para pago de intereses, porque también se obligó a que en caso de que no quisiera usar el préstamo debía comunicarlo a la institución acreditante con anticipación a la fecha en que se realizara la erogación neta mensual, de lo que se sigue que dicho aviso tendría que darse antes de que se generaran los intereses y no cuando ya se habían causado; caso aquél en que sí podría considerarse como optativo para el deudor el pago de la totalidad de los intereses generados, o bien solicitar la disposición del crédito adicional pero todo ello no antes de conocerlos. En esta última hipótesis y tomando en cuenta el plazo previo a la disposición con el que debía darse el aviso a la institución crediticia.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa:

I.- Además de que la supuesta facultad de no utilizar el refinanciamiento de intereses, es una falacia, toda vez que en la realidad el contrato se presenta como un todo, en el cual la parte que celebra el acuerdo de voluntades con la institución bancaria, para conseguir el otorgamiento del crédito a su favor, debe someterse al modo de pago y refinanciamiento que se estipule en las cláusulas, sin que exista una verdadera posibilidad de no hacer uso del refinanciamiento establecido.

II.- Ahora bien, el hecho de que el hoy tercero perjudicado haya incumplido con su obligación pactada en el último párrafo del contrato fundatorio de la acción, consistente en dar aviso cuando menos con treinta

días de anticipación a la fecha en que se realice la erogación neta mensual, de que no deseaba hacer uso del crédito adicional, en manera alguna puede considerarse como lo pretende el quejoso, que esa omisión aunado al hecho de que el acreditado efectuó algunos pagos mensuales, constituye una convalidación de cualquier nulidad que pudiera haberse actualizado, pues la omisión del acreditado de dar aviso al banco que no deseaba disponer del crédito adicional, en todo caso lo único que implicaría es la aceptación tácita de hacer uso del mencionado crédito, pero no la convalidación de la ilicitud invocada respecto de la finalidad real del mismo.

III.- Por otra parte, es infundado el argumento en el sentido de que era de uso discrecional la disposición del crédito adicional acordado en la cláusula quinta antes transcrita, del contrato base de las reclamaciones, pues del apartado contractual se advierte que si bien es verdad se dice que el acreditado podrá disponer del mismo, también es cierto que no por esa circunstancia debe estimarse que los demandados hoy terceros perjudicados tenían la libre posibilidad de disponer o no de ese crédito, porque también se estableció que en caso de que no quisieran usar el préstamo, tenían la obligación de comunicar al banco esa circunstancia con treinta días de anticipación a la fecha en que debería realizarse la erogación neta mensual, de lo que se sigue que el aviso debía ser antes de que se generaran los intereses y no precisamente cuando ya se habían causado; caso aquél en que sí podría considerarse como optativo para el deudor el de pagar la totalidad de los intereses generados o solicitar la disposición del crédito adicional, pero no antes de conocerlos, pues en esta hipótesis y por el plazo previo a la disposición con el que debía darse el aviso a la institución crediticia, es de considerarse que resultaba materialmente difícil admitir la posibilidad de que, si los acreditados desconocían el monto de los réditos, pudieran comunicar treinta días antes a su pago que no deseaban utilizar el préstamo adicional; amén de que ya se había pactado la capitalización de intereses, tal y como quedó precisado con antelación. Además, debe presumirse que la institución de crédito hoy quejosa, desde el momento de la celebración del contrato base de la acción, sabía que el acreditado no podría pagar los intereses que generaría el crédito que le fue otorgado, pues de no ser así, no se hubiera pactado el préstamo adicional para el pago de los réditos que no alcanzara a cubrir con la erogación neta mensual, de ahí que no puede concluirse, como lo pretende el inconforme, que era optativa la disposición de ese crédito, ya que para esto era necesario que esa opción se presentara a los obligados cuando los réditos ya se hubieran generado, pero no con treinta días de anticipación, cuando aún los desconocían.

6.- Apertura de crédito. Línea adicional del crédito al acreditado para el pago de intereses. ¿Existe falsedad ideológica para encubrir la capitalización de intereses? (Simulación).

En relación al punto antes precisado destaca por un lado que los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 8° del primer Circuito, 2° del décimo sexto Circuito, 2° del décimo séptimo Circuito, 2° del décimo noveno Circuito, 1° del vigésimo segundo Circuito y 1° del vigésimo tercer Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron que al analizar si el contrato adicional para el pago de intereses que se pactó en un contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria implica o no una simulación, determinaron de manera similar que dicho crédito adicional o refinanciamiento contenido en el referido contrato es un acto simulado para capitalizar los intereses devengados y no pagados. Por tanto, concluyen que todo ello encubre el pacto de anatocismo, prohibido por los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil para el Distrito Federal lo que está comprobado con el propio instrumento público en que consta el esquema financiero a discusión.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa: De los elementos probatorios se presume la simulación, lo cual es acorde a la jurisprudencia siguiente:

#### SIMULACIÓN, PRUEBA DE LA, MEDIANTE PRESUNCIONES.

La simulación es por regla general refractaria a la prueba directa, de tal manera que, para su demostración, tiene capital importancia la prueba de presunciones.<sup>93</sup>

Sostienen también que el sistema de crédito adicional o de refinanciamiento, conlleva a considerar fundada la excepción de falsedad ideológica por dinero no entregado, lo que origina la nulidad de la operación contenida en el contrato o en la cláusula relativa a ese crédito adicional, pues cuando no se hace la entrega de dinero y sólo se producen movimientos contables para que la cantidad correspondiente quede en favor del banco acreditante, se simula la apertura de crédito al cliente y la sucesiva provisión de numerario para cubrir intereses, sin que para ello medie acuerdo o juicio que legitime el procedimiento, incurriéndose en el vicio de falsedad ideológica o subjetiva.

<sup>93</sup> Fuente.- Apéndice del Semanario Judicial de la Federación, 1917-1988, Segunda parte, pág. 2891.

Este criterio se ejemplifica con el contenido de la jurisprudencia siguiente:

CRÉDITO ADICIONAL O REFINANCIAMIENTO, SISTEMA DE. ES UN ACTO SIMULADO QUE ENCIERRA UN PACTO DE ANATOCISMO. Las cláusulas y definiciones del contrato base de la acción, contempladas a la luz de la doctrina y de las disposiciones legales relativas, permiten arribar a la convicción de que el llamado sistema de crédito adicional se estructuró desde un punto de vista económico pero no jurídico, con la finalidad de que los intereses devengados que no pudieran cubrir los acreditados, los pagaran con las cantidades de que dispusieran mes a mes, al amparo del crédito adicional, durante el tiempo en que los intereses fueran mayores a los pagos mensuales de capital, previstos en una de sus cláusulas. Esos pagos de intereses, en virtud de las cantidades dispuestas del crédito adicional, se sumarían al capital, y sobre ambos conceptos, es decir, sobre intereses y suerte principal, se causarían otros intereses. No puede darse interpretación distinta al esquema financiero. En otras palabras, el sistema de crédito adicional se diseñó para pagar intereses cuando los acreditados no tuvieran capacidad de cubrir el capital; de este modo, el pago se aplicaría primero a intereses y, de quedar algún remanente, se aplicaría a la suerte principal; en caso de que el pago de los acreditados no alcanzara a cubrir el monto de los intereses devengados, el banco, mediante un asiento contable de cargo y abono, tomaría del crédito adicional el importe necesario para pagar los intereses faltantes. Sucede que, como ya se dijo, el importe del crédito adicional se sumaría al crédito inicial y ambos generarían intereses. La realidad del caso es que el crédito adicional o refinanciamiento establecido en el contrato de apertura de crédito simple con interés y garantía hipotecaria, es un acto simulado para capitalizar los intereses devengados no pagados, ya que no es verdad que se trate de un nuevo crédito otorgado para pagar intereses debidos. En efecto, como no se entregó ningún dinero para cubrir los intereses causados, pues incluso se expresó en una de sus cláusulas que las disposiciones del crédito adicional se documentarían con asientos contables, lo cual no es otra cosa sino la denominada falsedad ideológica por dinero no entregado, que consiste, como precisado quedó con anterioridad, en que cuando no se entrega el dinero que se dice prestado y sólo se producen movimientos contables para que la cantidad dispuesta quede en favor del banco acreditante, se simula el cobro por su cuenta de cantidades adeudadas. Se está, entonces, en presencia de un acto simulado que encierra un pacto de

anatocismo, prohibido por los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil para el Distrito Federal.<sup>94</sup>

Por otra parte en contraposición a lo anterior los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 2º, 5º, 6º y 9º del primer Circuito, 2º del quinto Circuito, 1º y 2º del séptimo Circuito, 1º y 3º del décimo Circuito, 2º del décimo cuarto circuito, 1º del décimo sexto Circuito y 1º y 2º del vigésimo primer circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron que no existe simulación en la celebración del crédito adicional en un contrato de apertura de crédito, ya que en la especie no se acreditó la existencia de disconformidad entre la voluntad real y lo declarado por las partes en los contratos de reestructuración de pasivos; de lo que se infiere que no se creó un acto aparente, pues ambas partes convinieron textualmente en suscribir los contratos de crédito de referencia, para que la parte acreditada reestructurara pasivos. Por todo ello, al no haberse probado que existiera disconformidad entre la voluntad real y lo declarado, no puede afirmarse que se trate de un acto aparente, ni tampoco que el contrato de referencia tuviera como fin el engaño a terceros.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa: Para el presente criterio se apoyo en la tesis siguiente:

**SIMULACIÓN DE CONTRATO. NO EXISTE CUANDO EN EL MISMO SE PACTA EXPRESAMENTE UN CRÉDITO PARA LA REESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS.** Para que exista simulación de un contrato, es necesario que se realice en un acto aparente por no coincidir la voluntad real con lo declarado a fin de producir engaño a terceros, pero tal hipótesis no se actualiza cuando se celebra un contrato de crédito con garantía hipotecaria específicamente para la reestructuración de pasivos, al amparo del cual la institución de crédito acreedora deposita en la cuenta de cheques del deudor cierta cantidad para después cargarla nuevamente y abonarla a cuenta de los intereses generados de acuerdo con lo pactado; toda vez que ambas partes manifiestan claramente en el citado acuerdo de voluntades, su intención respecto al objeto del referido contrato, es decir, de actualizar el pago de intereses; de ahí que no existe simulación alguna por no haberse demostrado disconformidad entre la voluntad real y lo declarado externamente.<sup>95</sup>

<sup>94</sup> Fuente .- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo VII, Febrero de 1998.- Pág 415.

<sup>95</sup> Fuente .- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo IV, Diciembre de 1996.- Pág. 445.



