

321909



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

2

CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS

2es.

ESCUELA DE DERECHO
CLAVE UNAM 3219-09

EL ANATOCISMO EN LOS CONTRATOS
BANCARIOS DE CREDITO CON GARANTIA
HIPOTECARIA PARA COMPRA DE CASA
HABITACION

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
CARLOS CAMPOS BERUMEN



MEXICO, D. F.

26/8/96

1998

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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.

Cuando la legalidad y la justicia no residen en el mismo sitio, se da la pauta para que surjan las expresiones sociales más explosivas.

I N D I C E

	PAGINA
JUSTIFICACION METODOLOGICA	7
Hipótesis.....	7
Objetivos.....	10
Metodología.....	13
 CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES	 14
 CAPITULO 1.- ANTECEDENTES HISTORICOS	 21
1.1 La Comunidad primitiva.....	21
1.1.1 Babilonia.....	22
1.1.2 Grecia.....	23
1.2 Roma.....	24
1.2.1 Los intereses.....	25
1.2.2 La Regulación de las Tasas.....	27
1.2.3 La Prohibición de la Usura.....	28
1.3 Edad Media.....	30
1.3.1 Santo Tomas de Aquino.....	32
1.3.2 El Papel de la Iglesia.....	32
1.3.3 El desarrollo de la Economía.....	34
1.4 Epoca Colonial.....	36
1.5 México dependiente.....	39
1.5.1 La Iglesia.....	39
1.5.2 Los Comerciantes.....	40
1.5.3 Los Bancos.....	44
1.6 Periodo Revolucionario.....	47

CAPITULO 2.- CONSECUENCIAS SOCIOECONOMICAS DEL ANATOCISMO	49
2.1 La Sociedad Mexicana Ante la Evolución del Problema.....	49
2.2 El Anatocismo a la Luz del Neoliberalismo.....	56
2.3 Consideraciones Generales.....	62
CAPITULO 3.- EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO	64
3.1 La Banca y el Crédito.....	64
3.1.1 El principio Bancario.....	66
3.1.2 El crédito.....	69
3.2 Los Bancos Ante la Resolución de la Suprema Corte de Justicia.....	71
3.2.1 La realidad del Problema.....	72
3.3 Las Reestructuraciones.....	73
3.3.1 El ADE.....	73
3.3.2 Las UDIS.....	74
3.4 Se aplica el Anatocismo en los Ahorros?.....	77
3.5 El Fondo Bancario de Protección al Ahorro.....	79
3.6 La visión a Futuro.....	82
CAPITULO 4.- TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS	85
4.1 Contratos Civiles.....	85
4.1.1 Definición.....	85
4.1.2 El Contrato Como Norma Jurídica Individual.....	86
4.1.3 Elementos del Contrato.....	87
4.1.4 Los Presupuestos del Contrato.....	88
4.1.5 Criterios de Clasificación.....	92
4.2 Contratos en Particular.....	94
4.2.1 Contrato de Adhesión.....	94
4.2.2 Contratos Principales y Contratos Accesorios.....	96
4.2.3 El Contrato de Hipoteca.....	97
4.2.4 Contrato de Mutuo.....	98

4.3	Contratos Mercantiles.....	101
4.3.1	Régimen de las obligaciones Mercantiles.....	102
4.4.	Contratos Mercantiles en Particular.....	103
4.4.1	Contrato de Préstamo Mercantil.....	103
4.4.2	Contrato de Apertura de Crédito.....	104
4.5	Contratos de Naturaleza Mixta.....	110
CAPITULO 6.- LA VISIÓN DE LAS PARTES EN EL PROBLEMA		115
5.1	Banqueros y Deudores.....	115
5.2.	La Ontología Formal del Derecho y la Lógica Jurídica.....	117
5.3	La visión de los Peritos en Derecho.....	119
5.3.1	Una de las Resoluciones a Favor de la Banca	120
5.3.2	Una de las Resoluciones a Favor de los Deudores.....	121
CAPITULO 6.- NATURALEZA DE LOS CONTRATOS DE CREDITO PARA COMPRA DE CASA HABITACIÓN		123
6.1	Naturaleza jurídica de los Contratos.....	127
6.2	Pero, ¿Es Correcto Asignarles Naturaleza Mercantil a estos Contratos?....	131
CAPITULO 7.- EL ANATOCISMO FRENTE AL SISTEMA JURIDICO MEXICANO		141
7.1	El anatocismo.....	141
7.2	La Interpretación Sistemática.....	142
7.3	Aplicación de la Norma Supletoria.....	148
CAPITULO 8.- ANÁLISIS JURIDICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE CRÉDITOS CON GARANTIA HIPOTECARIA		152
8.1	La Nulidad de la Cláusula que los Contiene.....	152
8.2	La estructuración Crediticia Fue Financiera No Económica.....	153
8.3	Encubrimiento de un Acto Simulado.....	155
8.4	El Pretendido Uso Discrecional del Crédito.....	156

8.5	La Existencia de un Acto Ilícito.....	157
8.6	Acuerdo de Voluntades.....	159
8.7	Conocimiento Previo de las Cláusulas.....	161
8.8	Intereses Comprendidos de Manera Indeterminada e indefinida.....	162
8.9	Refinanciamiento de Intereses Inviabile.....	164
	 CAPITULO 9.- LA RESOLUCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA	 166
	DE LA NACIÓN.	
9.1	Análisis de la Resolución.....	166
9.2	Las Tesis Jurisprudenciales que Incluye la Resolución.....	168
9.3	Uno de los Votos de Minoría.....	171
9.4	Consideraciones Finales.....	178
9.5	La Modificación al Marco Legal Aplicable.....	185
	 CONCLUSIONES.....	 189
	 BIBLIOGRAFIA.....	 202

JUSTIFICACIÓN METODOLOGICA

HIPOTESIS:

La presente investigación parte de las hipótesis, supuestos y hechos que a continuación describo:

En primer término se da la hipótesis de que tanto el artículo; 363 del Código de Comercio como el artículo 2397 del Código Civil regulan los supuestos de la prohibición a que se pacte el cobro de intereses sobre intereses o **Anatocismo**.

Se parte del supuesto de que, por lo aparentemente obscuro y lacónico del texto de la normatividad aplicable a los contratos bancarios de crédito con garantía hipotecaria para adquisición de vivienda, pudiera ser que, los acreedores (instituciones bancarias), pretendieran, la validez de la cláusula en la que se pacto por adelantado este cobro de intereses sobre intereses. Por otra parte, también se podría dar el caso contrario, en el que el deudor pretendiera la nulidad de la referida cláusula, argumentando que el pacto anticipado de capitalización de intereses esta prohibido por la ley, y que además, la naturaleza jurídica del contrato por ellos signados, en todo momento fue de naturaleza eminentemente civil. Con lo anterior, se estarían violando los principios jurídicos que establecen: a) una conducta jurídicamente regulada no puede estar prohibida y permitida a la vez: b) la naturaleza jurídica de los contratos, es aquella que se desprende de sus elementos esenciales.

De lo anterior, se llega a la hipótesis de la existencia de una supuesta **Antinomia** contenida en el artículo 363 del Código de Comercio, la cual ha generado por lo diverso de las resoluciones (dictadas por jueces y magistrados de los poderes judiciales estatales y federal), una contradicción tesis.

Se parte del hecho de que a poco más de tres años del comienzo de la crisis financiera de 1994, millones de mexicanos, que acudieron a los bancos

privatizados para obtener créditos, ahora esperan lo que será tal vez la resolución más importante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las últimas tres décadas y de la cual dependerá en gran medida el futuro del sistema financiero del país.

Este problema se remonta al año de 1992, en que los bancos, con la supuesta finalidad de mantener actualizado el valor de los créditos de largo plazo, diseñaron y establecieron un esquema por medio del cual, incluyeron en los contratos de crédito hipotecario, una cláusula, por medio de la que otorgaban, además del crédito que sirvió de base para adquirir el inmueble que se hipoteca, un segundo crédito denominado adicional, (de uso supuestamente discrecional) por un monto mucho mayor al primero, (en algunos casos llegó a ser mayor hasta en 700%). A través de este crédito adicional, los bancos se aseguraban para que, en el caso de que el acreditado por medio de sus aportaciones mensuales, no cubriera el importe total de los intereses devengados en ese periodo; sin necesidad de autorización posterior por parte del acreditado, los bancos tomarían del crédito adicional el capital restante y mediante un simple asiento contable de cargo y abono complementarían el importe total devengado cada mes, cobrándole al acreditado intereses sobre las cantidades utilizadas en ambos créditos. A este esquema los bancos le llamaron refinanciamiento.

Para el establecimiento de este esquema crediticio, los bancos consideraron que: por un lado las tasas de interés a corto plazo tendían a disminuir, y que de la misma forma, en la medida que las tasas disminuyeran, el monto de los pagos hechos por los acreditados podrían ir aumentando también, de tal suerte que en una primera etapa, los intereses serían superiores a los pagos realizados, utilizándose entonces el crédito adicional, y en una segunda etapa, debido al aumento en el monto de las aportaciones de los acreditados, los pagos de capital llegarían a ser mayores que el monto de los intereses, y el saldo sobrante se aplicaría directamente al capital,

compensándose así lo que en los primeros años del crédito se dejaba de pagar con lo que se pagaba posteriormente, y esperando llegar a finiquitar el crédito con todo y sus accesorios al final del plazo convenido.

Sin embargo, el resultado a sido diametralmente diferente a lo que esperaban los bancos, ya que en diciembre de 1994 una devaluación del peso frente al dólar incrementó bruscamente las tasas de interés a niveles insospechados, dando como resultado el incremento de todas las variables sobre las que se hizo depender el esquema crediticio bancario, por lo que ahora las instituciones de crédito están pretendiendo el cobro en condiciones muy por encima de la capacidad de pago de los acreditados y además, en contravención de las disposiciones legales en vigor; ya que fueron los bancos los que estructuraron financieramente los créditos, sujetándolos a diversas variables económicas sin tener sobre ellas ningún control.

Esta situación ha ocasionado un aumento incontrolable en la deuda de los acreditados, la cual, se ha acrecentado aun más debido por un lado a que las tasas de interés no han bajado a los niveles para los cuales se estructuro el presente esquema crediticio y por otro lado, al hecho de que los bancos suman el importe de los intereses devengados y no pagados cada mes, al monto sobre el que calculan los intereses para el siguiente periodo, y en la misma forma lo hacen al mes siguiente, produciéndose con ello el cobro ilegal de intereses sobre intereses, incurriendo en un pacto oculto de **Anatocismo** prohibido por la ley, ocasionando con esto que los deudores se encuentran impedidos tanto económica como jurídicamente para el cumplimiento de sus obligaciones.

Lo anterior es solo una pequeña parte de lo que tendrá que resolverse para superar la secuela devastadora que dejo la crisis financiera más profunda de nuestra historia moderna.

OBJETIVOS:

Determinar, en que medida ha influido sobre la actual crisis financiera, la implantación en México, del régimen económico neoliberal, y en su caso, establecer el efecto de esto sobre las altas tasas de interés que en los últimos años han prevalecido en nuestra economía.

Establecer, a partir de sus elementos esenciales, cual es la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito destinado a satisfacer la necesidad civil de casa habitación para uso personal.

Determinar, si es que, desde la perspectiva de los acreditados, es justo que por cuestiones meramente procedimentales, se aplique a los referidos contratos la legislación mercantil, pese a que los deudores nunca tuvieron fines eminentemente lucrativos.

Establecer, si es que en hechos, las instituciones bancarias, mediante la aplicación del crédito adicional para refinanciamiento de intereses, obtienen idénticos resultados económicos, a los que obtendrían si, hubieran pactado la capitalización de intereses (anatocismo); lo anterior en detrimento de la economía de los acreditados.

Analizar, dentro de la legislación mexicana, el problema sobre la pertinencia y/o temporalidad para la realización del pacto de capitalización de intereses o anatocismo.

Evidenciar que, en los contratos bancarios de crédito hipotecario para adquisición de vivienda, existe encubierto un pacto anticipado de capitalización

de intereses o anatocismo, el cual esta expresamente prohibido por las leyes mexicanas.

Mostrar que, existe una relación directa entre el crecimiento exponencial de las carteras vencidas y el pacto por medio del cual las instituciones de crédito establecieron la apertura de un segundo crédito destinado al refinanciamiento intereses vencidos sobre el que también cobraban intereses.

Establecer, la inexistencia de la supuesta antinomia contenida en la legislación mercantil, aplicable a la capitalización de intereses.

Establecer la forma en que los contratos en comento transgreden el sistema jurídico mexicano.

Resaltar la necesidad de que, el sistema financiero mexicano, se maneje apegado a las sanas practicas y usos bancarios, con el objetivo de lograr, que tenga viabilidad en el futuro, y que de esta manera, se justifique, su existencia dentro del marco socio económico mexicano.

Resaltar la gran importancia que el legislador le ha conferido al problema de la vivienda, a tal grado que la incluyo dentro de la propia Constitución en capitulo de las Garantías Individuales y Sociales.

Evidenciar, la apremiante necesidad de establecer dentro de la legislación mercantil, un capitulo especial destinado a regular de manera justa y equitativa, todo tipo de financiamiento, destinado específicamente, a la adquisición de vivienda para uso personal.

Establecer la necesidad de reformar tanto la legislación mercantil, como la financiera, a fin de establecer una mayor transparencia en el establecimiento de las tasas de interés que rigen el sistema financiero mexicano Evitando así, que en el futuro, el sistema financiero mexicano vuelva a sufrir situaciones de quiebra técnica como la actual.

METODOLOGIA

1. Análisis de los conceptos afines a los contratos de bancarios de crédito para adquisición de vivienda en los que se pacta el cobro de intereses.

2. Análisis histórico de la visión que sobre el tema han tenido las diferentes culturas y la forma en la que han tratado de regularlo.

3.-Análisis de algunos elementos de la política económica que, aunque ajenos a los contratos, tienen una gran influencia sobre la viabilidad del esquema crediticio.

4. Análisis de la naturaleza jurídica de los contratos bancarios de apertura de crédito con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda.

5. Análisis de los siguientes elementos: legislación Mercantil; legislación Civil; criterios jurisprudenciales; interpretaciones doctrinales y exposición de motivos de la legislación, todos ellos aplicables a los contratos materia del presente trabajo.

6. Análisis jurídico de algunos de los elementos mas comunes contenidos en los diferentes contratos bancarios de crédito con garantía hipotecaria.

7.- Análisis de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CONCEPTOS JURIDICOS FUNDAMENTALES

Con la finalidad de hacer más fácil la comprensión del presente trabajo, transcribo a continuación los siguientes conceptos en su mayoría obtenidos del Diccionario Jurídico Mexicano editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, o en su caso, de la fuente mencionada.

a) ANTINOMIA

RAFAEL DE PINA lo define como

Contradicción u oposición entre el contenido de dos normas jurídicas vigentes.

b) ANATOSISMO

El diccionario jurídico **ABELEDON-PERROT** lo define así.

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

La enciclopedia jurídica **Ormeba** lo define de la siguiente manera. del griego *aná*, reiteración y *tokimós*, acción de dar a interés.

En lenguaje jurídico designa el pacto por el cual se conviene pagar intereses de intereses vencidos y no satisfechos. No debe confundirse, sin embargo, con la estipulación de una elevación del interés, para el supuesto de simple mora, en cuyo caso consiste en una cláusula penal.

El hecho de existir réditos por los intereses, que con tal fin se agregan al capital, constituye, en verdad una formación de un interés compuesto, ya que se consideran los intereses devengados como un nuevo capital, que rinde a su

vez los suyos. Esta forma de usura es de lo mas frecuente, y ha sido reconocida bajo ciertas condiciones en forma legal.

De lo que podemos concluir que anatocismo es el acto mediante el cual el acreedor, por incumplimiento de las exhibiciones estipuladas capitaliza los intereses vencidos y los añade al saldo total del deudor constituyéndose así un interés compuesto, ya que se consideran los intereses devengados como nuevo capita que rinde a su vez sus propios intereses.

c) INTERESES

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

Los intereses son frutos civiles, no merman la esencia y cantidad del bien del cual provienen.

d) REFINANCIAMIENTO

El término refinanciamiento no tiene una acepción o significado gramatical, por lo que se trata de un vocablo utilizado en el argot financiero.

Se trata de un concepto híbrido, formado por el latín "*re*" que significa "de nuevo" y del termino francés "*financer*" quiere decir, aportar el dinero que se necesita para una empresa. En la practica bancaria, él termino "refinanciamiento" se aplica a aquellas operaciones en las que, habiéndose concedido un crédito se otorga a su vez una suma adicional a dicho crédito

original por ese concepto, por lo que sí nos atenemos a su etimología que antes vimos, podemos decir que se trata de un nuevo financiamiento.

e) MUTUO

Del latín *mutuus*

M. Planiol en su obra **Teoría General de los Contratos** lo define así:

“Hay mutuo o préstamo de consumo cuando la propiedad de la cosa prestada se transfiere al deudor y éste, después de haberla enajenado o consumido, se libera mediante la prestación de una cosa de la misma naturaleza, con la posibilidad de estipular el pago de un interés.

En el mutuo se considera que la cosa ha mudado de dueño, es decir la propiedad se ha transmitido a aquel que la recibe. Son objeto de este contrato las cosas consumibles y fungibles; usualmente recae en el dinero, pero podrían ser objeto del contrato cosas diversas del dinero, como las semillas y otros productos del campo.

f) CREDITO

WERNER SOMBART en su obra **El Apogeo del Capitalismo**, lo define así: Crédito en el sentido de operaciones de crédito o de tráfico crediticio es aquella transacción (de la economía vinculada al mercado) en la que a una prestación no corresponde de un modo inmediato la contraprestación correspondiente, sino sólo la promesa de realizar esta en el futuro.

La palabra crédito viene del latín *creditum*, que significa tener confianza, tener fe en algo, es la transferencia de bienes que se hace en un momento dado por una persona a otra, para ser devueltos a futuro, en un plazo señalado, y generalmente con el pago de una cantidad por el uso de los mismos. También pueden prestarse servicios a crédito, la apertura de crédito.

Paolo Greco nos dice que:

En sentido jurídico, crédito indica el derecho subjetivo que deriva de cualquier relación obligatoria y se contrapone 'al débito' que incumbe al sujeto pasivo de la relación. En sentido económico-jurídico significa cuando en una relación de dar o poseer existente entre dos sujetos, se da en un primer tiempo para recobrar después en un segundo tiempo, lo que se ha dado.

g) SISTEMA DE CREDITO ADICIONAL

Según el contrato de Crédito Hipotecario de **BANAMEX**. Se entiende este como una medida tanto de carácter jurídico como económico, a través de la cual el acreditado puede disponer de sumas adicionales al importe del crédito destinado a la adquisición del inmueble que se hipoteca y que se utilizara para completar el pago de los intereses que no alcance a cubrir con el importe de la erogación neta y sobre ambas pagara intereses, de tal forma que en el contrato se pacta el sistema comúnmente llamado interés compuesto.

h) CONTRATO

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

I) CONTRATO DE ADHESIÓN

La palabra adhesión proviene del latín *adhesio* y *adhaesus*, derivado del verbo *adhaerere*, estar pegado estrechamente. En los contratos de adhesión hay predominio exclusivo de una sola voluntad que obra como voluntad unilateral, se ofrece al público un contrato ya formado, cuyas cláusulas en la generalidad se encuentran impresas. Finalmente en nuestra legislación la Ley Federal de Protección al Consumidor regula en forma expresa este contrato; los contratos de adhesión son aquellos cuyas cláusulas han sido aprobadas por alguna autoridad o redactadas unilateralmente por el proveedor, sin que la contraparte para aceptarlo, pueda discutir su contenido.

J) HIPOTECA

Del latín, *hypotheca*, y éste del griego, *hypotékes* prenda; suposición, en el sentido de poner una cosa debajo de otra, añadirla; apoyar, sostener o asegurar una obligación. Derecho real de garantía constituido por convención entre las partes, por manifestación unilateral de voluntad o por imperio de la ley, para asegurar el pago de un crédito, sobre bienes que no se entregan al acreedor y que, en caso de incumplimiento, pueden ser vendidos para cubrir con su precio el monto de la deuda

Según Manuel Borja Soriano 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 grabado, 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.

k) BANCO

Del germánico *Bank*, asiento; por referencia al que en las ferias medievales ocupaban los cambistas.

Según **Gay de Montella**: Las instituciones de crédito o bancos son empresas que tienen por finalidad el ejercicio habitual de la banca y del crédito. Fundamentalmente se caracterizan por desarrollar actividades de intermediación en el crédito: "actividad intermediaria entre el capital que busca colocación y el trabajo que lo reclama y pide medios para aplicación productiva"

La misión esencial de los bancos consiste en actuar como intermediario en el crédito, centralizando primero los capitales dispersos que se encuentran disponibles, y redistribuyendolos luego en operaciones de crédito a favor de quienes necesitan el auxilio de capital para producir.

l) ACREEDOR

Del latín *creditor*, de *credere*, dar fe, que tiene acción o derecho a pedir el pago de una deuda. El acreedor es la persona titular del derecho a la prestación debida, ante quien y en cuyo interés otra llamada deudor debe desarrollar una actividad determinada, patrimonialmente valorable que consiste en un dar, hacer o no hacer, es el titular de la prestación a cargo de otra llamada deudor.

Acreedor hipotecario. Aquel acreedor que tiene derecho, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, a ser pagado con el valor de los bienes, sin necesidad de entrar en concurso con los otros acreedores, a menos que se trate de otros de la misma clase.

m) DEUDOR

El **Diccionario Jurídico Mexicano** lo define:

Del latín *debitor* Se entiende como tal a la persona que en la relación jurídica es titular de una obligación y que se constituye en el deber de entregar a otra, denominada acreedor, una prestación.

La denominación de deudor se aplica principalmente a las relaciones jurídicas contractuales y sus obligaciones consisten en pagar en el tiempo, forma y lugar convenidos o en su defecto señalados por la ley.

n) SIMULACIÓN

Del latín *simulo*, *simulare*, que significa imitar, representar lo que no es, fingir. El verbo simular significa presentar engañosamente una cosa, como si en verdad existiera como tal, cuando en la realidad no es así. En la simulación se hace aparecer lo que no existe en la disimulación se oculta lo que en verdad, existe; empero, en uno y otro casos el propósito es el engaño.

o) USURA

Según **Rafael de Pina** es la actividad consistente en la prestación de dinero con intereses evidentemente superiores a los que debiera percibirse de acuerdo con las normas de la moral y del derecho, valiéndose de la ignorancia o las malas condiciones de una persona, por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulan réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado de dinero.

CAPITULO 1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ANATOCISMO

Con las limitaciones propias de una investigación de esta naturaleza, a continuación haré un breve esbozo del gran esfuerzo que a lo largo de la historia de la humanidad, han desarrollado las comunidades para evitar los abusos de la usura y sus terribles consecuencias.

1.1. LA COMUNIDAD PRIMITIVA

“Como otras actividades humanas, la relativa a los préstamos, tiene una larga historia que se puede afirmar, está muy ligada en sus orígenes a los pueblos asentados en la cuenca mediterránea y, posteriormente, a los pueblos europeos, aun cuando en nuestros días es un fenómeno que se observa con normalidad en todos los países del mundo”.¹

En la antigüedad, ya sea dentro de la tribu, del pueblo o del clan, no existía la figura del préstamo, por consiguiente, también se presume la inexistencia del cobro de intereses, en razón de ser desconocidas para estas incipientes comunidades las prestaciones de tipo oneroso. Ya que tan pronto como en la vida económica comunitaria se utilizaban energías ajenas, estas revestían la forma de auxilio fraternal o de ayuda para casos de emergencia, la cual descansa sobre la obligación de asistir gratuitamente a los hermanos de linaje. “La prohibición de cobrar intereses en el mundo antiguo es igualmente corriente respecto al hermano en el Islam primitivo y en el brahmanismo”.²

Por doquier el interés surgió en la zona del préstamo al forastero, respecto a los individuos ajenos al linaje, o bien en forma de préstamo

¹ACOSTA ROMERO, Miguel, *La Banca Múltiple*, 1ª. Edición, México 1981, p 17.

²WEBER, Max, *Historia Económica general*, Ed FCU . 4ª. Edición, México 1964, p. 231, 232

*estamental*², además la pugna entre acreedor y deudor es siempre, en principio una contraposición entre el *patriciado ciudadano* y los *labriegos de los distritos rurales*, situación que también ocurre en China, en la India y en Roma, dominando también esta misma concepción en el Antiguo Testamento.

1.1.1. BABILONIA

De acuerdo con Durant, en su obra *La historia de la Civilización*³, los primeros indicios acerca de la existencia del cobro de intereses, se refieren a que en la antigua Babilonia aproximadamente 2000 años a de nuestra era, contaban ya con un bien desarrollado sistema financiero; además, dentro de sus instituciones se encuentran ya, los lineamientos de: "los títulos de crédito, producto curiosamente de la situación propia de la época, debido a que el comercio sobre todo el terrestre, corría grandes peligros por los continuos asaltos de que eran víctimas los comerciantes, lo que obligo a que se reunieran para transportarse en caravanas, pero más que eso, a idear la forma de pago sin llevar con síigo metálico"⁴, aún cuando no utilizaron la moneda antes del Código de Hammurabi, basaban sus transacciones en los metales preciosos para lo cual usaban lingotes de oro y plata, como signos de valor y como medios de cambio.

"Los prestamos se hacían en mercancías, o en lingotes, a muy altas tasas de interés, los que eran fijados por el Estado y que fluctuaban entre el 20 por ciento en préstamos en metálico y el 33 por ciento en préstamos en especie".⁵

² El individuo pertenece a la sociedad no como tal, sino a través de un gremio, cofradía, comunidad, consulado etc. La sociedad esta dividida en castas sobre una base racial.

³ DURANT WILLIAM, James, *La historia de la Civilización*, Ed. Twenty Sixth, N.Y. 1954.

⁴ VAZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Contratos Mercantiles*, 1ª. Edición, Ed Porrúa, México 1982, p 3

⁵ DURANT WILLIAM, Pag. 228

Aunque no había bancos en Babilonia, existían un grupo de familias poderosas las cuales se heredaban de generación en generación el arte y el negocio de prestar dinero, negociar con bienes raíces y financiar todo tipo de empresas industriales de aquella época.

Los sacerdotes en cambio otorgaban préstamos y financiaban sobre todo cultivos agrícolas, apoyando así a las clases más desprotegidas.

Retomando a Durant, y según su obra citada, en la antigua China también se desarrolló un primitivo sistema de crédito y de acuñación de moneda, en relación a esto, apunta que los mercaderes se prestaban entre ellos, a tasas de interés muy elevadas, de ahí la existencia de un antiguo proverbio chino que rezaba: "los ladrones al mayoreo son el inicio de un banco".⁶

1.1.2. GRECIA

Los banqueros se conocían en Grecia, con el nombre de Trapezitas y Columbistas y se dedicaban al cambio, a hacer préstamos y, en Atenas hacia el siglo V a. de C., la mayor parte de ellos eran extranjeros. Las tasas de interés que cobraban, eran exageradamente altas.

Los bancos griegos confrontaban problemas, porque muchos denunciaban los préstamos con interés como un crimen. Hacia la V Centuria, en Atenas, mucha gente prefería esconder sus ahorros, en lugar de entregarlos a los bancos. "Los templos servían también como bancos y otorgaban préstamos a los individuos y los Estados, a tasas muy moderadas de interés: un ejemplo fue el Templo de Apolo en Delfos".⁷

⁶ Ibidem, p. 1179

⁷ ACOSTA ROMERO, Miguel, p. 21

En el siglo IV a. de C., los Estrados griegos y las Iglesias fundaron bancos públicos con el fin de sustraerse a la presión de las fuertes tasas de interés que los banqueros privados, religiosos y laicos y, así los bancos públicos estaban manejados por funcionarios y tenían la guarda de los fondos públicos.

1.2. ROMA

El sistema bancario llegó a Roma proveniente de la parte oriental de Grecia y estuvo manejado principalmente por griegos y sirios en Italia, en el Oeste y aún en las Galias, en donde las palabras sirio y banquero eran sinónimos. Estaban diseminados por todo el imperio y realizaban múltiples operaciones, desde el cambio de moneda, depósito con intereses y compraventa de productos, además, negociaban con bienes raíces, colocaban dinero y cobraban deudas.

“Los negociadores (*negociatores*), eran una especie de banqueros privados, semi-usureros y semi-trafficantes que actuaban en los confines del Imperio Romano y al margen de su esfera de influencia directa, la mayoría de ellos eran judíos⁸. A estos su religión les prohibía el préstamo con intereses entre ellos, pero esta actividad les estaba autorizada si el deudor era extranjero, situación de la que supieron sacar provecho.

⁸ *Ibidem*, p. 25.

1.2.1. LOS INTERESES.

“En Roma, antes como hoy, los prestamistas tenían la costumbre de hacerse pagar intereses, *usurae*”.⁹ Los intereses representaban el equivalente del uso que a ellos, les había privado el *mutuum*, ya que hasta el día de la restitución, el prestatario saca de las cosas prestadas toda la utilidad que estas pueden procurarle; y mientras tanto el que presta esta privado de esta utilidad, situación por la que los prestamistas se vieron obligados a buscar la manera de asegurar sus ganancias, apoyados en las incipientes figuras de los contratos.

Roma, es el lugar por excelencia donde surgen los contratos, aunque originalmente no eran una fuente genérica de obligaciones, ya que sólo algunas figuras típicas del acuerdo de voluntades producían acción y era sancionado su incumplimiento, entre las principales según el esquema que presenta Floris Margadant, tenemos: a) Contratos *verbis* que se perfeccionaban (es decir adquirían obligatoriedad) sólo mediante el uso de determinadas frases verbales, por ejemplo la *stipulatio*, b) Contratos *litteris* que se perfeccionaban mediante la inscripción de un registro (*codex accepti et expensi*) de una deuda, c) Contratos *re* que adquirían obligatoriedad mediante el consentimiento de las partes aunado a la entrega (traditio) de una cosa (res), dentro de esta figura se encontraban el *mutuum*, el *comodato*, el *depósito* y la *prenda*; generalmente creaban obligaciones sólo para la parte que recibía la cosa, d) Contratos consensuales que se perfeccionaban por el mero consentimiento de las partes, e) Contratos innominados eran aquellos que no encuadraban dentro de una figura típica y que resultaban obligatorios cuando concurrían el consentimiento y la prestación de una de las partes¹⁰.

Los contratos *verbis* y *litteris* no eran, hablando con propiedad, más que maneras de contratar, de dar la fuerza obligatoria a convenciones de

⁹ PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editora Nacional, México 1952, p 379

¹⁰ MARGADANT FLORIS, Guillermo, *Derecho Privado Romano*, Dc. ESFINGE. S.A., México. 1986. p380

naturalezas muy variadas. Los contratos re y los contratos consensuales tienen otro carácter: cada uno de ellos se aplica a una operación especial, a un género de negocios determinado; El mutuo eran una de las formas corrientes que podían tomar los contratos de préstamo con intereses, como era un contrato *stricti iuris*, los pactos adyectos que se referían a intereses, no tenían validez. De ahí que se necesitaran estipulaciones especiales para fijar los réditos debidos por un deudor.

En principio el prestatario no estaba obligado a pagar intereses más que cuando se había comprometido a ello por un contrato de estipulación unido al *mutuum*, ya que dichos intereses constituían una obligación accesoria y para fijarlos precisaban de estipulaciones especiales a fin de que se dispusiera de una acción para reclamarlos. Desde entonces el acreedor, tenía dos acciones: una, nacida de del *mutuum*, para reclamar el equivalente de las cosas prestadas; Otra, nacida de la estipulación, para exigir el pago de los intereses convenidos. Pero una simple convención no obligaba al prestatario a pagar intereses, es decir, a devolver más de lo que había recibido. En virtud de este pacto el acreedor carecía de acción alguna. "Aunque el prestatario estaba obligado naturalmente; de manera que, si pagaba por error los intereses convenidos, no podía reclamar esta cantidad por la *condictio indebiti*, como pagado indebidamente, ni imputarlo sobre el capital de la deuda".¹¹

Cuando se trataba de prestamos en dinero, el principio de que los intereses no pueden ser exigidos en virtud de un simple pacto, conservaba toda su energía. Ya que esta situación no fue derogada más que para un pequeño número de hipótesis:

- a) "Cuando se trataba de dinero prestado por una ciudad, un simple pacto bastaba para hacer exigibles los intereses.
- b) En caso de *nauticum fenus*. Es un *mutuum* de una naturaleza especial. El dinero prestado debe ser empleado en el comercio marítimo, el cual esta

¹¹ PETIT. Eugene. p 380

sujeto a la suerte de un transporte por mar, y llamado por esta razón *pecunia trajectitia*. El prestatario no debe nada si el navio perece con el dinero; Debe devolver la cantidad si el viaje es feliz y como compensación a este riesgo de perdida, y para alentar a los ciudadanos a arriesgar sus capitales en estas operaciones comerciales, que los peligros de la navegación hacían arriesgadas, el prestamista podía hacerse pagar pingues intereses aun superiores a la tasa legal y estos intereses eran exigibles en virtud de un simple pacto.

- c) Justiniano dispuso a los banqueros de la necesidad de una estipulación para hacer correr los intereses en su provecho, a causa de los servicios que estos le prestaban a las personas que les piden dinero prestado. Mas aun, decidió que los intereses les serían debidos independientemente de todo lo convenido¹².

1.2.2. LA REGULACION DE LAS TASAS

Al préstamo de dinero se liga naturalmente, la cuestión de la tasa que se le aplicaba al interés. En relación a esto Eugene Petit, afirma que en la antigua Roma, durante los tres primeros siglos de la civilización romana, ninguna ley regulaba esta tasa, que por consiguiente, queda al arbitrio de los acreedores.¹³ La moneda tosca y rara se presta a una tasa elevada, y muy pronto esta situación tan anárquica desencadena la usura, la que termina por agobiar y arruinar a los plebeyos. Esta opresión se agrava, con los rigores que el Derecho primitivo autoriza contra los deudores *nexi o juridicati*, y llega a ser tan inclemente que provoca sediciones al interior de la sociedad romana, la más seria de ellas fue la retirada de la plebe al Monte Sacro, en el año 260 de

¹². *Ibidem*, p 380

¹³ PETIT, Eugene, , p 381.

Roma, la cual solo se controla cuando los plebeyos hubieron obtenido la creación del tribunado, y posteriormente gracias a los esfuerzos de los tribunos, fue redactada la Ley de las XII Tablas, estos magistrados no dejaron de provocar la inserción en esta Ley de una disposición que fijaba de una manera precisa la tasa máxima del interés, mediante el *unciarium fenus*. ¿Pero cual era el valor que se le dio? Los textos no lo dicen con certeza, y la controversia aun persiste ya que los diferentes autores evalúan en un rango que va desde un uno, hasta de un cien por ciento anual. Según la opinión que parece más fundada, el valor que se le dio, fue la tasa del ocho un tercio por ciento, "ya que la unidad por excelencia entre los romanos era el *as*, que se divide en doce onzas".¹⁴ Es pues, natural que el *unciarium fenus* sea el interés de una onza, o de un dozavo del capital: o sea un ocho un tercio de un capital de ciento el cual se calculaban por años enteros, ya que para entonces se mantenía la costumbre heredada desde los primeros romanos, que, dedicados a la agricultura, y cuyas rentas eran anuales, y debían pagar los intereses después del plazo de las rentas.

Toda vez que la Ley de las Doce Tablas, limitaba seriamente las tasas de interés, y el préstamo realizado por el procedimiento primitivo del mutuo, no podía redituar automáticamente intereses; los prestamistas romanos inventaron una estipulación que originalmente era adyacente al mutuo y que se conoció con el nombre de *Phoenus*, mediante la que se obligaba al deudor a la restitución del capital e intereses al mismo tiempo.

1.2.3. LA PROHIBICION DE LA USURA

Continuando con la versión de Eugene Petit tenemos que, Cualquiera que fuera el valor del *unciarium fenus*, es cierto que pareció aun demasiado

¹⁴ PETIT, p 381.

oneroso a los agobiados deudores, y, en el año de 470 la tasa fue rebajada a la mitad: fue el *semiunciarium fenus*. Una vez en este camino los deudores ya no se detuvieron, y continuaron presionando para terminar con esta practica, hasta llegar al extremo de que según el testimonio de varios historiadores, una ley *Genucia*, en el año 342, prohibió terminantemente el préstamo con intereses de cualquier tipo, aunque esto no fue suficiente para detener los abusos de los prestamistas usureros, como lo prueban el gran número de leyes posteriores que tratan de reprimir los diversos fraudes bajo los cuales se oculta cada vez de manera más ingeniosa la usura y con ello el llamado *anatocismo*, entre ellas una de la época republicana establecida en el Código: *Ut nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur*, pero, como toda ley excesiva, con el tiempo perdió su efecto quedando como letra muerta, con lo que la usura reapareció bajo todas las formas posibles transgrediendo la prohibición en una escala nunca antes vista.¹⁵

Al respecto, y siguiendo a Silvano Silva, tenemos que, en el año 89 a. de C. un pretor que quiso aplicar la ley para tratar de auxiliar a los agobiados deudores, fue asesinado en la calle por los usureros quienes no estaban dispuestos a permitir que se les privara de un negocio tan lucrativo, remarcándose con esto, que cuando un fenómeno poco grato resulta inevitable es siempre mejor reglamentarlo que prohibirlo, y así desde el año 51 a. de C. se optó por la solución, más sensata, volver a fijar niveles máximos a los intereses, estableciéndose la de los *centimae usurae*¹⁶, es decir una centésima del capital al mes o el doce por ciento al año. Posteriormente Justiniano la redujo al seis por ciento (*simies usurae*).

La costumbre de contar los intereses mes a mes, según la practica de los griegos, se introdujo en Roma hacia la época de Cicerón, mucho después de la ley de las XII tablas, y vino a favorecer todavía más la usura, permitiendo

¹⁵ PETIT, Eugene, p 381

¹⁶ *Ibidem*, p. 340

legalmente al acreedor unir al capital los intereses vencidos y no pagados del mes anterior. El término escogido para el pago, era el día de las calendas. Los intereses así contados se llamaban *centecimae* y bajo este sistema podían alcanzar niveles de veinticuatro y hasta cuarenta y ocho por ciento anual. Bajo el Imperio, y hasta Justiniano, este tipo constituye el interés legal más elevado: *legitimae usurae*.

Como hemos podido observar, la época romanocristiana nos muestra una enérgica lucha en contra de la usura en la que el legislador habla inclusive en términos demagógicos sobre la voracitas *Creditum* y emprende la defensa de los deudores en forma tan clara mediante el principio de *favor devitoris*, así Teodosio II castigaba al acreedor que estipulaba intereses excesivos mediante multas, e inclusive mediante la pérdida de su crédito. En el año 498 de nuestra era Anastasio promulga un edicto (*lex Anastasiana*), en el cual encontramos una de las últimas prohibiciones del anatocismo dentro de lo que fue el Imperio Romano, el cual ordenaba “los réditos atrasados y acumulados no debían exceder el importe del capital”.

1.3. LA EDAD MEDIA

La Edad Media no conoció la distinción actual entre interés y usura. Ambos términos significaban esencialmente la misma cosa, pero cobrar intereses por un préstamo, cuando no había riesgo, era imperdonable, esta doctrina se deriva de las enseñanzas de los Padres que, a su vez encontraron confirmación a sus opiniones en diversos pasajes del Antiguo testamento o en la palabra de Jesús “(Lucas 6:35): Prestad sin esperanza de remuneración”¹⁷.

Los padre habían rebatido tanto la usura seglar como la clerical y pueden encontrarse condenas fortuitas de una y otra en las declaraciones de los papas

¹⁷ W. SPIEGEL, Henry, *El Desarrollo del Pensamiento Económico*, Ed. Omega, Barcelona 1973, p.85

y de los concilios a partir del siglo IV . En el año de 325, el concilio de Nicea prohibió al clero el cobro de intereses para cualquier tipo de préstamo y en 789 nos encontramos con el primer ejemplo de la legislación secular al respecto, cuando Carlomagno, basándose en la tradición, prohibió tanto la usura clerical como la seglar. En el año de 806, en que Carlomagno confirmó dicha legislación, definió la usura en amplios términos diciendo que tiene lugar siempre que “se exige que se devuelva algo más de lo que se ha dado”.

En 1139, el Segundo Concilio de Létran prohibió explícitamente la usura en todas sus manifestaciones. A partir de ese momento, los canonistas y teólogos prestaron una creciente atención a la usura, interpretándola como una violación de la ley natural y de la justicia, como un pecado de avaricia o de falta de caridad.

La actitud típica ante la usura en la Edad Media esta muy bien expresada por Tawney:

“Cobrar usura es contrario a las escrituras, contrario a Aristóteles y contrarios a la Naturaleza, pues es vivir sin trabajar; es vender el tiempo, que pertenece a Dios en beneficio de los hombres perversos; es robar a los que usan el dinero prestado y a los cuales, puesto que son los que lo hacen aprovechable, deberían pertenecer los provechos; es injusto en sí, pues el beneficio que el préstamo debería de otorgar al prestamista no puede exceder el valor de la suma principal recibida en préstamo; es un desafío a los sanos principios jurídicos, pues cuando se hace un préstamo de dinero, la propiedad de la cosa prestada pasa al prestatario y, ¿por qué el acreedor había de demandar el pago a un hombre que no esta haciendo otra cosa que usar lo que ya es de su propiedad?”¹⁸

¹⁸ R.H., Tawney, *Religión y Asenso del Capitalismo*. De. Brace, Argentina. 1926. p. 17

1.3.1. SANTO TOMAS DE AQUINO

Según Henry Spiegel, uno de los temas económicos que ocupan la atención de este filósofo medieval, es el préstamo con interés, que a mediados del siglo XIII a de C., no se utilizaba generalmente para fines productivos, sino más bien con fines de consumo. Al exponer en su *summa Teológica*, la doctrina de la usura, pone de relieve los argumentos que en que los canonistas y los teólogos se apoyaron para su prohibición.¹⁹

Determina según su razonamiento que es injusto recibir intereses por el dinero que se presta; por que, afirma, se vende lo que no existe. "De acuerdo con Silva Herzog Jesús, el argumento estriba en afirmar que hay cosas cuyo uso es el consumo de ellas, como se consume vino bebiéndolo y trigo para alimentarnos; en consecuencia, el uso no debe considerarse aparte de la cosa misma, de lo cual se desprende que cuando a un hombre se le ha concedido el uso de un bien, se le concede el bien por ese mismo hecho, y si un hombre quiere vender vino o trigo y el uso del trigo o vino separadamente, se vende la misma cosa dos veces o se vende lo que no existe".²⁰

1.3.2. EL PAPEL DE LA IGLESIA

"En el occidente cristiano, la necesidad de crédito para fines lucrativos rara vez revistió al principio la forma de préstamo con interés fijo, siendo más frecuente la asociación. No fue la prohibición de la usura formulada por la Iglesia, la que dio lugar a su posterior desarrollo, sino la magnitud del riesgo en las empresas marítimas; no se intentaba con esto fijar un interés, sino, más

¹⁹ W. SPIEGEL, Henry, p.86

²⁰ SILVA HERZOG, Jesús, *Historia y Antología del Pensamiento Económico*. Ed. FCE, México, 1939, p 341.

bien, reconocer la participación del acreedor en el beneficio, como una forma de indemnización al riesgo que corría el capital pagado. De ahí la *commenda* italiana, el *dare ad proficuum de mari*, con interés fijo, según las regulaciones del puerto de destino. Esta primitiva operación de crédito lucrativo, no fue afectada por la prohibición general de la usura dictada por la Iglesia, que tenía reservando el castigo de ese delito a la jurisdicción de sus tribunales";²¹ En cambio en el transporte por tierra, se afirmó el crédito en firme contra el interés fijo, por que el riesgo en ese caso era menor que el comercio marítimo. La fórmula *salvum in terra* significaba que el capital prestado debía ser devuelto, independientemente del éxito de la empresa. Desde ese instante, aumento, sin embargo, en crudeza la lucha de la Iglesia contra el anatocismo.

La prohibición de los intereses no es, así el fruto de una época de pura economía natural, sino que el movimiento alcanza su punto culminante solo después de extinguirse aquella, al iniciarse la economía monetaria: El Papa Gregorio IX llega, incluso a considerar como usura el préstamo marítimo.

Sin duda tal prohibición fue tanto más estorbosa cuanto que paso de la legislación eclesiástica a la civil. De hecho, sin embargo, era imposible pretender que se respetara su letra.²²

"Según los argumentos de Henri Pirene, es inexacta la afirmación de que la Iglesia halla practicado, con respecto a la usura, en materia de intereses, una política oportunista, favoreciendo con ello el desarrollo del capitalismo. Mas bien siguió luchando contra el interés con la misma tenacidad, forzando a muchos en el lecho de muerte, a que restituyeran los intereses cobrados".²³

La Iglesia en ese tiempo tomo una posición muy combativa, fundándose en especial en la teoría de la usura, desarrollada con el mayor rigor y combatiendo todo lo que representaba lucro y trafico, considerado como deshonesto y pecado. Dentro de sus principios estaba el de que el capital en

²¹ WEBER, Max, p. 233

²² PIRENE, Henri, *Historia Económica y Social de La edad media*, 7ª. Edición, Ed. FCE., México, p. 104

²³ WEBER, Max, p. 234

dinero debía ser improductivo y que los intereses eran ilícitos, por que eran adquisición de dinero sin verdadero trabajo. Ya Aristóteles advertía que el dinero debe ser estéril *pecunia non parit pecuniam*.

Parafraseando a Harry Elmer, hasta el siglo XII la mayor parte de la actividad financiera estuvo en manos de los judíos y otras gentes no cristianas, usualmente del próximo Oriente, las cuales a pesar de las expulsiones frecuentes eran todavía numerosas en Galia y en Italia. Para estos infieles desde el punto de vista cristiano no había salvación posible y las prohibiciones económicas de la Iglesia no les afectaban. Como no se recurrían a ellos, sino en casos de extremo apremio y gran necesidad, estos acostumbraban explotar a sus clientes a su antojo. Gran parte del odio a los judíos procede en parte de las gentes que durante esta época tuvieron que pagar tipos tan elevados que cayeron en la ruina total.²⁴

“En todos los lugares en los que se instalaban, los judíos tenían que estar colocados bajo la protección del soberano territorial, lo cual significa que dependían de su capricho por ser un grupo mas o menos desvalido y rechazado”.²⁵

Los judíos operaban básicamente en los centros urbanos, pero en el campo, eran los monasterios los que disponían de un capital que los convertía, en ciertos casos, en verdaderas potencias financieras sin violar la prohibición canónica del préstamo con intereses.

1.3.3. EL DESARROLLO DE LA ECONOMIA

Pero cuanto más iba desarrollándose la economía monetaria, tanto más frecuente fue tratar de evitar la prohibición de cobrar intereses, viéndose

²⁴ ELMER BERNES, Harry, *Historia de la Economía del Mundo Occidental*. De. UTEHA, México 1955, p 218

²⁵ PIRENE, Henri, *Historia Económica y Social de La edad media*, 7ª. Edición, Ed. FCE., México, p. 100

obligada la Iglesia a tener en cuenta ese hecho mediante indulgencias generales, por último, frente al dominio de los grandes banqueros florentinos del siglo XV, viéndose situada la iglesia ante hechos que hacían estéril toda lucha. Por lo que, Intento la teología trato de interpretar la prohibición de la usura con la mayor condescendencia posible; Pero lo trágico es que también la Iglesia, como potencia temporal, se vio obligada a recurrir a ella.

“El interés vino, a ser la usura legítima, y se comprende cuán delicada era la distinción entre está usura tolerada y la usura prohibida”.²⁶

Con el paso de los siglos y gracias al florecimiento de grandes ferias de comercio que se desarrollaban en ciudades situadas estratégicamente en las rutas terrestres fluviales y marinas, se fueron consolidando las primeras grandes compañías de banca, tanto privadas como públicas, las cuales centraban sus operaciones en el comercio y en los empréstitos públicos, por lo que muchos particulares que tenían necesidad e crédito, sobre todo de consumo, no podían utilizar sus servicios y caían generalmente en la usura clandestina con los prestamistas judíos y lombardos quienes establecían condiciones leoninas siempre sobre prestamos prendarios.

En el siglo XII bajo las ideas de San Francisco de Asís, en Italia, la orden franciscana decidió combatir a los usureros en su propio terreno y, fundaron instituciones de préstamo prendario para la gran parte de la población de escasos recursos. Los llamados Montes de Piedad (*montes Pietatis*)

Regresando a los argumentos esgrimidos por Max Weber, se puede decir que: entre tanto, la actitud de la Iglesia respecto del interés se hizo más circunspecta, a las claras tendencias. Nunca se llegó a una derogación formal de la prohibición de usura; pero en el transcurso del siglo XIX los decretos eclesiásticos declararon repetidamente permisible recibir intereses, en determinadas circunstancias. En el norte de Europa la prohibición de la usura desapareció con el protestantismo, aunque no de modo inmediato.²⁷

²⁶ *Ibidem*, p. 104

1.4. LA EPOCA COLONIAL

Enrique Sem, en su obra "Historia del Capitalismo en México" argumenta que: Cuando los españoles llegaron a la gran Tenochtitlán, se encontraron con que un sector de la economía natural ya estaba mercantilizado, ya que con la expansión del dominio militar y político los aztecas, había crecido el comercio. Pero, debido las limitaciones de la división social del trabajo y de la propiedad privada de la tierra, de la ausencia de moneda metálica y de usura; los comerciantes y el capital comercial no llegaron a jugar un papel comparable al que tuvieron en la Grecia antigua.²⁸

La conquista de América, más que a España sirvió a Europa, pues aceleró el paso del feudalismo al capitalismo de varios estados europeos.

El periodo de la conquista y el primer siglo del régimen colonial adoptaron la doble faz de una destrucción cataclísmica de fuerzas productivas y una profunda revolución técnica. La rueda y la ganadería llegó envuelta en sangre, fuego y pillaje. La corona consagra la división estamentaria* de la sociedad; ahoga toda iniciativa privada que escapa de su control fiscal; monopoliza las ramas más productivas. "Decidida a impedir a como diera lugar el acceso de las otras potencias a los "incalculables" tesoros de su colonia, España forzó el aislamiento de esta".²⁹

"Solo el antiguo sistema de flotas y el estanco con el monopolio que proporcionaban una ganancias tan crecidas y seguras, eran capaces de trastornar el natural orden de las cosas hasta hacer que un efecto valga constantemente en el país donde se cría y produce mucho más que transportado a más de 2,000 leguas y recargado con los costos de repetidos derechos y seguros."³⁰

²⁷ WEBER, Max, p. 234

²⁸ SEM, Enrique, *Historia del Capitalismo en México*, 1ª. Edición, Ed. ERA S.A., México 1987, p. 28

²⁹ *Ibidem*, p. 135

³⁰ PACHECO DE PADILLA Güemes, Juan Vicente de. Conde de Revillagigedo, *op. cit* p.21

El proceso de acumulación primitiva, con sus manifestaciones de pillaje usura, acaparamiento monopolista, crisis y explotación que va amasando los primeros capitales en el seno de la sociedad feudal, tiene en la Nueva España un escenario ideal.

El prestamista más importante de la colonia era la Iglesia. Algunas décadas después de la conquista, esta institución había ya formulando toda una política financiera que le permitía la inversión de sus fondos provenientes de ganancias, obras pías y donativos, en la "imposición de capitales a réditos" (prestamos hipotecarios). Al principio se utilizaban sistemas rudimentarios: una persona que deseaba otorgar un donativo o una renta a un individuo o una institución de la iglesia, y que no contaba con la cantidad necesaria, era financiada por la propia Iglesia, la cual le imponía un interés del 5 por ciento sobre alguna propiedad que no podía ser exigida por el religioso o la institución en cuestión, a cuyo nombre, sin embargo quedaba esta. A este gravamen sobre la propiedad se le dio el nombre de censo. A medida que los fondos de la Iglesia aumentaron, esta comenzó a prestar a cualquier persona que lo solicitara, siempre y cuando pudiera ofrecer una garantía adecuada. Esta consistía casi siempre en una propiedad raíz. Solo excepcionalmente se aceptaban fiadores.

Los préstamos se otorgaban por un periodo de 5 a 9 años. Teóricamente, al final del periodo debía reembolsarse el préstamo, pero de hecho casi siempre se extendía el plazo indefinidamente, de manera que las propiedades quedaban grabadas a perpetuidad y las deudas se heredaban junto con estas, ocasionando que muchos personajes aparentemente dueños de vastas haciendas no disfrutaban en realidad, sino de una tercera o cuarta parte de sus rentas.

Un ejemplo del grado en que se encontraban grabadas las propiedades rurales no lo da un censo realizado en el año 1712, sobre 154 haciendas y ranchos de Tlaxcala, el cual arroja que más del 65 por ciento de las fincas

están hipotecadas y el monto de los censos y empeños asciende a más del 42 por ciento del total de sus valor.³¹

Los centros de actividad financiera de la Iglesia eran los *juzgados de testamentos, Capellanías y obras pías*. Por lo que hacia el siglo XVIII, los juzgados se habían transformado en importantes instituciones crediticias, que manejaban capitales de varios millones pesos y contaban con empleados especializados y una contabilidad detallada.

Desde finales del siglo XVII, el desarrollo del capitalismo exigía la transformación del capital usurero en capital productivo y, durante toda la colonia los capitales de la Iglesia cumplieron exactamente la función contraria ya que las actividades crediticias de la Iglesia se desarrollaron de tal manera que la mayoría de las propiedades rurales y urbanas estaban controladas por ella, y casi todo el capital de préstamo se encontraba también en sus manos. Por lo que se puede concluir que en la Nueva España, la usura solamente aceleró la formación de capitales monetarios, pero no alteró esencialmente las formas de producción, es decir solamente las encarece e impide su desarrollo.

No es, sino hasta el dos de junio de 1774 que se autorizó, por el gobierno español, el establecimiento de una institución llamada Monte de Piedad de Animas, organizada por el conde de Regla, don Pedro Romero de Terreros, que, a imagen de los montes de piedad europeos, su función principal era auxiliar a las clases más humildes mediante el otorgamiento de créditos prendarios prendario³².

Tal como se ha visto, la actividad económica de la Nueva España obedeció en su totalidad a una serie de trabas, que tendían a proteger a los peninsulares residentes en España o radicados en la colonia. "Éstas medidas impidieron que se pudiera seguir la senda del incipiente capitalismo europeo".³³

³¹ SEM, Enrique, p. 135

³² ACOSTA ROMERO, Miguel, *La Banca Múltiple*, 1ª. Edición, México 1981 p. 49

³³ LOPEZ GALLO, Manuel, *Economía y política en la Historia de México*. 1ª. Edición, De El caballito, México 1965, p 33

1.5. MEXICO INDEPENDIENTE

Este periodo se caracterizo por la subsistencia de estructuras coloniales y comprende los primeros intentos de superarlas.

“Con el advenimiento de la guerra de independencia, que desquicio la economía Novohispana, aunado al éxodo, voluntario primero y forzoso después, de españoles y sus capitales; se acrecentó la importancia de la Iglesia ya que esta como institución, por cerca de tres centurias había acumulando recursos en efectivo y en especie (joyas, terrenos, haciendas, casas, etc.) lo que la había convertido ante la inexistencia de bancos, en la institución prestamista por excelencia.”³⁴

1.5.1. LA IGLESIA

“La Iglesia en México a través del tiempo y gracias a herencias, donaciones limosnas, ahorros y buenas inversiones, se había formado un capital, estimado por algunos autores, para las primeras décadas del siglo XIX, en aproximadamente la cuarta parte de la riqueza nacional. Ese caudal le permitía, además de cubrir las necesidades del culto y cumplir con sus compromisos de otorgar educación y salud, socorrer con prestamos, la mayor parte de las veces garantizados con hipotecas sobre bienes rústicos o urbanos, a los que a ella acudían. El interés que cobraban, 5 o 6 por ciento anual, era bastante módico, y el plazo siempre era largo, tan largo que muchos deudores pagaban intereses hasta su muerte, sin liquidar nunca el capital, por lo que al sobrevenir esta, los bienes raíces que garantizaban el préstamo pasaban al poder de la Iglesia”.³⁵

³⁴ CARDOSO, Ciro, *México en el Siglo XIX*, 5ª. Edición, Ed Nueva Imagen, México 1936, p. 167

³⁵ *ibidem*, p. 168

La Iglesia tenía en sus juzgados de capellanías un banco hipotecario, que concedía préstamos a los terratenientes al 5 y al 6 por ciento de interés anual. Esta tasa ascendía a lo sumo a la mitad de la que regía a los préstamos mercantiles, desproporción quizá demasiado grande para sostenerse en la práctica, por lo que llegó a afirmarse que los deudores recibían menor cantidad de la estipulada en la escritura, aumentando esa forma la tasa efectiva de interés.

Intereses muy altos, aunados a la indecisión de los reformadores, y a que la situación del país no se encontraba aun madura, retrasaron, por más de veinte años la incorporación de la riqueza de la Iglesia a la economía nacional. No fue sino hasta la guerra de Reforma, cuando se logró la desamortización y nacionalización de la riqueza eclesiástica, que permitió mayor movimiento de los capitales, y posibilitó que se empezara a organizar el crédito, dando lugar, a la postre al, surgimiento de los primeros bancos particulares.

1.5.2. LOS COMERCIANTES

En las décadas que corren de 1830 a 1860, surgió y se consolidó un grupo de comerciantes, que sustituyó a los desaparecidos consulados, principalmente a los de México y Veracruz, los que controlaban y monopolizaban las mercancías que durante la Colonia venían de España y las que de aquí salían hacia ese destino.

“La actividad mercantil que desplegaban esos hombres, les permitía contar constantemente con dinero líquido, en efectivo, que astuta y audazmente, invertían en todo tipo de negocio que resultara redituable”.³⁶

Uno de los más lucrativos fue prestar, y no precisamente a particulares, con los que normalmente obtenían una ganancia adecuada, sino al gobierno, es

³⁶CARDOSO, Ciro, p. 50

decir a los sucesivos gobiernos, tanto liberales como conservadores, que por espacio de cuarenta años alternaron en el poder. Ese poder que era bastante limitado, sobre todo, económicamente, ya que a partir de la independencia y por todos los problemas a ella inherentes, la Hacienda Pública comenzó a operar con déficit, situación agravada por las constantes luchas intestinas y las relativamente invasiones extranjeras.

El gobierno constantemente necesitado de recursos para cubrir sus más ingentes necesidades, con frecuencia se veía precisado a recurrir a los poseedores del dinero: en un principio a la Iglesia y a algunos ricos de abolengo, y, con más asiduidad, a los comerciantes, que contando con efectivo acumulado, no perdían la oportunidad de colocarlo ganando altos intereses.

El riesgo relativo que corrían los prestamistas ante los frecuentes cambios de presidentes y de gabinetes, era ampliamente compensado con el interés que según se asegura llegaba hasta el 24 por ciento mensual.

José María Luis Mora, en el tomo I de *México y sus Revoluciones* menciona que:

“...el gobierno en razón del déficit permanente en que se halla, ocupa la mayor parte de los capitales que toma a intereses exagerados que van desde 3 hasta 30 por ciento mensual, atendidas las operaciones de los prestamos, en la que siempre entra una parte considerable de papel poco valioso: De esa manera se conserva muy alto el valor del dinero”.

“Esta especulación escandalosa en la que solamente se beneficiaba el pequeño grupo de los comerciantes agiotistas, perjudica gravemente al país, que tuvo que recurrir al expediente de los empréstitos extranjeros”³⁷. Por esos años, funcionaron también multitud de casas de empeño, “voraces montepíos particulares”, donde los intereses llegaban al 10 por ciento mensual, además de otros abusos que cometían con los deudores pese al esfuerzo de las autoridades que tratando de regular el problema establecieron lo siguiente:

³⁷ ACOSTA ROMERO. Miguel, p. 167.

El código de Comercio de 1854 establecía:³⁸

Artículo 291.- Se reputa mercantil el préstamo, cuando se contrae en el concepto y con excepción de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio, y no para necesidades ajenas a este.

Artículo 292.- La demora en el pago de la deuda constituye al comerciante en la obligación de satisfacer el rédito legal que corresponda al importe de aquella desde el día que conste en forma autentica que fue interpelado al pago, o bien en virtud de providencia judicial o simplemente por requerimiento que le haga el acreedor por ante escribano publico.

Artículo 302.- No se debe rédito de réditos devengados en los prestamos mercantiles ni en ninguna otra especie de deuda comercial, mientras que, hecha liquidación de estos no se incluyeren en un nuevo contrato, como aumento de capital; o bien de común acuerdo, o bien por una determinación judicial, se fija el saldo de las cuentas, incluyendo en el los réditos devengados asta entonces; **lo cual no podría tener lugar sino cuando las obligaciones de que procedan estén vencidas, y sean exigibles de contado. ...**

Mientras que el Código Civil para el Distrito Federal y la Baja California de 1870 establecía:³⁹

Artículo 2827.- No se puede cobrar intereses de los intereses si no esta expresamente estipulado en el contrato; observándose lo que en el se establezca sobre los plazos en que deba hacerse la capitalización. ...

Posteriormente, durante toda la etapa del liberalismo, que también influencio grandemente al Derecho Mexicano, en ninguno de los dos códigos Civil y Mercantil se regulo el pacto de anatocismo, situación que fue aprovechada tanto por los usureros como por los empresarios y terratenientes, quienes crearon "las tiendas de raya" que eran establecimientos en los cuales se obligaba a los empleados y trabajadores cautivos del patrón a compra la

³⁸ CODIGO DE COMERCIO DE MEXICO, Imprenta José Mariano, calle de palma Num. 4, México 1854, p. 76, 77, 78.

³⁹ COLECCIÓN COMPLETA DE LAS DISPOSICIONES LEGISLATIVAS EXPEDIDAS DESDE LA INDEPENDENCIA DE LA REPUBLICA, Tomo XI. México 1879, p. 376

mercancía a crédito, y mediante el mecanismo automático que se convenía de antemano, los intereses generaban intereses de modo tal que las deudas alcanzaban proporciones que por su monto no podían ser liquidadas por el deudor, por lo que tenían que ser transmitidas a sus descendientes, que de ese modo quedaban obligados a seguir trabajando para abonar con miras a saldar la deuda, sin que esto se lograra nunca.

En este periodo el Código Civil de 1884 establecía:⁴⁰

Artículo 2699.- No puede cobrarse interés de los intereses vencidos si no esta expresamente estipulado en el contrato: observándose lo que en el se establezca sobre los plazos en que deba hacerse la capitalización. ...

En tanto que el Código de Comercio de 1884, simplemente no regulaba el pago de intereses sobre intereses como se observa de la transcripción de los siguientes artículos:⁴¹

TITULO V.

DE LOS PRESTAMOS

Artículo 653.- Para que los prestamos se tengan por mercantiles, es necesario que el deudor tenga la calidad de comerciante.

Artículo 654.- La demora en el pago constituye al comerciante en la obligación de satisfacer el rédito de uno por ciento mensual, si no se ha pactado expresamente otro, desde el día de la interpelación para el pago ya se haga judicialmente ya por requerimiento ante notario.

Artículo 655.- Si el préstamo consiste en especies, su valor para el computo del rédito se fijara con arreglo a los precios que en el día que venciere la obligación, tengan los efectos en el lugar en donde debió hacerse la entrega.

Artículo 656.- En lo prestamos hechos por tiempo indeterminado, no se podrá exigir la restitución al deudor sin prevenirle con treinta días de anticipación, con excepción de las cuentas corrientes.

⁴⁰ibidem, Tomo XV. México 1886, p. 496

⁴¹ibidem, Tomo XI. México 1979, p. 639.

Artículo 657.- Los préstamos hechos en dinero se cubrirán con la especie de molienda convenida, aun cuando su valor ya no sea el mismo. Si no fuere posible pagar en la misma especie de moneda o sobre esto no hubiere habido especial convenio, el pago se hará en la cantidad de moneda corriente que corresponda al valor real de la moneda debida.

Artículo 658.- Los réditos de los préstamos mercantiles se fijaran siempre en cantidades determinadas de dinero, aun cuando el préstamo consista en efectos o géneros de comercio, para lo cual se determinara su valor.

Artículo 659.- En los préstamos a interés, este se causa mientras no sean devueltas las cantidades o especies de que fueran objeto.

Artículo 1660.- Después de que un acreedor haya dado a su deudor recibo del capital debido, sin salvar su derecho a los réditos causados, no tendrá acción alguna para exigirlos.

Por todo lo anterior se manifiesta de manera clara que durante todo este periodo existía una notoria necesidad de regular los excesos de la usura y con ello el cobro de cobro de intereses sobre intereses ya con la elaboración de leyes aplicables al caso, ya con la efectiva aplicación de sus preceptos para evitar que tanto la sociedad como el gobierno se vieran agobiados por este problema.

1.5.3. LOS BANCOS

"La primera agencia bancaria que se estableció en México fue la de la casa Barclay de Londres, en el año de 1824".⁴² Las funciones de los bancos emisores e hipotecarios se hallaron durante largo tiempo en manos de banqueros particulares quienes hacían sus operaciones sin más normas que los dictados de su interés. La masa de empresarios necesitada de crédito, natural clientela de esos bancos había de habérselas con un competidor

⁴² ACOSTA ROMERO, Miguel, p. 50

formidable: el Gobierno que se encontraba siempre urgido de fondos y que los buscaba donde quiera que podía encontrarlos. Verdad es que para procurárselos tenía que pasar por las condiciones más usurarias y depresivas. Pero, por lo mismo, los negocios de Gobierno constituían un cebo eficaz para los prestamistas, En inversiones aleatorias en las que, por poco que se obtuviese, se sacaba, a la postre, mucho más de lo invertido. El deudor gobierno era el gran rival de los deudores particulares.

Como casi siempre sucede en las actividades humanas el hecho precede al derecho. Empezaron a surgir instituciones bancarias, antes de que se legislara sobre ellas. En la ciudad de México se había instalado en 1864 la sucursal de un banco inglés con la denominación de Banco de Londres, México y Sudamérica Ltd., que se regía exclusivamente por sus estatutos. "En el estado de Chihuahua, caso excepcional, funcionaban tres instituciones con autorización de la legislatura local, pero no sujetas más que al Código de Comercio vigente años atrás y que obviamente no mencionaba nada sobre banca".⁴³

Posteriormente en la ciudad de México surgieron otras cuatro instituciones crediticias, el banco Nacional Mexicano, el Banco Mercantil Mexicano, el Banco Internacional e Hipotecario y el Banco de Empleados, cada uno sujeto a sus propios estatutos, y solo el Nacional bajo una concesión oficial otorgada por el gobierno del presidente Manuel González. A esto hay que añadir que los permisos concedidos al Monte de Piedad.

Con respecto a la legislación crediticia, los primeros antecedentes se remontan a 1839, en que el gobierno, trato de frenar la especulación creciente, promulgando una ley que declaraba nulas las operaciones de préstamo por las cuales se exigiera un interés superior al 12 por ciento. Esta disposición derogaba la anterior, vigente desde 1833, que dejaba al deudor a merced del

⁴³ CARDOSO. *Ciro.*, 180.

prestamista, ya que mantenía las condiciones del préstamo, incluido el interés, sujetas únicamente a lo convenido por las partes.

En enero de 1842, mediante un nuevo decreto, se pretendió detener los abusos de las casas de empeño, que cobraban intereses usurarios y que no ofrecían seguridad de la custodia de las prendas pignoradas.

Sin embargo, estos intentos fueron vanos, porque se burlaba la ley mediante el subterfugio de aplicar interés legal a la operación y el resto, cobrarlo como gastos de comisión u otros.

En 1875, Manuel Dublán elabora el primer proyecto de ley para el funcionamiento de las instituciones de crédito en la república. Fue sometido a la aprobación de la octava legislatura de la Unión, y representa el antecedente más antiguo de nuestra legislación bancaria. Este incipiente sistema bancario mexicano no se encontraba orgánicamente integrado en 1883, cuando se hicieron las modificaciones a la constitución que permitieron al Congreso de la Unión sancionar el Código de Comercio, quedando comprendidas en él las instituciones de crédito.

Con base en lo anterior, el 20 de abril de 1884 se expidió el nuevo Código de Comercio, documento que marca el inicio de la legislación bancaria en México. La vigencia del Código de Comercio y las polémicas al respecto, se extendieron durante cinco años, hasta que fue derogado en 1889, siendo reemplazado por un nuevo Código, donde se suprimieron todas las disposiciones relativas a los bancos, por los que siguieron operando sin sujetare a ninguna legislación especial, obrando tan solo de acuerdo a sus respectivos intereses.

Esta anárquica situación fue la que trato de ordenar Limantour a través de la expedición de la Ley General de Instituciones de Crédito el 19 de marzo de 1897 en la cual se invirtió bastante tiempo y amplios estudios de los mas ameritados especialistas, quienes consultaron experiencias europeas y norteamericanas. Esta ley presentaba entre otras la novedad de que se sujeto

a los diversos bancos a la vigilancia permanente de las autoridades de la Secretaría de Hacienda. En nuestro país, no fue sino hasta 1903 que los bancos comenzaron a pagar intereses sobre los depósitos que hacían los números clientes.

“Dentro de la variedad de créditos concedidos por los bancos, existían unos que se establecían a mediano y largo plazo, se trataba precisamente de los prestamos con garantía hipotecaria que tenían gran arraigo y tradición por haberlos practicado la Iglesia y particulares durante muchos años. Se establecía que los bancos hipotecarios podrían conceder créditos hasta por diez años con interés simple y hasta cuarenta años con interés compuesto”.⁴⁴

1.6. EL PERIODO DE LA REVOLUCIÓN

Debemos recordar que uno de los muchos factores que influyeron en el enrolamiento de los campesinos a la lucha revolucionaria que se inicio en 1910, fue sin duda después de la falta de tierra, la explotación de que eran objeto en las haciendas, bajo la forma de robo, simulación, cobros y cargos injustificados, siendo su más representativo exponente la Tienda de Raya.

La Tienda de Raya expresión histórica del pacto de anatocismo, gestó a lo largo de su existencia incormidad y odio social, hasta hacerse incontrolables, debido a la terrible injusticia y abuso que se cometió en detrimento de las clases más desprotegidas de nuestra sociedad, que no tardaron en manifestar su descontento en el estallido social conocido como “La Revolución Mexicana de 1910.”

Una vez terminado el movimiento armado, el pueblo triunfador con las armas de la guerra en la mano, y representado por el congreso constituyente dejo constancia de que esas practicas de lucro indebido e inmoderado no

⁴⁴ CARDOSO. Ciro, p. 417.

deberían repetirse en la historia mexicana llegando al extremo de cancelar las deudas de obreros y campesinos con sus patrones de las tiendas de raya, y aplicando retroactivamente la Constitución ordeno:

CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS⁴⁵

Artículo 13 Transitorio.- quedan extinguidas de pleno derecho las deudas que por razón de trabajo hayan contraído los trabajadores hasta la fecha de esta Constitución con los patrones, sus familiares o intermediarios.

Y pensando en que no se volvieran a dar esas condiciones de injusticias determino:

Artículo 28 .- ... En consecuencia, la ley castigara severamente, y las autoridades perseguirían con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre si y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del publico en general o de alguna clase social.

Y como quedo plasmado, el Constituyente también pretendió evitar que nueva mente se mercantilizara la sociedad civil como había ocurrido durante el Porfiriato, por lo que encamino las leyes en sentido de que se civilizara la sociedad mercantil.

⁴⁵ CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ed Porrua, México 1998, p. 140

CAPITULO 2. CONSECUENCIAS SOCIOECONOMICAS DE LA CAPITALIZACION DE INTERESES

En este capítulo Haremos un intento por determinar las consecuencias socio económicas producidas por la actual crisis financiera, haciendo un análisis de la evolución del problema, visto desde la perspectiva de los deudores; al mismo tiempo, se tratara de determinar la responsabilidad que sobre el particular ha tenido la implantación del actual modelo económico y la influencia de este sobre las del sector financiero nacional.

2.1. LA SOCIEDAD MEXICANA ANTE LA EVOLUCION DEL PROBLEMA.

El refinanciamiento, fue desarrollado por las autoridades financieras durante el periodo en el sistema bancario pertenecía al estado, esto se inicio con la creación de FICORCA, organismo que funciono para que las tesorerías de las grandes empresas privadas tuvieran un lapso de tiempo mayor para pagar sus deudas y no se vieran obligadas a cerrar las fuentes de trabajo. Fue a partir de 1992 que los bancos incluyeron en sus contratos una cláusula por medio de la cual otorgaban un crédito adicional para refinanciar intereses vencidos y no pagados, (entre las primeras en hacerlo fue el Banco de México), desarrollaron esquemas por medio de los cuales separaban los intereses en dos partes: una parte real y otra nominal, para que los deudores pudieran así pagar créditos de largo plazo, como los créditos para adquisición de vivienda con garantía hipotecaria. Este esquema consideró por un lado, que las tasas de interés iban a disminuir, y por otro, que en la misma medida en que las tasas disminuyeran los pagos aportados por los deudores podrían ir aumentando, de tal suerte que, en una primera etapa el monto de los intereses iba a ser

superior a los pagos realizados y la parte restante que no alcanzaran a cubrir se agregaría al capital inicial, y en una segunda etapa, los pagos de capital al haberse incrementado serían mayores al monto de los intereses y el saldo sobrante se aplicaría directamente al capital, compensándose así lo que se dejaba de pagar en un principio con lo que se pagaba posteriormente, y esperando de esta manera que al llegar al final del plazo, se finiquitaría el crédito con todo y sus accesorios.

Separar la parte real de la nominal es difícil de entender, incluso para algunos "expertos", por ello, no sorprende que muchos deudores no comprendieran en el momento de la firma del contrato, el alcance del compromiso que adquirirían al aceptar estos créditos. Además, los bancos hicieron mal su tarea, pues desde un punto de vista económico, estructuraron financieramente el crédito, buscando que sus condiciones se fueran actualizando conforme a las variables económicas que se fueran presentando, sin tener ningún control sobre estas últimas. Pero no consideraron el marco jurídico existente e impusieron un esquema de operación por encima de las leyes que lo regulan.

La mayoría de los contratos bancarios tenían la misma característica, por no decir que todos, no importaba la institución crediticia o el lugar, los contratos tenían la cláusula de refinanciamiento de intereses, aunque estipulada en diferentes términos, ya que la aplicación de esta, fue resultado de un contrato de adhesión impuesto por los bancos, en el que ellos elaboraron unilateralmente las condiciones del contrato y a la otra parte solo le dejaban la posibilidad de aceptar, si querían celebrar el contrato, o no celebrar éste.

Pero en 1992, no había razón para ocuparse en revisar a fondo los contratos hipotecarios que la banca repartía a granel. Eran los días de la promesa, el sexenio de la recuperación, los medios masivos de comunicación repetían a cada instante que nuestro país de la noche a la mañana se había

enriquecido bajo la guía del mejor hombre en el ámbito mundial, que los ciudadanos sin mayor esfuerzo habían enriquecido al instante.