Dado que en los juicios de los que derivan el criterio antes citado, se analizaron contratos provenientes de distintas instituciones de crédito, a saber, Bancomer, Banamex, Banca Cremi, Banca Serfin, entre otros, a continuación se señalaran algunas de las cláusulas que corresponden al tema que suscita la contradicción, tomando para ello como referencia el contrato de apertura de crédito del Banco Nacional de México, en virtud de la semejanza que en este punto tiene con la totalidad de los contratos, de cuyo análisis se ocuparon los Tribunales Colegiados de Circuito.

Las cláusulas son del tenor siguiente:

PRIMERA.- El banco abre al acreditado un crédito con garantía hipotecaria hasta por la cantidad de cien millones ochocientos mil pesos, moneda nacional, equivalente a doscientos ochenta y dos puntos treinta y cinco veces el salario mínimo mensual vigente en la fecha de firma del presente contrato, en el que no se encuentran comprendidos los intereses, comisiones y gastos que se originen en virtud de este contrato, cantidad que el acreditado se obliga a destinar para la adquisición del inmueble descrito en el antecedente (uno) del presente instrumento, esta suma la recibe el acreditado mediante cheque número cuatro millones trescientos cuarenta y seis mil trescientos diecisiete, dieciocho y diecinueve de esta fecha, expedido según solicitud verbal del acreditado que ahora ratifica. En los términos que más adelante se indican, el acreditado, podrá utilizar el sistema de crédito adicional, de acuerdo a lo estipulado en la cláusula quinta, con lo cual se incrementará el importe del crédito señalado con anterioridad. QUINTA.- El acreditado podrá disponer del crédito adicional en las fechas en que deba cubrir los intereses pactados en la cláusula séptima, mediante disposiciones mensuales cada una de ellas hasta la cantidad que resulte de restar al importe de los intereses ordinarios que mensualmente se causen, la erogación neta mensual a que esté obligado el acreditado a cubrir, según la cláusula octava. El crédito adicional al que se refiere esta cláusula será hasta por mil cuatrocientos once punto setenta y seis veces el salario mínimo diario general del Distrito Federal, elevado al mes, y se dispondrá en un plazo máximo de nueve años contados a partir de la fecha de este instrumento, incluyéndose el plazo de disposición. El acreditado al ejercer las disposiciones previstas en esta cláusula instruye al banco para que la aplique al importe del pago de los intereses devengados. Cada una de las disposiciones bajo el sistema de crédito adicional se documentará mediante asientos contables que hará el banco sin necesidad de que el acreditado suscriba documento alguno. En caso de que el acreditado no desee efectuar las disposiciones citadas, deberá dar al banco el

aviso correspondiente por escrito cuando menos con treinta días de anticipación a la fecha en que se realice la erogación neta mensual y por lo tanto pagará al banco los intereses correspondientes a ese mes por el importe total. SEPTIMA. Durante la vigencia de este contrato, las cantidades dispuestas por el acreditado, causarán a su cargo 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 treinta y ocho punto cuarenta y seis por ciento, que queda sujeta a los ajustes a la alza o a la baja en los términos en que aumenten o disminuyan los instrumentos mencionados en la definición de la tasa de interés de este contrato. La tasa de interés pactada en el párrafo anterior de la presente cláusula incluye el punto setenta y cinco por ciento por concepto de seguro de vida y daños.

7.- Contrato de apertura de crédito adicional para cobertura de intereses ¿Constituye Anatocismo?

En relación al punto antes precisado destaca por una lado que los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 7° y 8° del primer Circuito, 2° del tercer Circuito, 1° del séptimo Circuito, 2° del décimo Circuito, 2° del décimo sexto Circuito, 2° del décimo séptimo Circuito, 1° y 2° del vigésimo segundo Circuito y 1° del vigésimo tercer circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron que al analizar el sistema de crédito adicional establecido en los diversos contratos de apertura de crédito que las instituciones bancarias realizaron para que el acreditado en caso de verse imposibilitado para cumplir con sus obligaciones de pago pueda disponer de una suma de dinero en forma mensual -la cual se adicionaría al crédito principal y en conjunto devengaría intereses-, estimaron que se trata de una forma de ocultar la capitalización de intereses pactada en forma previa, ya que el artículo 363 del código de comercio prohíbe que dicha capitalización se haga antes de que los intereses hayan vencido.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa: En efecto, el artículo 363 del código de comercio, dispone: artículo 363.- los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos. Conforme a lo previsto en este numeral, las partes no pueden convenir de antemano la capitalización de intereses, que es lo que constituye el pacto de anatocismo, el cual es distinto del convenio que las partes pueden celebrar válidamente después de que se hubieren devengado ya los intereses, para que en lugar de

pagarse esos intereses a la sazón ya causados, se incorporen al capital para producir nuevos intereses.

De la transcripción precedente, y de acuerdo con las reglas de interpretación de los contratos, se desprende que en el contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria, Banca Serfin, Sociedad Anónima, Institución de Banca Múltiple, Grupo Financiero Serfin, al elaborar su clausulado, aun cuando no precisa en forma clara y perfectamente determinada la capitalización de intereses, lo hizo de una manera disfrazada a través del sistema de crédito adicional o refinanciamiento de intereses, con la finalidad de que se cubrieran los intereses ordinarios que mensualmente se siguieran causando en los términos de las cláusulas, lo que significa que los intereses devengados y no cubiertos, se paguen con ese crédito adicional, implicando mediante tal sistema de refinanciamiento, que la deuda de la acreditada aumente, dando lugar a la nulidad, que resulta de esos actos ejecutados contra el tenor de ley prohibitiva, esto es, del artículo 363 del Código de Comercio, porque si bien la capitalización de intereses la prevé dicho dispositivo como un caso de excepción, no puede convenirse de antemano, sino después de que se hubieren devengado ya los intereses para que se incorporen al capital y produzcan nuevos intereses, lo que no aconteció en el caso concreto, en el que además de no estipularse en forma clara y perfectamente determinada, no disfrazadamente como lo hizo la institución de crédito demandada a través del crédito adicional, con la finalidad de capitalizar los intereses devengados y no pagados, lo hace de manera previa, constituyéndose así el pacto de anatocismo.

Por otra parte en contraposición a lo anterior los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 1º, 2º y 9º del primer Circuito, 1º del tercer Circuito, 1º y 2º del séptimo Circuito, 2º del décimo primer Circuito, 1º del décimo sexto Circuito, 1º del décimo séptimo Circuito y 1º y 2º del vigésimo primer Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron substancialmente que el acuerdo sobre el otorgamiento de un crédito adicional para el pago de intereses no constituye pacto de anatocismo en virtud de que el artículo 363 del Código de Comercio prevé la posibilidad de celebrar tal convención, sin que se limite, que ésta deba ser previa o posterior al momento en que se generen dichos intereses; que la finalidad del crédito adicional no es la de capitalizar intereses pues su función es la de que el acreditado esté en posibilidad de cubrir en su totalidad los intereses a su cargo, lo que no implica una capitalización de intereses anticipada pues ésta se da en el momento en que se hace disposición del crédito; que en materia mercantil no se prohíbe la

capitalización de intereses vencidos y no pagados, pero se encuentra limitada en el sentido de exigir que se convenga expresamente y no se presuma, ya que si no se pacta no podría operar; la forma y términos de dar cumplimiento a un contrato se deben establecer desde su celebración y no con posterioridad, pues sería ilógico considerar que una vez acontecido el supuesto de la generación de intereses, las partes contratantes pudieren convenir separadamente la capitalización de aquéllos. Se sostiene en dichas sentencias que no existe disposición en el Código de Comercio que prohíba a los contratantes convenir de manera anticipada (entendiéndose por ello que ocurriere antes de que se causen) la mecánica de cobro de intereses conforme estos se vayan venciendo; es decir que no se puede establecer en el contrato que sobre el particular se firme la causación de intereses previamente a que ellos se generen, pudiéndose únicamente estipular la forma de la manera de cobrar los intereses una vez que se vencieran, al actualizarse la hipótesis que los generaran. Asimismo se afirma que al no establecer el artículo 363 el momento en que puede hacerse la capitalización de intereses, es incuestionable que pueden pactarse antes o después de que se generen, porque donde la ley no distingue, el resolutor no debe distinguir.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa: De ese contexto, resulta inconcuso que la acreditada podía impedir la actualización del crédito adicional contenido en la referida cláusula cuarta cubriendo puntualmente los intereses generados, puesto que dicha convención no dice que los intereses vencidos y no pagados generen a su vez intereses, como inexactamente señala la quejosa, sino que solamente puede inferirse del contenido de las cláusulas del referido pacto, que la acreditada podía disponer discrecionalmente del mencionado crédito para cubrir los intereses generados en el período, pero que en caso de que no deseara efectuar las disposiciones citada, debía dar a Bancreser el aviso correspondiente cuando menos con treinta días de anticipación a la fecha en que se llevara a cabo la erogación neta mensual y por ende pagaría el importe total de los intereses generados a ese mes.

El objeto básico del contrato fue que la actora obtuviera un crédito para la adquisición de un inmueble hasta por la suma señalada en la cláusula primera, de la cual sólo dispuso de la cantidad o su equivalente en la unidad monetaria vigente, obligándose al pago de un interés ordinario de conformidad con la respectiva cláusula así como a la devolución del capital en un plazo máximo de veinte años no advirtiéndose que las partes hubieran pactado de manera anticipada la capitalización de intereses, sino que adquirió

discrecionalmente un crédito adicional para que cubriera los intereses devengados por la cantidad, cuya disposición quedó a la voluntad de la acreditada sólo al actualizarse los intereses devengados pero no con anticipación.

Ahora bien, si anatocismo es la prohibición de que los intereses vencidos generen a su vez intereses, resulta evidente que, contrario a lo manifestado por el quejoso, tal figura no se da en las cláusulas que contiene el contrato de apertura de crédito de que se trata, porque si, como se vio, en el contrato en mención, las partes convinieron en la apertura a favor del acreditado, en términos de la cláusula cuarta que ha quedado transcrita, un crédito adicional a fin de cubrir mediante pagos mensuales la diferencia que resulte de intereses que se generen con motivo de la disposición de la suma de dinero a que se refiere la cláusula primera, con las que rijan el mercado en los términos contratados; esa circunstancia en modo alguno presupone la existencia de anatocismo, porque el crédito adicional no fue establecido para el pago de intereses que pudieran generarlos a su vez lleguen a causar por la suma dispuesta, que es la hipótesis para que se dé la figura mencionada, sino para el pago de la cantidad positiva que arroje de restar:

A).- El importe de los intereses ordinarios que mensualmente se causen conforme a dicha cláusula.

B).- El monto del abono a su cargo en el mes de que se trate según la cláusula.