A pesar de tener un déficit en la cuenta corriente de 7.4 del Producto Interno Bruto, la mayoría de las personas creyeron en la palabra de su gobernante, que en constantes declaraciones aseguraba que se había controlado la inflación, que el peso ya no se devaluaría abruptamente y que el país tendría un sano crecimiento económico, que en poco tiempo formaríamos parte de la zona de libre comercio más competitiva del mundo. Así llega una euforia de capacidad adquisitiva en todos los niveles, las instituciones de crédito otorgaban tarjetas de crédito basados en la buena apariencia del transeúnte o incluso en la palabra, los préstamos bancarios eran lo más común de las actividades comerciales. Lo anterior indujo a miles de personas a contratar para poder adquirir su propia casa o departamento o para financiar sus pequeñas empresas industriales o agropecuarias, con la esperanza, dentro de las condiciones adversas, de ir incrementando su patrimonio, parecía que con la sola firma del Tratado de Libre Comercio, México no tardaría más que la presente década en integrarse con cierta eficacia, al grupo de capitalistas avanzados, preferentemente al bloque estadounidense y por supuesto en las mismas condiciones de sus socios comerciales.

La gente llegaba a los bancos, recibían folletos y someras explicaciones, visitaba a notarios atareadisimos, pagaban los gastos de investigación y esperaban un tiempo realmente corto, en ocasiones dos o tres meses y de pronto recibían una llamada del banco en la que se les urgía a acudir al notario, llegaban y les requerían la firma urgente, firmaban sin leer un contrato con letra minúscula, recibían una orden de pago y ya tenían el crédito en su mayoría para la compra de casa habitación.

Se le había hecho creer a los clientes que mediante los esquemas de diversos programas bancarios, los clientes podrían pagar la deuda en determinado tiempo, jamás se les hizo saber que podría pasar en caso de una

devaluación o de un incremento brusco en las tasas de interés, eso estaba fuera de los planes de contingencia de la política económica.

Más aún, dichos contratos estaban sujetos a la variación de diversas tasas de interés y los acreditados no tenían elementos suficientes para prever la manera en la que se determinarían por no ser peritos en materia financiera. Y además la redacción de estas cláusulas era verdaderamente confusa e indeterminada, obligándolos a pagar intereses ordinarios sobre la tasa que resultara mayor entre el instrumento de captación de mayor rendimiento que exista en el sistema bancario. Por lo que los intereses desde el momento de la contratación se aplicarían en forma arbitraria, sin que los deudores estuvieran en posibilidades de calcular hasta donde llegaría su responsabilidad.

El 2º de diciembre de 1994 el gobierno mexicano decidió devaluar el peso en un 15 por ciento, y dos días después liberó la paridad a la fuerza del mercado. El impacto fue brutal, se desató una de las peores crisis económicas y financieras de los tiempos de la globalización en el mundo, la cual afectó seriamente las variables económicas en las que se basaron los contratos en comento. Por lo que de la noche a la mañana la ilusión se convirtió en una frustración y los deudores se encontraron con una deuda muy superior a sus posibilidades ya que para el deudor común y corriente los intereses de su crédito quedaron prácticamente impagables, debido a que esta elevación de la inflación y las tasas de interés no vinieron acompañadas de un aumento salarial en la misma proporción para los obreros y empleados o de un incremento en las utilidades de las empresas, por lo que les resultó muy difícil o prácticamente imposible pagar los intereses, además de que se derrumbó el poder adquisitivo de su salario, debido a que el tipo de cambio pasa de 3.40 pesos a 7.75 frente al dólar. Las tasas de interés (CETES) pasaron de 13.7 a más del 80 por ciento. Los efectos de esa situación estaban a la vista: devaluación, incremento de tasas de interés, desempleo, resultado, recesión.

Sin embargo, las leyes y los contratos no se modificaron para adaptarlas a las nuevas condiciones imperantes, y esto generó elevados e imprevistos costos para amplios sectores de la población, por lo que actualmente millones de deudores se encuentran impedidos para el cumplimiento de sus obligaciones.

En ese mismo año se comienza a ver la realidad; los índices de la cartera vencida se habían incrementado de manera importante y algunos de los genios financieros del Salinismo, a quienes habían sido otorgadas las concesiones bancarias, eran señalados como responsables de haber puesto en riesgo sus propias instituciones.

En ese escenario el gobierno, había intervenido dos bancos (Unión y Cremi), y tres más se encontraban bajo los denominados programas especiales de supervisión (Banpais, Obrero; Oriente), situación que delataba que la crisis económica de 1994 era más que un problema de liquidez, una verdadera catástrofe financiera y social.

Un año más tarde, en 1995, el problema de solvencia de los bancos se hizo evidente y el colapso del sistema financiero se convirtió en una realidad, para marzo de 1995, las tasas de interés (a las que se les suman 10 puntos para fijar la de los créditos hipotecarios) se elevaron a niveles históricos de un 85 por ciento; y entonces la cartera vencida de los bancos se abultó, y el Gobierno en un intento por evitar la descapitalización de las instituciones de crédito, en abril de 1995 introdujo las *Unidades de Inversión* (UDIS), que posteriormente servirían como base para la reestructuración de los créditos Hipotecarios.

Las UDIS, que no son más que una moneda de cuenta cuyo valor en la moneda de curso legal en ese momento, el nuevo peso, se determina periódicamente por el Banco de México en función del incremento o reducción del Índice Nacional de Precios al Consumidor. Este mecanismo se puso en marcha el día 4 de abril de 1995, fecha en la que se publicó el decreto en el

Diario Oficial, así como la resolución del Banco de México en el sentido de que en la misma fecha arrancaría la UDI con el valor de un nuevo peso. Por tanto, en el curso del tiempo se iría incrementando la paridad de tal moneda de cuenta, según las equivalencias que periódicamente se publicaran en el Diario Oficial.

La presión no cedió. En septiembre de 1995, las autoridades establecieron un programa de emergencia de ayuda inmediata para miles de deudores del sistema bancario, conocido como ADE, que cubría los créditos hipotecarios, las tarjetas de crédito y era dirigido a consumidores e industriales, empero este programa fue insuficiente.

Las anteriores medidas que tomó el gobierno para rescatar el sistema bancario, aunque, se argumentaba que tenían la finalidad de beneficiar a los deudores, la realidad es que solamente pretendieron salvar a los banqueros, mediante la compra de créditos de los grandes deudores, sin tomar en cuenta a las grandes mayorías a quienes no se les redujo su deuda, por lo que los deudores se vieron obligados a decidir entre dos vías: una, suspender sus pagos, la segunda fue reestructurar su deuda en Unidades de Inversión. Para los que tomaron la primera opción, empezó la clara descomposición de sus finanzas personales y vieron como su banco les abría un nuevo crédito para cubrir los intereses que estaba generando el crédito inicial. Todo este adeudo se fue sumando al principal, y con estos acontecimientos el deudor tendría que cubrir el préstamo cuadruplicado o quintuplicado.

Al proceso de caer en cartera vencida, le siguieron las ordenes de embargos y a ellas los pleitos en los tribunales del fuero común. Muchos perdieron sus casas, hasta que a alguien se le ocurrió y eso hace muy poco tiempo, que la **capitalización de intereses sobre intereses**, estaba en contra de las disposiciones de la Ley.

En octubre de 1997 se entablo la primera demanda del fuero común en contra de los bancos por algo llamado "**pacto de Anatocismo**", el término poco conocido, significa simplemente que se está cobrando intereses sobre

intereses vencidos, que era lo que finalmente había autorizado el propio deudor en el momento de firmar el contrato de crédito. A este juicio le siguieron otros tantos mismos que no se han resuelto de la misma manera, pues unos se han dictaminado al amparo del Código Civil y otros al Código de Mercantil. En el primer caso se determinó que no deben pagarse intereses sobre intereses, y en el otro se aceptó como legal el refinanciamiento, es decir otro préstamo para pagar los intereses vencidos y no pagados, dado que así lo aceptaron los clientes.

En enero de 1997, el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito en Chihuahua fallo a favor de Bancomer, autorizando el cobro de intereses sobre intereses vencidos, pero el 16 de Octubre de ese mismo año, el Séptimo Tribunal Colegiado del Distrito Federal determino darle la razón a un deudor en una demanda contra Banamex, y ordeno que retrocedieran los efectos del contrato hasta el momento en que este fue firmado, pagando solo los intereses originales.

A esos fallos controvertidos, se sumaron dos: uno en Zacatecas y otro en Mérida también a favor y en contra. Fue entonces cuando, en noviembre de 1997, el Magistrado Adolfo Olguin García presidente del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil, llevo el caso del Distrito Federal a la Suprema Corte de Justicia, por la contradicción en las tesis de los tribunales.

A la fecha de la elaboración del presente trabajo, se siguen viviendo devaluaciones del peso frente al dólar (10 pesos por un dólar) y las tasas de iteres oscilan entre 50 y 60 por ciento anual, poniendo se de manifiesto la imposibilidad de pagar una deuda que tiene un aumento exponencial.

2.2. EL ANATOCISMO VISTO A LA LUZ DEL NEOLIBERALISMO

La crisis actual de México ha sido reconocida como la mas profunda y seria que ha sufrido la nación desde la época posrevolucionaria de 1910, y las actuales autoridades hablan de que su modelo y política económica no son los causantes de una crisis estructural que se acelero a partir del sexenio pasado con la deformación a nivel mundial de los modelos llamados "Populistas de inclinación Keynesiana" caracterizados por una activa participación del estado en la actividad económica, tanto en la promoción de los negocios, como en la regulación de los mismos; La que también generó enormes expectativas de desarrollo sobre la base del déficit fiscal, endeudamiento externo y aumento de empleos en el sector estatal y paraestatal, con crecientes problemas de corrupción, ineficiencia de los mercados y baja productividad en los sectores económicos. ¿Tienen razón estas posiciones? **SI**, ¿pero el modelo keynesiano se agotó y el modelo Neoliberal que lo sustituyo es mas justo? La respuesta es **NO**.

"Definitivamente el modelo que lo sustituye engendra mayor desigualdad social debido a la hegemonía del sector financiero sobre el sector productivo. Esta ultima relación es antagónica y refleja la crisis del llamado Modelo Neoliberal Mexicano.

El modelo Neoliberal es una mezcla de ofertismo, monetarismo y neo-neoclasismo. Para el primer caso vemos que son los que creen en la *Ley de Say* (que toda oferta crea su propia demanda), quienes apoyan los recortes a los impuestos al capital y están por la desregulación total de la Oferta agregada (o producción), quienes aborrecen la interferencia del Gobierno en la actividad productiva y quienes creen que la Oferta Monetaria es la solución de los problemas de inflación, desempleo y tasas de interés. Por otro lado tenemos a los monetaristas, quienes desconfían de la capacidad del Estado para resolver los problemas del empleo, consumo y la inversión a través del déficit

gubernamental, ellos al igual que los ofertistas creen en el control estricto de la oferta monetaria para contener la inflación y el desempleo. Y finalmente, los neo-neoclásicos que promueven la desregulación total de los mercados financieros y bursátiles (de ahí la abundancia de productos derivados como mercados de futuros, opciones Warrants, etc.) que generan enorme volatilidad, especulación y por lo tanto inestabilidad de las monedas⁴⁶.

Esta mezcla de ideologías, teorías y corrientes, al final de cuentas esta llevando al país a un desmantelamiento del estado benefactor y en última instancia, hacia una polarización y antagonismo del capital y del trabajo.

En México este desmantelamiento a sido brutal, la desaparición de monopolios estatales y su transformación en monopolios privados, no ha traído eficacia a los mercados, el abandono de la promoción del empleo, por el masivo desempleo sin un seguro de desempleo que hubiera mantenido la demanda efectiva a un nivel de control macroeconómico, de la seguridad social masiva por otra más cercana a la privada, condenando a millones a la orfandad y por lo tanto a la desesperación, pues el estado benefactor ya no existe. Por otra parte la aceleración de la economía **casino** que se basa en la reprivatización y desregulación de los bancos, ha traído una masiva incapacidad de pago y la subordinación a la economía de los Estados Unidos, que requieren de México: mano de obra y energéticos baratos.

Además, alrededor del mundo, el problema del monopolio a pasado del sector industrial al sector financiero, esto debido a la baja movilidad del capital industrial contra la altísima movilidad del capital financiero, sólo por mencionar un ejemplo tenemos el caso de las tasas de interés Overnight, las cuales mientras la sociedad descansa, los flujos de capital andan en los mercados financieros del orbe buscando utilidades muy rápidas, en cuestión tan solo de algunas horas; esta situación se vuelve antagónica cuando el sector financiero

⁴⁶ RAMON JIMENEZ, Juan Antonio. *Keynes a la Luz de la Crisis Bancaria y Financiera de México*. Economía política, No.8, Julio 1986, p. 8

se impone al sector industrial a base de elevadas tasas de interés y de usura bancaria como sucede en el caso mexicano.

Es debido a lo anterior, que la situación de México esta afectada grandemente por el problema de las carteras vencidas, las cuales no representan otra cosa que la insolvencia de las empresas, personas, y gobiernos estatales y municipales de honrar los adeudos contraídos con el sistema bancario, lo que lleva indudablemente a la quiebra del país. Por otro lado al modernizar la oferta, no se moderniza la demanda, o sea, se tiene intrínsecamente un factor de desigualdad, pues en el caso del sector bancario no existe una Procuraduría de Defensa del Consumidor de Servicios Bancarios y Financieros, no existe una Ley de Cobranza Bancaria que evite el terrorismo que desatan los bancos al cobrar sus adeudos y no existe una Ley de Usura que controle los excesos de los bancos.

La actual política económica del estado basa su estrategia principalmente en bajar la inflación a base de reducir el circulante, sin embargo las tasas de interés no bajan a la misma velocidad que el nivel de la inflación, porque, ellas representan el costo real del dinero, es decir mientras la inflación está en niveles de 30 por ciento anual, el costo real del dinero (las tasas de interés, o sea lo que cobran los bancos) esta en un 60 por ciento, esto porque las autoridades monetarias y hacendarias, permiten a los bancos cargar en promedio 30 puntos porcentuales por encima de la tasa CETES o sea la inflación real esta muy por encima de la inflación oficial, por ello la irritación e incredulidad de los consumidores, respecto del calculo del INPC o la inflación declarada por el Banco de México.

“Así el problema de México en la actualidad es la lucha social y ciudadana en contra de las elevadas tasas de interés, pero mientras el gobierno no entienda que las elevadas tasas de interés que son un fenómeno macroeconómico, generan el fenómeno microeconómico de la “Usura bancaria”, la cual hay que entenderla de la siguiente forma:

a).- **“por el diferencial”** entre tasas pasivas de interés.

O sea lo que pagan los bancos por el dinero que él público deposita en el sistema bancario, que por ejemplo la más baja es la que paga el SAR en poder de los bancos y que pagan 5 por ciento anualmente y entre las tasas activas de interés o sea lo que cobra el banco por el uso de su dinero (crédito) que en promedio esta en 5 por ciento mensual. Este margen de intermediación tan elevado hace que la planta productiva mexicana este en desventaja frente a sus vecinos del norte, que tienen un margen de intermediación 5 veces menor al de México.

b).- por las fórmulas actuariales.

Las que permiten descontar el interés cobrado por anticipado, para descontar anticipadamente la inflación (que es un interés encubierto) en la indexación de las deudas a UDIS, las cuales son consideradas como Usura por los UCCC (Uniform Vonsumer Credit Codes) o Ley de protección Crediticia de 1974 de los EE.UU. o bien por permitir pagos excesivos por el pago anticipado de las deudas hipotecarias.

c.-) por permitir que la velocidad de los pagos sea menor a la velocidad de acumulación de intereses.

Por ejemplo 12 en el caso de las tarjetas de crédito, cada 20 días se corta el balance lo que da $360/20 = 18$ periodos de acumulación de intereses, contra 12 de pago."⁴⁷

Como se estableció anteriormente, esta Usura bancaria a generado una crisis de pagos o lo que el gobierno llama la cultura de no pago que se refleja en una abultada cartera vencida que en muchos casos, llega a representar el 50 por ciento del capital contable del banco, esto de acuerdo a los criterios contables de EE.UU. o GAAP (General Accepted Accouting Principles), los cuales para el caso americano, una relación de 8 por ciento significa quiebra

⁴⁷ RAMON JIMENEZ, Juan Antonio. p. 8

técnica del banco, lo que quiere decir que el 90 por ciento de los bancos mexicanos están ya en quiebra técnica total. Entonces si aceptamos las corrientes Neoliberales, de libre mercado, los bancos mexicanos ya debieron de haber desaparecido, igual la deuda de empresas y particulares, porque el gobierno se aferra a proteger a los bancos y desproteger a los deudores? Aquí la respuesta probable es que no tenga nada que ver con corrientes económicas, sino la corrupción de los funcionarios que los protegen.

Así, mientras la complejidad de las relaciones financieras determinan una gran parte de las crisis mundiales modernas, así también debe ser la complejidad de regulación de las autoridades financieras que para el caso de México han fallado al permitir lo siguiente:

1.- Que se instale una Economía casino, al permitir la libre transferencia de fondos y de información privilegiada de bancos a Mercados de dinero, Mercados Bursátiles y mercados de Futuros.

2.-Que el país pague altas tasas de interés a expensas de subsidiar el capital externo y de corto plazo que solo viene a recibir utilidades rápidas y a especular sobre el peso mexicano.

3.- La infiltración de dinero del narcotráfico, no en los niveles de ventanilla, sino a los niveles de consejos de administración de las entidades bancarias y financieras.

4.- Además la evasión fiscal (declarar ingresos recibidos, pero no las ganancias de los mismos), lo cual hace que la política fiscal se base más en la población cautiva que en la población flotante, dedicadas a actividades de especulación. aquí insisto en la importancia de crear impuestos en cascada (que serian progresivos, de acuerdo al ingreso proveniente de las actividades especulativas y ganancias de capital), lo cual compensaría los impuestos regresivos, como el IVA o el IEPS, que afectan mas a las clases productivas. El sistema fiscal debe ser como en

la mayoría de los países de Europa Occidental y EE:UU., un sistema de impuestos progresivos y no como actualmente es, un sistema fiscal regresivo, que aumenta la irritación ciudadana en contra de la Autoridad Hacendaria, ya de por si desgastada por el apoyo sin freno hacia los bancos.

5.- También la Usura desmedida de los bancos, a expensas de la modernización de la legislación de protección al consumidor de los servicios bancarios y financieros. Este fenómeno continua afectando al corazón mismo del sistema provocándole cardiopatías continuas, lo cual de no corregirse llegara finalmente al paro cardiaco y a la paralización total del sistema financiero mexicano.

6.- Finalmente ha permitido burlar el principio Juarista del anatocismo (o sea el cobro de intereses sobre intereses o lo que es lo mismo el llamado interés compuesto) que fue elaborado para terminar con la concentración de tierras en pocas manos, en aquella época en manos de la Iglesia y que en la actualidad de México esta permitiendo que los bancos se adueñen de la tierras (ranchos, casas y departamentos) y de activos de empresas (Sidek, Marti, Lala; Mexicana de Aviación Woolworth, Gutsa, Taesa, Syncro, etc.). Esta ley dio origen a la Guerra de Reforma y posteriormente a la Dictadura Porfirista, ¿la crisis actual a donde lleva?.

2.3. CONSIDERACIONES GENERALES

Con estos acontecimientos los deudores tendrán que cubrir el préstamo cuadruplicado o quintuplicado y además por vía de impuesto pagará el monto correspondiente a la deuda pública, en donde están comprendidos parte de los créditos de la cartera vencida que el gobierno compro a los bancos, más el de aquellos que al parecer se autoprestaron los banqueros.

En suma puede argumentarse que la capitalización de intereses es una práctica generalizada en el mundo, pero la gran diferencia con México es que en otros países esta estrictamente fiscalizada para evitar abusos. En nuestro caso, además del carácter unilateral de la decisión de capitalizar los intereses, lo que en sí invalida dichas cláusulas, no existió una supervisión de los procedimientos que aplicaron los bancos para administrar las carteras por lo que se configuraron claramente los casos de fraude y abuso de confianza que recaen sobre personas físicas identificables, que estaban conscientes de lo que hacían.

Como lo ha documentado la Securities Auction Commission, que efectúan un seguimiento permanente de las actividades crediticias de los bancos, el problema no es solamente, determinar si es legal la capitalización de intereses, sino además aclarar la forma como administraban los bancos esa capitalización. Como está fielmente documentado los bancos comenzaron a efectuar una administración leonina de las carteras de crédito a partir de mediados de 1992, cuando vieron afectada su rentabilidad y se pusieron de manifiesto las precarias condiciones sobre las que se había concebido la privatización bancaria. En su afán de recuperar su rentabilidad sesgaron a su favor la relación contractual con sus clientes bajo una metodología que recuerda el principio de las tiendas de raya durante los días negros del Porfiriato.

La decisión unilateral que tomaron los bancos en 1992 de incluir una cláusula que les permitía cobrar a sus clientes intereses sobre intereses fue una anomalía tanto por su forma como por su contenido. La Comisión Federal de Competencia Económica debió tomar cartas en el asunto para mediar entre los intereses de los bancos y el de los usuarios de crédito. Pero existía un vacío legal en el país que solo ahora empieza a subsanar, la situación se dejó correr y los bancos que estaban organizados prácticamente como cartel, se aprovecharon indebidamente de la situación sacando provecho a costa de sus clientes.

CAPITULO 3. EL SISTEMA FINANCIERO MEXICANO

En este breve estudio, trataremos de conocer cual es el papel que juega el sistema financiero en relación al sano desarrollo de la economía nacional, estableciendo cual es su finalidad y si esta es compatible con las políticas financieras vigentes.

3.1. LA BANCA Y EL CREDITO

En México, el servicio de banca y crédito esta regulado por la Ley de Instituciones de Crédito, la cual establece:

Artículo 1º.- La presente Ley tiene por objeto regular el servicio de banca y crédito; la organización y funcionamiento de las instituciones de crédito; las operaciones que las mismas podrán realizar; su sano y equilibrado desarrollo; la protección de los intereses del público; y los términos en que el estado ejercerá la rectoría financiera del Sistema Bancario Mexicano.

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

De la transcripción de los artículos anteriores se desprende que tanto la rectoría, y la organización como el funcionamiento del Sistema Bancario Mexicano serán regidas por el propio Estado, el que tendrá que determinar la orientación que se le dará al propio sistema, tendiente a conseguir el sano y

equilibrado desarrollo de las propias instituciones bancarias, así como la protección de los intereses del público. De lo que se puede concluir que estas dos últimas actividades no se contraponen.

Aunque la Ley en comento emplea, aparentemente con acepciones diversas, los vocablos banca y crédito, no establece distinción conceptual entre ambos, y así dispone:

Artículo 2º.- El servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, que podrán ser:

I.- Instituciones de banca múltiple, y

II.- Instituciones de banca de desarrollo.

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

....

Además, de la transcripción del artículo anterior se desprende que el servicio de banca y crédito solamente podrá ser prestado por dos tipos de instituciones de crédito: Instituciones de banca múltiple, las que están conformadas como sociedades anónimas de capital fijo, y las Instituciones de banca de desarrollo, conformadas por entidades de la Administración Pública Federal, se debe aclarar que tanto unas como otras pueden realizar toda la gama de operaciones de la banca tradicional siempre y cuando estén encaminadas a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional. "Pero las Instituciones de banca de desarrollo, además, realizara las actividades productivas que el Congreso de la Unión determine como especialidad de cada una de estas en las respectivas leyes orgánicas."⁴⁸,

Instituciones De Banca Múltiple

⁴⁸ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*.

Artículo 8.- Para organizarse como institución de banca múltiple se requiere autorización del Gobierno Federal, que compete otorgar discrecionalmente a la Secretaría de hacienda y Crédito publico, oyendo la opinión del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria. Por su naturaleza, estas autorizaciones serán intransmisibles. ...

Artículo 9. Solo gozaran de autorización las sociedades anónimas de capital fijo, organizadas de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Sociedades mercantiles, en todo lo que no este previsto en esta Ley y, particularmente con lo siguiente:

- I. Tendrán por objeto la prestación del servicio de banca y crédito, en los términos de la presente Ley;
- II. La duración de la sociedad será indefinida;
- III. Deberán contar con el capital social y el capital mínimo que corresponda conforme a lo previsto en esta ley.
- IV. Su domicilio social estará en el territorio nacional.

Instituciones de Banca de Desarrollo

Artículo 30.- Las instituciones de banca de desarrollo son entidades de la Administración Publica Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidos con el carácter de sociedades nacionales de crédito, en los términos de sus correspondientes leyes orgánicas y de esta ley.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Publico expedirá el reglamento orgánico de cada institución en el que establecerá las bases conforme a las cuales se regirá su organización y el funcionamiento de sus órganos. ...

3.1.1. EL PRINCIPIO BANCARIO.

“Un banco es; Un instituto de mediación en cuestiones de crédito, de naturaleza especial, un instituto que para realizar esa mediación en materia de crédito, hace uso del principio bancario”⁴⁹.

⁴⁹ SOMBART, Werner, *El Apogeo del Capitalismo*, 1ª. Reimpresión, Ed FCE, México 1984, p. 197

Debe entenderse por principio bancario, si queremos dar una definición limpia y exacta: El principio de concesión de créditos mediante la utilización de un fondo colectivo de prestamos.

Todas las instituciones bancarias tienen por objeto la conclusión de operaciones de crédito, de tres especies diferentes.

- Concesión de crédito: a base de capital propio.
- Creación de crédito: de la nada.
- Mediación para concesión de crédito: a base de capital ajeno.

De estas tres actividades, las dos primeras pertenecen ciertamente a una serie de operaciones que por si solas no pueden dar a un instituto de crédito el carácter de banco. Ya que toda sociedad financiera, todo financiero privado hacen lo mismo. Ahora bien, si observamos detenidamente la tercera actividad veremos que, tampoco es la mediación para la concesión de crédito en sí misma, la característica que más puede ser considerada como privativa del banco, ya que todo agente de cambio, toda empresa intermediaria para la conclusión de operaciones de préstamo hipotecario, se ocupa de mediación en cuestiones de crédito y, sin embargo ni en un caso ni en otro puede decirse tampoco que se trata de bancos. Lo anterior tiene su fundamento en lo que establece el artículo 2º. De la ley de Instituciones de Crédito en su ultimo párrafo:

Artículo 2o.- ... No se consideran operaciones de banca y crédito aquellas que, en ejercicio de las actividades que les sean propias, celebren intermediarios financieros distintos a instituciones de crédito que se encuentren debidamente autorizados conforme a los ordenamientos legales aplicables. Dichos intermediarios en ningún caso podrán recibir depósitos irregulares de dinero en cuenta de cheques.

Para entender mejor lo anterior, representaremos a continuación lo que es la estructura de un banco: la actividad de un banco consiste en dejarse entregar, a crédito, las sumas ahorradas por el mayor numero posible de

personas y en acumularlas en calidad de depósitos "irregulares". Estos depósitos se componen de:

- 1) Partes de renta de toda especie.
- 2) Partes integrantes de capital.
- 3) Capital llamado negativo o ficticio, fondos de renta, es decir, sumas de dinero procedente de la compra y venta de efectos; de la compra y la venta de bienes inmuebles, herencias, etc.

Mediante estos depósitos debidos a las operaciones pasivas, queda financiada una gran parte de las operaciones activas de los bancos, al ser dirigidas estas sumas hacia las empresas y particulares que buscan crédito, bien con el fin de procurarse un capital circulante (crédito a corto plazo), ya sea como crédito de producción, o bien con el fin de procurarse un capital en forma del llamado crédito a largo plazo.

Es precisamente por esto que la mediación en materia de crédito ejercida por los bancos es de naturaleza especial: debido a que no tiene lugar entre un particular, como otorgante del crédito, y otro, sino entre aquel y una colectividad de acreedores. De este modo se da el primer paso para la despersonalización de las relaciones de crédito: la relación personal entre acreedor y deudor esta cortada, (relación que, en los casos en que se ejerce la actividad mediadora del agente de cambio o de la empresa intermediaria para conclusión de operaciones de préstamo hipotecario continua subsistiendo: A presta a B); en lugar que ellos ocupaban aparece el banco que deviene propietario de los fondos prestados. Las sumas prestadas quedan confundidas en un fondo de prestamos impersonal que puede ser empleado a voluntad, sin limitación alguna en cuanto a la cantidad o al tiempo.

3.1.2. EL CREDITO.

Ahora bien, para continuar aclarando el tema es necesario hacer las siguientes consideraciones. Si partimos del hecho de que doctrinalmente se define al crédito como, “la transferencia de bienes que se hace en un momento dado por una persona a otra, para ser devueltos a futuro, en un plazo señalado, y generalmente con el pago de una cantidad por el uso de los mismos”⁵⁰, se desprende que los elementos del crédito son: la existencia de ciertos bienes, la transferencia de ellos, o de su disposición jurídica, de su titular a otra persona (la que los disfruta); el lapso de tiempo durante el que se usan esos bienes y la obligación de restitución de los mismos, con el pago de la cantidad pactada por su uso. Hay quien afirma que también la confianza forma parte importante del concepto del crédito.

Así las cosas tenemos que; el crédito es un concepto genérico que puede abarcar una serie de operaciones específicas o ramas que han ido especializándose y que van tipificando las distintas actividades de las instituciones de crédito, es decir, hay operaciones de crédito que son fundamentales y que pueden resultar comunes como son la captación de recursos del ahorro público y el otorgar préstamos a los sectores de la población que los necesitan. Ahora bien, esas operaciones fundamentales pueden adoptar una serie de modalidades específicas conforme a la estructura jurídica que rige en México y que pueden ser: depósitos a plazo, de ahorro, de capitalización, emisión de bonos, en el aspecto que llaman pasivo o sea de asunción de los recursos del público o de otras entidades por parte de las instituciones crediticias y una serie de créditos muy diversos y con modalidades muy peculiares, cuando la institución es la que proporciona el dinero a quien lo necesita. La anterior clasificación, se hace en virtud de que con cierto criterio contable, la doctrina ha diferenciado la actividad de los bancos, al reflejar como

⁵⁰ INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano,

si fuera en un balance, los registros del activo y del pasivo o sea saldos acreedores y deudores así tenemos:

Operación pasiva que no sólo consiste en que el banco recibe dinero en efectivo, sino que consideramos que también puede ser en bienes o servicios estimables en numerario, pagaderos a futuro.

Puede afirmarse que aquellas operaciones en las que las instituciones reciben dinero de terceros, es decir, que éstos son acreedores y las instituciones deudoras, son las que la doctrina califica como pasivas y el origen de los fondos puede ser el siguiente: a) del público en general a través de los instrumentos que la legislación aplicable permite a cada tipo de instituciones; b) de otras instituciones del país; c) directamente del gobierno federal o de organismos descentralizados o del instituto central, y d) de bancos extranjeros, previo cumplimiento de los requisitos que señale el Banco de México y en su caso, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

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

También a las operaciones de crédito se les puede considerar, desde el punto de vista de las entidades que lo reciben como: crédito a la industria, a la importación, al comercio, al consumo, etc. Ahora, por la finalidad a que está destinado, se clasifica como: para adquisición de bienes de consumo duradero, para obras públicas, para importación y exportación, para la agricultura, para la industria, etc. Según el plazo a que se contrae: a corto, medio y largo plazo.

Algunos autores han llamado a las operaciones que no son el recibir, ni otorgar crédito al público, operaciones neutras, pero esta terminología puede resultar confusa, por lo que es preferible utilizar la palabra "servicios bancarios" para designar toda aquella serie de operaciones que prestan los bancos y que

no necesariamente consisten en una operación activa o pasiva, como por ejemplo, las operaciones fiduciarias, o las cobranzas.

3.2. LOS BANCOS, ANTE LA RESOLUCION DE LA SUPRMA CORTE DE JUSTICIA.

Hasta este el momento de la elaboración del presente trabajo, las instituciones bancarias por medio de sus autoridades, han declarado que es fundamental que la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se emita en favor del refinanciamiento de los intereses (lo que equivale a la capitalización de intereses), en razón según ellos de que esta, es una practica bancaria a nivel internacional que se aplica tanto a las operaciones pasivas como activas, por lo que los depositantes no solo reciben intereses sobre el capital inicialmente invertido, sino también por los intereses generados a lo largo de un periodo de ahorro o inversión. Señalaron también, que bajo la lógica de los negocios, este tipo de practicas no solo es valido sino además inherente a la misma operación bancaria; por lo que sostienen la validez de la capitalización de intereses, la cual solamente persigue preservar en favor del ahorrador el valor de su patrimonio. Y para pagarle oportunamente a los depositantes y ahorradores requieren obtener beneficios de los recursos que los bancos que prestan.

Por otra parte argumentan que el caso de que La Suprema Corte de Justicia de la nación determine que es ilegal el cobro de intereses sobre intereses, seria como declarar en quiebra el sistema bancario mexicano, debido a que las operaciones en dinero se verían seriamente afectadas porque con esta determinación, los bancos no podrán cobrar unos 88,438 millones de pesos, colocados desde 1992 a diciembre de 1994, a través de millones de créditos. Y por otra parte, los inversionistas tampoco estarían facultados

legalmente en el futuro para acceder a la capitalización de los intereses producto de sus depósitos, lo que restaría una parte importante del atractivo del ahorro, y como consecuencia existirían menos depósitos en el sistema financiero, en función de esto, la capacidad de financiamiento se varia restringida, además de que se daría una posible salida de recursos del sistema, hacia instrumentos de inversión de menor riesgo. Todo lo anterior redundara en contra de las posibilidades de un crecimiento real de la economía en el plazo inmediato.

LA REALIDAD DEL PROBLEMA

Es falaz afirmar que una decisión que diera la razón a los deudores acabaría con cualquier formula para el otorgamiento de créditos en lo sucesivo, ya que si se llega a resolver en el sentido de que los bancos incluyeron en sus contratos de manera ilegal un pacto de anatocismo anticipado, eso no significaría que los deudores dejarían de pagar a los bancos en forma automática; antes tendrán que demandar a la institución crediticia y ganar el litigio. En tal caso, los deudores quedaran liberados únicamente del pago de intereses sobre intereses, no así del pago de la deuda principal, de los intereses normales que se acuerden con los bancos (del 6 al 9 por ciento anual) y de los intereses moratorios que se hallan generado durante el tiempo que se dejo de pagar el adeudo.

Además no podrá hablarse de una ruina bancaria porque buena parte de los acreditados no podrá acogerse a la nueva jurisprudencia y demandar a los bancos, debido a que dentro del Programa de Beneficios Adicionales a los Deudores de Crédito para la Vivienda se reestructuraron 86.9 por ciento a diciembre de 1997, y de ellos 47.3 por ciento correspondió a deudores en

Unidades de Inversión (UDIS) y éstas supuestamente no contemplan la capitalización de intereses.

También debe considerarse que una resolución a favor de los deudores no impactaría de la misma manera a todos los bancos ya que según las estadísticas "Entre cuatro bancos se reparten el 83 por ciento de los créditos hipotecarios en el país: Banamex, Bancomer; Serfin y Bitai; y se trata de créditos por 48 mil 981 millones de pesos"⁵¹.

3.3. LAS REESTRUCTURACIONES

Como resultado de la crisis financiera, el gobierno y los banco ofrecieron a los acreditados la opción de renegociar sus deudas en diversos programas.

3.3.1. EL A.D.E.

"Este surgió en septiembre de 1995 como un programa de emergencia de ayuda a ciertos deudores del sistema bancario mexicano y fue un pacto ofrecido a los deudores de la banca a través de el Gobierno Federal que resulta en aceptar la capitalización de los intereses que hasta el momento se habían generado, a cambio de novar los plazos para hacerlos mas largos de lo originalmente pactado, mediante una operación de préstamo para pago de pasivos a favor del mismo banco acreditante que descontaba la operación en el Fideicomiso de Protección al Ahorro bancario o FOBAPROA: desde luego los montos de los saldos y los intereses que se capitalizaban fueron calculados sobre la base de los Pactos de anatocismo de los contratos originales".⁵²

⁵¹ INFORMATICA SELECTIVA S.A. DE C.V.

⁵² FENTANEZ MENDEZ, Cesar. *Reflexiones Jurídicas Sobre la Nulidad y la Validez del Pacto de Anatocismo*. Ediciones del Autor, p. 71

3.3.2. LAS UDIS

¿ Podría calificarse de legal un contrato de mutuo de moneda nacional en que se estipulara que, de operar una devaluación monetaria, el deudor deberá devolver una suma superior a la recibida?

Los terribles desajustes económicos que trajo consigo la unilateral inclusión (por parte de los bancos), de una cláusula que les permitía cobrar a sus clientes la capitalización de los intereses, oculta bajo un supuesto refinanciamiento, provocó que, de la noche a la mañana los acreditados, se encontraron con una deuda muy superior a sus posibilidades de pago, por lo que ante la inminente posibilidad de perder sus inmuebles, se vieron obligados a firmar la reestructuración de los créditos Hipotecarios que ofrecían los bancos.