En suma, en la hipótesis, no se trata de un crédito adicional para cubrir intereses sobre intereses, sino de uno destinado al pago de la diferencia que pudiera existir entre los intereses liquidados y los realmente causado.

8.- Cláusula adicional para pago de intereses vencidos. ¿Las amortizaciones implican consentimiento y convalidan la nulidad pretendida?

En relación al punto antes precisado destaca por un lado que los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 1º, 2º, 3º y 9º del primer Circuito; tales órganos jurisdiccionales sostuvieron que al efectuar los deudores el pago de intereses con base en los estados de cuenta, expresaron su conformidad, por lo que no pueden aducir la nulidad de lo pactado.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa:

a) Conforme a la consideración, del incremento de los pagos mensuales a cargo de las quejas no constituye en realidad la materia que debe estudiarse para resolver sobre la licitud o no de los cobros posteriores a la demanda; pues el tribunal responsable puntualizó que deben tomarse en cuenta las cuestiones que las partes pactaron en tal sentido; de modo que al efecto debe atenderse al acuerdo que las partes pactaron en torno al procedimiento para fijar el monto de los pagos mensuales; de esta forma, si las quejas pagaron los abonos iniciales, es claro entonces que cumplieron voluntariamente con el acuerdo contenido en la cláusula quinta del contrato base de la acción, que establece el proceso específico para fijar el importe de los pagos mensuales, por lo que es fundada la consideración del Tribunal responsable en el sentido de que dicho cumplimiento extinguió cualquier nulidad de esa cláusula; así las cosas, de ninguna manera puede estimarse que sea procedente reclamar la nulidad de los cobros posteriores, cuando éstos también fueron determinados conforme a la misma cláusula (quinta) con la que se fijaron los anteriores; pues de lo contrario, el cumplimiento del contrato se dejaría a voluntad de una de las partes, según conviniera a sus intereses la aplicación de alguna de sus cláusulas, lo cual es inaceptable jurídicamente.

b) Lo anterior se dice correcto en la medida que al no darse la nulidad absoluta, por ilicitud en el objeto, lo cierto es que ante el cumplimiento voluntario por medio del pago se hace patente el principio jurídico de que la voluntad es la suprema ley de los contratos y si los hoy quejosos expresaron esa voluntad con absoluta libertad no puede hablarse de ningún tipo de nulidad, razón por la cual la supuesta confusión en que dicen los quejosos incurrió la Sala responsable, no existe.

c) En cuanto a que los estados de cuenta no eran explícitos y no arrojaban los datos reales conforme al entendimiento del quejoso, debe afirmarse que lo cierto es que pagó los intereses respectivos con base en ellos, dando su conformidad, por lo que no puede aducirse la nulidad referida, al producir sus efectos momentáneamente, porque desde el primer estado de cuenta, si el mismo no llenaba los requisitos que el quejoso pudiera entender, debió haber realizado las gestiones correspondientes para su aclaración, en el entendido de que el contrato se suscribió en mil novecientos noventa y uno y la fecha en que ejerció su acción, es en el año de mil novecientos noventa y cinco.

d) Por consiguiente, es inexacto que la nulidad del contrato de crédito denominado de crédito simple en forma de apertura e hipoteca, se desprenda del contenido de sus cláusulas al haberse pactado capitalización anticipada de intereses contraviniendo el contenido del artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, que señala que las partes no pueden so pena de nulidad pactar que los intereses se capitalicen y que además produzcan intereses, sino que en el presente caso, se trata de una convención llevada a cabo en términos del artículo 78 del Código de Comercio, el cual señala que las partes se obligan en la manera y términos que aparezca que quisieron obligarse, tan es así, que previo al ejercicio de la acción la demandante demostró con los recibos correspondientes haber hecho diversos pagos por la cantidad acordadas en el contrato, cuyo pago de manera voluntaria implica su conformidad con los términos y condiciones de las obligaciones contraídas con el banco acreditante, máxime que en la parte final del instrumento notarial donde consta el crédito, en el apartado IV, el notario público hizo constar que habiéndoles leído a los comparecientes la citada escritura, les explicó a quienes hubo lugar el valor y fuerza legales de la misma, de lo que estuvieron conformes con ella por lo que firmaron y ratificaron su contenido ante dicho fedatario, razones por las que la Sala responsable estimó correctamente que las partes expresaron su consentimiento para celebrar el contrato de crédito provocando los efectos legales consiguientes en términos de los artículos 291 al 294 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyo contenido de las cláusulas no demostraron que hubieran sido pactadas contra el derecho, la moral o las buenas costumbres ni que el objeto del contrato hubiera sido ilícito para que en todo caso se estuvieran los supuestos de nulidad absoluta o relativa referidas en el artículo 2225 del Código Civil para el Distrito Federal, habida cuenta que el objeto básico del contrato fue que la actora obtuviera un crédito para la adquisición de un inmueble hasta por la suma señalada en la cláusula primera, de la cual sólo dispuso de la cantidad de ciento cuarenta y nueve millones de pesos o el equivalente en la unidad monetaria vigente, obligándose al pago de un interés ordinario de conformidad con la cláusula sexta así como a la devolución del capital en un plazo máximo de veinte años no advirtiéndose que las partes hubieran pactado de manera anticipada la capitalización de intereses, sino que adquirió discrecionalmente un crédito adicional para que cubriera los intereses devengados por la cantidad de cuatrocientos cuarenta y siete millones de pesos o bien cuatrocientos cuarenta y siete mil actuales, cuya disposición quedó a la voluntad de la acreditada sólo al actualizarse los intereses devengados pero no con anticipación, como afirma inexactamente la quejosa, puesto que claramente se estipuló que en caso de

que no deseara efectuar las disposiciones citadas mensualmente debía dar por escrito aviso al banco acreditante con treinta días de anticipación, debiendo pagar en su caso los intereses respectivos.

Por otra parte en contraposición a lo anterior los Tribunales Colegiados en Materia Civil, 7º y 8º del primer Circuito, 2º del décimo primer Circuito, 2º del décimo séptimo Circuito, 1º del vigésimo segundo Circuito y 1º del vigésimo tercer Circuito; tales órganos sostuvieron que el hecho de que se efectuaran diversos pagos por parte de los acreditados se convalida la nulidad de lo pactado.

Del criterio antes mencionado es fundado en los argumentos que a continuación se expresa:

a) Lo que procede es conforme a derecho, pues si bien es cierto que conforme a lo previsto por el artículo 2234 del Código Civil para el Distrito Federal, el cumplimiento voluntario por medio del pago, se tiene por ratificado en forma tácita y extingue la acción de nulidad; también es verdad que, en términos del artículo 8º del invocado código, los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas son nulos, puesto que la simulación pactada en el contrato de apertura de crédito con interés y garantía hipotecaria infringe los preceptos 363 del Código de Comercio y el 2397 del ordenamiento sustantivo citado, ya que en dicho pacto, de antemano se capitalizan intereses devengados no cubiertos, esto es, se da el anatocismo.

b) No puede arribarse a conclusión diferente, merced a la firma del contrato por el acreditado y a los pagos por éste efectuados, ya que 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 la conducta atribuida al quejoso, sino de aquella que proviene por actos ejecutados contra al 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...

c) Ahora bien, es evidente que en el caso no existe convalidación por pago de la causa de nulidad invocada por el actor del juicio natural respecto del crédito adicional que fue pactado por las partes en litigio, habida cuenta de que dicha convención se realizó en contravención a una norma prohibitiva contenida en el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal, por lo



que de conformidad con el artículo 8vo. del mismo ordenamiento legal, se está en presencia de una nulidad absoluta y no relativa, y por tanto aquélla no admite convalidación, de ahí también lo fundado de los conceptos de violación en estudio.

d) Toda vez que como lo sostienen los aludidos impetrantes, al haber ejercitado estos la acción de nulidad absoluta del contrato, entre otras razones, por imposible realización del objeto, merced a que el crédito otorgado es impagable en el término convenido en el contrato, dicha acción no ha prescrito ni se ha confirmado por el hecho de que aquellos aceptaron el cumplimiento voluntario de la obligación convenida en el contrato de apertura de crédito simple con garantía hipotecaria, al haber efectuado diversos abonos al crédito; puesto que la nulidad relativa no desaparece por la confirmación o la prescripción, en términos del artículo 2226 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, aplicado supletoriamente al Código de Comercio, conforme al precepto 81 de este ordenamiento jurídico y, en esas condiciones, dicha autoridad ahora deberá ocuparse del examen de tal acción y resolver lo procedente.

e) Lo que está prohibido por el artículo 363 del Código de Comercio, al establecer que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, pero que los contratantes podrán capitalizarlos, lo que implica que la norma aludida prohíbe que antes de que se generen no puede pactarse su capitalización, pues se refiere a intereses vencidos, corroborándose lo que establece el artículo de referencia con el contenido del artículo 2397 del Código Civil del Distrito Federal, cuyo contenido es similar al 2293 del Código Civil del Estado de Chihuahua, al indicar que las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses, por lo que si en el contrato se pactó así, ello es nulo, aun y cuando las partes lo hayan convenido en forma expresa, pues tal convenio fue ejecutado contra el tenor de una ley prohibitiva de orden público y de acuerdo con lo que establece el artículo 8º del Código Civil del Distrito Federal y el similar de este Estado, son nulos y por ello, es inaceptable que con sólo pagar los intereses o dar el aviso con treinta días de anticipación de que no dispusieran del crédito adicional para tal efecto, sea suficiente para dejar sin efectos lo pactado respecto de la capitalización de intereses vencidos, ya que el crédito adicional sólo viene a constituir una forma de ocultar que los intereses van a generar intereses, argumentando que lo que se anexa al crédito inicial sólo es parte del dinero dispuesto del crédito adicional, utilizando para ello lo que denominan refinanciamiento de intereses, ya que ese actuar sólo

constituye en realidad una simulación para estar en posibilidades de cobrar intereses sobre intereses, porque de no ser ello así y no los pagara el deudor, el banco estaba imposibilitado para cobrar sobre los no pagados.

f) Al respecto, como se ha establecido, los argumentos con los que el quejoso pretende sustentar que se trata de una nulidad relativa son infundados y en esta tesitura, es incorrecta la apreciación del amparista en el sentido de que la nulidad de las cláusulas primera y cuarta del multicitado contrato se convalidaron mediante el cumplimiento voluntario del pago en ellas referido.