"La reestructuración de créditos, contienen fórmulas actuariales que permiten descontar el interés cobrado por anticipado, para descontar anticipadamente la inflación (que es un interés encubierto) en la indexación de las deudas en UDIS, las cuales son consideradas como Usura por los UCCC (Uniform Vonsumer Credit Codes) o Ley de protección Crediticia de 1974 de los EE.UU".⁵³

Copiado de un modelo chileno, recientemente el legislador mexicano expidió un decreto que permite indicar las obligaciones mercantiles, incluso las consignadas en títulos de crédito, salvo cheques, mediante el empleo de las llamadas *unidades de inversión* (UDIS), que no son más que una moneda de cuenta cuyo valor en la moneda de curso legal, el peso, se determina periódicamente por el Banco de México en función del incremento o reducción del Índice Nacional de Precios al Consumidor. "Este mecanismo se puso en marcha el día 4 de abril de 1995, fecha en la que se publicó el decreto en el

⁵³ RAMON JIMENEZ, Juan Antonio, *Keynes a la Luz de la Crisis Bancaria y Financiera de México*, Economía política, No.8, Julio 1986, p. 8

Diario Oficial, así como la resolución del Banco de México en el sentido de que en La misma fecha arrancaría la UDI con el valor de un peso; por tanto, en el curso del tiempo se ha incrementado la paridad de tal moneda de cuenta, según equivalencias que periódicamente se publican en el Diario Oficial".⁵⁴

Y cuando en el artículo primero del citado decreto se dispone que "las obligaciones denominadas en unidades de inversión se consideraran de monto determinado", no es posible compartir tal criterio, pues con todo y su rotundidad, no impide que cuando por disposición legal sea necesario precisar una suma determinada de dinero (como ocurre con motivo del contrato de arrendamiento o letra de cambio, el cheque y el pagare), la deuda resulte de un importe indeterminado en la única moneda de curso legal, que es el peso, pues por razón natural, el deudor no puede saber, por anticipado, el monto que cubrirá en dicha moneda.

Por consiguiente, las deudas en UDIS no pueden configurar obligaciones por una suma determinada de dinero, por la sencilla razón de que tales UDIS *no son dinero*.

Y no puede aducirse, en contra de lo anterior, que los contratos udificados solo pueden cumplirse en nuevos pesos atenta a la inexistencia real de las UDIS, y que con ello se satisface el aludido dispositivo legal, pues tal argumento resulta falaz; en primer lugar, porque el verdadero importe de los derechos y obligaciones, aunque algún día se determinara en pesos, se asume en una unidad de cuenta no prevista en la LMEUM; en segundo lugar porque en todo este mecanismo se atribuye a un tercero, el Banco de México, la determinación del importe de créditos y deudas mercantiles, lo que demuestra que los mismos no se estipularon en moneda de curso legal, sino solo las consecuencia, en pesos, del verdadero compromiso.

El Código Civil establece:

⁵⁴ DIAZ BRAVO, Arturo, *Contratos Mercantiles*, 5a. Edición, Ed HARLA, México 1983, p. 42

Artículo 2389.- Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a la ley monetaria vigente al tiempo de hacerse el pago, sin que esta prescripción sea renunciable. Si se pacta que el pago debe hacerse en moneda extranjera, la alteración que ésta experimente en valor será en daño o beneficio del mutuuario.

En tanto que el Código de Comercio determina:

Artículo 359.-Consistiendo el préstamo en dinero, pagará el deudor devolviendo una cantidad igual a la recibida conforme a 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 o beneficio del prestador.

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

Si los préstamos fueren en especie deberá el deudor devolver, a no mediar pacto en distinto sentido, igual cantidad en la misma especie y calidad, o su equivalente en metálico si se hubiese extinguido la especie debida.

Ambos ordenamientos imponen de modo tan rotundo y coincidente para el préstamo de dinero el llamado principio *nominalista*, aplicable a todas las obligaciones que suponen el pago de una suma **determinada y precisa** en moneda nacional, frente a las cuales existen las obligaciones o deudas *de valor*, en las que no es posible predeterminar el importe que debe pagar el obligado, que dependerá de las circunstancias económicas y del momento en que deba cumplirse la obligación.

Aunque dentro de estas reestructuraciones no se contempla abiertamente el refinanciamiento de intereses, si es importante aclarar que en contratos de este esquema, los intereses normales y moratorios en su caso, aunque se estipulen en porcentaje fijo e invariable, obviamente se causaran sobre capitales que van creciendo en el curso del tiempo. Por lo que se tiene

que reconocer que son un esquema al que no se le puede encontrar lógica, debido a que bajo este, se ha disparado la deuda en vivienda de miles de personas que optaron por reestructurar ante la falta de liquidez. Lo anterior se agrava si se toma en cuenta que el costo actual de los bienes inmuebles ya no corresponde al de la deuda contraída, que ahora es tres o cuatro veces superior al valor del bien. Según datos de los bancos se calcula que actualmente la reestructuración en UDIS es por 98 mil 186 millones de pesos en créditos.

3.4. ¿SE APLICA EL ANATOCISMO EN LOS AHORROS?

El anatocismo solo es aplicable a las deudas y no a los ahorros. Los depósitos que la clientela hace en un banco reciben hoy día, por ejemplo una tasa de 13 por ciento anual a 28 días, y la institución en cambio coloca esos recursos como crédito a un "moderado" 40 o 50 por ciento anual, de tal modo que el banco se que da con un margen de intermediación sumamente exagerado que va del 27 al 37 puntos porcentuales a su favor, por lo que se puede aclarar que el interés compuesto en inversiones nada tiene que ver con el anatocismo de las deudas.

Como lo demuestra también el hecho de que habiéndose elevado la tasa de interés, los bancos computaban los pagos de sus clientes en orden inverso al que aplicaban los bancos cuando ellos son los deudores, es decir, los pagos que recibían primero los destinaban a cargos accesorios, luego a cargos moratorios, en tercer lugar a intereses financieros y solo finalmente al pago de la suerte principal. De este modo, pese a que la mayoría de los deudores de la banca estaban haciendo un esfuerzo inaudito por cumplir con sus obligaciones, las alzas de las tasas de interés, pero especialmente el procedimiento leonino e ilegal de administración de las carteras de crédito, los orillo a la insolvencia.

Otro claro ejemplo de que los bancos no aplican la misma estrategia para el cálculo de los intereses que le cobran a sus acreditados, que la usada para calcular lo que pagan por el dinero que él público deposita en el sistema bancario, que por ejemplo la más baja es la que paga el SAR en poder de los bancos y que pagan 5 por ciento anualmente y entre las tasas activas de interés o sea lo que cobra el banco por el uso de su dinero (crédito) que en promedio esta en 5 por ciento mensual.

Tomando como referencia la inflación se tiene que: Mientras la inflación está en niveles de 30 por ciento anual, el costo real del dinero (las tasas de interés, o sea lo que cobran los bancos) esta en un 60 por ciento, esto porque las autoridades monetarias y hacendarias, permiten a los bancos cargar 30 puntos porcentuales por encima de la tasa CETES o sea la inflación real esta muy por encima de la inflación oficial, con lo que los bancos demuestran su intención de ganar hasta el ultimo centavo posible a costa aun del publico inversionista.

Una de las situaciones que hacen más rentable al sistema financiero nacional es el hecho de que, la banca múltiple es creadora de mercados monopolicos como las tarjetas de crédito, con lo que consiguen obtener ganancias exorbitantes, por otro lado la mayor parte de los recursos depositados por publico inversionista en el sistema bancario, son transferidos por los bancos hacia los mercados de dinero y bursátiles en los que mediante la evasión fiscal que se da al declarar ingresos recibidos, pero no las ganancias de los mismos, razón por la que no dependen, como ellos dicen, del cobro de interese sobre los intereses para pagar los escasos intereses con que premian el ahorro.

3.5. EL FONDO BANCARIO DE PROTECCION AL AHORRO

Esta breve referencia del controvertido FOBAPROA, tiene como finalidad mencionar que las instituciones de crédito tuvieron responsabilidad en el desarrollo de la actual crisis financiera, ya que como resultado de sus políticas, no solamente pusieron en riesgo la economía de los acreditados, sino que también debido a la falta de previsión generaron una sistema crediticio de alto riesgo, sin el consecuente fortalecimiento del fondo que les hubiera permitido encarar cualquier percance, por lo que fue necesario que el estado los rescatara, (\$552,000,000,000.00), y aun después de eso los banqueros siguen diciendo que el sistema financiero depende de la capitalización de los intereses. Recalcándose con esto el increíble apoyo económico que el gobierno puso a disposición de los bancos para comprarles las carteras vencidas, en lugar de apoyar directamente a los deudores quienes con sus pagos hubieran recapitalizado a los bancos. Pero aun estamos por saber el verdadero destino que se le dio a esos recursos.

Dentro de Ley de Instituciones de Crédito, se tenía contemplada la posibilidad de que las instituciones de crédito pudieran en algún momento enfrentar dificultades para el cumplimiento de sus obligaciones, lo anterior tubo su origen con la creación del fideicomiso denominado Fondo Bancario de Protección el cual tenía la función específica de e realizar operaciones preventivas tendientes a evitar problemas financieros que pudieran presentar las instituciones de banca múltiple así como garantizar cumplimiento de sus obligaciones cuando estas estuvieran comprendidas en el objeto de protección expresa del fondo. Este fondo seria formado con las aportaciones ordinarias y extraordinarias que establecería el Banco de México y que tendrían carácter de obligatorias como se puede verificar de la transcripción siguiente:

Artículo 122.- Las instituciones de banca múltiple deberán participar en el mecanismo preventivo y de protección del ahorro, cuya organización y funcionamiento se sujetará a lo siguiente:

I. El Banco de México administrará un fideicomiso que se denominará Fondo Bancario de Protección al Ahorro, cuya finalidad será la realización de operaciones preventivas tendientes a evitar problemas financieros que pudieren presentar las instituciones de banca múltiple, así como procurar el cumplimiento de obligaciones a cargo de dichas instituciones, objeto de protección expresa del Fondo.

La constitución del fideicomiso por el Gobierno Federal no le dará el carácter de entidad de la administración pública federal, y por lo tanto, no estará sujeto a las disposiciones aplicables a dichas entidades;

II. Para que las instituciones de banca múltiple puedan recibir apoyos preventivos, deberá garantizarse el pago puntual y oportuno del apoyo, con acciones representativas del capital social de la propia institución, con valores gubernamentales o cualquier otro bien, que a juicio del fiduciario satisfaga la garantía requerida.

...III. Las instituciones de banca múltiple estarán obligadas a cubrir al Fondo el importe de las aportaciones ordinarias y extraordinarias que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a propuesta del Banco de México.

Las aportaciones ordinarias y extraordinarias de cada institución correspondientes a un año natural, no excederán respectivamente del cinco al millar y del siete al millar del importe al que asciendan las obligaciones objeto de protección expresa del Fondo;

IV. En el contrato constitutivo del Fondo deberá preverse la existencia de un comité técnico que estará integrado por representantes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, del Banco de México y de la Comisión Nacional Bancaria.

El comité técnico determinará los términos y condiciones de los apoyos que se otorguen con cargo al Fondo; los depósitos, créditos y demás obligaciones, así como el importe de éstos objeto de protección expresa, la

periodicidad con la que habrán de cubrirse las aportaciones ordinarias, así como, las demás facultades que se prevean en el contrato constitutivo del Fondo.

El fiduciario publicará anualmente en el mes de diciembre, en el Diario Oficial de la Federación, el importe máximo de las obligaciones que será objeto de protección expresa del Fondo durante el año inmediato siguiente;

V. Las instituciones de banca múltiple estarán obligadas a proporcionar al Fondo la información que éste les solicite, para cumplir con sus fines, así como a poner en conocimiento del mismo, con toda oportunidad, cualquier problema que confronten y que, a su juicio, pueda dar lugar a apoyos del Fondo. Asimismo, las instituciones de banca múltiple estarán obligadas a recibir los apoyos que a propuesta del comité técnico la Secretaría de Hacienda y Crédito Público estime necesarios y a cumplir con los programas o medidas correctivos que el Fondo les apruebe;

VI. Las sociedades que, con posterioridad a la fecha de constitución del Fondo, obtengan autorización para constituirse y operar como instituciones de banca múltiple de conformidad con la presente Ley, estarán obligadas a aportar al Fondo la cantidad inicial que determine la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a propuesta del Banco de México, mediante criterios de aplicación general que tomarán en cuenta, entre otros elementos, el monto de los pasivos y el nivel de capitalización de cada institución. Dicha cantidad inicial se empezará a cubrir desde que la sociedad inicie operaciones, en los términos que indique el comité técnico del Fondo.

VII.- El Banco de México cargará, en las cuentas que lleva a las instituciones de banca múltiple, el importe de las cuotas ordinarias y extraordinarias que éstas deban cubrir conforme a lo dispuesto en el presente artículo, precisamente en las fechas en que tales pagos deban efectuarse. Las cantidades así cargadas serán abonadas simultáneamente al Fondo.

Ahora bien, si los bancos hubieran actuado con un poco de previsión deberían haber fortalecido este fondo desde el momento mismo de la

reprivatización bancaria, y con más empeño a partir del inicio de la crisis financiera. "En relación a esto, los banqueros argumentan que ellos creían que las aportaciones al fondo eran muy altas, ya que las mismas se hacían sobre un estimado de los créditos en riesgo, que sentían que sus percepción del riesgo era suficientemente cubierta por el FOBAPROA, porque tenían la impresión de que había demasiado dinero en el fondo, ya que ellos supuestamente no conocían el monto existente. Que lo que sucedió fue que esa percepción del riesgo era equivocada, que no se tuvieron los cálculos de prudencia, ya por la propia crisis, ya por los malos manejos que hicieron algunos banqueros en la reprivatización.⁵⁵ El resultado de esto es que desde la primera intervención se rebaso con mucho los recursos que los bancos habían depositado en el FOBAPROA. Con motivo de esto el gobierno tuvo que intervenir para rescatar al sistema financiero, aunque los banqueros nuevamente insisten en que el rescate fue a los ahorradores en forma directa y en segundo término a los deudores. (Aunque los ahorradores no son ni el 10 por ciento de la población y el rescate lo va a tener que pagar toda la población)

3.7. LA VISION A FUTURO

Es importante establecer algunas consideraciones sobre las Instituciones, a las que Rafael de Pina Vara define como: "El conjunto de Organos Constitucionales de la Nación"⁵⁶, para así podernos abocar al estudio de las llamadas Instituciones Sociales.

La creación de las instituciones, existentes en una sociedad, corresponde precisamente al intento por parte de esta ultima, de satisfacer alguna o varias

⁵⁵ VIDAL, Francisco, Revista MILENIO SEMANAL, Entrevista con Carlos Gómez y Gómez, En el rescate no habrá borrón y cuenta nueva, México 18/05/98, p.53

⁵⁶ DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, 23ª. Edición, Ed Porrúa, México 1996, p. 323

de sus múltiples necesidades de grupo, como pueden ser: salud, seguridad, servicios, impartición de justicia, financiamiento, etcétera. Conforme las sociedades evolucionan, va siendo cada vez más importante la institución satisfactora de necesidades, pero al lado de esto, surge también la necesidad de regular la función de cada una de ellas, para garantizar el buen funcionamiento de la comunidad. En virtud de lo anterior podemos resumir que; el nacimiento mismo de toda institución social, viene siempre acompañado de la respectiva regulación del marco jurídico sobre el cual deberá encuadrar sus actividades, lo que, como ya dijimos delimitara las funciones específicas que le fueron encomendadas, garantizándose con esto la satisfacción de las necesidades para la que fue creada.

Queda claro entonces que todas las instituciones sociales actúan dentro de un marco jurídico y que mientras lo haga no tendrá problemas de existencia. Ahora bien mientras perduren en el grupo social las necesidades por las que la propia institución fue creada, y esta, las satisfaga; la institución social podrá permanecer al ver justificada su existencia. Ahora bien en el momento en que cualquiera de ellas transgrede el marco jurídico que la regula; deja automáticamente de cumplir su función y por consiguiente, se pone en entredicho a si misma, haciendo dudar a la sociedad sobre la conveniencia de su permanencia.

En relación a las Instituciones de crédito, vemos que toda sociedad tiene la necesidad de contar con instituciones de crédito que apoyen con el capital necesario a todos aquellos integrantes que pretendan desarrollar proyectos productivos, tanto públicos como privados, encaminados a la generación de riqueza nacional, el consumo de bienes o servicios, o simplemente el ahorro. Para la satisfacción de esas necesidades a lo largo de la historia, han surgido diversas instituciones bancarias, las que han venido evolucionando al ritmo del desarrollo comercial, y por otra parte, el estado se han visto en la necesidad de determinar con mayor rigor, el marco jurídico que las regula.

Según la ley de Instituciones de crédito vigente, El Sistema Bancario Mexicano debe encaminar sus actividades a apoyar y promover el desarrollo de las fuerzas productivas del país y el crecimiento de la economía nacional, y es esta precisamente la razón de su existencia dentro de la sociedad mexicana. Pero la realidad es que, con sus políticas actuales de usura bancaria, han encarecido el crédito, ocasionando el descontento social y en algunos casos hasta la ruina de sus acreditado. De lo que se puede deducir, que los bancos al alejarse de las sanas practicas y usos bancarios actúan fuera del marco jurídico y se han alejado de su objetivo primordial. por lo que: de seguir así, dejaran de ser consideradas instituciones sociales, y el estado en representación de la sociedad, tendrá que crear nuevas instituciones que le permitan satisfacer estas necesidades.

Algunos deudores dejaron de pagar a los bancos para disponer de recursos adicionales que gastaron en otros bienes y servicios. Esto explica parte de la fuerte expansión actual de la economía mexicana, crecimiento que alguien deberá pagar en el futuro.

Obviamente la solución a corto plazo es crear las condiciones para que los deudores puedan pagar sus pasivos con la mayor rapidez posible dentro de sus posibilidades. La a situación actual del no pago es el peor escenario a mediano plazo. Para evitar que se repitan las dificultades en el futuro, la única solución es eliminar la inflación en el país; mientras esta se mantenga seguirá creciendo el problema actual.

CAPITULO 4. TEORIA GENERAL DE LOS CONTRATOS

Con la finalidad de adentrarnos en el estudio de los contratos bancarios de crédito con garantía hipotecaria, haremos un pequeño resumen de lo que se entiende por contrato, tratando de establecer aquellos elementos que lo conforman y distinguen.

4.1. CONTRATOS CIVILES

La naturaleza de los contratos, esto es, su esencia, se encuentra establecida exclusivamente en el Código Civil, por la razón histórica de que los contratos civiles fueron los primeros en aparecer.

4.1.1. DEFINICION

El Código Civil vigente en el Distrito Federal establece:

Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transmitir, modificar, o extinguir obligaciones.

Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

"El contrato, es una especie dentro de los convenios. La terminología jurídica ha hecho una distinción entre convenios y contratos, al convenio en sentido estricto, le corresponde la función negativa de modificar o extinguir esos derechos y obligaciones, y al contrato se le ha dejado la función positiva,

es decir, el acuerdo de voluntades para crear o transmitir derechos y obligaciones. El convenio, *lato sensu*, comprende ambas funciones".⁵⁷

Entre los sucesos que el derecho toma en cuenta para atribuir a los contratos efectos jurídicos destaca el acto o negocio jurídico que es una manifestación exterior de la voluntad bilateral o unilateral, cuyo fin es engendrar con apoyo en una norma jurídica o en una institución jurídica en contra o en favor de una o varias personas un estado, es decir una situación jurídica permanente y general o por el contrario un efecto de derecho limitado consistente en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica. Se ha considerado al contrato como el tipo más caracterizado del acto jurídico y el Código Civil acepta esta postura pues dispone:

Artículo 1859.- Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos en lo que no se opongan a la naturaleza de estos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

4.1.1. EL CONTRATO COMO NORMA JURÍDICA INDIVIDUALIZADA

El más brillante expositor de esta concepción es Hans Kelsen. Este autor explica que la teoría tradicional sólo vio en el contrato un acto jurídico, ya que lo analizó desde la perspectiva de un acto de aplicación del derecho. (Así al contratar las partes aplican una regla de derecho -*pacta sunt servanda*- a una situación concreta). Olvidando que el contrato también es un acto de creación del derecho pues de él surgen para los sujetos, obligaciones y derechos que anteriormente no tenían. Kelsen parte de la idea de que todo acto es al mismo tiempo de creación y aplicación del derecho. La "fuerza obligatoria" del contrato radica en que éste ha creado una norma que sólo se distingue de la que los

⁵⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Contratos*, 1ª. Edición, Ed Porrúa.

contratantes aplicaron en que tiene carácter individual o concreto. Para este autor existe un equívoco pues contrato designa tanto un acto o procedimiento determinado como su producto que es la norma contractual.

4.1.2. ELEMENTOS ESENCIALES

“Llámesese **elemento**, la parte integrante de una cosa que si falta, esa cosa no existe como tal, aunque de hecho puede existir una diversa”⁵⁸

El contrato como todo acto jurídico debe reunir para ser existente ciertos elementos primarios. entre los cuales encontramos los siguientes contenidos en el Código Civil:

Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere;

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

La voluntad es la intención, ánimo o resolución de hacer una cosa y la voluntad desde el punto de vista jurídico es la intención para realizar un acontecimiento referida a la obtención de efectos jurídicos previstos en la norma.

En los actos jurídicos plurisubjetivos, la unión acorde de voluntades de los sujetos que intervienen, en los términos señalados en la norma o supuesto jurídicos, se llama consentimiento. Por lo que podemos concluir que el consentimiento se da cuando existe el concurso de voluntades de dos o más sujetos; por lo tanto implica la manifestación de dos o más voluntades, pero no basta solo la existencia, si no que es necesario además que estas concuerden.

El objeto del contrato como el objeto del derecho en general, es la conducta y dicha conducta puede manifestarse como una prestación o como una abstención. Si tal conducta se manifiesta o exterioriza como una

prestación, puede encausarse como un hacer algo o como un dar cierta cosa, que al final no sería sino una modalidad de hacer algo; y si la conducta se manifiesta o exterioriza con una abstención, puede encausarse como un no hacer algo. Ahora bien el contenido de la prestación "Hacer algo" debe ser posible y lícito ya sea que se proyecte hacia un "hecho" o hacia una "cosa" que pueda ser materia de contratación es decir que sea posible tanto física como jurídicamente; entendiéndose que hay imposibilidad cuando un hecho no puede existir porque es incompatible con una ley de la naturaleza (física) o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización jurídica. La doctrina ha distinguido entre objeto directo del contrato que es la conducta, la cual puede manifestarse como una prestación, o como una abstención para la creación o transmisión de derechos y obligaciones y por otra parte el objeto indirecto el cual implica la cosa como contenido de dar, el hecho como contenido de hacer y la abstención como contenido de no hacer, los cuales deben de posibles y lícitos.

4.1.3. LOS PRESUPUESTOS DEL CONTRATOS

Además de los anteriores elementos de existencia, es necesario que se den ciertos requisitos o presupuestos de validez para que el contrato produzca normalmente todos sus efectos jurídicos y no pueda ser invalidado, estos requisitos están establecidos en forma negativa en el citado ordenamiento.

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. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;
- IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece.

⁵⁸ ZAMORA Y VALENCIA. Miguel Angel, *Contratos Civiles*, 1a. Edición, Ed Porrúa, México 1981, p 28

La capacidad legal de las partes, es la aptitud de las personas para ser titulares de derechos y de obligaciones y para hacerlas valer por si mismas en el caso de las personas físicas o por conducto de sus representantes legales, en el caso de las personas morales,* por lo que se puede considerar que la capacidad de contratar es una subespecie de la capacidad de obrar o de la capacidad de ejercicio y consiste en la aptitud reconocida por la ley a una persona para estipular por sí el contrato sin necesidad de substitución o de asistencia de otras personas.

En los contratos se requiere que las personas como sujetos del derecho manifiesten un consentimiento libre de vicios. Se entiende por vicio, la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución.

Los vicios del consentimiento son entonces aquellas circunstancias particulares en las que debido a una defectuosa realización de los elementos del contrato, le provoca un daño, sin llegar a suprimirlo; ya que aunque exista el consentimiento en un contrato, puede ser deficiente por falta de conocimiento o por falta de libertad, esto es, por un vicio que afecte la inteligencia (error o dolo) o por un vicio que afecte la voluntad (violencia) o por un vicio que afecte a una y a otra facultad (la lesión). De lo que se desprende que cuando un contrato esta afectado por alguno de los llamados vicios del consentimiento, no solamente resulta dañado el consentimiento, sino que es suprimido, dejando de ser un vicio, para constituirse en una falta de consentimiento, provocándole al contrato una nulidad relativa.

Dentro de los contratos el objeto, que es la conducta manifestada como una prestación o como una abstención debe ser lícita además de posible y así mismo el hecho como contenido de la prestación, también debe ser lícito. La licitud es: lo contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres.

Los motivos y los fines del contrato que son las intenciones internas o subjetivas del sujeto relacionadas directamente con la cosa o el hecho que

constituye el contenido de la prestación de la otra parte, deben ser lícitos, es decir, que no estén en contradicción con una disposición normativa de carácter imperativo o prohibitivo.

Si la licitud pudiera producir la nulidad relativa, significaría que se deja a la voluntad de los particulares el acatar o no las disposiciones de orden público, ya sea mediante la confirmación del acto o simplemente no haciendo valer la sanción, o que haría inútil tal norma de orden público, destruyendo así el valor y principio de seguridad que deben tutelar esas disposiciones.

En cuanto a la forma, puede decirse que en ocasiones la ley exige determinada formalidad para la celebración de un contrato, dicha formalidad es un elemento de validez del propio contrato, ya que la omisión de dicho elemento, hace que el contrato en cuestión pueda ser impugnado de nulidad relativa.

La forma se exige en los contratos, no porque se le atribuya a las palabras en sí o a las fórmulas escritas o pronunciadas determinada fuerza propia, sino por otros motivos: interés público en evitar litigios, dotar de precisión a las obligaciones asumidas y de seguridad a ciertos bienes de mayor importancia, inducir a mayor reflexión a las partes contratantes, ventajas todas éstas que explican la formalidad exigida en la mayor parte de los contratos reglamentados, ya que al analizar cada uno de los contratos en particular, se tiene que la gran mayoría de los contratos expresamente reglamentados por nuestro Código Civil son contratos formales.

Nuestro actual Código Civil contiene disposiciones en las que declara a manera de un enunciado teórico y como un principio general, la consensualidad de la celebración de los contratos, aunque también señala como una excepción teórica, la formalidad para la celebración de determinados contratos. Por lo que se puede considerar a nuestro Código Civil como consensualista pues la forma siempre es una excepción.

También el contrato puede ser rescindido cuando alguien obtiene un lucro excesivo y desproporcionado a lo que el se obliga, aprovechándose de la ignorancia de otro. Esta es la figura de la lesión.

Si se dan estos elementos de existencia y requisitos de validez el contrato es obligatorio. Esta idea se ha expresado en el principio conocido como *pacta sunt servanda* que refiere que los pactos deben ser cumplidos. El Código Civil lo señala de la siguiente forma:

Artículo.1796.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquéllos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.

Artículo.1797.- La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes.

Sin embargo frente a este principio la doctrina ha desarrollado últimamente la teoría de la imprevisión o de la excesiva onerosidad superveniente que consiste en que los contratos deben ser revisados cuando acontecimientos extraordinarios provocan un cambio en las condiciones que resiente injustamente una de las partes. El antecedente de esta teoría es el principio de *rebus sic stantibus* lo que refiere que ,mientras las cosas así permanezcan, elaborado por los canonistas medievales.

Además de esta clasificación fundamental de los elementos del contrato, se acostumbra utilizar otra de origen escolástico, la que indirectamente tiene cabida en nuestro Derecho Civil:

Artículo 1839.- los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.

Esta clasificación los civilistas acostumbran mencionar los elementos del contrato diferenciándolos de la siguiente manera:

Esenciales, que son (aparte de los dos de existencia que previamente ya vimos: el consentimiento y el objeto, los cuales tienen carácter general) los que cada figura típica contractual exige para configurarse, por ejemplo cosa y precio en la compraventa.

Naturales, que son las consecuencias implícitas en el contrato pero que se pueden eliminar por acuerdo expreso de las partes, por ejemplo el saneamiento por evicción en la compraventa.

Accidentales, que son modalidades que sólo existen en el contrato si las partes así lo acuerdan, por ejemplo el término y la condición.

4.1.4. CRITERIOS DE CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS

Existen múltiples formas de hacer la clasificación, algunas de ellas son las siguientes:

1) Caracterizar a los contratos de acuerdo a la materia que los rige, diferenciándolos entre Civiles (por ejemplo el arrendamiento), Mercantiles (como el seguro), Laborales y Administrativos.

2) Bilaterales o sinalagmáticos cuando existen obligaciones para ambos contratantes.

Artículo 1836.- El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente.

Son considerados unilaterales cuando sólo una de las partes está obligada.

Artículo 1835.- El contrato es unilateral cuando una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que esta le que de obligada.

3) Onerosos cuando se estipulan provechos y gravámenes recíprocos y gratuitos cuando el provecho es de una sola de las partes.

Artículo 1837.- Es contrato oneroso aquel en que se estipulan provechos y gravámenes recíprocos; y gratuito aquel en que el provecho es solamente de una de las partes.

No se deben confundir los contratos gratuitos con los unilaterales pues, en aquellos, una parte sólo tiene provecho si está obligada, por ejemplo en el comodato que es un préstamo gratuito de uso, el comodatario debe devolver la cosa. Los onerosos se subdividen en A) conmutativos cuando las partes desde un principio pueden apreciar el beneficio o pérdida que el contrato les causa, y B) aleatorios cuando la existencia o monto de la prestación depende del azar

Artículo 1838.- el contrato oneroso es conmutativo cuando las prestaciones que se deben las partes son ciertas desde que se celebra el contrato, de tal suerte que ellas pueden apreciar inmediatamente el beneficio o la pérdida que les cause este. Es aleatorio, cuando la prestación debida depende de un acontecimiento incierto que hace que no sea posible la evaluación de la ganancia o pérdida sino hasta que ese acontecimiento se realice.

4) Nominados que son los tipificados en la ley, e innominados los que no están y se rigen de acuerdo al propio Código Civil por las normas del contrato nominado con el que tengan mayor semejanza como lo determina el:

Artículo 1858.- Los contratos que no están especialmente reglamentados en este código, se regirán por las reglas generales de los contratos, por las estipulaciones de las partes y, en lo que fueren omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía de los reglamentados en este ordenamiento.

4.2. CONTRATOS CIVILES EN PARTICULAR

Haremos un estudio de los contratos civiles que más relación tienen con el tema que nos ocupa.

4.2.1. CONTRATO DE ADHESION

"El contrato de adhesión, es opuesto al contrato paritario o de igual a igual, y en él no hay tratos preliminares o discusiones previas de las partes, sino que una de ellas elabora unilateralmente las condiciones del contrato y la otra encuentra que práctica o legalmente esta imposibilitada de discutir los términos, condiciones y contraprestaciones, quedándole solamente la posibilidad de aceptar, si quiere celebrar el contrato, o de no celebrar éste. bajo este esquema existe un creciente número de convenciones que, el consumidor de los bienes o servicios se ve obligado a celebrar, ante la absoluta necesidad o alto grado de conveniencia de ellos. Tales son los casos de los transportes mercantiles tanto de personas como de cosas, los seguros, las operaciones bancarias incluidos también los contratos de crédito, en todas las cuales, se habla de una supuesta conveniencia para el consumidor, también se incluyen en el mismo esquema, la adquisición de bienes o servicios que son en verdad imprescindibles, a tal punto que el consumidor no se encuentra en libertad de decidir si los adquiere o no, como ocurre con los servicios de energía eléctrica, teléfono, gas, alimentos de primera necesidad, ropa, medicinas, etcétera"⁵⁹. Es por las razones anteriormente expuestas que el Estado interviene con frecuencia para vigilar que las cláusulas no extorsionen a los usuarios de tales servicios. Además parafraseando a Ramón Sánchez Medal, tenemos que, en los casos de duda o de oscuridad del contrato de adhesión debe prevalecer la

⁵⁹ DIAZ BRAVO, Arturo, Contratos Mercantiles, 5ª. Edición. De HARLA, México 1983, p. 18

interpretación más favorable a la parte que no redactó el contrato y que solo aceptó las condiciones impuestas por la otra.⁶⁰

Sin embargo no puede negarse que en todos estos casos haya contrato o acuerdo de voluntades, al menos para aceptar una de las partes las condiciones elaboradas o propuestas por la otra.

La Ley de Instituciones de Crédito establece:

Artículo 118-A.- La Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá revisar los modelos de contrato de adhesión utilizados por las instituciones de crédito.

Para efectos de este artículo se entenderá por contrato de adhesión aquél elaborado unilateralmente por una institución, que conste en documentos de contenido uniforme en los que se establezcan los términos y condiciones aplicables a las operaciones activas que celebre la institución.

La revisión tendrá por objeto determinar que los modelos de contrato se ajusten a la presente Ley, a las disposiciones emitidas conforme a ella y a los demás ordenamientos aplicables, así como verificar que dichos instrumentos no contengan estipulaciones confusas o que no permitan a la clientela conocer claramente el alcance de las obligaciones de los contratantes.

La Comisión podrá ordenar que se modifiquen los modelos de contratos de adhesión y, en su caso, suspender su utilización hasta en tanto sean modificados.

La Comisión Nacional Bancaria y de Valores podrá ordenar a las instituciones de crédito que publiquen las características de las operaciones que formalicen con contratos de adhesión, en los términos que la propia Comisión indique.

En tanto que, la Ley Federal de Protección al Consumidor lo define de la siguiente manera:

Artículo 85.- Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para

⁶⁰ SANCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*. 3ª. Edición, Ed Porrúa, México 1978, p. 19

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.

4.2.2. CONTRATOS PRINCIPALES Y CONTRATOS ACCESORIOS O DE GARANTIA

Desde un punto de vista de la dependencia o no, de la existencia de una obligación, los contratos se clasifican en principales o accesorios.

Los contratos principales son aquellos que su existencia o validez no depende de la existencia o validez de una obligación preexistente, o de un contrato previamente celebrado; es decir son contratos que tienen existencia por si mismos y tienen fin propio independientemente de los demás y que pueden ser o bien *consensuales*: compraventa permuta y arrendamiento o bien *reales* entre los cuales se menciona al mutuo, al comodato y al depósito.

Los contratos accesorios son los que no tienen existencia por si mismos, sino que su existencia y validez depende de la existencia o posibilidad de que exista una obligación o de un contrato. Estos contratos siguen la suerte de los principales porque la nulidad o la inexistencia de los primeros origina a su vez la nulidad o la inexistencia del contrato accesorio. También reciben el nombre de contratos de garantía, dado que se celebran para garantizar la obligación de la cual depende su existencia o validez y esta forma de garantía puede ser personal, como la fianza, en que una persona se obliga a pagar por el deudor, si este no lo hace; o real como la hipoteca y la prenda en que se constituye un derecho real sobre un bien enajenable, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, de al manera que si el deudor no

cumple, el acreedor puede rematar el bien dado en garantía y pagarse preferentemente con su producto.

4.2.3. EL CONTRATO DE HIPOTECA

Contrato por virtud del cual nace un derecho real que afecta a un inmueble generalmente para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, para garantizar con su producto el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Con el término hipoteca se designa tanto al contrato, como al derecho real que se constituye sobre bienes determinados, generalmente inmuebles enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación, sin desposeer al dueño del bien grabado 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.

La hipoteca tiene un carácter accesorio, por constituirse para garantizar una obligación principal, situación que determina una de las características fundamentales de la hipoteca en nuestro derecho, en el sentido de que la hipoteca como accesorio corre la suerte de la obligación principal, por lo que debe seguir todas las vicisitudes y modalidades de la obligación principal en cuanto a su existencia, validez, nulidad transmisión, duración y extinción. Asimismo los términos y condiciones que afectan la obligación principal, afectan a la hipoteca.

El dueño de la cosa hipotecada, sigue poseyendo ésta, así como el conjunto de bienes a los cuales se extiende por incorporación, destino, pacto expreso. De tal suerte, el propietario puede explotar dichos bienes y obtener todos los beneficios inherentes, sin perjudicar la garantía que ha constituido, multiplicándose así los valores por ese mecanismo inteligente y sutil de crédito.

4.2.4. CONTRATO DE MUTUO

"El contrato de mutuo es aquel por virtud del cual una persona llamada mutuante se obliga a entregar a otra llamada mutuuario, una suma de dinero u otros bienes fungibles, quien se obliga a restituir en cierto plazo, otro tanto de la misma especie y calidad y que produce el efecto translativo de dominio respecto de las cosas que constituyen el objeto del contrato".⁶¹

El contrato de mutuo es un contrato translativo de dominio. Debe tenerse presente que la traslación de dominio del bien es un efecto natural del contrato y técnicamente no puede considerarse ni como un objeto del mismo ni como obligación de las partes y que puede definirse por voluntad de las partes o por la naturaleza de las cosas.

En relación con el contrato de mutuo con intereses, en el que se crea la obligación por parte del mutuuario de pagar el rédito establecido, es necesario que exista pacto expreso para que el mutuante tenga derecho a cobrar intereses, pues el mutuo es un contrato gratuito por naturaleza. El Código Civil establece:

Artículo 2393.- Es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros.

En materia civil, dentro del derecho mexicano, el interés establecido es el nueve por ciento anual, y siempre que exista la obligación de pagar intereses por imperativo legal, se aplica esta tasa. El Código Civil establece:

Artículo 2394.- El interés es legal o convencional.

Artículo 2395.- El interés legal es el nueve por ciento 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 fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste, el juez,

⁶¹ ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, *Contratos Civiles*, 5ª. Edición, Ed Porrúa, Mexico 1994, p. 149

teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal.

De la transcripción de los artículos anteriores se desprende que convencionalmente las partes pueden pactar un interés inferior o superior al interés legal, pero la libertad para fijar este no es absoluta, sino que existen algunas limitaciones:

a) Mediante la aplicación de la figura de la lesión, si el mutuante explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria del mutuuario, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado, tiene derecho a pedir la nulidad del contrato que traerá como consecuencia el logro de la restitución de los bienes o cantidades entregadas por las partes. Esta defensa o derecho del mutuuario, aunque le permite recobrar las cantidades pagadas como intereses excesivos, tiene el inconveniente de que está obligado a devolver anticipadamente el importe del capital o los bienes mutuados y la acción prescribe en un año, lo anterior con fundamento en el artículo 17 del Código Civil.

b) Mediante la aplicación del instituto de la lesión, si el rédito es tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del mutuuario, puede el juez, con fundamento en el artículo 2395 del Código civil, y teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, y a petición del mismo mutuuario, reducir el interés hasta el legal. Esta defensa o derecho tiene la ventaja de permitir al mutuuario seguir disfrutando del plazo convenido por las partes en el contrato para la devolución, pero no lo protege para recuperar las cantidades que por intereses excesivos ya haya pagado y solo lo protege en ese sentido, el futuro.

c) Si se pacto interés más alto que el legal, puede el deudor después de seis meses contados desde que se celebren el contrato, reembolsar el capital anticipadamente, cualquiera que sea el plazo fijado para ello, dando aviso al

mutuante con dos meses de anticipación y pagando los intereses vencidos, siendo este un caso de desistimiento unilateral del contrato y no precisamente de rescisión del contrato, lo anterior con fundamento en el artículo 2396 del referido Código en comento. Esta medida protege a futuro al mutuuario, pero lo obliga a devolver el capital anticipadamente no permitiéndole gozar del plazo convenido, ni recobrar las cantidades pagadas por intereses.

d) Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano, que los intereses se capitalicen y generen nuevos intereses, lo que constituye el llamado *pacto de anatocismo*, que es distinto del convenio que las partes pueden celebrar validamente después de que se hubieren devengado ya los intereses para que en lugar de pagarse esos intereses a la sazón ya causados entonces se incorporen al capital para producir nuevos intereses.

Artículo 2397.- Las partes no pueden, bajo pena de nulidad convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.

En el mencionado pacto de anatocismo ni el deudor o el mutuuario debe pagar los intereses ni el mutuante tiene derecho a exigir su pago, porque ambas partes han convenido de antemano que los intereses se incorporen al capital; en cambio, si se conviene después de que los intereses se han producido, el mutuuario debe pagar los intereses vencidos y el mutuante está obligado a recibirlos.

e) En el artículo 387 Fracción VIII del Código Penal, el delito de fraude genérico para aquel que valiéndose de la ignorancia o de las malas condiciones de una persona, obtenga de esta ventajas usurarias por medio de contratos o convenios en los cuales se estipulan réditos o lucros superiores a los usuales en el mercado.

f) La mora en el pago del capital o de los intereses ordinarios puede dar lugar a un interés moratorio, cuyo tipo por pacto expreso de las partes puede ser superior a la tasa legal, del 9 por ciento anual, pero no puede convenirse por las partes que, además del interés moratorio, se pague por el mutuuario otra

pena adicional, ya que este abuso lo prohíbe el Código Civil, como una limitación más a la libertad contractual.

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

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

Ultimamente a hecho su aparición a causa de la inflación monetaria y de la inestabilidad económica que prevalece en el mundo una nueva limitación a la libertad contractual en lo que toca a la fijación del tipo de interés, limitación que se ha introducido por orden de la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros en los préstamos hipotecarios bancarios en los que se establece una *tasa flotante de interés* al insertar en el contrato que no obstante la tasa de interés convenido por las partes "se ajustará ella en la fecha y medida en la que lo determinen las autoridades monetarias". Esta singular modalidad podría también por pacto expreso entre las partes incluirse en un mutuo entre particulares.

4.3. CONTRATOS MERCANTILES

No hay concepto de obligación mercantil distinto del de obligación civil. La obligación es el vínculo jurídico por el que una persona está sujeta, respecto de otra, a una prestación, un hecho o una abstención. Podríamos sin embargo siguiendo el concepto de obligación civil, considerar que la obligación mercantil constituye el vínculo jurídico por el cual un sujeto debe cumplir frente a otro una prestación que tiene carácter mercantil, porque el acto que la origina es de naturaleza mercantil, un contrato mercantil.

4.3.1. REGIMEN DE LAS OBLIGACIONES MERCANTILES

Los contratos son la fuente más importante de las obligaciones mercantiles, puesto que la actividad de los comerciantes consiste esencialmente en contratar.

El derecho de las obligaciones no es solo de ámbito civil, sino que va aparejado a la evolución mercantil o más ampliamente a la evolución económica. El derecho de las obligaciones ocupa en el ámbito de las leyes, un lugar preponderante y ha sido considerado de manera fundamental en el Derecho Mercantil, que no es sino un derecho de las obligaciones, que históricamente ha estado especialmente consagrado a cierta categoría de personas, los comerciantes y a ciertos actos, los actos de comercio.

Como resultado de las ideas de la Revolución Francesa, que buscaban borrar toda distinción de clase en la sociedad, así como suprimir todo aquello que pudiera constituir o ser pretexto para ello; el derecho mercantil se aplicó ya no en consideración al sujeto comerciante, sino a los actos y operaciones mercantiles cualquiera que fuera la persona que los realizara, en este orden de ideas el sistema subjetivo cambio al sistema objetivo que atiende solo al acto de comercio. Nuestro Código de Comercio siguió al francés a través del español y el italiano.

En consecuencia si el contenido del derecho mercantil es principalmente el acto de comercio, el concepto que de Derecho Mercantil se haga, necesariamente tiene que basarse fundamentalmente en él. Pero, curiosamente el Código de Comercio no da un concepto de acto de comercio, se limita a enunciar estos únicamente. Por lo que con cierto acierto se dice que no es posible deducir una noción genérica y unitaria de él, tomada de los diversos supuestos que el artículo 75 del Código de Comercio refuta como actos de comercio y que por lo tanto tendríamos que por actos de comercio debe entenderse aquellos enumerados por el Código Mercantil vigente, o sea,

que el concepto de la ciencia mercantil solo podrá entenderse en función del derecho positivo.

El acto de comercio ha servido para delimitar la materia mercantil y al mismo tiempo, se considera como fuente de obligaciones, cuya naturaleza no puede ser más que mercantil, porque mercantil es el acto del que dimanar estas obligaciones y el acto no es sino un contrato mercantil.

4.4. CONTRATOS MERCANTILES EN PARTICULAR.

En relación a la formación de los contratos mercantiles como ya se dijo, se aplican las mismas normas generales de la materia civil ya que forman parte del derecho general de las obligaciones. Así sucede por lo que se refiere a los elementos esenciales del contrato: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa.

Se debe establecer también que es normal que la actividad mercantil como actividad económica, se ejercite profesionalmente, es decir aquel que lo desarrolla lo hace con el fin de obtener una ganancia, y por esto, la regla en las relaciones jurídico mercantiles es que todo acto tiende a realizar ese fin; por lo tanto existe en materia mercantil una presunción de onerosidad.

4.4.1. CONTRATO DE PRESTAMO MERCANTIL

El contrato de préstamo mercantil, en general poco se practica entre los comerciantes y en el comercio, toda vez que para obtener los recursos que se necesitan se recurre a otros medios. No es común que un sujeto ocurra a otro o a un comerciante para obtener dinero, salvo el caso de practicas viciosas de usura, que lógicamente no se reconocen por la ley, se acude a otros actos,

pero no al contrato de préstamo, como por ejemplo la emisión de letras de cambio o bien la cuenta corriente, entre otros.

Conforme a nuestro Código de Comercio, el préstamo mercantil presupone una doble circunstancia; una objetiva y una sustantiva. Objetiva cuando la cosa prestada se destine a actos de comercio, y subjetiva cuando acontece que alguno de los contratantes sea comerciante.

De lo anterior se desprende que se refuta mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con la expresión de que las cosas prestadas se destinen a cosas mercantiles y no para necesidades ajenas de este, además por regla general el préstamo se considera mercantil salvo prueba en contrario, cuando se contrae entre comerciantes.

La doble señalada circunstancia es lo que determina el carácter accesorio del préstamo mercantil, que no es en si mismo acto de comercio, sino que adquiere la calidad mercantil, a través del acto principal a que las cosas se destinan.

El préstamo cuando se trata de bienes diversos a la moneda circulante, es un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa prestada, en consecuencia es un contrato real. También es un contrato traslativo de dominio porque se hace con el propósito de que se consuma la cosa prestada, esto es, no de que se use y se devuelva la misma.

El préstamo puede ser de dinero, de títulos o en especie.

4.4.2. CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito regula las características de la apertura de crédito, en los artículos 291 al 301.

Con base en el contexto legal, el contrato de apertura de crédito debe entenderse como un acto de comercio celebrado entre acreditante y acreditado,

por virtud del cual el primero, 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 cubrir oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen. Al respecto es importante tener en cuenta lo siguiente:

Artículo 292.- Cuando las partes hayan fijado precisamente el importe del crédito o su límite, se entenderá, salvo pacto en contrario, que en el quedan comprendidos los intereses, comisiones y gastos y que deba cumplir el acreditado

Ahora bien, cuando en el contrato no se haya fijado un límite a las disposiciones del acreditado, y no sea posible determinar el importe del crédito por el objeto a que se destina o de alguna otra forma estipulada por las partes, debe entenderse que el acreditante queda facultado para establecer ese límite en cualquier tiempo.

Cuando en el contrato no se haya estipulado plazo para que el acreditado haga uso del crédito, cualquiera de las partes podrá darlo por concluido en cualquier tiempo, notificándolo así a la otra en la forma prevista en el párrafo que antecede (Artículo 294).

Si se denuncia el contrato o se da por terminado en la forma prevista en los dos párrafos anteriores, el crédito se extinguirá en la parte de que no hubiere hecho uso el acreditado. Pero, salvo pacto en contrario, el acreditado quedará obligado a pagar los primeros, comisiones o gastos que correspondientes a las sumas de que no dispuso, a no ser que la denuncia o notificación de terminación proceda del acreditante (Artículo 294).

El importe del crédito, así como el de los premios, intereses, comisiones, etcétera, correspondientes, deberá ser devuelto por el acreditado al acreditante en el plazo estipulado en el contrato respectivo.

Cuando no se haya dispuesto plazo para la devolución de las sumas dispuestas por el acreditado, o para que este reintegre al acreditante el importe de las obligaciones que por él haya asumido, la restitución debe hacerse al expirar el término señalado para el uso o disposición del crédito, o en su defecto, dentro del mes que siga a la extinción del crédito (Artículo 300). Igual regla debe aplicarse por lo que se refiere al pago de los intereses, premios, comisiones, y demás prestaciones a cargo del acreditado, así como respecto al saldo que a cargo de este resulte al extinguirse el crédito abierto en cuenta corriente.

El crédito se extingue y, por tanto cesará el derecho del acreditado a disponer del mismo en lo futuro, por las causas siguientes:

- a) Por haber dispuesto el acreditado de la totalidad de su importe, a no ser que el crédito se haya abierto en cuenta corriente.
- b) por la expiración del plazo convenido.
- c) por la notificación de haberse dado por concluido el contrato, cuando no se hubiere fijado plazo.
- d) por la denuncia del contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 234 de ley citada.
- e) Por la falta o disminución de las garantías pactadas a cargo del acreditado, ocurridas con posterioridad al contrato, a menos que el acreditado suplemente o substituya debidamente la garantía en el término convenido al efecto.
- f) por hallarse cualquiera de las partes en estado de quiebra, suspensión de pagos o liquidación judicial.

g) por la muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado, o por la disolución de la sociedad a cuyo favor se hubiere concedido el crédito. (Artículo 301).

A veces, el acreditado como reconocimiento del adeudo a su cargo y a favor del acreditante, puede otorgar o transmitir a éste un título de crédito o cualquier otro documento. En tales casos, el acreditante no queda facultado para descontar antes de su vencimiento el crédito así documentado, a no ser que el acreditado lo haya autorizado expresamente para hacerlo (Artículo 299).

Debe entenderse que, cuando sin estar autorizado, el acreditante descuenta o ceda indebidamente el crédito, será responsable de los daños y perjuicios que se causen al acreditado.

Según que, por virtud del contrato de apertura de crédito el acreditante se obligue a poner a disposición del acreditado una suma de dinero o se obligue a contraer una obligación por cuenta del acreditado, se habla de créditos de dinero o créditos de firma. El crédito de firma puede adoptar la forma de crédito de aceptación, de aval, etcétera.

Siempre que en virtud de una apertura de crédito (Artículo 297) el acreditado se obligue a aceptar u otorgar letras, a suscribir pagares, a prestar un aval, o en general a aparecer como endosante o signatario de un título de crédito, por cuenta del acreditado, este, salvo pacto en contrario, quedará obligado a constituir en poder del acreditante la provisión de fondos suficientes, a más tardar el día hábil anterior a la fecha en que el documento aceptado, otorgado o suscrito deba hacerse efectivo.

La aceptación, el endoso, el aval o la suscripción del documento, así como la ejecución del acto de que resulte la obligación que contraiga el acreditante por cuenta del acreditado, deba éste o no constituir la provisión de que antes se habla, disminuirán desde luego el saldo del crédito, a menos que otra cosa se estipule; pero, aparte de los gastos, comisiones, premios y demás prestaciones que se causen por el uso del crédito, de acuerdo con el contrato,

el acreditado solo estará obligado a devolver las cantidades que realmente supla el acreditante al pagar las obligaciones que así hubiere contraído y a cubrirle únicamente los intereses que correspondan a tales sumas.

Salvo convenio en contrario, el acreditado podrá disponer de a la vista de la suma objeto del contrato (crédito simple). Una vez dispuesto del crédito en su totalidad, el mismo se extingue.

Por el contrario la apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiera hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor (Artículo 296).

Se habla de créditos descubiertos cuando no se pacta garantía específica, que asegure su restitución. De créditos garantizados, cuando si la tienen.

La apertura de crédito simple o en cuenta corriente puede ser pactada con garantía personal (fianza) o real (hipoteca, prenda). La garantía se entenderá extendida, salvo pacto en contrario, a las cantidades de que el acreditado haga uso dentro de los límites del crédito.

Se habla también de créditos libres y de destino. El los llamados créditos libres el acreditado podrá usar el crédito para los fines los fines que mejor le convengan. Los créditos de destino son aquellos en los que el acreditado debe disponer del crédito precisamente para la adquisición de determinados bienes o para fines previamente establecidos (créditos reaccionarios y de habilitación o avío)

Al respecto cabe hacer la diferenciación entre crédito simple y crédito en cuenta corriente, para lo cual se transcribe la siguiente tesis de jurisprudencia:

CREDITO SIMPLE Y CREDITO EN CUENTA CORRIENTE. La apertura de crédito simple y la apertura de crédito en cuenta corriente, tienen características especiales y producen consecuencias distintas. En efecto,

mientras 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 cubrir oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen, según lo establece el artículo 291 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; "la apertura de crédito en cuenta corriente da derecho al acreditado a hacer remesas, antes de la fecha fijada para la liquidación, en reembolso parcial o total de las disposiciones que previamente hubiere hecho, quedando facultado, mientras el contrato no concluya, para disponer en la forma pactada del saldo que resulte a su favor", conforme el artículo 296 de la misma Ley. Es decir, en el contrato sobre apertura de crédito simple, el acreditado debe regresar al acreditante el importe del crédito que se le otorgó, en las condiciones y términos convenidos y tratándose de la apertura de crédito en cuenta corriente, el acreditado tiene facultad de hacer remesas al acreditante antes de la fecha que se señaló para formular liquidación y puede, mientras el contrato no concluya, disponer del saldo que resulte en la forma pactada. Por lo tanto, en la apertura de crédito simple se sabe con toda precisión cuál es la cantidad que debe restituir el acreditado, y en la apertura de crédito en cuenta corriente, esa cantidad tiene que determinarse al través de una liquidación entre las entregas que el acreditado hizo al acreditante, y las que éste cubrió al primero. No será necesario, en consecuencia, formular liquidación alguna tratándose de exigir la restitución de la suma que el acreditante entregó al acreditado por virtud de un contrato sobre apertura de crédito simple, pero sí resulta indispensable dicha liquidación cuando el acreditante demanda al acreditado el pago del crédito que le otorgó, si el contrato relativo es el de apertura de crédito en cuenta corriente...

Amparo directo 1450/57. Eliseo Larios Rodríguez. 18 de agosto de 1958. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. Sexta Época.

Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación,
Tomo: XIV, Cuarta Parte, Página: 145

4.5. CONTRATOS DE NATURALEZA MIXTA.

Como resultado del desarrollo sin precedentes, alcanzado por la humanidad en las últimas décadas, se ha diversificado también la complejidad de las relaciones de intercambio que en la vida diaria contemporánea, enfrentamos, cada uno de los miembros de la comunidad. Esta diversificación ha dado como resultado; que cada vez con más frecuencia se celebren diversos tipos de obligaciones, en las que, dada la pluralidad de individuos que en ellas intervienen, estas, pueden corresponder para una de las partes obligadas, a una obligación de naturaleza civil; y al mismo tiempo para otra de las partes esta misma obligación, tener características de un acto eminentemente mercantil. Es precisamente a este tipo de obligaciones, a las que, se les conoce como actos mixtos.

De acuerdo con lo estudiado en el presente capítulo, podemos establecer que, no es una afirmación exagerada aquella que establece que: una obligación mercantil, solo puede surgir de un acto de comercio. Esto, es fácil de entender, en tanto, los sujetos de la relación sean comerciantes, o bien, cuando sin serlo, estos pretendan, realizar actos con una finalidad eminentemente lucrativa. Pero, en el momento en el que, en estas relaciones intervienen: comerciantes, frente a personas que no lo son y que además, actúan sin tener una finalidad de lucro; o bien, individuos que, sin ser comerciantes, realizan actos de comercio frente a otros que tampoco son comerciantes, y únicamente pretenden realizar actos encaminados a satisfacer necesidades eminentemente civiles.

Así tenemos que: los actos mixtos, por su doble carácter, presentan también una doble vertiente: la obligación mercantil por parte de quien realizó el acto de comercio, y la civil por su contraparte. Como podemos ver, el panorama se vuelve cada vez más complejo y en función de esto, cada vez resulta más difícil tratar de dirimir las controversias que se pueden suscitar entre los obligados. Pero además hay ciertos contratos tradicionalmente regulados solo por la legislación civil, y quizá por esta razón son considerados siempre como civiles, no obstante que alguno o varios de los elementos que concurren, son verdaderamente mercantiles, sin que importe su falta de regulación en leyes de esta última naturaleza, pues, al tenor de lo dispuesto por el artículo 2º. Del Código de Comercio deberán aplicarse las leyes civiles, con carácter supletorio.

"Al respecto, ya la doctrina mexicana ha puesto de relieve la ausencia de una clara solución legal sustantiva para estos actos, ya que mientras algunos autores afirman que, por no existir la posibilidad legal de imponer a ambas partes el carácter que el acto tiene solo para una de ellas, en tales casos existe un doble régimen legal, otros apuntan que con ello se crearían situaciones caóticas, solo evitables mediante la aplicación a tales actos mixtos, del Código de Comercio".⁶²

La solución que el legislador ha tratado de dar al problema planteado, ha consistido como ya se menciona, en aplicar de manera genérica y sin distinción alguna, la legislación mercantil a todos los actos mixtos, independientemente de la calidad con la que las personas intervinieron; y más aun, dejando de considerar el hecho de que, en la obligación exista para una de las partes la plena certeza de que la naturaleza jurídica del acto para el cual oriento su voluntad de obligarse, haya sido de carácter eminentemente civil.

Si bien, esta medida a todas luces radical, ha pretendido solucionar de tajo una grave conflictiva de carácter puramente procedimental, es evidente

⁶² DIAZ BRAVO, Arturo, *Contratos Mercantiles*, 5a. Edición, Ed HARLA, México 1983, p. 5

también que, con una medida como esta se ve violenta la situación jurídica de todas aquellas personas que, sin tener la calidad de comerciantes, o sin ejercer actos de comercio, tienen que hacer valer sus derechos y excepciones como si en estas obligaciones realizaran actos de auténtica mercantilidad o pertenecieran al gremio de los comerciantes.

Lo anterior es a todas luces contrario a derecho, ya que, podemos afirmar que: aunque por mandato de ley, se ha determinado que a los actos mixtos, les serán aplicables los ordenamientos mercantiles, cabe aclarar que la naturaleza de los contratos no es, sino aquella que se desprende del análisis de sus elementos esenciales. y la esencia de esta naturaleza jurídica no puede cambiar por mandato de ley.

Respecto de la aplicación de una medida procedimental para tratar de resolver el problema, tenemos que hacer mención que esta medida fue tomada en años recientes y para establecerlo se modificó el contenido del artículo 1050 del Código de Comercio, que en su texto anterior establecía:

Artículo 1050 .- Cuando conforme a los expresados artículos 4, 75, 76 de las dos partes que intervienen en un contrato, la una celebre un acto de comercio y la otra un acto meramente civil, y ese contrato diere lugar a un litigio, la contienda se seguirá conforme a las prescripciones de este libro, si la parte que celebre el acto de comercio fuere la demandada. En caso contrario, esto es, cuando la parte demandada sea la que celebre un acto civil, la contienda se seguirá conforme a las reglas del derecho común.

Como se puede inferir, esta redacción permitía considerar la mercantilidad del acto ejecutado, se podía determinar la vía por la que se tramitaría la acción que correspondiera, otorgando una verdadera seguridad jurídica a las partes.

Del texto ya reformado de artículo en cuestión tenemos:

Artículo 1050.- Cuando conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes que intervienen en un acto, éste tenga naturaleza comercial y

para la otra tenga naturaleza civil la controversia que del mismo se derive se regirá conforme a las leyes mercantiles.

Del análisis de la reforma planteada podemos concluir que, seguramente a nivel de procedimiento esta medida soluciona una problemática bastante severa; pero lo hace, solo a cambio de generar situaciones de gran injusticia para quienes, al momento de obligarse ejecutaron actos de naturaleza eminentemente civil.

COMPRAVENTA, RESCISION DEL CONTRATO DE VIA PROCEDENTE CUANDO UNA PARTE CELEBRA ACTO DE COMERCIO Y LA OTRA ACTO CIVIL. Hasta antes de las reformas al artículo 1050 del Código de Comercio, publicadas en el Diario Oficial de la Federación de cuatro de enero de mil novecientos ochenta y nueve, y en vigor a partir del día siguiente al de su publicación, los conflictos suscitados entre las partes que intervinieran en una relación contractual, si una celebraba un acto de comercio y la otra uno de naturaleza civil, las diferencias habidas se seguirían en la vía mercantil si la parte que celebró el acto de comercio fuere demandada, en el caso contrario cuando la demandada fuere la que celebró el acto civil, sería procedente la vía civil. Sin embargo a partir de la vigencia de la citada reforma, todas las controversias derivadas de un acto que conforme a las disposiciones mercantiles, para una de las partes tenga naturaleza comercial y para la otra tenga naturaleza civil, se regirán por lo estatuido en las leyes mercantiles; por tanto si en la especie la empresa quejosa celebró contrato de compraventa con un particular respecto de un lote de terreno, tal acto contiene la dualidad de materias a que alude el numeral mencionado, por lo cual a la sociedad mercantil vendedora le asiste la calidad de comerciante, según lo establece la fracción II del artículo 3o. del ordenamiento legal en cita; en esas condiciones si se pretende rescindir el contrato de compraventa pactado, la controversia debe regirse por las leyes mercantiles y por ende la acción a ejercitar es a través de un juicio ordinario mercantil por ser la única vía procedente.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO. Amparo en revisión 213/89. Desarrollo Campestre, S.A. 1o de noviembre de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Ramiro Barajas Plasencia. Secretario: Jesús María Flores Cárdenas. Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: VI Segunda Parte-2. Página: 482.

Por otra parte como lo manifesté en párrafos anteriores, la verdadera naturaleza jurídico de cualquier obligación debe estar determinada por sus elementos esenciales y no puede ser modificado por la ley.

CAPITULO 5. LA VISION DE LAS PARTES EN EL CONFLICTO.

5.1 BANQUEROS Y DEUDORES

Hasta el día de la elaboración del presente capítulo, el país entero continúa en espera de la resolución del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Bajo estas condiciones, el problema sobre la capitalización de intereses, parece girar en torno a dos posturas legales derivadas de los mismos contratos; ya que en primer lugar, los bancos aducen que los contratos bancarios de apertura de crédito con garantía hipotecaria deben regirse por la legislación mercantil, en virtud de que todas las operaciones que ellos realizan, tienen el carácter de, actos de comercio, y que al respecto existe artículo expreso que así lo determina; argumentan también que la referida ley comercial, en su artículo 363 les autoriza expresamente a pactar la capitalización de intereses desde el momento mismo de firmar el contrato, por lo cual, se debe declarar como totalmente legal el pacto de anatocismo en ellos contenido; en segundo lugar, los deudores alegan que, en función de la naturaleza jurídica del acto por ellos celebrado, esos mismos contratos deben estarse a lo establecido por el Código Civil, toda vez que, ellos, al contratar, lo hicieron con la clara intención de satisfacer una necesidad eminentemente civil, y que si buscaron financiamiento fue únicamente por la eminente necesidad del mismo, pero que, aún esto, en ningún momento lo hicieron en calidad de comerciantes, ya que con este acto, nunca buscaron obtener un lucro personal, y además consideran que en estricto apego a la justicia, no deben ser encuadrados como actos de comercio, la contratación de un crédito para satisfacer la necesidad eminentemente civil adquirir casa habitación. Lo anterior máxime que la propia ley comercial establece en su artículo 76 una excepción a la regla de la aplicación de los actos de comercio, al establecer que, para los comerciantes, cuando estos adquieren artículos para su uso o

consumo, o los de su familia, estos no serán considerados actos de comercio, por lo que, si la ley mercantil establece esta distinción para los comerciantes, más aun, esta condición debe ser considerada, para aquellos sujetos que además de no ser comerciantes, solamente persiguen satisfacer una necesidad eminentemente civil.

Además, los deudores han establecido que, en el supuesto caso de que basándose en la teoría de los actos mixtos, y suponiendo sin conceder que debido a esa característica de los contratos, a ellos se les llegara a aplicar la legislación mercantil, el Código de Comercio, prohíbe el pacto de capitalización de intereses al momento signar el contrato de crédito natural, sino, solamente lo permite mediante pacto posterior que se convenga al vencimiento de los intereses. Lo que supondría la existencia de una **antinomia** entre los dos ordenamientos mencionados, específicamente, en lo tocante a la regulación del cobro de intereses sobre intereses.

Por lo que resumiendo tenemos que, la pretendida fuente de discusión sobre los contratos materia del presente estudio, se encuentra sobre dos posturas legales derivadas de los mismos contratos y son las siguientes:

La de los bancos. Los contratos bancarios de crédito con garantía hipotecaria tienen naturaleza mercantil, y esta legislación les permite capitalizar intereses de manera anticipada.

La de los deudores. la naturaleza de Los contratos de crédito con garantía hipotecaria firmados con la banca en base a sus elementos esenciales de naturaleza estrictamente civil, aunque por cuestiones meramente procedimentales se les aplique la legislación mercantil, sin embargo esta prohíbe el pacto anticipado de capitalización de intereses.

De lo anterior podemos concluir que, la intención tanto de los banqueros, como de los deudores, es pretender llevar el problema a la materia legal que, supuestamente les daría la razón en cuanto a sus pretensiones.

Al respecto, el Código de Comercio establece:

Artículo 363. - Los intereses devengados y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo capitalizarlos.

En tanto que el Código Civil para el Distrito Federal

Artículo 2397. - Las partes no pueden bajo pena de nulidad convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.

Para tratar de allegarnos de elementos encaminados a la búsqueda de una solución al problema descrito, que se desprende de los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil, y para analizarlo desde fuera del puro, contexto normativo mexicano, atenderemos las siguientes consideraciones:

5.2. LA ONTOLOGÍA FORMAL DEL DERECHO Y LA LÓGICA JURÍDICA

“Siguiendo las ideas expuestas por Eduardo García Maynes en su artículo titulado “Principios Supremos de la Ontología Formal del Derecho y de la Lógica Jurídica”, tenemos que: “Es pues, obvio que “si un comportamiento esta jurídicamente regulado, solo puede hallarse prohibido o permitido”. A este principio podemos darle el nombre de axioma ontológico-jurídico de exclusión del medio, ya que entre lo jurídicamente prohibido y lo jurídicamente permitido no hay un tercer término (*tertium non datur*).

Así, como el principio lógico de contradicción enseña que dos enunciativos contradictoriamente opuestos no pueden ambos ser verdaderos, el correspondiente de la lógica jurídica dice que dos normas de derecho que se oponen contradictoriamente, no pueden ser ambas válidas, más no indica cual tiene y cual no tiene fuerza obligatoria. Este último no es ya un problema lógico, sino de derecho positivo, y solo podemos resolverlo a la luz de un criterio de validez.

Dos normas de derecho se oponen contradictoriamente cuando una de ellas permite y la otra prohíbe al mismo sujeto la misma conducta, en condiciones iguales de espacio y tiempo. Por ejemplo: las normas: "si el ciudadano mexicano X tiene el derecho de voto" y "El ciudadano mexicano X no tiene el derecho de voto" se oponen contradictoriamente si, en iguales condiciones de espacio y tiempo, la primera permite y la segunda prohíbe al sujeto X el ejercicio de aquel derecho."

También hay contradicción cuando un precepto prohíbe y el otro ordena al mismo sujeto el mismo proceder, en iguales condiciones de espacio y tiempo.

En el segundo caso hay contradicción, porque la norma que ordena un acto implícitamente lo permite, de acuerdo con el siguiente axioma ontológico jurídico: **todo lo que esta jurídicamente ordenado esta jurídicamente permitido.**

Así como el principio lógico de contradicción se apoya en el correspondiente ontológico, el lógico jurídico tiene su fundamento en este otro de la Ontología Formal del Derecho: **La conducta jurídicamente regulada no puede hallarse, a la vez, prohibida y permitida.**

El que la norma que prohíbe y la que permite a un sujeto la misma conducta, en idénticas condiciones, no pueden ambas ser validas, obedece al hecho de que los atributos de licitud son incompatibles entre si , relativamente al mismo proceder.

Aún cuando el principio lógico jurídico señalado se refiere al campo del derecho, es necesario percatarse de que no es una norma, sino un juicio enunciativo de validez universal o, como diría Leibniz, una *verité de raison*".⁶³.

63

GARCIA MAYNES, Eduardo, Seminario de Principios Jurídicos Y filosóficos, Principios Supremos de la Ontología Formal del Derecho y de la Lógica Jurídica. 3 de julio de 1995, UNAM.

5.3. LA VISION DE LOS PERITOS EN DERECHO.

De lo hasta ahora estudiado, tenemos que, tanto la determinación sobre la naturaleza jurídica de los contratos de crédito con garantía hipotecaria para adquisición de vivienda, como la referente a o temporalidad permitida para la realización del cobro de intereses sobre intereses, es un asunto en el que existe una clara contraposición de intereses económicos, con un trasfondo eminentemente jurídico, y esta situación, no solamente ha generado opiniones encontradas entre las partes directamente interesadas (deudores y banqueros), sino que también, ha confundido a los peritos en derecho; Jueces y Magistrados tanto del fuero común, como del fuero federal, quienes al no tener un criterio general de aplicación, en relación a los preceptos invocados, han emitido diversas resoluciones que han resultado en sentidos opuestos, ya, por estar amparadas unas en el Código de Comercio, y en virtud de esto según el criterio seguido permitir o no el pacto anticipado de capitalización de intereses ya; por estarlo las otras en el Código Civil. Las consecuencias de esto eran predecibles, y no tardaron en surgir tesis jurisprudenciales contradictorias, provocándose con ello, la infortunada contradicción de tesis 31/98, que actualmente resuelve el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Al respecto, cabría preguntar ¿este es un problema entre sólo dos partes o una contradicción de tesis mucho mas amplia, que implica en las en su alcance a todo el país?

Con la intención de aclarar tanto el contenido como el criterio con el que se han venido emitiendo las mencionadas resoluciones jurisprudenciales contradictorias, en seguida transcribo las siguientes:

5.3.1. UNA DE LAS JURISPRUDENCIAS QUE RESUELVEN A FAVOR DE LA BANCA.

ANATOCISMO, PACTO DE. NO LO CONSTITUYE EL CONVENIO CELEBRADO ENTRE LOS CONTRATANTES A FIN DE QUE EL ACREDITADO DISPONGA DISCRECIONALMENTE, EN SU CASO, DE UN CREDITO ADICIONAL PARA CUBRIR INTERESES DEVENGADOS E INSOLUTOS. Conforme al artículo 363 del Código de Comercio "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.". De este precepto se desprende la prohibición de que los intereses vencidos generen a su vez intereses y la posibilidad de que los intereses vencidos se capitalicen previo convenio de los contratantes; la primera hipótesis contiene el caso de anatocismo, que prohíbe expresamente el legislador y la segunda permite el que, según la voluntad de los contratantes, aquellos intereses vencidos y no cubiertos lleguen a formar parte del capital. Ahora bien, si en un caso los contratantes convinieron en la apertura a favor del acreditado de un crédito adicional a fin de cubrir discrecionalmente, mediante disposiciones mensuales, los intereses insolutos, tal convención en modo alguno entraña el pacto de anatocismo prohibido por el numeral antes citado, ya que es de la voluntad de dicho acreditado el que se dé o no la hipótesis pactada, puesto que bien puede impedir su actualización, cubriendo puntualmente los intereses generados y, por otra parte, con dicha convención tampoco se estipula el que los intereses vencidos y no pagados generen a su vez intereses, sino sólo el que el acreditado disponga discrecionalmente del mencionado crédito adicional para cubrir intereses insolutos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO. (CHIHUAHUA). Amparo directo 215/96. Bancomer, S.A. 29 de enero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Agustín Cerón Flores. Secretario: Amador Muñoz Torres. Novena Epoca. Instancia: Tribunales Colegiados de

Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: V, Marzo de 1997, Tesis: XVII.1o.3 C, Página: 772

5.3.2. UNA DE LAS JURISPRUDENCIAS QUE RESUELVEN A FAVOR DE LOS ACREDITADOS

CREDITO ADICIONAL O REFINANCIAMIENTO SISTEMA DE, ES UN ACTO SIMULADO QUE ENCIERRA EL 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 relativa, 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 fueron 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. El sistema de crédito adicional se diseño para pagar los intereses cuando los acreditados no tuvieran capacidad de cubrir el capital; de este modo, el pago se aplicaría primero a los intereses y, de quedar algún remanente, se aplicaría 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 sumaria 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 intereses causados, pues incluso se expreso 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 solo se producen movimiento contables para que la cantidad dispuesta quede a favor del banco acreditante, se simula el cobro por su cuenta de cantidades adecuadas. Sé esta, 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.

SEPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO (DISTRITO FEDERAL),

Una vez visto esto procederemos a tratar de establecer cual es la naturaleza jurídica de los contratos en cuestión.

CAPITULO 6.- NATURALEZA DE LOS CONTRATOS DE CREDITO DESTINADOS A LA ADQUISICIÓN DE CASA HABITACIÓN

Con la intención de determinar la legalidad o ilegalidad del pacto de anatocismo en los contratos bancarios en estudio, primero, trataremos de establecer claramente, cual es la naturaleza jurídica y alcances de los mismos, a través del análisis de sus elementos esenciales.

Al respecto, no debemos olvidar que, por parte de los ahora deudores, la intención motriz, es decir aquella por la cual realizaron el acuerdo de voluntades que a la postre, dio existencia jurídica a los contratos materia del presente estudio, no fue otra que, la necesidad de adquirir una casa para uso propio y de su familia. En tanto que, para los bancos, desde el momento mismo de la policitud de sus servicios, la finalidad fue encaminada directamente a una actividad eminentemente lucrativa, consistente en otorgar el financiamiento necesario para que los acreditados pudieran acceder a sus pretensiones de adquirir casa habitación, a cambio del pago de los respectivos intereses. En relación a esto, podemos concluir que estamos ante la presencia de uno de los llamados actos de naturaleza mixta, los cuales fueron comentados en capítulo precedente.

Ahora bien, para reforzar mi posición, en lo referente al tema de la intención que las dos partes persiguieron al momento de contratar, es de gran importancia al respecto, que no se debe perder de vista el hecho de que; incluso la publicidad que los bancos programaban en los medios masivos de comunicación, invitando a la sociedad para que hiciera uso de sus servicios y teniendo como atractivo principal la supuesta bondad del esquema de financiamiento, estuvo basada en ofrecer diversos y muy particulares programas de financiamiento, cada uno de ellos con finalidades específicas, es así que los bancos ofrecían un contrato de crédito específicamente aplicable para la adquisición de vivienda, lo que viene a reforzar mi razonamiento en el

sentido de que, la intención última de quienes pactaron en este tipo de contrato, no pudo ser otra, que, aquella encaminada a satisfacer una necesidad de naturaleza eminentemente civil, como lo es la compra de casa habitación para uso personal.

Ahora bien, antes de seguir adelante, considero necesario hacer un paréntesis, con la finalidad de establecer, cual es la importancia que en nuestro país se le ha dado a la necesidad civil de contar con casa habitación.

Al respecto cabe recalcar que, es tal, la importancia que en México tiene el tema de la satisfacción de la necesidad civil de casa habitación para uso personal que, este ha sido llevado en varias ocasiones al Congreso de la Unión y una vez ahí, el legislador, ha considerado indispensable su inclusión en nuestra Ley fundamental, con el fin de elevar la problemática al plano Constitucional, y no solo eso, sino que se le ha dado tal importancia que, las disposiciones al respecto se encuentran contenidas en el capítulo que consagra nuestras garantías individuales y sociales; por lo que tenemos:

CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Artículo 4.- ...” Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa.”...

Es tal, la trascendencia que arroja el hecho de que, en el penúltimo párrafo del artículo 4º. Constitucional, se haya incluido el derecho de la familia mexicana al disfrute de una vivienda digna y decorosa, que por este solo hecho, se convierte en una garantía protegida sin duda al mismo nivel del que se le ha venido otorgando a, a temas como el de la salud.