Lo anterior se considera así pues como bien afirmó la Sala responsable la nulidad de las cláusulas en comento es inconvaleable e imprescriptible en razón de que el contenido es contrario a las normas de orden público.

g) Por otro lado, contrario a lo argumentado por el quejoso, no por el hecho de que el acreditado, hoy tercero perjudicado, haya realizado de manera periódica los pagos en la forma solicitada por la institución bancaria, quiera decir, que el acreditado de manera tácita, haya estado de acuerdo con la forma de aplicación de los intereses, en razón, de que el acreditado realizó los pagos mientras el monto de los intereses no se incrementó de manera tal, que podía cubrirlos, pero una vez que los mismos tuvieron un incremento considerable, que salían del alcance del acreditado es cuando se inconforma respecto a la forma de aplicación de los mismos, y no por el hecho de haber realizado pagos dentro de un determinado tiempo en la forma solicitada por el banco, debe aceptarse, como lo pretende el impetrante de amparo, que ahora deba soportar también el incremento de los intereses en la forma calculada por el hoy quejoso, ya que como bien lo aduce la Sala responsable, sostener que la capitalización anticipada de intereses sin que estos se hayan vencido previamente, no contravenga las disposiciones de los artículos 363 del Código de Comercio y 2397, del Código Civil Federal, sería tanto como permitir, que la obligación de pago por parte del acreditado se incrementara de una manera tal, que se tomaría en una deuda eterna e impagable.

h) Ahora bien, el hecho de que el hoy tercero perjudicado, haya incumplido con su obligación pactada en el último párrafo del contrato fundatorio de la acción, consistente en dar aviso cuando menos con treinta días de anticipación a la fecha que se realice la erogación neta mensual, de que no deseaba hacer uso del crédito adicional, en manera alguna puede considerarse como lo pretende el quejoso, que esa omisión aunado al hecho de que el acreditado efectuó algunos pagos mensuales, constituye una

convalidación de cualquier nulidad que pudiera haberse actualizado, pues la omisión del acreditado de dar aviso al banco que no deseaba disponer del crédito adicional, en todo caso lo único que implicaría es la aceptación tácita de hacer uso del mencionado crédito, pero no la convalidación de la ilicitud invocada respecto de la finalidad real del mismo.

De igual manera, el hecho de que los demandados hubieran efectuado voluntariamente pagos parciales, no implica que no pudieran hacer valer la nulidad de las cláusulas que consideraron pactadas en contravención a la ley, pues para que eso ocurriera era necesario que con los pagos efectuados hubieran cumplido totalmente con su obligación, es decir que hubieran liquidado de manera íntegra las obligaciones contraídas con motivo del crédito otorgado, pues de lo contrario éstas siguen subsistiendo y en consecuencia también la facultad del deudor para invocar la nulidad respecto de las cláusulas en que aparecen consignadas.

i) Por otro lado, el hecho de que los demandados hubieran realizado voluntariamente pagos parciales, no indica que ya no estuvieran en aptitud de hacer valer la nulidad, porque a través de ese cumplimiento hubieran manifestado su voluntad de confirmar el negocio que pudiera ser nulo, ya que para poder concluir en ese sentido era necesario que los acreditados, con los pagos que realizaron, hubieran cumplido totalmente con la obligación; esto es, que hubieran finiquitado la operación, pues de lo contrario, la convención subsiste, y con ella, la facultad de los demandados de oponer como excepción la nulidad.

#### 4.6.1 CONTRADICCIÓN DE TESIS.

A través del devenir histórico en México, el Poder Legislativo Federal a promovido distintas normas en torno a las reglas que se van a aplicar en relación a la formación de la contradicción de tesis. Los criterios han variado en cuanto a su redacción, en torno al fundamento, a los objetivos, al alcance y a las limitaciones.

Tratándose de contradicción de tesis, las facultades de la Suprema Corte se concretan al análisis jurídico de los criterios que se encuentran en contradicción, para decidir el que debe prevalecer como jurisprudencia

obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales que han quedado mencionados pero sin afectar las situaciones jurídicas concretas de los casos que dieron lugar a la contradicción consecuentemente, por mayoría de razón, lo establecido jurisprudencialmente por ese Alto Tribunal tampoco puede afectar la situación de otros juicios que se hubieren concluido, ni casos que resulten ajenos a la decisión de un órgano jurisdiccional.

El sistema de contradicción de tesis tiene como objetivo fundamental la certeza jurídica, puesto que al existir criterios opuestos sobre el mismo tema se producen una situación confusa para los justiciables, pues las controversias no obstante ser coincidentes en cuanto a los problemas jurídicos debatidos se resolverán contradictoriamente y su sentido dependerá del órgano jurisdiccional en el que se radique el asunto. No se trata, consecuentemente, de un debate entre Tribunales Colegiados de Circuito que tendrá que resolver la Suprema Corte a la manera de un juicio a favor de uno y en contra de otro. Por principio constitucional las decisiones de los Tribunales Colegiados de Circuito, por regla general, son irrecurribles por su calidad de órganos terminales en la mayoría de los asuntos de su competencia. Asimismo, los criterios que adoptan son igualmente respetables y solo por la certeza jurídica que se busca tiene que definirse la tesis que deba prevalecer como jurisprudencia sin que ello pueda significar que un tribunal aceptó y otro se equivocó o que ambos erraron si la Suprema Corte adopta un tercer criterio. La sola existencia de la oposición revela que se está ante problemas jurídicos de muy difícil solución.

Por otra parte, resulta necesario precisar que en la contradicción de tesis no se dicta una resolución que decide un juicio entre las partes que participaron, en los que dieron lugar a las sentencias que entraron en contradicción. Lo anterior significa que la decisión de la contradicción fijando el criterio que debe prevalecer como jurisprudencias, en nada afecta las sentencias correspondientes en cuanto a su carácter de cosa juzgada o de firmeza.

El estudio que ha realizado la Suprema Corte no es de carácter académico se circunscribió al análisis de las cuestiones jurídicas que se produjeron con motivo de juicios concretos con sus peculiares características. De ahí que las tesis jurisprudenciales que se establecieron solo serán aplicables a futuros casos concretos que resulten coincidentes con las hipótesis examinadas.

Como se sabe en las contradicciones materia de la decisiones, las sentencias que se dictaron y que dieron lugar a ellas partieron del análisis de situaciones jurídicas derivadas de Contratos Bancarios de apertura de créditos con cláusula, en unos casos, de refinanciamiento para el caso de intereses vencidos y no pagados, y, en otros de capitalización de intereses conforme al artículo 363 del Código de Comercio, celebrados entre una institución de esa naturaleza y un particular.

El estudio que se realiza se sustenta en el análisis riguroso de las normas aplicables atendiendo a la naturaleza jurídica específica de ese tipo de contratos.

Debe tomarse en cuenta que encontrándose ese Alto Tribunal en presencia de cuestiones derivadas de contratos, atendía a las reglas de interpretación específicas que señala el Código Civil, de aplicación federal.

Debe hacerse incapie que en la Suprema Corte de Justicia de la Nación no pasa inadvertido que a lado del aspecto estrictamente jurídico al que debe limitarse, el acatamiento del orden constitucional al que se encuentra sujeta, existen múltiples aspectos de carácter social, económico, político y humano que también están involucrados y que ameritan atención por los órganos de gobierno que, constitucionalmente, resulten competentes.

Es un hecho notorio que diferentes causas, internas y externas han producido efectos económicos que de alguna manera también repercutieron en las obligaciones derivadas de contrato de apertura de crédito celebrados con anterioridad y que se encontraban en proceso de cumplimiento. Un número significativo de personas y de representantes de grupos de deudores, así como de representantes de instituciones bancarias y de funcionarios públicos que se han entrevistado, a lo largo de la tramitación de estas contradicciones, con los ministros integrantes del pleno. Les allegaron documentos sosteniendo sus puntos de vista. Se advierte que los hechos aludidos de diciembre de 1994, produjeron desasosiego en un sector importante de la comunidad mexicana. También se ha captado y sensibilizado en interés expectante que existe en la opinión pública por la definición de criterios por ese Alto Tribunal. No le es desconocido que en eventos académicos, en estudios de carácter académico en artículos periodísticos de procedencia variada, se han definido puntos de vista antagónicos, considerándolos recíprocamente como los correctos.

Lo anterior ha permitido que los miembros del pleno tengan conciencia clara de la importancia de la decisión y de las repercusiones previsibles que pudiera tener, pero absolutamente en nada puede modificar el papel que conforme a la constitución corresponde a la Suprema Corte que radica en el análisis estrictamente jurídico de los puntos de contradicción a fin de establecer los criterios que deban prevalecer como jurisprudencia, alcanzando la seguridad jurídica de los mismos.

#### 4.6.2.- RESOLUCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (JURISPRUDENCIAS VIGENTES).

Haciendo un minucioso análisis, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados de Circuito de la República, que integraron la contradicción de tesis referente al tema de capitalización de intereses dio como resultado la resolución que se manifiesta en las jurisprudencias que a continuación se señalaran, tomando en cuenta el orden que hemos venido siguiendo.

I.- Atendiendo al tema de supletoriedad del Código Civil de su artículo 2397 en aplicación a contratos mercantiles y en especial al contrato de apertura de crédito y a la capitalización de intereses en dicho contrato se desprenden tres puntos de oposición en los cuales la Suprema Corte resolvió con carácter jurisprudencial cuyo rubro y texto son del siguiente tenor:

**A) CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. EL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO.** las declaraciones del secretario de hacienda y crédito público sobre la ley general de títulos y operaciones de crédito, publicada en el diario oficial de la federación el veintisiete de agosto de mil novecientos treinta y dos, que hacen las veces de exposición de motivos de tal ordenamiento, son categóricas en cuanto al propósito de establecer contratos de crédito consensuales, distintos del préstamo y de otras convenciones tradicionales, para abrir un amplio campo de operaciones que la falta de prescripciones legislativas habían hecho imposible en México. a esa clara intención responde la figura jurídica denominada apertura de crédito, regulada por los artículos del 291 al 301 de la ley indicada, de los cuales el legislador dispuso todo lo que estimó pertinente acerca de ese contrato; así, en el artículo 291 se define el contrato; en el 292 se regula la hipótesis en que se establezca un límite máximo del crédito; en el

293 regula el supuesto de que no se fije importe máximo de disposición; en el 294 se reglamenta la hipótesis de que las partes podrán convenir en restringir el plazo o el monto del crédito concedido; en el 295 se establece que el acreditado podrá disponer a la vista, salvo convenio en contrario, de la suma objeto del contrato; en el 296 aborda la mecánica de las disposiciones y abonos en cuenta corriente; el 297 está destinado a establecer las reglas de pago por parte del acreditado cuando el crédito estribe en la aceptación de obligaciones a su nombre por parte del acreditante; el 298 tiene por objeto precisar que en la apertura se puede pactar el otorgamiento de garantías personales y reales y que se entenderá que es por el monto del crédito ejercido; el 299 impide al acreditante negociar, previamente a su vencimiento y sin consentimiento del acreditado, los documentos que éste hubiere dejado en garantía; el numeral 300 preceptua las reglas a seguir para la disposición y el pago del crédito y, el 301 en lista las causas de extinción del crédito. la detallada configuración que se ha reseñado pone de manifiesto que el legislador no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos; por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el banco de México. esto último deriva de que los artículos 6º, párrafo primero y 48, párrafo primero, de la ley de instituciones de crédito, someten a las instituciones de banca múltiple, específicamente en cuanto a las tasas de interés y demás características de las operaciones activas que celebren, a las disposiciones de la ley del banco de México y, esta otra, en sus artículos 24 y 26 respectivamente, faculta al banco de México para expedir disposiciones generales con el propósito, entre otros, de proteger los intereses del público, y establece que las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito se ajustarán a las disposiciones del banco central. de todo lo expuesto se desprende que las normas legales especiales que regulan el contrato de apertura de crédito no adolecen de deficiencia alguna sobre el punto de que se trata, motivo por el cual el artículo 2397 del código civil para el distrito federal en materia común y para toda la república en materia federal, no resulta aplicable supletoriamente a dichas disposiciones.<sup>96</sup>

<sup>96</sup> Novena época.- Instancia Pleno.- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo: VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.48/98.- Pág. 372.

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. Lo dispuesto en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito pone de manifiesto que el legislador, al establecer y regular el contrato de apertura de crédito, no incurrió en olvido u omisión en cuanto a la potestad de las partes para pactar que los intereses vencidos y no pagados puedan, a su vez, generar nuevos intereses, o la capitalización de intereses en este tipo de contratos; por el contrario, la supresión realizada en la ley sobre esos puntos se debe de interpretar en el sentido de que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, con la única salvedad de que, cuando en tales convenciones funja como acreditante una institución de banca múltiple, deberá cumplir con las regulaciones que sobre el particular expida (como ya lo ha hecho para determinados créditos) el Banco de México. Esto último deriva de que los artículos 6º, párrafo primero, y 48, párrafo primero, de la Ley de Instituciones de Crédito, someten a las instituciones de banca múltiple, específicamente en cuanto a las tasas de interés y demás características de las operaciones activas que celebren, a las disposiciones de Ley del Banco de México y, esta otra, en sus artículos 24 y 26, respectivamente, faculta al Banco de México para expedir disposiciones con el propósito, entre otros, de proteger los intereses del público, y establece que las características de las operaciones activas, pasivas y de servicios que realicen las instituciones de crédito se ajustarán a las disposiciones del Banco Central. De todo lo expuesto se desprende que las normas legales especiales que regulan el contrato de apertura de crédito no adolecen de deficiencia alguna sobre el punto de que se trata, motivo por el cual, el artículo 363 del Código de Comercio no resulta aplicable supletoriamente a dichas disposiciones; sin embargo, cuando en el propio contrato de apertura de crédito las partes convienen la capitalización de intereses e invocan para ello el referido precepto legal, entonces sí adquiere aplicabilidad, pero esto sucede en observancia del principio de que la libre voluntad de las partes es ley para ellas y no porque fuera necesario acudir a esa disposición, ni a ninguna otra, como norma supletoria.<sup>97</sup>

---

<sup>97</sup> Novena época.- Instancia Pleno.- Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo: VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.4998.- Pág. 375.



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. El contrato de apertura de crédito se encuentra plenamente regulado en cuanto a sus aspectos sustantivos en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que cuando las partes celebrantes de una convención de tal naturaleza pactan la capitalización de intereses invocando el artículo 363 del Código de Comercio, esto tiene su origen en la libre voluntad de aquéllas y no en la aplicación supletoria de este último precepto, lo que implica que, materialmente, lo previsto en tal numeral se sustraiga de tal ordenamiento, incorporándose al específico marco jurídico contractual. De ahí que, cuando los términos empleados para acordar tal pacto generen confusión, para conocer la verdadera intención de las partes, la interpretación conducente ya no podrá atender a los principios que rigen a la que es realizada cuando la aplicación de tal dispositivo tiene su origen en la voluntad del legislador, sino al tenor de las reglas que rigen la propia de los contratos, situación que impide acudir a la supletoriedad del artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, por lo que, para conocer el alcance del pacto en comento, deberá acudirse a las reglas sobre interpretación de los contratos que se establecen en los artículos 78 del Código de Comercio y del 1851 al 1859 del Código Civil indicado los que, respecto de esta última cuestión, sí son supletorios, conforme a lo dispuesto en el artículo 2º, fracción IV, de la mencionada Ley General.<sup>98</sup>

II.- ¿La 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, establecida en el artículo 8º del reglamento sobre instituciones nacionales de crédito y organizaciones auxiliares de crédito?.

---

<sup>98</sup> Novena época.- Instancia Pleno Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo: VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.50/98.- Pág. 371.

La Suprema Corte resolvió con carácter de jurisprudencia, cuyo rubro y texto son del siguiente tenor:

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. 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.<sup>99</sup>

III.- ¿Es nula la cláusula pactada en un contrato de apertura de crédito, que prevé un crédito adicional para aplicación de intereses si la institución de crédito que la otorga en términos del artículo 65 de la Ley de Instituciones de crédito no estimo la viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de su recuperación, las relaciones que guardan entre si los distintos conceptos de los estados financieros o en la situación económica de los acreditados?.

La Suprema Corte resolvió con carácter de jurisprudencia, cuyo rubro y texto son del siguiente tenor:

<sup>99</sup> Novena época.- Instancia Pleno Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.-Tomo:VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.51/98.- Pág. 369.

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. Asimismo, el citado precepto señala que los montos, plazos, regímenes de amortización y, en su caso, períodos 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 al acreditante a contraer por cuenta del acreditado una obligación, la cual debe restituir a éste 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.<sup>100</sup>

IV.- Intereses. ¿son imprecisas o indeterminables las tasas de intereses variables en los contratos de apertura de crédito?

La Suprema Corte de Justicia resolvió con carácter de jurisprudencia, cuyo rubros y textos son del siguiente tenor:

“APERTURA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO MERCANTIL. LEGISLACIÓN APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES.- Del análisis de la normatividad relativa a los contratos de préstamo mercantil y a los contratos de apertura de crédito, conforme al principio de jerarquía normativa, que exige la aplicación de la norma específica frente a la genérica, de acuerdo con la naturaleza del contrato de que se trate, se colige que, en materia de intereses, lo previsto en el artículo 362 del Código de Comercio, resulta aplicable para los primeros, pero no para los segundos, que tienen regulación específica en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyo artículo 2º hace aplicable la Ley de Instituciones de Crédito y que, conforme al artículo 6º de ésta, también resulta aplicable la Ley del Banco de México, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, de lo previsto por los artículos 358, 361 y 362 del Código de Comercio, relativos a los contratos de préstamo mercantil, se desprende que el legislador, en el precepto citado en último término, no limitó la libertad contractual en materia de intereses, sino que en defecto de la voluntad de las partes, estableció la aplicación de una tasa de interés del 6% anual, para el caso de mora. Sin embargo, tratándose de los contratos de apertura de crédito, que encuentran regulación en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con los artículos 46, fracción VI y 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establecen que respecto a los intereses, resultan aplicables las disposiciones generales que al efecto emita el Banco de México, en términos de lo dispuesto en el artículo 3º, fracción I, de la ley que regula a dicha institución financiera, no debe pasar inadvertido que

<sup>100</sup> Novena época.- Instancia Pleno Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.-Tomo:VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.52/98.- Pág. 378.

por mandato del precepto constitucional mencionado, compete al banco central regular la intermediación y servicios financieros.”<sup>101</sup>

“INTERESES. LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO SON DETERMINABLES, NO IMPRECISAS. El pacto de tasas variables, en operaciones activas, se encuentra permitido, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y 78 del Código de Comercio, relacionados con las circulares que emite el Banco de México, por lo que la remisión a índices inequívocos no le resta precisión, pues si bien pudiera existir cierta dificultad sobre la forma de llegar a conocer exactamente el monto de las obligaciones de los deudores, la determinación de cuál es la tasa de interés aplicable a cada vencimiento es objeto de consentimiento recíproco de las partes desde el momento del nacimiento del contrato. El banco no puede, válidamente, escoger a su arbitrio la tasa conforme a la cual se determinarán los intereses, sino que debe esperar a que los datos que la realidad objetiva arroje, indiquen cuál será la tasa de interés que resultará aplicable para un período determinado, de conformidad con las reglas que, para estos efectos, los contratantes han establecido. El deudor puede llegar a conocer el monto líquido de su obligación de pago en el momento en que se genera, con recurrir a la mecánica del instrumento de que se trate o, simplemente, acudiendo al banco para obtener la información correspondiente. Sostener lo contrario llevaría a considerar que el establecimiento de fórmulas que, en ocasiones, resultan complicadas para cumplir con obligaciones de pago, provocaría que se estimaran contrarias a derecho, aun cuando con la realización de ciertas operaciones aritméticas y la reunión de determinados datos informativos, se podría cumplir con la obligación. El hecho de que la tasa pactada sea determinable y no determinada no la hace, de suyo, imprecisa, arbitraria o ilegal. El procedimiento podrá resultar complejo, pero esa complejidad no se traduce en imprecisión.”<sup>102</sup>

V.- “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?”

<sup>101</sup> Novena época.- Instancia Pleno Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.-Tomo:VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.53/98.- Pág. 370.

<sup>102</sup> Novena época.- Instancia Pleno Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.-Tomo:VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.54/98.- Pág. 378.

La Suprema Corte de Justicia resolvió con carácter de jurisprudencia, cuyo rubro y texto son el siguiente tenor:

APERTURA DE CREDITO. NO SON NULAS LAS CLÁUSULAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACION 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 período 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.<sup>103</sup>

VI.- Apertura de crédito. Línea adicional de crédito al acreditado, para pago de intereses devengados respecto de un crédito inicial. ¿Existe falsedad ideológica para cubrir la capitalización de intereses?

La Suprema Corte de Justicia resolvió con carácter de jurisprudencia, cuyo rubros y textos son del siguiente tenor:

<sup>103</sup> Novena época.- Instancia Pleno Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.-Tomo:VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.55/98.- Pág. 368.

**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.<sup>104</sup>

**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

<sup>104</sup> Novena época.- Instancia Pleno Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.-Tomo:VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.56/98.- Pág. 365.

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.<sup>105</sup>

**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, 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 haber pagados los intereses a su cargo, además de que siendo el contrato de naturaleza

<sup>105</sup> Novena época.- Instancia Pleno Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo: VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.57/98.- Pág. 5.