Al respecto, cabe transcribir el comentario de Jorge Mdrazo y Santiago Barajas Montes de Oca, contenido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su versión comentada que edito la Universidad Nacional Autónoma de México en el año de 1992

“¿En rigor, que pretendió el legislador con su inclusión en el artículo 4º. constitucional? Hacer conciencia en el ciudadano, en el jefe de familia, en el funcionario público o privado, en el hombre de negocios (industrial, comerciante, empresario en general), sobre la necesidad de que la familia mexicana cuente con habitación propia digna, evitando en forma gradual los asentamientos humanos irregulares, la convivencia en tugurios o en habitaciones improvisadas, pues la evolución a la que ha llegado la población mexicana, ya no puede permitir este deterioro social, ni debe prolongarse por mas tiempo el cumulo de problemas que representa su solución. Por lo que obligación de la nación es hacer realidad en su esplendorosa riqueza de propósitos tan elemental derecho.”

En este punto, recordemos las sabias palabras del doctor Mario de la Cueva, para quien, desde el imperio romano, la necesidad de casa habitación ha constituido una de las más angustiosas necesidades humanas, a grado tal, que (según se dice) en un poema titulado *Los Trabajos y Los Días*, Hesíodo, consignaba que para el hombre lo más importante era la casa, la mujer y el buey labrador. Siguiendo con la idea del maestro, quien, comento que dejaba a los expertos averiguar si el poeta había colocado en forma intencionada, en primer término, a la casa, pues la realidad social ha sido que los hombres iniciaron en ella una vida diferente a la de las cuevas de la prehistoria y a la de las barrancas y chozas de nuestros tiempos.

Una vez establecida la naturaleza jurídica, eminentemente civil que para los acreditados tuvo el acto jurídico de solicitar financiamiento para la compra de casa habitación, y después de determinar la importancia que la propia Constitución otorga a la necesidad civil de la vivienda; se debe reconocer la urgente necesidad de que exista un capitulo especial que, al regular específicamente todo financiamiento encaminado a la adquisición de vivienda para uso personal, otorgue seguridad jurídica no solamente a las instituciones

crediticias, sino también a los acreditados, tomando en cuenta la naturaleza de sus actos, y estableciendo, en función de esto, que la legislación aplicable será la civil, incluido en ello la regulación tanto del cobro de intereses, como de la prohibición a la capitalización de los mismos; ya que no es viable un esquema crediticio con un aumento exponencial de las deudas que traiga como resultado, que el valor de los inmuebles hipotecados ya no respalde el valor de las deudas.

La afirmación anterior esta motivada en la magnitud actual del problema de las carteras vencidas, y tiene la intención de ver la imperiosa necesidad contar con un esquema de financiamiento que permita; tanto la rentabilidad del propio sistema financiero, como el acceso de los ciudadanos al crédito.

Toda vez que no podemos seguir aceptando que, bajo la teoría de los actos mixtos; aquellos contratos que a todas luces tienen naturaleza eminentemente civil, y que desde la perspectiva de la justicia y la equidad, en lo que toca a los acreditados, se les debiera aplicar el Código Civil y en su caso, los principio generales del derecho; por el solo hecho de haberse solicitado financiamiento de una institución bancaria, aunque éste sea aplicado a la misma finalidad de satisfacer una necesidad eminentemente civil; por mandato de ley, esta naturaleza esencialmente civil, se vea transgredida automáticamente, para convertirlo en un acto de naturaleza pretendidamente mercantil, el cual quedara regulado manera supletoria por el Código de Comercio, toda vez que las normas especiales aplicables, que en el caso concreto son: la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, y la Ley de Instituciones de Crédito; son omisas en relación al tema de la pertinencia o temporalidad permitida para el cobro de intereses sobre intereses en los contratos de apertura de crédito.

6.1. NATURALEZA JURIDICA

El código de comercio regula los supuestos de contratos mercantiles, pero la naturaleza de los mismos, esto es, la esencia de un contrato, se encuentra exclusivamente en el Código Civil.

Lo anterior viene a colación en cuanto a que, como lo establece la siguiente tesis de jurisprudencia, la naturaleza de los contratos debe estar determinada en función de sus elementos esenciales ¿Cuales son esos elementos?, como ya lo vimos en el capítulo anterior, son básicamente los que le dan la naturaleza y existencia, así vemos lo que dice la tesis siguiente:

CONTRATOS, NATURALEZA DE LOS.

Aun cuando en una de las cláusulas de los contratos celebrados se establece que dichos contratos son mercantiles y quedan sujetos a la eficacia jurídica del artículo 2606 del código civil aplicado supletoriamente, debe decirse que la naturaleza de los contratos no es la que las partes le señalan, sino la que se desprende de sus elementos esenciales, y de que se haya dicho en los aludidos contratos que eran de naturaleza mercantil no puede desprenderse que, forzosamente, tengan ese carácter.

Barros Fernández Pastor Y Coags Pág. 2155 Tomo CXX. Diciembre 4 de 1953. 12 Votos. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. 5a. Epoca. Tomo CXX. Página: 2155.

De lo anterior, fácilmente se puede inteligir que no importa la clasificación que a un contrato determinado, le den las partes, ya que para aclarar la naturaleza jurídica del mismo, se deberá estar a lo que se infiera del estudio de los elementos que le dan naturaleza y existencia, y si aplicamos lo anterior al tema que no ocupa, tendremos que independientemente de la legislación procedimental que se les aplique a los contratos bancario de crédito con garantía hipotecaria, para determinar su verdadera naturaleza debemos estar a los elementos que le dieron existencia, como lo es el hecho de que, para el deudor en todo momento se trato de una operación encaminada a satisfacer

la necesidad civil de casa habitación elevada por el legislador al grado de garantía individual.

Ahora bien, la existencia de los contratos bancarios, sobre todo los llamados de "apertura de crédito" han sido declarados de naturaleza mercantil por los mismos bancos, que para esto se apegan a lo establecido por el artículo 75 del Código de Comercio ¿pero tienen en realidad este carácter o no?

En el mismo orden de ideas, y con la finalidad de establecer más claramente mi planteamiento anterior, respecto de la necesidad de que exista un capítulo especial dentro de la legislación aplicable, que permita garantizar un trato especial, específicamente dirigido a regular de manera más justa el financiamiento para la adquisición de vivienda de uso personal, en el que se tome en cuenta mercantilidad del acto realizado. y para demostrar que bajo un supuesto como el planteado, los contratos en cuestión, seguirían siendo afines con los actos de comercio realizados por los bancos, pero con la particularidad de brindar mayor seguridad jurídica a los acreditados, transcribo lo siguiente:

VIA EJECUTIVA MERCANTIL, PROCEDENCIA DE LA. No es verdad que basta el carácter de comerciante, de quien suscribo un documento, para que el mismo pueda ser demandado en la vía ejecutiva mercantil, porque el artículo 1050 del Código de Comercio, no se infiere a la calidad del comerciante del demandado, sino a la mercantilidad del acto ejecutado por lo mismo, de tal manera que aun cuando éste no sea comerciante, si el acto o contrato por él celebrado es de naturaleza mercantil, puede ser demandado en esta misma vía, y al contrario, si el demandado, aun cuando sea comerciante, ejecuta un acto de naturaleza civil, el procedimiento debe sujetarse a las leyes comunes.

TOMO XLVI, Pág. 704.- Recurso de Súplica 96/26, Sec. de Acuerdos.- Aguilar Joaquín.- 9 de octubre de 1935.- Unanimidad de 5 votos. Quinta Epoca. Instancia: Tercera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XLVI. Página: 704

Además de la anterior, transcribo a continuación las siguientes tesis jurisprudenciales, que, aunque basada también en el contenido anterior del Artículo 1050 del Código de Comercio, el cual considero, establecía de manera más justa, el derecho subjetivo de cada una de las partes, para que en materia procedimental puedan apegarse a la naturaleza del acto jurídico llevado a cabo por cada una de ellas.

ACTOS DE COMERCIO. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 4, 75, 76 y 1050 del Código de Comercio, la naturaleza mercantil de los actos y contratos verificados por las personas, **nace de su condición de comerciante o de la naturaleza del acto jurídico verificado**; en el primer caso, los contratantes, por razón de sus actividades habituales, sus actos se reputan generalmente mercantiles, y, en el segundo, la calidad mercantil del acto que se deriva de la disposición de la ley; por lo que si se acredita por medio de la confesión del demandado, que en el momento en que se verificó la operación consignada en el documento base de la acción, tenía un establecimiento comercial en su domicilio, si bien es cierto que esta circunstancia no puede tenerse como antecedente necesario de la naturaleza de la operación, si constituye un elemento de corroboración suficiente, para robustecer la manifestación de la voluntad contenida en el propio documento, con tanta más razón, si se tiene en cuenta que, de acuerdo con el último de los preceptos citados, cuando las partes que intervienen en un contrato, celebran una, un acto de comercio y la otra un acto meramente civil, y dicho contrato da lugar a un litigio, la contienda debe seguirse conforme a las disposiciones del Código de Comercio, si la persona que celebró el acto de comercio la demanda.

TOMO XLVIII, Pág. 4811.- Huerta Rodolfo.- 11 de septiembre de 1935.
Quinta Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XLVIII, Página: 4811

Por lo que, que para saber con precisión si el acto es mercantil y como tal debe regirse, se tendría que estar a la calidad de la persona que demanda,

pero más que eso, debe verse la vía en la que se intenta la acción, como se demuestra en la siguiente tesis.

CONTRATOS MERCANTILES, CASOS EN QUE SU NULIDAD DEBE INTENTARSE EN LA VIA CIVIL.

Aun cuando los contratos cuya nulidad demandó el quejoso, deban reputarse como actos de comercio, si él no intervino en dichos contratos, es evidente que en el caso no tienen aplicación las disposiciones del artículo 1050 del Código de Comercio, (en relación con los artículos 4o.) , 75 y 76 del mismo ordenamiento), que dispone que la contienda se seguirá en la vía mercantil si la parte que celebró el acto de comercio fuere la demandada; por lo que si el actor no ejecutó actos de comercio y sus acciones tuvieron como base su derecho de propiedad, que es de naturaleza esencialmente civil y se encuentra regulada por los Códigos de esa materia, se llega a la conclusión de que fue procedente la vía ordinaria civil intentada, en la cual se siguió el juicio de nulidad de los contratos de referencia.

Amparo civil directo 9059/48. Peregrino Sánchez Manuel. 10 de abril de 1953. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta Epoca, Instancia: Sala Auxiliar, Fuente: Semanario Judicial de la Federación , Tomo: CXVI, Página: 80

La anterior tesis de jurisprudencia, determina claramente **cual debe ser la naturaleza** de los contratos de apertura de crédito para adquisición de vivienda, en función del derecho de propiedad, los que en realidad, no son más que contratos de mutuo con interés, en términos del Código Civil, pero lo importante es la parte que expresa:

...por lo que si el actor no ejecutó actos de comercio y sus acciones tuvieron como base su derecho de propiedad, que es de naturaleza esencialmente civil y se encuentra regulada por los Códigos de esa materia, se llega a la conclusión de que fue procedente la vía ordinaria civil intentada

Es decir que un particular que contrata teniendo como base su derecho de propiedad, no ejecuta actos de comercio, luego entonces sus acciones son

de naturaleza civil, y más aún, si lo que esta en juego es la esencia del derecho de propiedad, entonces sin lugar a dudas y fuera de toda interpretación, la naturaleza de los contratos de apertura de crédito hipotecario para adquisición de vivienda, son de naturaleza civil, lo que se refuerza con lo establecido a continuación:

Código de Comercio

Artículo 76.- No son actos de comercio la compra de artículos o mercaderías que para su uso o consumo, o los de su familia, hagan los comerciantes, ni las reventas hechas por obreros, cuando ellas fueren consecuencia natural de la práctica de su oficio.

6.2. PERO, ¿ES CORRECTO ASIGNARLES NATURALEZA MERCANTIL A ESTOS CONTRATOS?

Además de las conclusiones a las que se puede llegar con las consideraciones jurisprudenciales anteriormente citadas, y para tratar de abundar más en el tema, ahora se pretende la interpretación de las leyes, a través de aquellos documentos en los cuales consta **la intención última del legislador**, durante el proceso de creación de las leyes. Documentos estos que, además son importantes como fuente de interpretación de la ley en general, por lo que en esta oportunidad buscaremos utilizar esta figura para tratar de abundar aún más, en el estudio de la naturaleza jurídica de los contratos de crédito que nos ocupa. Lo Iniciaremos analizando la exposición de motivos del Código Civil Para el Distrito Federal vigente a partir del 1º. De octubre de 1932, el cual se transcribe sintetizado por cuestiones de espacio:

EXPOSICION DE MOTIVOS DEL CODIGO CIVIL

"Cumple con su deber la comisión al exponer a usted, forma sintética, los objetivos que tuvo en cuenta para señalar nuevos derroteros a la legislación civil del Distrito y Territorios federales.

...Para transformar un Código Civil en que predomina el criterio individualista, en un Código Privado Social, es preciso reformarlo substancialmente, derogando todo cuanto favorece exclusivamente el interés particular con perjuicio de la colectividad, e introduciendo nuevas disposiciones que se armonicen con el concepto de solidaridad. Es completamente infundada la opinión de los que sostienen que el Derecho Civil debe ocuparse exclusivamente de las relaciones entre particulares que no afecten directamente a la sociedad, y que, por tanto, dichas relaciones, deben ser reguladas únicamente en interés de quienes las contraen. Son poquitas relaciones entre particulares que no tienen repercusión en el interés social y que, por lo mismo, al reglamentarias no deba tenerse en cuenta ese interés. El individuo, sea que obre en interés propio, o como miembro de la sociedad y en interés común, no puede dejar de considerársele como miembro de una colectividad; sus relaciones jurídicas deben reglamentarse de armónicamente y el derecho de ninguna manera puede prescindir de su fase social.

La necesidad de cuidar de la mejor distribución de la riqueza; la protección que merecen los débiles y los ignorantes en sus relaciones con los fuertes y los ilustrados; la desenfrenada competencia originada por la introducción del maquinismo y el gigantesco desarrollo de la gran industria que directamente afecta a la clase obrera, han hecho indispensable que el estado intervenga para regular las relaciones jurídico económicas, relegando a segundo término al no ha mucho triunfante principio de que la "voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos". ...

...A efecto de que la buena fe prepondere en las relaciones entre particulares, de que la ley sea fielmente cumplida y no burlada, con grave perjuicio del fisco, de la sociedad o de los derechos de tercero, se reglamento ampliamente la simulación de los contratos, distinguiendo el caso en que no existe ningún acto real, del caso en el que solo se trata de desvirtuar la verdadera naturaleza del acto jurídico que se mantiene oculto.

...Las reformas al contrato de mutuo tienden a proteger al deudor contra las exigencias indebidas del acreedor, y a evitar que aproveche éste la aflictiva situación de aquél al solicitar el préstamo, pactándose anticipadamente la acumulación de intereses, que por producir una utilidad inmoderada del capital fomentan la negligencia del acreedor para reclamar oportunamente el pago y causan ruinoso perjuicio al deudor. ..."

México, 12 de abril de 1928⁶⁴.

Tenemos que remarcar aquí, que la pretensión del legislador se inclina acertadamente por salvaguardar el interés colectivo sobre el particular, sin dejar de considerar que toda relación entre particulares hace sentir su efecto sobre la comunidad y que con su correcta regulación se preservara por consiguiente el interés colectivo, porque el derecho no puede perder de vista su función social, haciendo entonces indispensable, la participación del estado para regular las relaciones jurídico económicas. También acusa como un gran triunfo la defensa contra el principio que reza: "voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos" y en cuanto al contrato de mutuo con intereses afirma que se evitara el pacto anticipado de acumulación de intereses que tan ruinoso perjuicio provocan al deudor.

Por lo que, dentro del contexto jurídico social del Código Civil en materia Federal, sin duda queda incluido cualquier contrato que permita al particular

allegarse de los recursos monetarios necesarios para satisfacer la necesidad civil de la habitación, y tal figura jurídica, esta considerada en el citado ordenamiento jurídico bajo el siguiente numeral:

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.

Como se puede ver, el contrato de préstamo de dinero, que este destinado satisfacer la necesidad civil de la habitación, **no encuadra dentro del préstamo mercantil de dinero**, ya que como lo establece el Código de Comercio solo es préstamo mercantil:

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

Y, no puede ser considerado mercantil el préstamo de dinero para satisfacer necesidades civiles aunque sea realizado por comerciantes porque, el propio Código de Comercio así lo considero:

Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio:

XIV Las operaciones de los bancos.

XX. Los valores u otros títulos a la orden o al portador y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe que se derivan de una causa extraña al comercio;

XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil;

En caso de duda, la naturaleza comercial del acto será fijada por árbitro judicial.

En lo que toca a la Ley general de Títulos y Operaciones de Crédito.

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

⁶⁴ LEYES Y CODIGOS DE MEXICO, Código Civil para el distrito Federal, 64ª. Edición, Ed Porrúa, p. 1- 40

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 se estipulen.

Lo anterior, porque siendo la norma excepción, no puede aplicarse a caso alguno que no este específicamente determinado, y para corroborar, el artículo 11 del Código Civil ordena:

Artículo 11.- Las leyes que establecen excepción a las reglas generales no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

Por lo cual debería resultar aplicable a los contrato de crédito o préstamo de dinero bancario para financiar la adquisición de casa habitación, las disposiciones del Código Civil en materia federal.

Por otro lado no puede ser mercantil el crédito para la adquisición de la morada familiar o casa habitación, toda vez que las leyes mercantiles, con la finalidad de hacerlas más accesibles a la vida económica de la sociedad, exigen para las operaciones bancarias de crédito; "La Tipicidad", lo que podemos comprobar remitiéndonos nuevamente al documento justificatorio que redactó el legislador para justificar la creación de la Ley General de Operaciones de Crédito, en el cual dejó plasmada nuevamente su intención. Aquí, es necesario además, establecer la importancia que, al caso reviste el ámbito material que esta ley enmarca, ya que se trata de la ley que, específicamente regula las características de las operaciones de crédito en general, incluidas por tanto las que realicen las Instituciones Bancarias.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO

"... Fácilmente se advierte así, la trascendencia inmensa que una buena regulación de títulos de crédito tendrá para el desarrollo de económico

del país y para el debido cumplimiento de uno de los más fundamentales propósitos del programa revolucionario, o sea, el de volver racional la producción y el uso de la riqueza, condición indispensable y previa de cualquier intento de reparto o aplicación de los beneficios y ventajas que de esa riqueza, así concebida y disciplinada, pueda socialmente derivarse.

Estas consideraciones son también aplicables, en esencia, a la regulación que la nueva ley contiene sobre operaciones de crédito. No es solo una necesidad analítica la que la que ha hecho incluir en la nueva ley diversas formas contractuales. Esas formas obedecen, sobre todo al doble deseo de ampliar los cuadros ordinarios de las operaciones de crédito y de hacer que éstas, en cierto modo, se cumplan dentro de formas tipos. Lo primero, porque las necesidades prácticas, multiformes y cambiantes no puedan acomodarse, sin grave perjuicio de cuadros contractuales demasiado estrechos como lo eran, por sí solos, el préstamo y el descuento. Lo segundo por que no es posible dar un valor social a formas no típicas de contratación, en las cuales predominen la imaginación, o la voluntad de los individuos contratantes y no el sello común que la sociedad exige en todos los casos como signo del reconocimiento de los valores normales y de su tráfico. ...

...No se limitan, por supuesto, las formas particulares de contratación. La ley sólo hace una selección entre todas sus formas posibles y elige aquellas que por ser más comunes, por llenar más eficazmente una necesidad comprobada, por constituir los medios más seguros para alcanzar el fin propuesto (que el uso más fácil y mejor del crédito) merece esta labor de acuñación, de uniformación, para hacerlas más accesibles a la vida económica de la sociedad.

Siguiendo una tradición ya establecida en nuestro derecho bancario y que la mejor experiencia acredita como buena (ya que en la práctica se ha debido más a descuidos a impericia que a defectos del sistema) la

ley mantiene en sus líneas esenciales el sistema de los créditos refaccionarios y de habilitación o avío. No se ha creído prudente abandonar un régimen vinculado por larga tradición a nuestras costumbres, ni experimentar instituciones que, como Warrant, podría subsistir con ciertas ventajas el procedimiento de Avío. Solamente se ha puesto el énfasis particular en la necesidad de que los créditos refaccionarios o de avío se desarrollen con estricto apego a su objeto, haciendo que la disposición de los fondos se gradúe con las necesidades de la inversión comprobada, y que el acreedor tome (bajo pena de perder las garantías excepcionales que la ley concede para estos créditos) una parte activa de la inversión, y pueda así cumplir, a cambio de la situación privilegiada y que la sociedad le concede respecto a los demás acreedores, una verdadera función social de vigilancia: la de evitar que los recursos dedicados a la refacción o al avío, es decir, a la producción, sean sustraídos de ese fin social e invertidos en operaciones distintas, no reproductivas, respecto a los cuales el interés público no justifica un sistema de garantías, en cierto modo, derogatorio del régimen común. ...

En resumen: la creación de y la circulación de títulos de crédito, **la realización de formas típicas de contratación, el funcionamiento normal de un sistema bancario,** el nacimiento de un mercado de capital y de dinero, el establecimiento y la operación inteligente de un Banco Central, no tienden solamente a la formación de una superestructura artificiosa que haga olvidar los hechos y conceptos esenciales de la vida económica del país, sino al contrario, a constituir un adecuado procedimiento para introducir en esos hechos y conceptos un nuevo y poderoso aliento de racionalidad que logre hacer más fácil, más productivo, más útil, más realizable el resultado del esfuerzo humano en la misma forma que todas las aplicaciones de la técnica han venido a ampliar, a facilitar, a multiplicar las capacidades naturales del hombre o el aprovechamiento de los elementos naturales...”.

México, D.F. a 26 de agosto de 1932.

De lo anterior se desprende que, aun en Ley especial de los créditos bancarios, esa tipicidad también viene a ser un elemento de validez, como se establece por lo ordenado en la Ley de Instituciones de Crédito:

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:

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....

Ahora, dentro de los contratos típicos a los cuales se refieren las Normas Mercantiles Generales y Especiales no se encuentra específicamente regulado el crédito para satisfacer la necesidad civil de la casa habitación; ya que los contratos típicos a los cuales alude son:

Ley General de Títulos y operaciones de Crédito

Artículo 321.- En virtud del contrato de crédito de habilitación o avío, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de las materias primas y materiales, y en el pago de los jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de su empresa.

Artículo 323.- En virtud del contrato de crédito refaccionario, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría, en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditad. ...

Una vez transcritos los referidos artículos que hacen referencia a los contratos típicos, fácilmente se puede establecer que solo hacen referencia, al crédito refaccionario y al crédito de habilitación o avío, dentro de los cuales no se puede encuadrar el crédito para satisfacer la necesidad civil de la vivienda. A este respecto, también se debe considerar lo establecido por el Código de comercio:

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

Del estudio anterior, podemos concluir que: el legislador con la finalidad de resolver una gran cantidad de problemas de tipo procedimental en lo referente a los actos jurídicos denominados mixtos, determino que por mandato de ley, se les aplicara la legislación mercantil, pero este hecho ha generado mas problemas al aplicarle a ambas partes la legislación mercantil dejando en desventaja a aquellas personas que no intervinieron, sino con animo de resolver una necesidad eminentemente civil.

Además, tomando en cuenta la tipicidad establecida como regla por la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito a los créditos o prestamos bancarios para la adquisición de la vivienda, tanto dentro del Código de Comercio como de las demás leyes especiales aplicables, **no existen Leyes Mercantiles exacta y específicamente aplicables al financiamiento para compra de casa habitación.** Si a lo anterior se le agrega que desde la perspectiva de los deudores, la naturaleza jurídica de los contratos es esencialmente civil, es incorrecto que por cuestiones meramente procedimentales, se aplique a estos contratos la legislación mercantil, toda vez que a lo largo de estos dos últimos capítulos, se ha podido demostrar que los contratos de apertura de crédito para adquisición de vivienda se da la existencia de un acto jurídico de naturaleza eminentemente civil, y que por lo tanto debiera existir una regulación especial al respecto para permitir la aplicación de las Normas Civiles.

Al respecto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que ordena:

Artículo 14.- ...En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a la falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

De este numeral se deduce que al no existir normas mercantiles específicamente aplicables al contrato en estudio, es un es derecho publico subjetivo de las partes garantizado por la propia constitución, la aplicación del derecho común.

Así por mandato expreso de la norma constitucional debe recurrirse a los principios generales del derecho que son los contenidos en primeros 21 artículos del Código Civil en materia federal, de los cuales resultan aplicables al caso:

Artículo 18.- El silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Máxime si se trata de resolver un problema que debido a su magnitud, ya esta afectando el interés público, aunque en apariencia solo lo haga sobre intereses particulares.

Artículo 6.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Además, si se considera que de esto dependen los bienes de millones de mexicanos, pero principalmente el funcionamiento de del crédito y la viabilidad a futuro del sistema financiero mexicano. Al respecto tendrá que considerarse:

Artículo 20.- Cuando haya conflicto de derechos, a falta de ley expresa que sea aplicable, la controversia se decidirá a favor del que trate de evitarse perjuicios y no a favor del que pretenda obtener lucro. Si el conflicto fuere entre derechos iguales o de la misma especie, se decidirá observando la mayor igualdad posible entre los interesados.

CAPITULO 7. EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO FRENTE AL ANATOCISMO.

Una vez que se ha establecido que, en relación a la naturaleza jurídica del financiamiento (préstamos o créditos bancarios) para la adquisición de la vivienda, en función de su naturaleza, se les deberían aplicar las normas civiles, aunque por cuestiones procedimentales se les aplica la legislación mercantil, pasaremos al estudio de la pertinencia o temporalidad permitida para la realización del cobro de intereses sobre intereses o anatocismo.

7.1.- EL ANATOCISMO

Según el tratado de PLANIOL: Se llama **Anatocismo**, a la capitalización de los intereses que los hace a su vez productivos de intereses como si fuese un capital, a medida que llegan a su vencimiento.

También afirma: "Esta capitalización es peligrosa, porque aumenta con rapidez el pasivo de los deudores que no pueden hacer frente al pago regular de los intereses de sus deudas. Supongamos que la tasa de interés se fija al 4 por ciento anual: si los intereses no se pagan y se agregan cada año al capital, este se encontrara duplicado aproximadamente en 19 años y al tipo de 5 por ciento anual, en 14 solamente; pero si se adicionan año tras año los intereses vencidos, sin hacerlos a su vez productivos de intereses, la cifra de la deuda necesitaría 25 años en el primer caso y 20 en el segundo para doblarse por la acumulación de los intereses no pagados".

Ahora bien si el anterior panorama anatocistico lo tuviéramos que aplicar a una realidad más parecida a la que la han vivido los deudores bancarios mexicanos en los últimos años, tendríamos que hacer un calculo como el anterior, pero utilizando una tasa de interés de entre 30 y 50 por ciento anual

(aunque las tasas de interés en marzo de 1985 llegaron a estar en niveles históricos (del 85 por ciento), y con eso tendríamos que; los intereses generados por las deudas de los acreditados, al no ser pagados en el plazo establecido se capitalizarían cada año, aumentándose así el capital productor de intereses, y, se necesitarían solamente 2.9 años para que con un interés del 30 por ciento anual, el capital original llegara a duplicarse, además de que, tan solo 5 años serían necesarios para que el monto de los intereses devengados en un año por el capital acumulado, llegara a ser superior, que el monto de capital originalmente prestado por el banco. Lo que haría prácticamente imposible el pago de cualquier obligación de tal naturaleza, ya que el monto de las deudas rebasarían por mucho el valor de los bienes inmuebles adquiridos con el crédito original. Que es precisamente la realidad que hemos estado viviendo. Sin olvidar además que para hacer el cálculo exacto, tendríamos que considerar que por un lado, los bancos establecen el cómputo para el vencimiento de los intereses, en periodos mensuales, y al aplicar esto, los intereses se capitalizan también de manera mensual, reduciéndose aún más el plazo en el que se duplica la deuda originalmente pactada.

7.2. LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Para analizar el problema sobre la pertinencia o temporalidad permitida para la realización del pacto de anatocismo, dentro del sistema jurídico mexicano, debemos partir de los enunciados mismos de las normas que lo regulan:

Respecto de la materia comercial tenemos que:

Código de Comercio:

Artículo 363.- Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses, Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.

Se entiende claramente que el legislador, al redactar el ordenamiento en comento, lo dividió en dos partes; la primera de ellas totalmente rotunda y establecida a manera de Regla General: **Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses**, esta afirmación es tan tajante que no deja lugar a dudas con respecto a la prohibición establecida: No se generaran intereses de aquellos intereses que una vez vencidos no han sido pagados.

Es importante establecer en este momento que, las **Reglas** son: "Dictámenes generales de la razón que recorren diversas materias de la ley y constituyen como *el elemento de fijación del derecho*"⁶⁵. Por lo que podemos deducir que en el artículo en comento, el elemento sobre el cual se da la fijación a la regla, es la afirmación: "**Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses**". Lo que se impone como **regla general** para las obligaciones comerciales.

Y confirmando la máxima jurídica que reza: *Nulla regula sine exceptione*," El legislador estableció en cuerpo mismo del texto legal una segunda parte que, en razón de su contenido y por estar redactada en función de la primera, viene a ser la excepción a la regla anterior: **Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos**.

De la misma forma, con la simple lectura, se puede desprender que el legislador a manera de excepción a la regla, faculto a las partes para que, "los intereses vencidos y no pagados", pudieran sin embargo capitalizarlos, y digo que esta es una excepción a la regla porque solo en el caso de que las partes así lo convinieran sería posible la tan mencionada capitalización de intereses, como se desprende de la siguiente tesis jurisprudencial.

⁶⁵ *Bacon*.

^{**} No hay regla sin excepción

**INTERESES, CAPITALIZACION DE. NO PROCEDE CUANDO NO SE
CONVIENE EXPRESAMENTE, POR SER UN CASO DE EXCEPCION.**

El artículo 363 del Código de Comercio, previene que: "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán interés. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos". Conforme a lo anterior cuando en un contrato mercantil las partes celebrantes en ejercicio de la libertad contractual que les otorga el artículo 78 del Código de Comercio se obligan, una de ellas a transferir la propiedad de una suma de dinero a la otra, y ésta se compromete a su vez a devolverlo en determinado plazo estableciendo para ello garantía prendaria sobre títulos de crédito, el acreedor ejecutante al hacer efectivo el cobro del crédito concedido, tiene derecho a la restitución de la suma prestada, al pago del saldo de adeudo cuando ha recibido abonos parciales y a los intereses pactados en caso de mora, o en su defecto al pago del interés legal, pero no tiene derecho de manera alguna a devengar intereses sobre intereses vencidos y no pagados, porque tal capitalización o pacto de anatocismo se establece en el Código de Comercio, como un caso de excepción que requiere del convenio expreso de los contratantes en el propio contrato concertado, que no debe deducirse en forma presuntiva del contenido de las cláusulas de aquél.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 123/90. Automovilística Central, S.A. y Emilio Bolaños Díaz. 31 de mayo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Marco Antonio Rodríguez Barajas.

Dado que el legislador, tanto al referirse a la regla general, como a la excepción misma, hace referencia única y exclusivamente a los intereses vencidos y no pagados, lo que se deduce por el hecho de que en ningún momento (a lo largo del texto del precepto), hace mención de otro tipo de intereses, adquiere un papel fundamental, el análisis sobre las notas características de este tipo de intereses así como el momento a partir del cual los intereses pueden ser calificados de vencidos y no pagados.

Para iniciar el estudio de estas características esenciales, mencionaremos lo que se entiende por **Intereses**: Toda compensación en dinero o en cualquier valor que recibe el acreedor en forma accesoria al cumplimiento de una obligación.

Ahora bien, para el cumplimiento de las obligaciones regularmente se establece un plazo y aunque en ocasiones existe una confusión entre el plazos y el término debemos entender que **Plazo**: Es aquel lapso o periodo dentro del cual es preciso efectuar el cumplimiento de las obligaciones, en tanto que **Término**: Es la fecha en que concluye un determinado plazo.

También, para el cumplimiento de toda obligación, se requiere la existencia de un **Pago**: el cual es sinónimo de cumplimiento de las obligaciones, y al efecto, entendemos por cumplimiento de una obligación, la realización de la prestación misma, el contenido de la obligación de dar, hacer o abstenerse a que estaba obligado el deudor, frente al acreedor.

Código Civil

Artículo 2062.- Pago o cumplimiento es la entrega de la cosa debida, o la prestación del servicio que se hubiere prometido.

Se entiende por **Intereses Ordinarios**, Los frutos civiles que produce un capital desde la fecha en que se concerta un préstamo, hasta la de su vencimiento, esto es aquellos que se producen mientras se vence la obligación.

Por lo que, cuando las partes no realizan los actos que les corresponden (el pago), dentro de los plazos respectivos, se produce la preclusión de su derecho, es decir, la pérdida de la oportunidad de efectuarlo en las condiciones normalmente establecidas, generándose con ello una sanción.

En función de lo anterior, debemos entender por **Intereses Moratorios**: Aquellos que se pagan como sanción a título de reparación (indemnización) a los daños y perjuicios causados al acreedor por el retraso o la falta de cumplimiento de las obligaciones contraídas por el deudor que ha incurrido en mora. Aquí siempre tiene derecho el acreedor a los intereses moratorios que se

fijan para después de incumplirse tal obligación, a partir del momento en que los intereses están vencidos y no pagados.

Por lo que podemos concluir que los **Intereses Vencidos**, son aquellos que llegado el término del plazo concedido para su cumplimiento sin haberse realizado de por medio el pago respectivo, ven declarado su vencimiento al haber incurrido en mora, y es a partir del momento en que se vence el plazo, que los intereses pueden ser considerados: **vencidos y no pagados**. Esta determinación es a tal punto importante que si ponemos un poco de atención, nos daremos cuenta que; cuando el legislador utilizó el término intereses vencidos, se refirió a aquellos intereses a los cuales ya se les había vencido el término para su cumplimiento, y esto sólo pudo ocurrir a partir del instante de tiempo inmediato posterior al en que se incurrió en mora por no haberse realizado el pago correspondiente, por lo que, el vencimiento ya tenía existencia jurídica plena. Y para que las partes pudieran capitalizar los intereses se tendrán que estar al momento en que esto ocurriera, ya que este es único supuesto que el legislador maneja en el cuerpo de artículo 363. Por lo que el pacto de anatocismo no debe ser impuesto en el momento mismo de firmar el contrato, sino hasta que los intereses están jurídicamente vencidos.

Dándole seguimiento a lo anterior, y con la finalidad de aclarar aún más el tema, es importante mencionar que el legislador, en el párrafo segundo, cuando menciona: "**Los contratantes podrán sin embargo capitalizarlos**". No hace referencia a otro supuesto al que pueda ser aplicada esta afirmación, por lo que se debe entender que el término: podrán sin embargo capitalizarlos, sigue haciendo referencia a **los intereses vencidos y no pagados** que fueron mencionados en el primer párrafo del ordenamiento, ya que como se deduce de la simple lectura, son los únicos intereses a los que el legislador hace alusión dentro del texto del supuesto jurídico. Comprobándose con esto lo expresado por la máxima jurídica que reza: *Exemptio declarat regulam***

** La excepción aclara la regla

Por lo que se puede afirmar que la ley comercial en comento; claramente permite el pacto posterior de anatocismo (posterior al vencimiento de los intereses), pero **no se refiere** (en el texto) expresamente al pacto anticipado (antes de que el vencimiento tenga existencia jurídica), por lo que aplicando el método de interpretación "*a contrario sensu*", debe concluirse lógicamente que **el artículo 363 del Código de Comercio: prohíbe el pacto anticipado, o hecho por las partes antes de que los intereses se encuentren vencidos y que por lo mismo sean jurídicamente exigibles**; ya que, de otro modo resultaría que permite el pacto anticipado y también permite el pacto posterior, con lo cual estaría permitiendo las dos únicas hipótesis de su realización, por lo que, no tendría razón de ser. Y máxime que el efecto del anatocismo sólo se puede producir por acuerdo de las partes. Además, vale decir que como se ha visto la teleología de dicho dispositivo legal no es otra que la de impedir una conducta vil de los acreedores que resulte o pueda resultar ruinosa para los deudores, consistente en el cobro de réditos sobre intereses vencidos y no pagados, o interés compuesto.

Algunas tesis jurisprudenciales, aducen al respecto que el referido texto legal no impone como requisito previo a la contratación, el vencimiento de los intereses para que proceda legalmente el pacto de anatocismo, entendiéndose así, que se puede pactar sobre los intereses futuros (colocándose ahora la supuesta *antinomia*, al interior del artículo 363 del Código de Comercio). Pero el texto legal significaría entonces simplemente que los intereses, sin necesidad de que; tengan existencia jurídica plena, ni de que se llegue al término convenido para su vencimiento y mucho menos de que sean exigibles jurídicamente. Por el sólo convenio anticipado de las partes, estarían ya destinados a generar intereses al vencimiento, sin necesidad de autorización posterior, lo que representaría que, el deudor antes de conocer el monto de los intereses, antes de saber si podrá pagar o no, antes de colocarse en la mora

respectiva e incluso antes de entender la magnitud de su decisión, estaría pactando, para sufrir en su patrimonio el aumento exponencial de su deuda. Y esto sería tanto como dejarlo indefenso ante la voracidad del acreedor.

El artículo 363 del Código de Comercio no puede permitir la realización del pacto anticipado de anatocismo y al mismo tiempo la del pacto posterior, con lo cual se privaría al precepto legal de toda utilidad ya que al permitir las dos situaciones posibles, no prohíbe ninguna de las dos situaciones y con ello se vuelve una ley inútil.