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.<sup>106</sup>

VII.- Contrato de apertura de crédito adicional para cobertura de intereses. ¿ Constituye Anatosismo?.

La Suprema Corte de Justicia, resolvió con carácter de jurisprudencia, cuyo rubros y textos son del siguiente tenor:

**CAPITALIZACION 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 substanciales 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

<sup>106</sup> Novena época.- Instancia Pleno Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo: VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.58/98.- Pág. 366.

incumplimiento de pago de otro crédito, y el acreditado asume la obligación de pagar intereses sobre las sumas dispuestas (obligación de dar). Corrobora lo anterior, la circunstancia de que el referido contrato se puede celebrar en el mismo instrumento en que consta el diverso acto 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.<sup>107</sup>

**CAPITALIZACION DE INTERESES. EL ARTÍCULO 363 DEL CODIGO DE COMERCIO LA PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACIÓN DE LOS RÉDITOS, A CONDICIÓN DE QUE EXISTA ACUERDO EXPRESO.** Tratándose del préstamo mercantil, el artículo 363 del Código de Comercio dispone que: Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos; en cambio, para el contrato civil de mutuo, el artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal ordena que Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses. Ambas normas tienen en común que autorizan la capitalización de intereses por acuerdo expreso de las partes, pero se diferencian en cuanto al momento en que se puede celebrar el pacto correspondiente; así, mientras que la disposición civil prohíbe que ese acuerdo de voluntades sea anterior al vencimiento y al no pago de los intereses que habrán de capitalizarse, el numeral del Código de Comercio no contiene ninguna exigencia de temporalidad para su realización, motivo por el cual el pacto de capitalización puede recaer sobre intereses ya vencidos que no han sido pagados (convenio posterior) o bien sobre los que tengan vencimiento futuro y no fueren pagados cuando sean exigibles (convenio anticipado), pues en ambas hipótesis el convenio se refiere a intereses vencidos y no pagados que es el único requisito que establece esta norma. En consecuencia, el

<sup>107</sup> Novena época.- Instancia Pleno Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J.59/98.- Pág. 376.

precepto en estudio, en su interpretación gramatical, autoriza a capitalizar los intereses vencidos y no pagados, sin que dicho enunciado contenga visos de temporalidad. La perspectiva histórica reafirma esta consideración. El primer Código de Comercio que se expidió en nuestro país (1854) incluía una disposición dentro del capítulo De los préstamos que prohibía el convenio para la capitalización de intereses si éstos no se habían devengado y habían sido objeto de una previa liquidación. Al efecto, el artículo 302 prescribía: No se debe rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles ni en ninguna otra especie de deuda comercial, mientras que hecha la liquidación de éstos no se incluyan en un nuevo contrato, como aumento de capital; o bien, de común acuerdo, o bien, por una declaración judicial, se fije el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces; lo cual no podrá tener lugar sino cuando las obligaciones que procedan estén vencidas, y sean exigibles de contado. Años después, con la expedición del Código de Comercio de 1887, en una época en que ya habían sido promulgados sucesivamente los Códigos Civiles de 1870 y 1884, que autorizaron sin reservas la capitalización de intereses, juzgó conveniente el legislador mantener en este punto el mismo sistema del derecho civil y suprimió, en consecuencia, toda disposición encaminada a prohibir o reglamentar el convenio de capitalización de intereses, consagrando el más amplio criterio de libertad en relación con ésta. Además, existen argumentos lógico-jurídicos que conducen al mismo resultado, a saber, que no se pueden hacer interpretaciones que deroguen tácitamente la regla general de libertad contractual; que la distinción relativa a que la capitalización sólo puede ser posterior a que los réditos se encuentren vencidos y no pagados implica una prohibición o una restricción contrarias a la regla de interpretación conforme a la cual, donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete; y que resulta lógico que el acuerdo de capitalización pueda ser convenido como una previsión contractual para el caso de una eventualidad posterior; o bien, como un acto posterior, circunstancia que no perjudica al deudor en razón de que de ese modo puede tener previo conocimiento de la extensión de la obligación que asume y, por tanto, ejecutar los actos necesarios para evitar que los intereses se capitalicen.<sup>108</sup>

VIII.- Cláusula adicional. Para pago de intereses vencidos. ¿Las amortizaciones implican consentimiento y convalidación la nulidad pretendida?

<sup>108</sup> Novena época.- Instancia Pleno Fuente Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo: VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J. 60/98.- Pág. 374.

La Suprema Corte de Justicia resolvió con carácter de jurisprudencia, cuyo rubro y texto son del siguiente tenor:

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. Si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, el acreditado puede hacer uso del crédito en la forma, términos y condiciones convenidos y se obliga a restituir la suma de que dispuso y a pagar los intereses, prestaciones, gastos y comisiones estipulados; y si el artículo 78 del Código de Comercio, aplicable supletoriamente a los contratos de apertura de crédito, establece que en las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse; es inconcuso que en este tipo de actos mercantiles rige la voluntad de las partes contratantes. Luego, si al celebrar un contrato de apertura de crédito, las partes convienen en que se otorgue al acreditado un crédito adicional para el pago de intereses, dado que no existe disposición legal alguna que prohíba tal convención, la cláusula relativa no adolece de nulidad absoluta. En tal virtud, las amortizaciones realizadas por el acreditado en los términos pactados, en todo caso, convalidarían, si la hubiere, la nulidad relativa, pues, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2234 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, el cumplimiento voluntario se tiene por ratificación tácita y extingue la acción de nulidad.<sup>109</sup>

#### 4.7.- PROPUESTA PERSONAL

En el sistema bancario, es usual el cobro de los intereses sobre intereses, esta práctica trajo como consecuencia una discusión polémica de mucha trascendencia en nuestro país, ya que dañaba las economías de quienes son considerados deudores de la banca, como lo he desglosado en el contenido de esta tesis, sin embargo es importante hacerse el siguiente planteamiento ¿el Estado como rector de la economía debe o no tener una intervención determinante entre las Instituciones Bancarias y los deudores?.

<sup>109</sup> Novena época.- Pleno Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.- Tomo: VIII, Octubre de 1998.- Tesis: P./J. 61/98.- Pág. 367.

Recordemos que la última crisis económica (Diciembre de 1994) desatada en nuestro país, trajo consigo severos efectos sobre los sectores reales y financieros, en un contexto de sobreendeudamiento de las empresas y particulares. La abrupta devaluación del peso y la drástica alza en las tasas de intereses hicieron evidente la vulnerabilidad de la economía mexicana, generando como consecuencia un problema de insolvencia generalizada caracterizada por una falta de liquidez tanto en la banca, como en los deudores para cumplir con las obligaciones contraídas.

En este contexto el Estado debió intervenir como rector de la economía nacional en términos del artículo 28 constitucional, reconociendo la existencia de un problema que rebaso las expectativas fijadas en el sistema financiero que dio como resultado un desequilibrio en la Banca Mexicana, y que nos llevo al problema que he planteado en esta tesis que se denomina "Pactos de Anatocismo". Ello implicaba que el Estado debió crear mecanismos financieros y jurídicos que permitieran actuar con rapidez y para protección de la banca múltiple y mínimamente para los deudores tanto físicos como morales.

El dinamismo, la complejidad y la globalización de los mercados financieros, deben poner mayor énfasis en normas prudenciales aplicables a la Banca con respecto a los deudores para que exista una mediación respecto a los riesgos de las pérdidas que se pudieran dar, así como la valuación y estimación de activos, obligaciones y responsabilidades.

Cabe resaltar que en la práctica común las Instituciones Bancarias en base a la legislación en la materia redactan el cuerpo de sus contratos, en el que se emplea un lenguaje y terminología técnica no muy clara para los solicitantes de crédito si tomamos en cuenta que la gente no esta muy familiarizada con este tipo de negociaciones no le es fácil entender y tener en cuenta los alcances reales de lo que estipulan las cláusulas que lo conforman por no ser técnicos en la materia, desde este punto de vista la Institución Bancaria lleva por solo ese hecho una ventaja, esta se traduce al momento de hacer efectiva la vida del contrato y es entonces cuando el deudor o acreditado comienza a observar y experimentar expectativas diferentes de la aplicación de su contrato y sus frutos y la forma de llevar a cabo el pago de sus obligaciones crediticias, ello lo vive al tener a la vista el estado de cuenta y empieza hacer comparaciones de lo que debe y de lo que cree deber en relación al crédito, sus intereses y accesorios del mismo, en ese momento es factible considerar que en la realidad no existió un acuerdo real de voluntad

sino que estas se encontraron viciadas de origen, el Banco por su parte, por no hablar de forma clara, brindarle la asesoría adecuada a su posible cliente en relación a los verdaderos alcances, derechos y obligaciones derivados del contrato y por otra parte se insiste estar viciada la voluntad del acreditado por el simple hecho de su ignorancia en la materia aun y cuando haya leído todas y cada una de las cláusulas del contrato al no entender esos alcances, derechos y obligaciones su voluntad sigue viciada pero entendemos este acuerdo imperfecto de voluntades como un contrato de apertura de crédito que arroja como consecuencia una simulación relativa contemplada por la legislación civil en su artículo 2181 que dice: Que la simulación es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter.

Se entiende la simulación relativa en el sentido de que si la expresión de voluntades no es plena o con conocimiento de causa plena, dicho contrato sigue vigente ya que se otorga el crédito solicitado y el acreditado a su vez hace uso del mismo.

En virtud de que la Institución Bancaria, la origina con el empleo de cláusulas oscuras y ambiguas, de un causismo exagerado, de difícil lectura e inflexibles, que da como consecuencia que exista la simulación relativa a la que hemos hecho alusión, es en ese momento que el acreditado se encuentra obligado en este caso por ley a pagar las variaciones que experimente la moneda ya que el contrato a tasas de interés variable, es donde el acreditado vive una carga excesiva onerosa en sus pagos por el acontecer de un hecho imprevisible.

Es aquí donde el acreditado experimenta el acontecer de un hecho imprevisto, una carga excesiva onerosa en sus pagos.

Llegando a este punto es donde surge la siguiente pregunta;

¿Debe el Derecho positivo mexicano contemplar la figura de la teoría de la imprevisión en nuestra legislación?

Si porque al caso en concreto que he venido investigando, la capitalización de intereses (Anatocismo) mediante un contrato de Apertura de Crédito en donde viene insertado como cláusula un contrato de apertura de crédito para el pago de intereses vencidos y no pagados.

Es indudable que los cambios en las condiciones económicas y financieras del país hace necesario ir actualizando y acondicionando las leyes referentes a la materia.