7.3. APLICACIÓN DE LA NORMA SUPLETORIA

De modo que, en relación a la supuesta antinomia del artículo 363; Tenemos que para resolver el problema sobre la pertinencia o temporalidad permitida para la realización del pacto de anatocismo a partir del mismo enunciado de la norma del conflicto, deberán usarse los mismos métodos jurídicos de supletoriedad que toda ley establece para el caso de lagunas o vacíos, o aún de obscuridad en la norma y que en el asunto que nos ocupa son: los artículos 2º. Y 81 del mismo Código de Comercio, el cual determina cuales son y como se aplican las leyes supletorias que pueden aclarar el texto oscuro de la ley y para ello ordenan:

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.

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.

De modo que el mismo Código de Comercio ordena que ante la duda; en el caso para establecer en que momento las partes pueden válidamente

celebrar el convenio o pacto de capitalización de intereses vencidos y no pagados; se busque la solución a esa falta de disposición expresa para suplir o aplicar el supuesto vacío de la Ley Mercantil, en las disposiciones relativas del Código Civil en Materia Federal y en el caso existe la disposición expresamente aplicable, que es el:

Artículo 2397.- Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses.

De la lectura del precepto anterior, se desprende que existe por parte de la ley en comento, una clara prohibición a que las partes convengan de antemano, es decir de manera anticipada, la capitalización de los intereses, más no es una prohibición general en virtud de lo que a continuación se planteará.

Por lo anteriormente expuesto aquí cabe hacer un análisis de la importancia que en el precepto invocado, se le da al momento preciso en el que se lleva acabo esta convención, ya que el legislador al utilizar el término "de antemano" solamente esta prohibiendo la estipulación que se realiza sobre unos intereses que aun no existen y de los cuales se pudiera pretende su capitalización.

Hay que aclarar que, es obvio que una deuda que aun no existe, es incapaz de producir intereses. Esto es evidente, y no seria necesario decirlo, por lo que debemos entender que el multicitado término "de antemano", comprende todo el espacio de tiempo comprendido desde la contratación y hasta un momento antes del vencimiento de los mismos.

Ahora bien, como fácilmente se puede apreciar, es tan rotunda la intención del legislador al prohibir esta situación, que prevé que en caso de llevarse acabo en contravención a lo ordenado, esta convención será nula de pleno derecho.

Queda claro que el artículo en estudio, prohíbe expresamente el pacto anticipado de anatocismo. Ahora bien, interpretándolo *a contrario sensu* se puede comprobar que el Código Civil al prohibir únicamente el pacto anterior, permite entonces que las partes convengan el pacto posterior para la capitalización de intereses ya vencidos en el momento que se celebra, con el fin de que estos a su vez generen nuevos intereses, y esta convención estaría permitida a partir del vencimiento de los intereses, por lo que se deduce que no existió pago por parte del deudor. Por lo que reiterando, vale más entender que la el legislador pretendió que los intereses a capitalizar, ya estuvieran vencidos al momento en que se produce el acuerdo para su respectiva capitalización. Lo anterior por la sencilla razón de que, es a partir del vencimiento cuando acreedor y deudor conocen ciertamente el monto de los mismos y además ya son exigibles jurídicamente, puesto que el deudor tuvo ya, su oportunidad para cumplir con la obligación en el plazo establecido, además de que el deudor puede apreciar con mayor detenimiento el alcance de lo que acepta, delimitando con ello su responsabilidad.

La razón de que se permita el pacto posterior es muy simple; ya que; si el deudor no tiene dinero para cumplir en el plazo convenido, se vera obligado a acudir a otro prestamista, a quien deberá pedirle la suma de capital e intereses debidos al primero; y, desde luego, tendrá que pagarle los intereses sobre esa suma. Por lo que no tendría sentido prohibir que esa misma operación se hiciera con el primer acreedor.

El Código Civil prohíbe el pacto previo o anticipado de capitalización de intereses y no prohíbe el pacto posterior de anatocismo. al cual se refiere el Código de Comercio, por lo que debemos concluir que en relación al pacto de capitalización de intereses:

El Código Civil no es norma contradictoria del código mercantil.

También se puede concluir que el Artículo 2397 del Código Civil, precepto legal específicamente aplicable y supletorio para llenar los supuestos

vacios de la Norma Mercantil; **prohíbe el pacto anticipado, o hecho por las partes antes de que los intereses estén devengados y que por lo mismo sean jurídicamente exigibles; es decir, prohíbe bajo pena de nulidad absoluta que el pacto de capitalización de intereses se celebre o se lleve a cabo en el momento de contratar el préstamo** y resulta claro que no prohíbe que el pacto de capitalización se haga en forma posterior al vencimiento de los intereses, igual que expresamente lo permite el artículo 363 del Código de Comercio.

Ahora bien, si recordamos que; el contrato de apertura de crédito es un acto de comercio, conforme a lo que establece artículo 1º. de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y los actos realizados por el banco se consideran de esa misma naturaleza, conforme al artículo 75, fracción XIV del Código de Comercio

Bajo este ordenamiento, en lo concerniente a la materia de intereses no están reguladas expresamente las restricciones o prohibiciones y como este sigue siendo acto de comercio, se deben aplicar supletoriamente las normas protectoras del deudor, como en el préstamo mercantil o el préstamo civil lo anterior en virtud de la naturaleza de los contratos de apertura de crédito para adquisición de vivienda.

CAPÍTULO 8. ANALISIS JURIDICO DE LOS CONTRATOS BANCARIOS DE CREDITO CON GARANTIA HIPOTECARIA

Una vez establecido que, en materia de capitalización de intereses; el Código Civil prohíbe el pacto anticipado que lo establezca, y el Código de Comercio también prohíbe que los intereses generen intereses, y que solo después vencidos y no pagados esos intereses, por acuerdo expreso del deudor y acreedor que sin duda así lo establezca, esos intereses pueden capitalizarse, lo que equivale a prohibir el pacto anticipado de anatocismo; Pasaremos al estudio específico de las principales condiciones de ilegalidad en la que incurrieron las instituciones de crédito por medio los contratos bancarios de crédito con garantía hipotecaria.

8.1.LA NULIDAD DE LA CLAUSULA QUE LO CONTEMPLA.

Es necesario afirmar como lo dijimos desde el principio de este trabajo, que una de las características principales de estos contratos, fue la inclusión por parte de los bancos de una cláusula que les permitía la apertura en favor del obligado, de un crédito adicional a fin de cubrir mediante disposiciones mensuales los intereses generados que no lograra pagar con la erogación neta mensual correspondiente, lo que constituye un modo indirecto o disfrazado de capitalización anticipada de réditos y cobro de interés compuesto; esto es, un pacto de anatocismo, prohibido por el artículo 363 del Código de Comercio.

Además como este, es un pacto anticipado a la existencia de los intereses, obviamente por estar contenido en el contrato, que es un tiempo anterior a la disposición del crédito y, por lo mismo, anticipado o antes de que se generen los intereses, resulta ilegal o ilícito porque esta violando una ley

que lo prohíbe o prohibitiva y que dispone la nulidad absoluta de ese acto jurídico.

Artículo 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.

8.2. LA ESTRUCTURACION HECHA POR LOS BANCOS FUE HECHA DESDE UN PUNTO DE VISTA FINANCIERO NO JURIDICO

Como bien se sabe, los bancos al no tener el control sobre las variables económicas, desconocían cual iba a ser el comportamiento de las tasas de interés y por consiguiente, no consideraron que tanto se apartaría de las condiciones de mercado; las políticas generales de la institución.

En consecuencia, los bancos, desde el momento de la contratación de los créditos, transgredieron el marco jurídico aplicable, pues de acuerdo con el artículo 106 fracción V, de la Ley de Instituciones de Crédito.

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.

Por lo general, los bancos tenían establecido como política que para que una persona pudiera ser sujeto de crédito tenía que demostrar ingresos por lo menos de cuatro veces el importe del pago mensual, que los propios bancos determinaban según el monto de lo solicitado, aunque, por otro lado, en una forma incongruente concedieron un crédito adicional en el que consideraron desde un principio que los intereses devengados iban a ser mayores que los pagos, por lo que, de aplicarse esta misma política se requeriría que el

acreditado comprobara ingresos de por lo menos cuatro veces el importe de los intereses causados, sin que desde luego los estuviera percibiendo, y llegando a la situación inverosímil en que el monto de los intereses ha sido mayor hasta en más de un 200%, del monto de los ingresos del acreditado; Por lo que en este caso han sido sistemáticamente transgredidas las sanas practicas y usos bancarios.

Además de lo anterior, transgredieron lo establecido por el artículo 65 de La Ley de Instituciones de Créditos

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 estos, las relaciones que guarden entre si 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 e gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados.- La comisión Nacional Bancaria vigilara que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el presente artículo.

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 crédito o los renueven en forma parcial o en su totalidad, a sabiendas del estado de insolvencia del acreditado.

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.

Se considerarán comprendidos dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior y, consecuentemente, sujetos a iguales sanciones, los empleados y funcionarios de instituciones:

...c) Que otorguen 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...

Por lo tanto, no se puede perder de vista que, el principio fundamental para que los bancos puedan recuperar el crédito es que invariablemente se guarde una relación adecuada entre las condiciones de crédito y la situación económica de los acreditados, para que los bancos tengan la seguridad en la operación, y no ha sido así, pues al sujetar el crédito al comportamiento de las variables económicas sin poderlas controlar, expusieron dicho principio al no garantizar que se pudiera guardar una relación adecuada.

8.3. ENCUJBRIMIENTO DE UN ACTO SIMULADO

Así el crédito de refinanciamiento es un acto simulado que entraña usura. Lo que encubre un acto ilícito, porque mediante operaciones contables el banco hace aparecer que presta para recibir, es decir da para sí mismo sin entregar dinero alguno, pretendiendo burlar mediante esa cláusula la prohibición de pactar anatocismo anticipadamente o en el momento de la contratación. Pues

con esa convención ilícita el banco obtiene ilegalmente lo mismo que con el pacto de anatocismo.

8.4. EI PRETENDIDO USO DISCRECIONAL DEL CRÉDITO

El argumento de los bancos en el sentido de que sería discrecional el uso de las disposiciones del crédito adicional, no tiene fundamento, pues como se advierte que si bien es verdad que se dice que el acreditado podrá disponer del mismo, también es cierto que no por esa circunstancia debe estimarse que los acreditados tenían libre posibilidad de disponer o no de ese crédito, ya que en los contratos se estableció que en caso de que no quisieran usar el préstamo tenían la obligación de comunicar al banco esta 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 aquel en que si pudiese considerarse como optativo para el deudor el pago de 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 que debía darse el aviso a la institución crediticia, se puede concluir 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.

Además debe presumirse que las instituciones de crédito, desde el momento de la celebración del contrato sabían que el acreditado no podría pagar los intereses que generaría el crédito que les fue otorgado, pues de no ser así, no se hubiera pactado el préstamo adicional para el pago de los réditos que no alcanzaran a cubrir con la erogación neta mensual, de ahí que no pueda concebirse 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 aun los desconocían.

Menos aún cuando en las cláusulas de los contratos se estableció que los acreditados al ejercer las disposiciones del crédito adicional, instruyeron al banco para que las aplicara al importe del pago de los intereses devengados, los cuales se documentarían, mediante asientos contables que haría la institución crediticia, sin necesidad de que aquel suscribiera documento alguno, circunstancia que también pone de manifiesto que no era opcional la disposición del crédito, pues al no ser efectuado el aviso respectivo con la anticipación requerida, el banco, según las instrucciones procedería a ejercer las disposiciones relativas para aplicarlas al importe de los réditos generados sin necesidad de suscripción de documento alguno.

Queda claro que ambos códigos prohíben que los intereses generen intereses, el Código Civil prohíbe el pacto anticipado que lo establezca, el Código de Comercio también prohíbe que los intereses generen intereses, y que solo devengados y no pagados esos intereses, por acuerdo expreso del deudor y el acreedor que sin duda así lo establezca, esos intereses pueden capitalizarse, mediante la libre expresión de la voluntad del deudor y nunca mediante mecanismos automáticos llevados a cabo unilateralmente por el acreedor, mediante confusas operaciones de contables de cargo en el estado de cuenta corriente, sin que exista un pacto expreso de vencidos o generados en el cual conste la manifestación de la voluntad del deudor para ello.

8.5. LA EXISTENCIA DE UN ACTO ILICITO

En efecto esta cláusula encubre un acto ilícito porque mediante operaciones contables el banco hace aparecer que presta para recibir, es decir,

da para sí mismo, sin entregar dinero alguno. Es ilícito porque es préstamo para pago de pasivos, atípico, no regulado, prohibido ya que no encaja en el único préstamo para pago de pasivos regulado por el siguiente artículo de la Ley de Instituciones de Crédito

Artículo 66.- fracción V, 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:

I. Se consignarán, según convenga a las partes y cualquiera que sea su monto, en póliza ante corredor público titulado, en escritura pública o en contrato privado, que en este último caso se firmará por triplicado ante dos testigos y se ratificará ante notario público, corredor público titulado, juez de primera instancia en funciones de notario o ante el encargado del Registro Público correspondiente.

II. Sin satisfacer más formalidades que las señaladas en la fracción anterior se podrán establecer garantías reales sobre bienes muebles o inmuebles, además de los que constituyen la garantía propia de estos créditos, o sobre la unidad industrial, agrícola, ganadera o de servicios con las características que se mencionan en el artículo siguiente.

III. Los bienes sobre los cuales se constituyan 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.

IV. El deudor podrá usar y disponer de la prenda que quede en su poder, conforme a lo que se pacte en el contrato, y

V. 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. La Comisión Nacional Bancaria podrá autorizar, en casos excepcionales, que se exceda este límite.

Además, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se desprende:

Artículo 323.-En virtud del contrato de crédito refaccionario, el acreditado queda obligado a invertir el importe del crédito precisamente en la adquisición de aperos, instrumentos, útiles de labranza, abonos, ganado o animales de cría, en la realización de plantaciones o cultivos cíclicos o permanentes; en la apertura de tierras para el cultivo, en la compra o instalación de maquinarias y en la construcción o realización de obras materiales necesarias para el fomento de la empresa del acreditado.

También podrá pactarse en el contrato de crédito refaccionario, que parte del importe del crédito se destine a cubrir las responsabilidades fiscales que pesen sobre la empresa del acreditado o sobre los bienes que éste use con motivo de la misma, al tiempo de celebrarse el contrato, y que parte así mismo de ese importe se aplique a pagar los adeudos en que hubiere incurrido el acreditado por gastos de explotación o por la compra de los bienes muebles o inmuebles, o de la ejecución de las obras que antes se mencionan, siempre que los actos u operaciones de que procedan tales adeudos hayan tenido lugar dentro del año anterior a la fecha del contrato.

Es ilícito porque es fraude a la ley, ya que mediante ese pacto ilícito se pretende burlar la prohibición de pactar anatocismo anticipadamente en el momento de la contratación que los intereses no pagados se capitalicen o se sumen al capital para generar intereses, pues con esa convención ilícita, el banco obtiene ilegalmente lo mismo con el pacto de anatocismo, lo que constituye fraude a la ley y, por lo tanto es nulo. Resultando ilícito el acuerdo por violar normas prohibitivas y de orden público, por lo mismo no genera acción ni obligación, de conformidad con consideraciones de derecho.

8.6. ACUERDO DE VOLUNTADES

Cabe hacer notar que la banca ha querido fundar su actuación apegándose a lo que dispone el artículo 363 del Código de Comercio, no obstante que de ser aplicable este artículo, se tendrá que haber acordado, en

primer lugar, que los intereses vencidos y no pagados se capitalizaran y, en segundo lugar, precisamente que estos fueran precisamente los vencidos y no pagados, los cuales todavía no se generaban cuando se suscribió el contrato.

Por lo que si bien es cierto que el artículo 78 del Código de Comercio, permite a las partes que se obliguen y comprometan libremente, sin necesidad de requisito o formalidad alguna, también es verdad que eso no significa que las convenciones, pactos o cláusulas concertadas, por el simple hecho de ser suscritas y reconocidas por las partes, obliguen o tengan validez aunque no sean conformes a las leyes que las rigen; Circunstancia que se corrobora con lo dispuesto por el del Código Mercantil:

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

Además se debe tomar en cuenta que la voluntad de las partes, no puede estar por encima del interés público y de la técnica jurídica, esto es, sobre estas no puede prevalecer el capricho de los contratantes.

Código de Comercio

Artículo 363.- Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.

Del precepto transcrito se desprende la prohibición de que los intereses vencidos generen a su vez intereses, figura jurídica conocida normalmente como pacto de anatocismo. De igual forma el numeral contempla la posibilidad de que las partes capitalicen los intereses vencidos y no cubiertos.

Queda claro entonces que la capitalización que se permite, solo es aplicable cuando los intereses ya se encuentran vencidos y son exigibles, pero no cuando con anterioridad a su causación las partes efectúan esa estipulación.

Por el orden de la disposición, es lógico concluir que esa opción de capitalización de intereses que prevé el artículo 363 del Código de Comercio, se actualiza hasta el momento en que los intereses se encuentran vencidos y que por lo mismo sean exigibles, pues de lo contrario, se estaría conviniendo

de antemano la capitalización de intereses que toda vía no se causan y que, por ende, tampoco son exigibles. Luego cualquier forma de acuerdo entre las partes para que los réditos vencidos y no pagados, se capitalicen y generen a su vez intereses, ya directa, ya indirecta, infringe la prohibición que establece en primer termino el referido artículo, en el sentido de que los intereses vencidos y no pagados, devenguen intereses. Además, vale decir que la teleología de dicho dispositivo legal, no es otra, que la de impedir una conducta de los acreedores que resulte o pueda resultar ruinosa para los deudores, consistente en el cobro de réditos sobre intereses, vencidos y no pagados, o interés compuesto.

8.7. CONOCIMIENTO PREVIO DE LAS CLAUSULAS

El hecho de que los acreditados al momento de suscribir el contrato de apertura de crédito con garantía hipotecaria tuvieran perfecto conocimiento del contenido de las cláusulas estipuladas, no conduce a estimar que también supieran, en esa oportunidad, que eran nulas, dado que esta circunstancia no se advierte del citado contrato; amen de que ese conocimiento pudo acontecer con posterioridad a la firma del acuerdo de voluntades, y no forzosamente al momento de la suscripción

Por otro lado, el hecho de que los demandados hubieran realizado voluntariamente pagos parciales, no indica que con estos actos se haya ratificado los apartados contractuales afectados de nulidad, por consiguiente no indica que los acreditados ya no estén en aptitud de hacer valer la nulidad, ya que para poder concluir en ese sentido era necesario que los acreditados, con los pagos que realizaron, hubieran cumplido totalmente con las obligación; Esto es que hubieran finiquitado la operación, pues de lo contrario, la convención subsiste y, con ella, la facultad de los acreditados de hacer valer la nulidad.

Independientemente de lo anterior no puede afirmarse validamente que los acreditados hubieran cumplido voluntariamente, pues era su obligación efectuar los pagos parciales, ya que así se estipuló en el contrato.

8.8. INTERESES COMPENDIDOS DE MANERA INDETERMINADA, IDEFINIDA E INEXACTA

La redacción de las cláusulas que establecen la manera en la que se determinarían los intereses en los créditos hipotecarios, es verdaderamente confusa e indeterminada porque al establecer la institución de crédito una forma de pago sujeta a diversos indicadores financieros, entre otros el que emita o suscriba el Banco de México, acorde además con los indicadores financieros del Gobierno Federal, previo una inestabilidad económica al contratar intereses a futuro, respecto de lo cual los acreditados no tenían elementos suficientes para preverlos, por el complicado mecanismo para determinarse; en cambio esta irregularidad da cabida a la pérdida absoluta de su patrimonio, en consideración a que se les obliga a pagar intereses ordinarios sobre la tasa que resulte mayor entre el instrumento de captación de mayor rendimiento que exista en el sistema bancario, integrado por las instituciones bancarias, nacionales o extranjeras; el de mayor rendimiento que emita el Gobierno Federal; el mayor de los indicadores que el Banco de México de a conocer incluyendo el costo porcentual promedio de captación y la tasa de interés interbancaria; instrumentos que desde luego, dependen de la economía nacional, los cuales en ninguna forma pueden ser determinados por esta, debido a que, como se puntualizó, las tasas de interés están sujetas a diversas variables económicas; en ese contexto, si el crédito se otorgó para la compra de un bien inmueble destinado a casa habitación, los intereses se aplican en forma arbitraria, sin que los deudores estén en posibilidades de calcular hasta

donde llega su responsabilidad, ya que no son peritos en la materia, circunstancia que aún cuando el negocio provenga de una relación mercantil, es ilegal, si se atiende a que no existe ninguna ley o disposición expresa que permita a la instituciones de crédito acordar tasas de antemano y sujetarlas a un complicado mecanismo de interpretación unilateral.

Con relación a lo anterior queda claro que no basta que el deudor tenga conocimiento de monto liquido, sino que es necesario que se le haga saber, de que manera se causaron, en razón de que es de elemental justicia tal circunstancia, ya que para el común de las personas resulta complejo el procedimiento para el cálculo, puesto que esta sujeto a diversos factores con los que no están familiarizados, ya que el estado de cuenta que envían los bancos, únicamente sirve para hacerle saber al acreditado si había disminución del saldo insoluto, o bien, si se habían efectuado las disposiciones del crédito adicional.

INTERESES BANCARIOS DE TASA VARIABLE NO PAGADOS. ES IMPROCEDENTE DECLARAR EN MORA AL DEUDOR, SI LA INSTITUCION NO LE COMUNICO PREVIAMENTE EL MONTO LIQUIDO QUE DEBIA SATISFACER. Es un hecho notorio que la determinación de intereses de tasa variable, supone un procedimiento complejo, sujeto a factores y conocimiento cuyo manejo escapa al común de la gente, mientras que los organismos financieros tienen a su disposición todo tipo de elementos y personal capacitado para hacerlo. Así, es de elemental justicia que el banco informe al obligado sobre la causación y en su caso, el monto de tales intereses, pues lo que para el primero puede ser un procedimiento de rutina, con el que esta familiarizado, para el segundo es un problema sumamente difícil de solucionar; en consecuencia, para sostener validamente que una persona ha entrado en mora por no pagar dicho concepto, es menester demostrar que la misma tuvo oportuno conocimiento del saldo a su cargo, pues de no ser así, la pretensión en ese sentido resultara inadmisibile.

Amparo directo 275/86. Martha López Orozco de Navarro. 16 de junio de 1986. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Carlos Gerardo Ramos Cordova. Instancia: Tercera Sala, Fuente: Informes, Tomo: Informe 1986, Parte II Séptima Epoca, Página: 66

8.9. REFINANCIAMIENTO DE INTERESES INVIABLE

El Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil, decretó la anulación del contrato. Esto implica el reconocimiento por parte de la autoridad judicial de que los bancos actuaron con "dolo y mala fe", e "indujeron al error " al "proponer condiciones que en realidad no podían cumplirse".

Lo anterior en razón de que se logro demostrar que la estructura de los créditos hipotecarios concedidos por la banca provoca que el deudor jamas pueda liquidar el capital, ni los intereses que se acumulan durante la vida del préstamo, ya que la estructura de los pagos de los créditos hipotecarios entraña una trampa financiera y matemática.

Con el calculo se demostró que el saldo de un crédito hipotecario puede crecer de manera exponencial, sin que el deudor pueda liquidar, a pesar de que abone puntualmente las mensualidades durante los veinte años, el tiempo promedio de vida de los prestamos de ese tipo.

En el caso especifico de del programa hipotecario Espacios de Banamex, por cada mil pesos que pida un deudor, al termino de veinte años habrá pagado 6 mil 294.63 pesos, pero aun tendrá un saldo deudor de 38 mil 825.67 pesos y eso en el caso poco probable de que durante ese tiempo la tasa de interés no supere 20 por ciento anual.

El argumento de la inviabilidad sostiene que el modelo matemático utilizado para los sistemas de refinanciamiento solo podría haber funcionado

con tasas de interés bajas, no con las tasas que históricamente han prevalecido en México.

Por tanto, la firma por parte del deudor fue producto de un error, lo que, en términos del Código Civil, es un vicio del consentimiento que lleva a la anulación completa del contrato.

CAPITULO 9. LA RESOLUCIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En un ambiente de crispación, el pleno de La Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió el miércoles 7 de octubre del año en curso, un esperado fallo que, en resumen, establece que: la operación fundante de los contratos es una operación mercantil de apertura de crédito, la legalidad de la capitalización de intereses y la no supletoriedad de los Códigos Civil y de Comercio en lo relacionado con los contratos de apertura de crédito bancarios.

9.1. ANALISIS DE LA RESOLUCIÓN.

Con la elaboración y votación de los dictámenes correspondientes (aprobados por la mayoría de los ministros de la SCJN) la máxima instancia del poder judicial ha concluido su participación en un problema social, político y financiero de dimensiones nacionales que, ciertamente dista mucho de haber sido solucionado.

Al respecto es importante considerar que, en este caso, la responsabilidad de la SCJN, no consistía en arbitrar el conflicto entre unos y otros, sino en dilucidar la pertinencia y los ámbitos de aplicación de instrumentos legales, en relación a una contradicción de tesis. Ahora bien independientemente de las razones jurídicas, desde luego insoslayables, el problema de fondo en este asunto se encuentra en la propia realidad económica y social del país, y en relación a esto, hay que admitir que, para tal vez millones de usuarios de la banca, el daño esta hecho, y si no hay la suficiente sensibilidad por parte de la banca, el fallo de la Corte se puede significar por la reactivación de una seria conflictividad social: no es fácil para

los deudores resignarse a perder el patrimonio por haber signado contratos que hoy son legales, pero que a todas luces son injustos.

La Corte resolvió además que en materia de intereses, el contrato de apertura de crédito, tiene su 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 a esta, también resulta aplicable la Ley del Banco de México, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del artículo 28º. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y al respecto tenemos.

Ley de Instituciones de Crédito

Artículo 6o.- En lo no previsto por la presente Ley y por la Ley Orgánica del Banco de México, a las instituciones de banca múltiple se les aplicarán en el orden siguiente: ...

Artículo 48.- Las tasas de interés, comisiones, premios, descuentos, u otros conceptos análogos, montos, plazos y demás características de las operaciones activas, pasivas, y de servicios, así como las operaciones con oro, plata y divisas, que realicen las instituciones de crédito y la inversión obligatoria de su pasivo exigible, se sujetarán a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Banco de México, con el propósito de atender necesidades de regulación monetaria y crediticia. ...

Ley del Banco de México:

Artículo 2.- El Banco de México tendrá por finalidad proveer a la economía del país de moneda nacional. En la consecución de esta finalidad tendrá como objetivo prioritario procurar la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda. Serán también finalidades del Banco promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento de los sistemas de pagos.

Artículo 24.- El Banco de México podrá expedir disposiciones sólo cuando tengan por propósito la regulación monetaria o cambiaria, el sano desarrollo del sistema financiero, el buen funcionamiento del

sistema de pagos, o bien, la protección de los intereses del público. Al expedir sus disposiciones el Banco deberá expresar las razones que las motivan.

Las citadas disposiciones deberán ser de aplicación general, pudiendo referirse a uno o varios tipos de intermediarios, a determinadas operaciones o a ciertas zonas o plazas. ...

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

En ejercicio de esas facultades, el Banco de México autorizo a las instituciones de crédito mediante circulares, para realizar validamente las operaciones de refinanciamiento o apertura de crédito adicional para pago de pasivos a favor del mismo banco acreditante; y así mismo autorizo a los bancos para realizar operaciones de reestructuración de pasivos o de prestamos para pagar los pasivos a favor del mismo banco, en cuanto a la capitalización de intereses determino que el legislador dejo a la libre voluntad de las parte todo lo referente a la estipulación de los intereses a pagar.

9.2. LAS TESIS JURISPRUDENCIALES QUE INCLUYE LA RESOLUCIÓN.

Las tesis jurisprudenciales derivadas de la contradicción de tesis 31/98 son las siguientes:

- 1. APERTURA DE CREDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. EL CONTRATO RELATIVO PACTADO CON INSTITUCIONES DE BANCA MULTIPLE PARA TAL FIN, NO ESTA REGIDO POR EL REGLAMENTO SOBRE INSTITUCIONES NACIONALES Y ORGANIZACIONES AUXILIARES NACIONALES DE CREDITO, NI ES CONTRARIO A LA LEY DE INSTITUCIONES DE CREDITO.**

2. **APERTURA DE CREDITO Y PRESTAMO MERCANTIL. LEGISLACION APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES.**
3. **APERTURA DE CREDITO. NO SON NULAS LAS CLAUSULAS QUE ESTABLECEN LA OBLIGACION DEL ACREDITADO, DE AVISAR CON ANTICIPACION SI RECHAZA LA DISPOSICION DEL CREDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES.**
4. **APERTURA DE CREDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. POR SI SOLA, NO CONSTITUYE SIMULACION.**
5. **APERTURA DE CREDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILICITO DE INTERESES SOBRE INTERESES.**
6. **APERTURA DE CREDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLOGICA O SUBJETIVA.**
7. **APERTURA DE CREDITO. LAS AMORTIZACIONES REALIZADAS POR EL DEUDOR CONVALIDAN LA NULIDAD RELATIVA DE QUE PUDIERA ADOLESCER LA CLAUSULA EN EL QUE SE PACTA UN CREDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES.**
8. **CAPITALIZACION DE INTERESES. EL ARTICULO 363 DEL CODIGO DE COMERCIO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO, PERO SI PUEDE SERLO COMO NORMA CONTRACTUAL, POR VOLUNTAD DE LAS PARTES.**
9. **CAPITALIZACION DE INTERESES. CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO, EN TERMINOS DEL ARTICULO 363 DEL CODIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCES NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETOTIEDAD DEL ARTICULO 2397 DEL CODIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE**

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.

10. **CAPITALIZACION DE INTERESES.** EL ARTICULO 2397 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL, NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE AL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO.
11. **CAPITALIZACION DE INTERESES.** EL ARTICULO 363 DEL CODIGO DE COMERCIO LA PERMITE EN FORMA PREVIA O POSTERIOR A LA CAUSACION DE LOS REDITOS, A CONDICION DE QUE EXISTA ACUERDO EXPRESO.
12. **CAPITALIZACION DE INTERESES.** NO LO CONSTITUYE EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO PARA COBERTURA DE INTERESES (REFINANCIAMIENTO).
13. **INTERESES.** LAS TASAS VARIABLES EN LOS CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO SON DETERMINABLES NO IMPRECISAS
14. **VIAVILIDAD ECONOMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSION PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS.** LA OMISION POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CREDITO DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO.

Las tesis que no integran jurisprudencia (tesis aisladas) pero que también servirán de orientación a los tribunales son las siguientes:

1. **ANATOSISMO.** DICHO VOCABLO NO SE ENCUENTRA EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO.
2. **APERTURA DE CREDITO.** ES VALIDA LA CAPITALIZACIÓN DE INTERESES EXPRESAMANTE PACTADA EN DICHO CONTRATO.
3. **APERTURA DE CREDITO ADICIONAL PARA PAGO DE INTERESES DEVENGADOS.** NO OCULTA CAPITALIZACION DE INTERESES.
4. **INTERESES EN CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO.** LA INCLUSIÓN, ENTRE OTROS, DE INDICE O REFERENCIA ALTERNATIVO, CUYA

CUANTIFICACION DEPENDE PRIMORDIALMENTE DE LA VOLUNTAD UNILATERAL DEL BANCO ACREEDOR, ES CONTRARIO AL ARTICULO 1797 DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

5. **INTERESES. TASAS DE REFERENCIA ALTERNATIVAS EN CONTRATOS DE APERTURA DE CREDITO. (DISPOSICIONES APLICABLES).**
6. **VIABILIDAD ECONOMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSION PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISION POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE CREDITO DE BANCA MULTIPLE DE REALIZAR EL CITADO ESTUDIO, NO PUEDE SER RECLAMADA POR EL ACREDITADO EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO POR CARECER DE LEGITIMACIÓN ACTIVA.**

9.3. UNO DE LOS VOTOS DE MINORIA.

con la finalidad de apoyar mi punto de vista, transcribo íntegramente, el siguiente voto de minoría sustentado por los Ministros Juan Silva Meza, Humberto Roman Palacios y Juventino V. Castro.

VOTO DE MINORIA

CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO. CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. ¿ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE EL CÓDIGO CIVIL, ARTICULO 2397, A DICHOS CONTRATOS MERCANTILES?

“Nos permitimos discrepar del criterio sustentado en el proyecto, en torno al tema que se analiza.

En efecto al proponer los criterios y tesis que pretenden resolver este tema de contradicción, en esencia se sostiene que:

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la ley de Instituciones de Crédito y la Ley del Banco de México, regulan los

aspectos esenciales de dicho contrato y dejan un amplio margen a la voluntad de las partes, en particular en el tema de los intereses.

Que en efecto, la Ley Bancaria y la Ley del Banco de México, así como la regulación expedida por el Banco Central contienen disposiciones expresas y completas en esa materia.

Que no procede la aplicación supletoria de otra legislación, ya que no hay laguna que colmar; que se trata de un sistema cerrado de supletoriedad, el relativo al contrato de apertura de crédito.

Que el legislador no regulo la capitalización de intereses, ni impidió el cobro de interés sobre interés fue porque decidió dejarlo a la voluntad de las partes, que es la ley suprema en el contrato de apertura de crédito.

El contrato de apertura de crédito se encuentra previsto por el artículo 291 de la Ley General de Títulos y operaciones de Crédito, pero originalmente estaba regulado por el Código de comercio.

El Código de Comercio que data de 1889, se ha convertido en algo así como un esqueleto del que penden sólo unos jirones, puesto que le han sido arrancadas las materias más importantes, a saber las relativas a Sociedades Mercantiles; a Títulos y Operaciones de Crédito, a operaciones bancarias y bursátiles, de seguros, de comercio marítimo, de quiebras y suspensión de pagos, materias todas que actualmente se encuentran reguladas por diversas **leyes especiales**, que han abrogado en lo conducente las disposiciones del añejo Código de Comercio y que constituyen junto con este las fuentes del derecho mercantil.

La ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que originalmente se expidió el 26 de agosto de 1932, es la ley especial y el Código de Comercio, la ley general y desde luego **ambas regulan actos de comercio**.

Ahora bien, es cierto que la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito no contiene disposición alguna que se refiera a temas como

la prohibición del cobro de intereses sobre intereses, ni a la capitalización de intereses. Podría pensarse a primera vista que el legislador no quiso prohibirlos; o que no previó ese supuesto, o bien, que quiso evitar una reiteración innecesaria, tomando en cuenta que tal prohibición ya se encontraba prevista en una ley general a la que, incluso, correspondió la regulación original de esa materia; o, como ahora se sostiene en la tesis propuesta que se discute, que los contratos de apertura de crédito contienen un sistema cerrado que excluye la aplicación de cualquier otra norma supletoria, pues adolece de insuficiencia; y, todo lo relativo a cobro de intereses sobre intereses y capitalización, quedo a la libre voluntad de las partes.

Como se aprecia, **son meras interpretaciones**, algunas posibles. O sea, que **es necesario interpretar** y lo haremos, partiendo de la base de los argumentos fundamentales que encierra el criterio y tesis propuestas que consisten en sostener que el sistema de supletoriedad es cerrado y la voluntad de las partes es la suprema ley del contrato de apertura de crédito.

La supletoriedad de una ley implica un principio de economía e integración legislativas, para evitar la reiteración (principio de economía) o bien para integrar una clara omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes distintas a la que se interpreta.

El artículo 2º. ley General de Títulos y Operaciones de Crédito expresamente considera como legislaciones supletorias a las leyes especiales relativas; en su defecto, a la legislación mercantil general y luego a los usos bancarios y mercantiles y en defecto de éstos al Código Civil para el Distrito Federal.

Esa labor integradora de la ley lleva **necesariamente** a analizar la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, **no de manera aislada** en la que si así se hiciera sólo se encontraría lógicamente, ausencia de regulación supresión, ¿cómo se interpreta? De

capitalización de intereses o de intereses sobre intereses, sino de manera lógica y sistemática, con la ley general que originariamente regulo su materia, esto es el Código de Comercio. Recordemos que el mecanismo de supletoriedad se observa respecto de las leyes de contenido especializado en relación a leyes de contenido general.

De esta manera se podría observar inmediatamente que el legislador reglamento la capitalización de intereses, y prohibió que los intereses vencidos y no pagados generen al su vez intereses en las disposiciones relativas al préstamo mercantil; y que también lo hizo con el préstamo civil o mutuo civil, donde incluyo disposiciones protectoras del deudor.

Siendo el préstamo mercantil, como la apertura de crédito, contratos mercantiles, **ambos, actos de comercio, de naturaleza prácticamente igual**, donde su celebración establece una relación acreedor.- deudor, no se justifica que lógica y racionalmente, que el legislador para uno hubiera establecido una norma **protectora del deudor y para el otro** no hubiese querido su aplicación, pues seria un contrasentido que la lógica no aceptaría. Esto es, no se puede concebir **en una interpretación sistemática**, el hablar de olvido, omisión o supresión, como se propone, dejando en total y absoluta libertad de regular **lo que sea** en materia de intereses, en un acto de comercio como lo es el contrato de apertura de crédito. O sea, no se explica el no acudir a alguna restricción o prohibición para la autonomía de la voluntad como ocurre en los demás actos de comercio, con el argumento de que no existe regulación porque el legislador lo suprimió y entonces "debe interpretarse" que tales cuestiones se dejaron a la libre voluntad de las partes, o sea la ausencia de regulación es supresión y conducción a un sistema normativo de supletoriedad "cerrado" en este aspecto, pero se olvida que ya este alto tribunal ha resuelto que dicha supletoriedad opera aún cuando en la ley a suplir no

exista la figura jurídica respectiva, a condición de que la norma supletoria no choque con los principios fundamentales de la suplida.