Los acreditados viven una excesiva onerosidad, por el acontecimiento imprevisto futuro al momento de perfeccionar el contrato conmutativo de ejecución diferida.

La doctrina jurídica ha elaborado la teoría de la imprevisión con la finalidad de encontrar un remedio para los contratos en que siendo de ejecución continuada, 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 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.

Para que se de la hipótesis de la imprevisión y surta sus efectos se requiere de los siguientes elementos:

- 1) Que se trate de obligaciones de tracto sucesivos o diferidas en su cumplimiento (No aleatorias).
- 2) Que con posterioridad al momento de contratar la obligación ocurra un hecho extraordinario e imprevisible.
- 3) Que ese acontecimiento extraordinario e imprescindible provenga de una alteración general nacional o regional mas no de circunstancias personales del deudor.
- 4) Que ese acontecimiento extraordinario e imprevisible convierta el cumplimiento de la obligación en excesivamente onerosa.

En nuestro país se sufre de manera reiterada devaluaciones de nuestra moneda frente al dólar estadounidense, la previsión en contratos de apertura de crédito mediante los estudios de inversión y recuperación, contemplan hipótesis sobre inflaciones ordinarias, mas no de una inflación extraordinaria que rebase todas las expectativas contempladas.

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 tal situación, sino tan solo de ajustar los límites del débito y así como encontrar un adecuado reajuste en aras del equilibrio económico de las obligaciones derivadas del contrato en comento.

La aplicación de la teoría de la imprevisión debe constituir un instrumento que provoque una seguridad jurídica la cual forme parte de un derecho publico subjetivo reconocido por la constitución y este tenga un valor jurídico que prevalezca en los negocios jurídicos, como en los bancarios, es importante que en esta materia de intereses se garantice la seguridad contractual por lo antes señalado, es necesario legislar al respecto y así buscar los mecanismos mas acordes encuadrando como base la equidad dentro de las reglas de la imprevisión.

Por todo lo anterior considero una necesidad apremiante la regulación positiva del principio rebus sic stantibus en nuestro Código Civil Federal y en nuestro Código de Comercio. Por lo tanto se propone la siguiente iniciativa de reforma.

La presente iniciativa, busca que el deudor cumpla en condiciones de equidad es decir en condiciones de buena fe. Es por esta, que la referida iniciativa propone la revisión y reducción de las obligaciones cuando estas se hagan excesivamente onerosas.

Texto Vigente Artículo 2242, del Código Civil Federal.

Artículo 2242.- Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble, por una persona que ha llegado a ser propietario de él en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras que no se cumpla la prescripción observándose lo dispuesto para los terceros adquirentes de buena fe.

Propuesta de reforma al Código Civil Federal, adiciona al artículo 2242, en los siguientes términos:

Artículo 2242A: En los contratos de ejecución diferida, si la prestación de alguna de las partes hubiera llegado a ser excesivamente onerosa por causa



de acontecimientos extraordinarios, por los que se afecte de manera grave la estabilidad económica del país que sean imprevisibles por la generalidad y por las partes al momento del perfeccionamiento del acto jurídico de surgimiento y consecuencia posteriores a la celebración del contrato, la parte afectada podrá demandar la revisión y, en su caso, reducción equitativa de las prestaciones.”

Artículo 2242 B.- Las eventualidades personales de una de las partes, en ningún caso serán causa de revisión y reducción de las prestaciones.

Solo serán causa de revisión y reducción los acontecimientos generales e imprevisibles que, conforme al artículo anterior provoquen además de una excesiva onerosidad, una exagerada y notoria desproporción en las prestaciones de una de las partes, de tal manera que la modificación de dichas prestaciones haga imposibles su cumplimiento para la parte obligada, con el transcurso del tiempo de ejecución del contrato.

Para que sea procedente la reducción, deberán presentarse la onerosidad, la desproporción de las prestaciones y la imposibilidad de su cumplimiento, de acuerdo por lo dispuesto en el párrafo anterior, razonablemente, en la mayoría de las relaciones jurídicas derivadas de contratos de la misma naturaleza.

Artículo 2242 C.- En caso de resultar procedente el juez deberá reducir las prestaciones de la parte afectada, de tal manera que de las nuevas circunstancias, la onerosidad de dichas prestaciones sea proporcional en el patrimonio de la referida parte, a la onerosidad que le impondrían las circunstancias bajo las cuales se obligo, si estas no se hubieran modificado bajo los acontecimientos que se señalan en el artículo 2242-A.

Para tal efecto, el juez podrá allegarse los medios de conocimientos necesarios, tales como el dictamen de peritos, o cualesquiera otros elementos, que le permitan cumplir con lo dispuesto en el párrafo anterior.

Además el juez deberá tomar en cuenta los principios generales del derecho, la buena fe, la justicia, la mayor reciprocidad y la equidad de intereses.

Artículo 2242 D.- La parte lesionada no gozará de los derechos de revisión y reducción de las prestaciones si en algún momento, anterior a la

prestación de la demanda, se constituyo en mora, aunque al tiempo de ejercitar la acción se encuentre regularizada en el cumplimiento. Tampoco gozará de tales derechos si actuó con mala fe o dolo al momento del nacimiento de la obligación, o de que esta se hizo exigible.

#### Texto Vigente del Artículo 88 del Código de Comercio.

Artículo 88.- En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedara extinguida la otra.

Propuesta de reforma al Código de Comercio, adiciona al artículo 88, en los siguientes términos.

Artículo 88 A.- En lo referente a la revisión y reducción de las obligaciones originadas de operaciones crediticias de carácter financiero, entre comerciantes, o entre un comerciante y un no comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código Civil Federal.

Artículo 88 B.- Sólo en el caso de obligaciones originadas de operaciones crediticias de carácter financiero, de conformidad con el artículo anterior, será aplicable la revisión y reducción de las obligaciones en materia mercantil, por lo que tales principios de revisión y reducción, no serán aplicables a ningún otro tipo de institución regida por el presente Código, ni por otra legislación mercantil.

Artículo 88 C.- En lo relativo a la revisión y reducción de las obligaciones derivadas, de operaciones crediticias de carácter financiero, de conformidad con el artículo 88-A, se estará a lo dispuesto para el juicio ordinario mercantil.

#### Transitorios

Artículo Primero: Las presentes disposiciones derogaran toda disposición anterior encontrada.

Artículo Segundo: Las presentes disposiciones entraran en vigor a los treinta días después de su publicación en el Diario Oficial de su publicación.

De tal suerte la revisión y reducción sería aplicable a los Contratos Civiles regulados por las normas del fuero común para el D.F., los contratos que se rigen bajo las reglas de la materia federal y también aplicable a los contratos mercantiles que se rigen bajo las reglas del Código de Comercio. Las disposiciones de revisión y reducción podrían demandarse para los contratos civiles y mercantiles en la que sea aplicable de acuerdo con los artículos respectivos.

Esta reforma a la ley Civil da como resultado que se debe de adecuar todo el cuerpo de leyes a los momentos, circunstancias y problemáticas actuales porque el derecho ha ido cambiando como en materia de contratos y en especial en contratos de apertura de crédito adicional, esto se manifiesta que el acreditado experimente por un hecho sobreviniente y no previsto una onerosidad excesiva o anormal y esta traiga como resultado que ante la obligación contraída, el acreditado este en la postura de insolvencia ante la Institución Bancaria al no haber regulación al respecto con la reforma antes señalada se habrá una puerta hacia un equilibrio Económico entre deudor y acreedor.

Esta sería sin duda un avance sustancial pero no es suficiente para crear medios de prevención eficaces para futuros impactos económicos de envergadura mayor. Si bien dicha reforma protege la contratación también es cierto que la institución de la rebuc sic stantibus debe de regularse en todo ordenamiento que rija la materia contractual ya sea civil o mercantil.

Solo de esta manera podría alcanzar dicha institución, a los contratos de mutuo con intereses, de arrendamiento financiero, de apertura de crédito o a cualquiera otros, de la misma naturaleza celebrados con institución del sector financiero. Esta regulación debería encontrarse en el Código Civil y en el Código de Comercio en materia Federal. Por tanto dicha figura que se ha vuelto tan necesaria, debe de adaptarse en las referidas legislaciones cuanto antes. Porque no es posible que los Mexicanos prescindan de una protección viable y eficaz, ante el inminente riesgo de colapsos macro-económicos.

Con la creación de reglas que prevean los casos no previstos, como el antes señalado, esto daría como consecuencia que el Banco de México, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores en coordinación con la SHCP., se vería en la necesidad de buscar mecanismos adecuados para la solución de problemas referente a la excesiva onerosidad que experimenten por casos no

previstos especialmente en la realización de contratos de apertura tanto en el principal como en el adicional atendiendo a lo dispuesto en el artículo 28 constitucional que nos dice que el Estado es rector de la economía nacional.

En la búsqueda de mecanismos adecuados en materia de capitalización de intereses, contraídos en contratos de apertura de crédito causados por un hecho sobreviniente e imprevisible el Estado en su carácter de rector de la economía nacional podría insertar mecanismos en contratos de apertura de crédito como una cláusula especial. Esta cláusula Especial estriba en que cuando el acreditado se encuentre en una situación en que por causa de un hecho sobreviniente imprevisible, surja un desequilibrio económico extraordinario y que el banco tenga la necesidad de ajustar la tasa de interés fijada en el contrato de apertura de crédito adicional, este tome como referencia la tasa pactada para sus ahorradores, más un rango de 8 puntos porcentuales dependiendo el monto adicional. Considerando que el rango de 8 puntos porcentuales son suficientes para que el banco pueda cubrir todos sus gastos de operación por el préstamo otorgado a su cliente y así mismo no exista un desequilibrio tan desproporcionado entre el deudor y el banco.

El cumplimiento a esta cláusula especial versa en que la Institución Bancaria se obliga ante esta eventualidad a proteger a su acreditado al no aplicarle el pago de intereses fuera de control o desproporcionado, inherentes a los intereses del crédito adicional al que normalmente la mayor parte de los deudores no renuncian en término de 30 días de anticipación a la fecha del pago mensual correspondiente, con la medida antes señalada se restauraría el equilibrio económico entre el deudor y acreedor.

Por otra parte el banco al proteger al acreditado de la forma ya mencionada se protege así mismo, asegurando que el deudor no se declare insolvente y con ello evitar el inicio de litigios en la materia, asegurando también la continuidad del pago originalmente contratado.

Por todo lo expuesto concluyo que esta propuesta beneficiará en primer lugar al pueblo mexicano principalmente a los de la Banca, que han sido víctimas de los errores de la macroeconomía, en segundo lugar beneficiará a las instituciones financieras, porque les dará la oportunidad de tener deudores que tengan solvencia. Por último, será de gran beneficio para la economía del país.

A los Mexicanos nos permitirá cumplir con nuestras obligaciones. Esto lo digo, porque la mayoría de los deudores que han dejado de pagar, después de 1994, lo han hecho porque nadie puede cumplir con lo imposible de pagar. En la mayoría de deudores morosos no hay dolo, ni mala fe. Simplemente, no pagan porque no tienen dinero.

A los bancos y otras instituciones les permitirá tener suficiente liquidez, ya que no sucederá de nuevo lo que sucedió en el año de 1994. Es decir, los deudores pagaran lo que esté dentro de sus posibilidades, aunque sea menos que los intereses del mercado. De esta forma, nunca dejarán de pagar por completo. Alguien podría decir que los juicios se toman tiempo, y que la presente propuesta presupone un juicio. Su aplicación práctica restará liquidez a la institución financiera de que se trate. Es cierto que se prevé un procedimiento judicial, sin embargo nada impide que el Banco o la Institución, antes de llegar a juicio, reduzca o negocie, como parte de la buena fe derivada de los contratos, el crédito con su deudor, en caso de presentarse hechos generales e imprevisibles.

Beneficiará a la economía pública porque los dineros que pagamos los contribuyentes podrán destinarse a rubros de mayor prioridad, tales como seguridad pública. Ya no será necesario gastar y perder cantidades demenciales de dinero en los desplomes bancarios.

## CONCLUSIONES

I.- Respecto de los contratos de apertura de crédito que dieron lugar a las ejecutorias en contradicción que en diversos formatos y variedades la gran mayoría de ellos coinciden en que el refinanciamiento se dio a través de una cláusula adicional que se pacto en el mismo documento contractual, como un contrato distinto al del crédito inicial y consecuentemente sujeto a un destino propio y exclusivo, al pago réditos vencidos y no pagados este mismo se sujeto a la misma tasa de interés a la que se pacto el crédito adicional para el pago de intereses no se esta en caso de capitalización de intereses prohibida por la legislación mexicana, toda vez que el artículo 363 del código de Comercio así lo dispone.

II.- Se puede afirmar que el crédito inicial es por si mismo un contrato, este sea de apertura de crédito y de él se desprenda un crédito adicional, el que es un contrato de apertura de crédito diverso al principal, cada uno de dichos contratos tiene su propio objeto, su propio consentimiento, sus propias condiciones y sus propias contraprestaciones.

III.- En la apertura de crédito y los créditos adicionales (Refinanciamiento), se estima que no encierra una simulación absoluta, esta por virtud de que no se adecuan ni a la legislación, ni a la doctrina, toda vez, que del contenido de los contratos no existe la voluntad de ocultamiento. Existe un contrato, en efecto, pero es real, o tal vez, son dos reales que se complementan o sea dos contratos independientes. No existe un contrato secreto que suprima o modifique los efectos del real, no existe la forma de voluntad disconforme entre la real y la aparente. Así mismo se da entre dos o más sujetos, pero no cuenta con la intención de defraudar a los intereses de terceros.

IV.- El ejercicio de la libertad contractual y en base a la autonomía de la voluntad, ley del contrato en términos del artículo 78 del Código de Comercio, las partes celebraron Contrato de Apertura de crédito con garantía hipotecaria cumpliendo los elementos de existencia y validez previstos en el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, disposición especial que no establece prohibición alguna para pactar el refinanciamiento.

V.- Es importante establecer que el análisis de disposiciones que integran el sistema jurídico mexicano en especial el Código Civil, Mercantil. Así como de las leyes de Instituciones de Crédito, nos advierten que en ninguna parte hacen referencia expresa al anatocismo, vocablo que queda comprendido en la doctrina, sin embargo las leyes antes citadas nos hablan de capitalización de intereses.

VI.- Con referencia al tema de investigación realizado, la legislación mexicana contiene limitantes en los Códigos Civil y de Comercio. Toda vez, que el artículo 2397 prohíbe que se capitalicen los intereses y el artículo 363 señala una restricción pero la autoriza.

VII.- El contrato de apertura de crédito adicional para pago de intereses y su mecanismo peculiar de aplicación no es afectado por la figura de la falsedad ideológica, ni la falta de entrega física del dinero objeto del crédito adicional, no es causa de nulidad de aquella, pues además de que la entrega real no es elemento de validez ni de existencia del contrato, para el caso especial de las operaciones bancarias, esta expresamente permitido que se efectúe a través de asientos contables y electrónicos según lo establece el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito.

VIII.- Respecto de la temporalidad en el pacto de capitalización de intereses vencidos, éste se puede convenir independientemente del nombre que se le asigne y para que esta sea susceptible de generar nuevos intereses, nos apoyaremos en el criterio establecido por la Suprema Corte de Justicia en el que el pacto puede darse antes o después de que se genere ese rédito el mismo que habrá de sumarse al capital y ser fuente de nuevo interés.

IX.- 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 invoque para ello el artículo 363 del Código de Comercio, toda vez que aun cuando es innegable que en esta hipótesis si existe pacto de capitalización de interés, la misma derivada 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 contratos gozan de plena libertad para acordar lo que les convenga, con la limitante, desde luego de que no se contravenga disposiciones de orden público.

X.- Validamente se puede concluir que el Contrato de Apertura de Crédito para cobertura de intereses es un acto autorizado por la ley diferente a la capitalización de intereses, y por tanto, aquel no es una forma de disfrazar u ocultar ésta.



## BIBLIOGRAFÍA.

Aubry y Raul, Curso de Derecho Civil Francés, 4º Edición, Tomo IV, París, 1871.

B. Windscheid, Derecho de Comercio, Trad. De Fadda y Bensa, Torino, U. N. E. T.

Bauche García Diego, Mario, La Empresa, Nuevo Derecho Industrial Contratos Comerciales y Sociedades Mercantiles, Editorial Porrúa, México 1977.

Braudry .- Lacantinerie y Barde, Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil, 3ª. Edición, París 1906, Las Obligaciones, Tomo I.

Bergers, Jaime, Práctica y Diccionario en Procedimiento Mercantil, Editorial Arillo Hermanos, Guadalajara Jalisco, México 1989.

Bocannesse, Julián, Elementos de Drecho Civil, Editorial Cajica, Puebla, México 1945.

Bonfanti, Mario A., Contratos Bancarios: Responsabilidad de la Entidad Financiera, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1993.

Borja Martínez, Francisco, Régimen Jurídico Aplicable en Materia de Tasa de Intereses, Anuario de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 13 Tomo I. U. I., 1981.

Borja Soreano Manuel, Teoría General de las Obligaciones, Tomo I, México 1953.

Brugi, El Derecho Italiano, Instituciones de Derecho Civil, Trad. De J. Simóbofarrul, México 1946.

Castan Tobeñas, José, Derecho Civil Español, Común y Foral, Décima Edición, Tomo 30, Madrid, 1967.

Cervantes Ahumada, *Títulos y Operaciones de Crédito*, 5º Edición, Editorial Herrero, México 1966.

Codex, Liber IV, Cap. XXXII, "*De Usuris*", No. 28.

Cosack, *Tratado de Derecho Comercial*, Trad. De L. Mis, París, 1994 Tomo I.

De Pina Vara, Rafael, *Derecho Mercantil Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1973.

Diez Duarte, Raúl, *La Simulación de Contratos en el Código Civil Chileno*, Editorial Imprenta de Chile, Santiago de Chile, 1957.

Enneccerus y Lehman, *Tratado de Derecho Civil*, Trad. De Pérez de González y Alguer, Bosch, Barcelona, 1933, Tomo II, Derecho y Obligaciones, Volumen I.

Escarra y Rault, *Principios del Derecho Comercial*, París, 1937, Tomo VI.

Fernández de León, Gonzalo, *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial SEA Buenos Aires, Argentina, 1962.

Fernández del Castillo Bernardo, *Apuntes del Derecho Mercantil*, México, 1941, Apuntes Mineográficos.

Ferrara, Francisco. *La Simulación en los Negocios Jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1960.

J. Garriguez, *Contratos Bancarios*, Madrid, 1975.

Lozano Noriega Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil*, Contratos, Quinta Edición, Asociación Nacional del Notario Mexicano A.C.

Lyon Caen y Renault, *Tratado de Derecho Comercial*, París, 1899.

Martínez de Castro, René. *El Contrato de Cuenta Corriente*, México, 1943.

Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil*, Editorial Porrúa, Edición 26°, México 1989.

Messineo, T. IV, N|. 12, Pág. 483, citado por Rubén S. Stglitz, *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*.

Montero Duhalt, Sara, *La Socialización del Derecho en el Código Civil de 1928, en el Libro del Cincuentenario del Código Civil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1978.

Moreno Cora S., *Tratado de Derecho Mercantil Mexicano*, México, 1905.

P. F. Girard, *Manual Elemental de Derecho Romano*, Edit. VII, París, 1924.

Planiol, Marcelo y Ripert G. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, París, 1931, Tomo II.

Planiol Marcelo y Ripert Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo VII, obligaciones (Segunda Parte), Cultural S. A., Habana, 1945.

Puente, Arturo y F., *Derecho Mercantil, Escuela Bancaria y Comercial*, México, 1980.

R. de la Grasserie, *Código Civil Alemán*, Traducido y Anotado, París, 1987.

Ricci, *Derecho Civil Teórico y Práctico*, Trad. De E. Ovejero, Madrid, Tomo XIII, N° 222.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil Contratos*, Editorial Porrúa, México, 1991.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Notarial*, N° 5 UNAM.

Ruggiero, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, Editorial Reus, España, 1915.

Salvat M, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Editorial Tipográfica, Argentina, 1954.

S. Stiglitz, Rubén y Stiglitz, Gabriela A., *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1985.

Sánchez Medal, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, México, 1993.

Thaller y Percerou. *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Séptima Edición, París, 1925.

Trigo Represas, Félix A. Y Stiglitz, Rubén, *Contratos*, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1989.

Zamora y Valencia, Miguel Angel, *Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, México, 1981.

### **LEYES CONSULTADAS.**

Código Civil para el Distrito Federal y del Fuero Federal.

Código de Comercio.

Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

Legislación Bancaria.

Ley de Amparo.

Ley Federal de Protección al Consumidor.

Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares.

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

Ley de Instituciones de Crédito.

### **OTRAS FUENTES.**

Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1988.

Diccionario de la Lengua Española, Esencial, de Larousse Planeta, S.A., México, 1994.

Diccionario de la Lengua Española, Madrid, 19° Edición.

Diario de Debates de la H. Cámara de Diputados, Exposición de Motivos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, 1932.

Enciclopedia Jurídica Omega, Tomo I, Editorial Biográfica Argentina, Buenos Aires.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.