Lo anterior lleva a concluir en una interpretación racional y sistemática de los actos de comercio, que la omisión de regular específicamente la prohibición del cobro de intereses sobre intereses y las capitalizaciones en el contrato de apertura de crédito, fue una situación que no suprimió el legislador pues solamente no reitero el principio existente en la ley general dando por hecha su aplicación, al establecerse expresamente el sistema de supletoriedad de la norma específica.

CONCRETANDO:

La objeción radica en no admitir lisa y llanamente que, se trata de un sistema de supletoriedad cerrado, donde las omisiones, lagunas, restricciones o prohibiciones, en materia de intereses no están reguladas expresamente y esta materia se deja a la libre voluntad de las partes, que debe tener como límite el interés público y la técnica jurídica.

Se argumenta que en la tesis propuesta, que el legislador estableció un régimen jurídico diverso al del préstamo mercantil; que la apertura de crédito tiene finalidades específicas y cualidades propias los celebrantes; que en el tema de los intereses hay total libertad para su estipulación, que el establecimiento de restricciones debe ser expreso, para ese propio contrato, que no se puede hablar de las prohibiciones.

Nosotros decimos ¡sí! es diverso del préstamo, pero sigue siendo acto de comercio; tiene finalidades específicas ¡sí! pero sigue manteniendo una relación acreedor - deudor, que debe tener equilibrio y normas que lo propicien y, en su caso, cuando se rompa lo remedien.

En el tema de intereses hay una total libertad para estipularlos, se dice ¿como?, como sea como las partes lo decidan; antes, después, sumándose al capital, sin sumar, generando intereses compuestos,

tocar las puertas de la usura, como sea. Es un sistema normativo "cerrado", todo lo que no esta regulado constituye un acto de **supresión** del legislador; este no quiso que para el préstamo bancario existieran normas protectoras del deudor, como en el **préstamo mercantil** o el **préstamo civil**, que aunque se llamen **contratos de apertura de crédito**, de préstamo mercantil y mutuo civil y guarden notorias diferencias tienen como denominador común la relación **acreedor.-deudor** que bien puede ser en la apertura de crédito en cuanto al primero, una Institución Bancaria; sin embargo se dice, hay una libertad total para el primero en materia de intereses, pues así se ha querido interpretar ahora en las tesis propuestas, dando a la voluntad de las partes un alcance que otorga a la libertad contractual una magnitud que en esta materia rebasa al interés social, al público y a la propia técnica jurídica.

Sobre este aspecto, debemos admitir que bajo este esquema de interpretación que se propone se permitiría **todo lo que fuera**, aun lo considerado ilícito en otros contratos, aún jurídicamente emparentados. Nosotros creemos que no es la interpretación jurídica correcta y lo trato de demostrar.

En principio recordemos que el contrato de apertura de crédito es un acto de comercio, conforme a lo que establece artículo 1º. de la ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y los actos realizados por el banco se consideran de esa misma naturaleza, conforme al artículo 75, fracción XIV del Código de Comercio.

Uno de los limites que fijo el legislador a los actos de comercio para salvaguardar el interés público, se encuentra precisamente en lo que dispone el artículo 363 del Código de Comercio que establece:

Artículo 363.- los intereses vencidos y no pagados no devengaran intereses. Los contratantes podrán sin embargo, capitalizarlos.

Dicho precepto contiene una restricción, es decir contiene una prohibición, contra la que no puede ir la voluntad de las partes en cualquier acto de comercio, so pena de considerarse ilícito el pacto, sin que dicha disposición, ni de lo que establece el artículo 77 del Código de Comercio se advierta que dicha prohibición discrimine o excluya de su aplicación a determinados actos de comercio, como lo es el contrato de apertura de crédito.

La circunstancia de que el legislador haya regulado en normas especiales contratos, a su vez especiales, con normas propias, no puede significar que si no se reiteraron prohibiciones contenidas en la ley aplicable a otros actos de comercio, de igual o semejante naturaleza, dichos actos dejan de considerarse ilícitos, en tanto que la prohibición, al estar expresamente determinada por el legislador, no tenía necesidad de reiteración, y si en cambio era necesario para saber que en los contratos de apertura de crédito, a diferencia de los demás actos de comercio, esa prohibición declarada para todos ellos no tenía aplicación.

Si bien conforme a una interpretación restrictiva de una norma especial, pudiera considerarse que la supresión que hace el legislador de ciertos requisitos que impone en otros contratos, implica que deja a la libertad de la partes la forma y los términos de la convención, tal libertad no puede conducir a la conclusión de que la voluntad como norma suprema en ese pacto, pueda transgredir el marco legal, al grado de que por no existir limitante en la reglamentación especial, se llegare a convenir hasta la transgresión de normas prohibitivas de orden público.

Las leyes prohibitivas son el medio que utiliza el legislador para fijar los límites a la voluntad de los individuos; y, según la importancia del interés que pretende proteger, varía la intensidad de su sanción contra el acto ilícito; así, esta ley que es impulsada por un interés general de orden público asume un carácter rígido e inflexible;

imponiendo la nulidad de los actos cuando la transgresión a los límites legales es considerada sumamente lesiva.

El legislador aún cuando reconoce en el artículo 78 del Código de Comercio la autonomía de la voluntad, para la celebración de los contratos mercantiles, ante todo advierte que las convenciones ilícitas no tienen eficacia jurídica, y de ahí se concluye que tampoco en la materia mercantil las partes puedan realizar cualquier acto sin limitación alguna.

Por todo lo anterior, estamos en contra del criterio sostenido en esta tesis, sobre todo porque insisto, de aceptarse, que no habrá limitación alguna para la regulación del tema cobro de intereses sobre intereses, capitalización ilícita de intereses pues al considerarse suprimida esa regulación, como se propone interpretar y dejar a la libre voluntad de las partes, podría pensarse que se estableció una zona libre jurídica para unos actos de comercio los contratos de apertura de crédito y, desde ese punto de vista, entonces, tal vez, los demás temas de contradicción deberían declararse sin materia”.

9.4. CONSIDERACIONES FINALES.

En estos términos el fallo de la SCJN, lo que hizo fue legalizar un evidente desarreglo, y no tenía más opciones, ya que ciertamente a la Corte lo que le correspondía era eso: producir interpretaciones que orientaran futuros fallos y con esto; cualquiera que hubiera sido su interpretación, habría aniquilado a uno de los polos.

Si bien, como lo señala la SCJN, este asunto evidenció que el sistema financiero está montado sobre normas anquilosadas y ambiguas, a lo cual debemos agregar que estas en el asunto que tratamos, lo único que no proporcionan es seguridad jurídica a las partes; y podemos afirmar que en esos

términos la salida que la Corte le dio al problema, es falsa, y afirmo lo anterior porque el hecho mismo de que **la votación sobre el asunto se encontrara dividida, ya que esta situación por si sola, da cuenta de la existencia de otras posibilidades de interpretación de la norma**, y, si bien debemos admitir que las tesis jurisprudenciales de los ministros que votaron en favor de la legalidad del pacto de anatocismo se basaron en una correcta interpretación de las leyes en la materia; también los puntos de vista de los ministros que votaron en contra, son jurídicamente validos, pues no es razonable que se deje en libertad total a las partes a que acuerden lo que sea en materia de intereses, ya que, el hecho de no establecer reglas claras en el manejo de las tasas entre acreedores y deudores se presta a la aparición de desordenes que a la larga son más perjudiciales a ambas partes (que es precisamente el origen del problema que este trabajo analiza), además de que no es admisible que en el tema, no haya lagunas que colmar ni pretender que no es aplicable la supletoriedad del Código de Comercio, que establece los principios generales de la legislación mercantil que vinculan a las leyes especiales.

Además del problema que genera esta pretendida falta de lagunas en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, también se dejan de aplicar los de principios generales, que, como ya se estableció el artículo 363 del Código de Comercio con claro sentido prohibitivo, impide la capitalización previa de intereses, aunque autorice la de los vencidos. Al respecto, La Corte sostiene que se puede convenir de antemano sobre los intereses vencidos, pero eso es imposible jurídicamente por la elemental razón de que, al otorgarse el crédito no hay intereses vencidos. Esos en todo caso nacerán al vencer el plazo, por lo que, al respecto se deja de aplicar un principio fundamental de derecho mercantil, aplicable en todas sus ramas, que expresa, además, el rechazo a la usura y una preocupación social. No es superable por acuerdo, ya que lo prohíbe la ley. **Contra leyes prohibitivas, no cabe acuerdo.**

Con lo anterior los ministros reconocieron que la legislación vigente sobre capitalización de intereses tiene deficiencias que deben ser atendidas; por lo que en este orden de ideas podemos afirmar que: en otra coyuntura, o bajo otro balance de fuerzas, **el fallo hubiera podido ir en sentido contrario**, y este sería tan legal como el que ahora orienta el criterio vigente. Como lo acredita la siguiente jurisprudencia.

INTERESES. TRATÁNDOSE DE CONTRATOS DE CREDITO CON GARANTIA HIPOTECARIA, CELEBRADOS POR UNA INSTITUCION BANCARIA, ES APLICABLE EL CODIGO DE COMERCIO. En lo concerniente a los intereses pactados en los contratos de apertura de crédito con garantía hipotecaria celebrados por una institución bancaria en ejercicio de sus funciones, es aplicable el Código de Comercio, pues la clase de operación que se pacta al celebrar dichos contratos supone la existencia de un acto de naturaleza mercantil, dado que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75, fracción XIV, del propio Código, las "operaciones de bancos", constituyen actos de comercio.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO, Amparo directo 279/96.- Félix Antonio Rubio Rubio.- 5 de septiembre de 1996.- Unanimidad de votos.- Ponente: Luis A. Cortés Escalante, Magistrado interino por acuerdo del Consejo de la Judicatura Federal.- Secretaria: María Isabel Cetina Rosas. Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Noviembre de 1996, Tesis: XIV.2o.14 C, Página: 454

También, en relación a la discutida resolución, es necesario aclarar que la mayoría de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, omitieron considerar la naturaleza misma de los contratos, ya que, al considerar que en relación al tema de los intereses existe una falta de supletoriedad, emitieron un fallo que no abarca todos los elementos constitutivos de los contratos, viciando con ello de parcialidad a dicho criterio

en detrimento de los deudores bancarios y en beneficio de los bancos, afectándolo de injusticia y de ilegalidad, según se demuestra de las consideraciones que a continuación se expresan y que no hacen sino reforzar las ideas vertidas a lo largo de este trabajo.

Según la idea principal expresada en el fallo de la Corte, la operación fundante de dicha relación contractual, es una operación mercantil de apertura de crédito. Esto en algunos casos, tratándose de comerciantes, es cierto, pero cuando se trata de particulares que contratan un mutuo con garantía hipotecaria, para construir o comprar vivienda, se debe estar a lo previsto por el artículo 358 del Código de Comercio que sólo reputa mercantiles los préstamos destinados a actos de comercio.

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

Fácilmente se deduce de este precepto, interpretado a contrario sensu, que no es mercantil sino civil el préstamo que no tenga ese destino, es decir, cuando el deudor lo aplica para satisfacer necesidades personales y no para realizar actos de comercio. Por consiguiente, en este supuesto, el anatocismo esta terminantemente prohibido por el artículo 2397 del Código Civil.

La distinción entre préstamos mercantiles y préstamos civiles, es operante en lo que concierne a la apertura de crédito prevista en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dispone:

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 se estipulen”

Por lo que, sin necesidad de forzar el entendimiento se advierte que el acreditado es deudor del acreditante, existiendo entre ambos sujetos una relación de mutuo. Ahora bien, reafirmando, si el acreditado destina las cantidades de dinero que obtiene del acreditante a realizar actos de comercio, el mutuo es mercantil según lo considera el artículo 358 ya transcrito, siendo legal el cobro de intereses sobre intereses, cuando exista **pacto posterior** que así lo establezca. En cambio, si tales cantidades la aplica el acreditado para satisfacer sus necesidades personales, el contrato es de naturaleza civil, a pesar de que provenga de una apertura de crédito que le otorgue algún banco. De lo contrario se estaría afirmando que las necesidades civiles de las personas dejan de existir como tales en el momento en que estas contratan con un banco, lo cual deja a muchos acreditados en estado de indefensión frente a una situación en la que, ellos jamás pactaron con ánimo de lucro. Lo anterior, se ve claramente, si se considera que las instituciones constitucionalmente facultadas para otorgar financiamiento a la sociedad son los bancos, por ende, el hecho mismo de otorgar financiamiento a las personas para la satisfacción de sus necesidades civiles o mercantiles, es una de las funciones que justifican la existencia misma del sistema bancario. Además, el propio legislador dejó constancia de la importancia que tiene la naturaleza del acto que origina las obligaciones contraídas con un banco al establecer:

Código de Comercio.

Artículo 75.- La ley reputa actos de comercio:

XXI. Las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil.

Al respecto, considero que si el legislador hizo la distinción con respecto a la naturaleza jurídica del origen de las obligaciones de los comerciantes, con más razón se debe considerar la de aquellos que no realizaron actos de comercio. Y si recurrieron a los bancos para obtener los recursos necesarios,

fue porque como ya lo vimos estas son las instituciones que ofrecen estos servicios y en la publicidad que estos hacían, ofrecían créditos específicamente para adquisición de vivienda. Por tanto, debe tomarse en cuenta la finalidad a la que los acreditados aplican los recursos otorgados por los bancos, por ser esta misma, la causa determinante que dio origen a la petición de financiamiento. Ya que, en el caso de no considerar este factor, se crea una situación de clara injusticia, al dejar en franca desventaja jurídica y económica, a todas aquellas personas comerciantes o no, que sin una finalidad lucrativa y pretendiendo solamente adquirir una casa habitación, solicitaron un crédito para satisfacer una necesidad personal eminentemente civil; equiparando esta acción a la de los comerciantes que, con el crédito convenido, ejecutaron verdaderos actos de comercio, ya que con una finalidad eminentemente lucrativa aplicaron el crédito concedido para obtener ganancias, y en virtud de esa ganancia, tendrán una mayor capacidad de pago frente al banco acreditante. Lo que deja bien claro que es a todas luces injusto pretender darles el mismo trato en ambos supuestos.

En relación a lo anterior, podemos afirmar que: la Suprema Corte en la resolución que declaró "legal" el anatocismo sin distinción alguna respecto de la diferente naturaleza de los créditos que otorgan los bancos, dejó de aplicar también, los artículos 358 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil bajo el subterfugio de que no son aplicables "supletoriamente" al contrato de apertura de crédito sin aducir ninguna razón válida que funde verdaderamente esa afirmación, ya que los preceptos que rigen esta apertura de crédito (del 291 al 301 de la ley de Títulos y Operaciones de Crédito), no alude a la naturaleza teleológica de las cantidades de que disponga el acreditado. Por consiguiente, para determinar dicha naturaleza hay que acudir a los artículos 358 del código de comercio y 2397 del Código Civil, necesidad que excluye a la "falta de supletoriedad" a que inconsultamente se refiere la Corte, como lo demuestra el siguiente criterio jurisprudencial.

LEY, SUPLETORIEDAD DE LA. La supletoriedad de la ley implica que la ley suplida regula deficientemente una determinada institución jurídica que si se encuentra prevista en la ley suplente, por lo que no puede haber supletoriedad cuando el ordenamiento legal suplido no contempla la figura jurídica de que se trata.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO, Novena Epoca, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: IV, Septiembre de 1996, Tesis: XVII.2o.20 K, Página: 671

Aunque la resolución tiene el carácter de jurisprudencia obligatoria para todo el Poder Judicial, según lo establece en la fracción XIII del artículo 107 de la Constitución, circunstancia que denota suma gravedad, pues a ella deben ceñirse todos los tribunales del país. Sin embargo esta ominosa situación no es jurídicamente irremediable. La propia Ley de Amparo señala el camino para modificar dicha jurisprudencia. Al efecto, dispone:

LEY DE AMPARO

Artículo 197.- ... Las Salas de la Suprema Corte de Justicia y los ministros que las integren y los Tribunales Colegiados de Circuito y los magistrados que los integren, con motivo de un caso concreto podrán pedir al Pleno de la Suprema Corte o a la sala correspondiente que modifique la jurisprudencia que tuviesen establecida, expresando las razones que justifiquen la modificación; el Procurador General de la República, por sí o por conducto del agente que al efecto designe, podrá, si lo estima pertinente, exponer su parecer dentro del plazo de treinta días. El Pleno o la Sala correspondiente resolverán si modifican la jurisprudencia, sin que su resolución afecte las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios en las cuales se hubiesen dictado las sentencias que integraron la tesis jurisprudencial modificada. Esta resolución deberá ordenar su publicación y remisión en los términos previstos por el artículo 195.

Por lo que es deseable que tanto los ministros que no adoptaron el mencionado criterio jurisprudencial o los magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito promuevan la modificación pertinente para que la Suprema Corte repare la ilegalidad y la injusticia en que incurrió al no haber hecho la distinción contractual a la que nos hemos venido refiriendo a lo largo de este trabajo.

9.5. LA MODIFICACIÓN AL MARCO LEGAL APLICABLE.

Para concluir, e independientemente de lo anterior, como lo he tratado de determinar en este capítulo; con este fallo de la SCJN, el fondo del problema no se tocó, no se resolvió lo que dio origen al diferendo, que es, el hecho mismo de no contar con normas justas y claras para las partes en relación a este tema tan controvertido, y además, es necesario aclarar al respecto, que por esta vía, difícilmente se hubiera podido tener una solución integral al problema.

Lo que parece ineludible entonces, es que el Poder Legislativo tome la estafeta y procure nuevas leyes que den certeza jurídica a las partes, ya que es impensable la consolidación de un sistema financiero moderno sobre las bases de una regulación ambigua y atacable. Y en estos términos, se hace urgente el desarrollo y presentación de una iniciativa de ley para modificar los ordenamientos que regulan la materia comercial, incluido el funcionamiento del propio el sistema financiero, con el fin de sentar las bases de una relación conveniente entre deudores y acreedores, que favorezca el adecuado desenvolvimiento de las operaciones bancarias y permita la atención oportuna de sus compromisos a los deudores.

La elaboración de estas reformas al marco jurídico, por mandamiento constitucional son competencia exclusiva del Poder Legislativo; por lo cual, se

hace necesario que tanto senadores como diputados, en el momento de hacer el análisis sobre el tema del refinanciamiento de intereses en los contratos de crédito bancarios, (lo cual, en hechos equivale al pacto de anatocismo), tomen en cuenta en relación a esta práctica bancaria lo siguiente:

El refinanciamiento de intereses tienen por objeto, hacer posible a los deudores el acceso al crédito en situaciones como las vividas en nuestro país, caracterizadas por una alta inflación, y como consecuencia de ello, altas tasas de interés. Las tasas de interés cuando son más altas que la tasa de inflación, compensan al acreedor la pérdida del poder adquisitivo del capital objeto del crédito. Sin embargo, entre más altas son, agudizan el efecto conocido como amortización acelerada del crédito, dificultándole al deudor el poder hacer frente a los pagos a su cargo. Así, mediante el refinanciamiento de intereses, el acreedor vuelve a prestar al deudor la totalidad o parte de los intereses que el segundo tiene que pagar al primero, para compensarle la pérdida del poder de compra del capital objeto del crédito, pretendiendo con ello supuestamente, que los pagos que tiene que efectuar el deudor sean más uniformes en el tiempo y que el plazo de pago de su crédito sea efectivo.

Pero, las cantidades que el acreedor presta al deudor para pagar intereses, a su vez, causan nuevos intereses, con el supuesto objeto de compensar al acreedor por no poder destinar tales cantidades a otra inversión productiva.

En un crédito con refinanciamiento de intereses, si las tasas de interés no son desproporcionadamente altas, el deudor terminará devolviendo lo mismo que recibió, en términos reales o de poder adquisitivo, lográndose con ello la equidad entre deudores y acreedores.

Ahora bien, las razones por las cuales la mayoría de los deudores de créditos hipotecarios con refinanciamiento de intereses, no han podido pagar las mensualidades a su cargo, tienen que ver con el hecho de que hay otros factores que dificultan la eficacia de estos créditos. Dichos factores son

independientes y por lo tanto, no son culpa directa de las fórmulas de refinanciamiento de intereses, pero si afectan por igual a todo tipo de créditos, sin importar si cuentan o no con refinanciamiento de intereses.

El primero de esos factores es el nivel de las tasas reales de interés, es decir, la diferencia entre la tasa nominal de interés (la que se cobra al deudor) y la tasa de inflación. Cuando no se cuenta con una moneda estable, la tasa real de interés tiende a ser más alta que lo normal, como esta sucediendo en la actualidad mexicana, en la que las tasas de interés son excesivamente más altas de lo que debieran ser, con lo que se obliga a los deudores a que tengan que utilizar una cantidad mayor del crédito adicional para pagar los intereses a su cargo. Y sobre estas cantidades, que llevan implícita una tasa real alta, se vuelve a cobrar intereses, que también tienen una tasa real alta, provocándose con ello un efecto de crecimiento exponencial de los adeudos que hace imposible pagar los créditos.

La situación anterior se ve agravada por que los salarios de los trabajadores, no se ajustan a la misma velocidad ni en la misma proporción que las tasas de inflación y las tasas de interés. Es decir, los salarios reales se reducen, perdiendo con ello un porcentaje importante de su valor adquisitivo, factor que también conspira gravemente contra la capacidad de pago de los deudores.

Los miembros del Poder Legislativo, al analizar el esquema de funcionamiento del sistema financiero, y en particular el refinanciamiento de intereses para la adquisición de vivienda, deberán tener presente, además los factores arriba comentados, los siguientes: tomando como base el promedio de los niveles históricos que durante los últimos treinta años han tenido las tasas líderes del mercado, que sirven para regular el funcionamiento de este tipo de crédito, establecer si un esquema de refinanciamiento es aplicable, a la realidad mexicana; determinar el contenido y alcance socio-económico de las fórmulas que actualmente son aplicadas por los bancos; el impacto que en la

realidad económica actual ha tenido el refinanciamiento; establecer si este esquema ha traído como resultado el encarecimiento del crédito, y que de mantenerse esta situación, las personas se alejaran de las Instituciones Bancarias desvirtuándose con ello el objetivo principal propio sistema financiero; determinar si nuestra sociedad contemporánea será capaz de aguantar la presión de ejercida por una economía basada en la especulación y en la capitalización de los intereses; si es o no, correcto para nuestro proyecto de nación, permitir criterios legales que dejen a la libre voluntad de las partes las convenciones referentes al establecimiento de los intereses; y muy en especial, si esta, es la única o la mejor opción con que se cuenta, para a canalizar el financiamiento que la sociedad necesita; por ultimo establecer criterios para determinar a partir de que porcentaje de intereses puede ser considerado como usura bancaria.

CONCLUSIONES

1.- De lo estudiado en el primer capítulo del presente trabajo, podemos concluir que: la mayor parte de las sociedades, a lo largo de la historia económica de la humanidad, han padecido de manera recurrentemente los estragos de verse víctimas, de la usura privada o institucional, y es precisamente esta situación la que patentiza los grandes esfuerzos que la humanidad ha venido realizando, encaminados al establecimiento de límites jurídicos que permitan evitar este tipo de abusos.

2.- También del aspecto histórico estudiado, podemos afirmar que, la nación mexicana, no ha sido la excepción al problema de la usura; ya que,, desde el momento mismo de su Independencia; gobierno y sociedad han tenido que sortear innumerables condiciones usurarias generadas por la necesidad de financiamiento, y es esta situación la que durante largos periodos de tiempo, generó severas crisis económicas, e inclusive diversas luchas armadas.

3.- También, en relación al punto anterior, tenemos que: Una vez terminada la Revolución Mexicana, el pueblo triunfador representado por el congreso constituyente, dejó constancia de que las prácticas de lucro indebido e inmoderado no deberían repetirse en la historia mexicana, estableciéndolo en el artículo 28º. de la propia Constitución que reza: **...La ley castigara severamente, y las autoridades perseguirían con eficacia todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.**

4.- Al entrar al análisis del segundo capítulo, se evidencia que, entorno al alcance de las cláusulas de los contratos de crédito con garantía hipotecaria

para adquisición de vivienda ofrecidos por los bancos, hubo una enorme desinformación sobre las consecuencias que la firma de los mismos acarrearía para el caso de una contingencia económica, la afirmación anterior se hace en virtud de que si los acreditados hubieran tenido la información necesaria que les permitiera prever las consecuencias, no habrían firmado ningún contrato en el que se estipularan esas condiciones.

5.- También del estudio realizado en el segundo capítulo, tenemos que: en México, durante los dos últimos sexenios, y a consecuencia de la instauración del Neoliberalismo, se ha visto acelerado el desmantelamiento del estado benefactor, lo que, en el corto plazo nos está conduciendo hacia una terrible polarización y antagonismo, entre aquellos que poseen el capital y la gran mayoría de la población que solo cuenta con su fuerza de trabajo.

6.- Además de lo anterior, se puede concluir que: desafortunadamente, este desmantelamiento no ha traído la eficacia esperada para los mercados, y sí, en cambio: reprivatización, desregulación de los bancos, desempleo, y una mayor subordinación a la economía de los países desarrollados, quienes únicamente requieren de México: mano de obra e insumos baratos.

7.- Así mismo, del capítulo que se comenta, podemos establecer que bajo el esquema neoliberal vigente, y debido a la baja movilidad del capital industrial frente a la altísima movilidad del capital especulativo, en los últimos años, el problema del monopolio ha pasado del sector industrial al sector financiero y esta situación se vuelve cada vez más antagónica cuando el sector financiero se impone al sector industrial a base de elevadas tasas de interés y de usura bancaria como sucede en el caso mexicano.

8.- Ahora bien del tema estudiado en el capítulo tres, podemos establecer que las instituciones de crédito en sus operaciones crediticias utilizan contratos de adhesión, y en virtud de esto, la inclusión de una cláusula de refinanciamiento de intereses, es un hecho que a todas luces unilateral establecido por de los bancos, sin que los acreditados pudieran negociar el contenido del mismo, ya que solo les quedaba la posibilidad de aceptar o no el contrato en los términos establecidos..

9.- También del capítulo tres tenemos que, como consecuencia de la inclusión de la referida cláusula de refinanciamiento de intereses en los contratos analizados; a los bancos se les ha permitido por lo menos en hechos, obtener los mismos resultados económicos, que hubieran obtenido en caso de haber pactado el cobro de intereses sobre intereses.

10.- A lo anterior debemos agregar que, la combinación de altas tasas de interés y recapitalización encubierta bajo el concepto de refinanciamiento de intereses vencidos, ha ocasionado que las deudas de los acreditados aumenten de manera exponencial, dando como resultado que, con el paso del tiempo, estas sean impagables. Lo anterior, en razón de que no se puede pasar por alto el hecho de que, los salarios de los trabajadores, no han sido ajustando a la misma velocidad ni en la misma proporción que el aumento en el índice inflacionario o el de las tasas de interés, reduciendo con ello el valor adquisitivo real de los salarios y por consiguiente su capacidad de pago.

11.- Continuando con las conclusiones del capítulo tres, y tomando como base el promedio histórico que en México han tenido las tasas de interés líderes del mercado durante los últimos treinta años, las cuales se usaron además para regular el funcionamiento de los contratos de apertura de crédito bancarios; fácilmente se puede establecer que: bajo nuestra realidad

económica pretender un esquema imponer un esquema de refinanciamiento de intereses viable, **es una aberración tanto jurídica como económica.**

12.- Por lo tanto, si se considera que los bancos, desde un punto de vista económico, estructuraron financieramente el crédito, buscando que sus condiciones se fueran actualizando conforme a las variables económicas que se fueran presentando, sin tener ningún control sobre estas últimas, tendríamos que aceptar que con esto, pusieron en riesgo la viabilidad de los créditos por ellos mismos concedidos. Ya que, es un principio jurídico universalmente aceptado que ***nadie esta obligado a lo imposible***, por lo que, si las condiciones económicas del país variaron en forma por demás abrupta y dichas variaciones no son imputables a los deudores, sino a los encargados de la conducción de la política económica, no debieran ser solamente los particulares, quienes resistan estas consecuencias, por lo que se debería establecer programas de pago de acuerdo a la capacidad de los deudores.

13.- Si bien, es innegable que los cambios en las condiciones económicas y financieras del país hacen necesario ir actualizando las condiciones de los créditos; por ningún motivo se justifica que los bancos buscando su beneficio transgredan la ley, pues es precisamente el estricto apego a ella, la solución a cualquier problema por severo que sea, debiendo en todo caso actualizarse la ley, cuando así sea necesario antes de tomar alguna acción fuera del marco legal.

14.- Por ultimo en relación al capítulo tercero, tenemos que, es innegable que las autoridades financieras, así como las instituciones de crédito, tuvieron responsabilidad en el desenvolvimiento de la actual crisis financiera, ya que, como resultado de sus políticas, no solamente pusieron en riesgo la economía de los acreditados, sino que, también debido a su falta de previsión generaron

una sistema crediticio de alto riesgo, sin abocarse al consecuente fortalecimiento del fondo de protección que les hubiera permitido encarar los acontecimientos.

15.- Como resultado del análisis del material expuesto en el capítulo cuatro, y dada la magnitud del problema generado por el esquema de refinanciamiento de intereses, se ha hecho más notoria la ausencia de una clara solución legal sustantiva para los llamados actos mixtos, que por su doble carácter presentan también una doble vertiente; la obligación mercantil por parte de quien realizó el acto de comercio, y la civil por su contraparte. Al respecto, debemos recordar que, no importa la clasificación que a los contratos (aun a los bancarios) de apertura de crédito, le den las partes, ya que la naturaleza jurídica de los mismos, debe estar determinada exclusivamente por los elementos que le dan naturaleza y existencia, aunque, como una medida para solucionar algunos de los graves problemas que se presentan en el ámbito meramente procedimental se les aplique la legislación mercantil pero, esta en esencia, no puede ser transformada por mandato de ley.

16.- Ahora bien, del contenido del capítulo cinco podemos concluir que, en relación a la naturaleza jurídica que para los acreditados tienen los contratos de financiamiento bancario, debemos considerar que, para los ahora deudores, la intención motriz, es decir aquella por la cual realizaron el acuerdo de voluntades que a la postre, dio existencia jurídica a los contratos materia del presente estudio, no pudo haber sido otra que, la necesidad de adquirir una casa para uso propio y de su familia. Al respecto, el hecho de que, en el penúltimo párrafo del artículo 4º. constitucional, se encuentre incluido el derecho que tienen las familias mexicana a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, y que esta disposición forme parte del cuerpo de las Garantías

individuales y sociales, da cuenta de la importancia que el legislador le ha dado a la necesidad civil de casa habitación.

17.- Del estudio realizado en el capítulo seis, podemos establecer que: el legislador con la finalidad de resolver una gran cantidad de problemas de tipo procedimental en lo referente a los actos jurídicos denominados mixtos, determino que por mandato de ley, se les aplicara la legislación mercantil, pero este hecho ha generado mas problemas, al aplicarle a ambas partes la legislación mercantil dejando en desventaja a aquellas personas que no intervinieron, sino con animo de resolver una necesidad eminentemente civil, como es el caso de los contratos materia del presente trabajo.

18.- Además de lo anterior, también referente al capítulo sexto, podemos concluir que: tomando en cuenta la tipicidad establecida como regla por la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito a los créditos o prestamos bancarios para la adquisición de la vivienda, tanto dentro del Código de Comercio como de las demás leyes especiales aplicables, **no existen Leyes Mercantiles exacta y específicamente aplicables al financiamiento para compra de casa habitación.** Y, si a lo anterior se le agrega que desde la perspectiva de los deudores, la naturaleza jurídica de los contratos es esencialmente civil, es incorrecto que por cuestiones meramente procedimentales, se aplique a estos contratos la legislación mercantil,

19.- Del capítulo séptimo concluimos lo siguiente: concediendo que por cuestiones meramente procedimentales, a los contratos bancarios de apertura de crédito con garantía hipotecaria, destinados a la adquisición de casa habitación para uso personal, se les aplicará la legislación mercantil, aunque como ya se dijo, con ello se violente el derecho de los deudores a que se les

considere para su justa defensa la naturaleza del acto celebrado. Por lo que toca al texto del artículo 363 del Código de Comercio, este prohíbe el convenio anticipado de capitalización de intereses o pacto previo de anatocismo. Y estimar lo contrario esto es, que la capitalización se pueda pactar indistintamente antes o después del vencimiento, conduce a pensar que si así lo hubiera pretendido el legislador, le hubiera bastado con establecer en el referido artículo que, **“los intereses, vencidos y no pagados no devengarán intereses, salvo pacto en contrario”** y más si recordamos que la conducta jurídicamente regulada no puede hallarse, a la vez, prohibida y permitida.

20.- El 7 de octubre del año en curso, La Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió el fallo de resolución a la contradicción de tesis 31/98, que en resumen establece:

- a) La operación fundante de los contratos es una operación mercantil de apertura de crédito**
- b) La legalidad de la capitalización de intereses**
- c) La no supletoriedad de los Códigos Civil y de Comercio en lo relacionado con los contratos de apertura de crédito bancario.**

21.- Ahora bien, el hecho mismo de que la votación sobre el asunto en el momento de la resolución se encontrara dividida, da cuenta de la existencia de otras posibilidades de interpretación de la norma, por lo que podemos afirmar que: en otra coyuntura o bajo otro balance de fuerzas, el fallo hubiera podido ir en sentido contrario.

22.- Bajo ninguna circunstancia, será fácil para los deudores resignarse a perder su patrimonio como consecuencia de haber signado el pasado, contratos que hoy son legales, pero que a todas luces son injustos. Al respecto, los banqueros debieran considerar que, en su momento, el estado puso a su

disposición los fondos necesarios para su rescate, (\$552,000,000,000.00), por lo que, si al respecto no hay la suficiente sensibilidad por parte de la banca, el fallo de la Corte se puede significar por la reactivación de una seria conflictividad social.

23.- La Suprema Corte en su resolución, declaró “legal” la capitalización anticipada de intereses, sin considerar distinción alguna respecto de la diferente naturaleza de los créditos que otorgan los bancos, de esta manera, se dejó de aplicar los artículos 358 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil bajo el subterfugio de que no son aplicables “supletoriamente” al contrato de apertura de crédito.

24.- Independientemente de lo que sostenga la Corte considero que, toda vez que, los preceptos que rigen el contrato de apertura de crédito, no aluden a la naturaleza teleológica de las cantidades de que disponga el acreditado, por consiguiente, para determinar dicha naturaleza hay que acudir a los artículos 358 del código de comercio y 2397 del Código Civil, necesidad que excluye a la “falta de supletoriedad” a que inconsultamente se refiere la Corte.

25.- Si el acreditado, aplica las cantidades obtenidas vía apertura de crédito para satisfacer su necesidad civil de vivienda, a pesar de que este provenga de una apertura de crédito que le otorgue algún banco, este acto será de naturaleza esencialmente civil, y por disposición terminante del artículo 2397 del Código Civil, en esta hipótesis se debe tener por prohibido el anatocismo.

26.- Respecto al tema de las tasas de interés, se debe considerar que: si bien es importante para su establecimiento el criterio de rentabilidad en las actividades bancarias, lo es más en este momento, el de justicia social, ya que

solo así será factible para los propios bancos tener viabilidad en el futuro inmediato.

27.- En mi opinión, no es aceptable la afirmación de la Corte en el sentido de que: si en la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito el legislador no regulo la capitalización de intereses, ni impidió expresamente el cobro de intereses sobre intereses, fue porque decidió dejarlo a la libre voluntad de las partes. Y, no es razonable que se deje en libertad total a las partes a que acuerden lo que sea en materia de intereses, ya que, el no establecer reglas claras en el manejo de las tasas de interés entre acreedores y deudores se presta fácilmente, a la aparición de desordenes que a la larga serian más perjudiciales a ambas partes.

28.- Lo anterior, en virtud de que el legislador aun cuando reconoce en el articulo 78 del Código de Comercio la autonomía de la voluntad, para la celebración de los contratos mercantiles, ante todo, advierte que **las convenciones ilícitas no tiene eficacia jurídica**, y de ahí se concluye que tampoco en la materia crediticia, las partes puedan realizar cualquier convención, sin limitación alguna.

29.- A fin de evitar que el marco jurídico regulador del sistema financiero mexicano esté sustentado en **meras Interpretaciones Jurídicas**, es ineludible que el Poder Legislativo tome la estafeta y procure nuevas leyes que den certeza jurídica a las partes, para hacer nuevamente atractivo el sistema crediticio mexicano.

30.- En virtud de que con la resolución de la Corte, el problema de las carteras vencidas dista mucho de haber sido resuelto, quedo claro que, la única posibilidad para resolver a fondo el problema que dio origen al actual diferendo,

será, emprender una seria reforma a la legislación tanto mercantil como financiera, a fin de brindar certeza jurídica a las partes y evitar de esta manera que se repitan las circunstancias que puedan generar otra quiebra virtual del sistema bancario como la de 1994.

31.- También, es importante revisar los lineamientos de regulación y fiscalización del sistema bancario, para con ello evitar, que los bancos se desvíen de su objetivo primordial, ya que de su correcto funcionamiento, dependerá el futuro de la economía nacional.

32.- Dado que, por mandamiento constitucional es el Poder Legislativo, el encargado de hacer y modificar las leyes, resulta necesario que tanto senadores como diputados, se aboquen al desarrollo y presentación de una iniciativa de ley encaminada, a modificar el marco jurídico que regula la materia comercial, incluido el sistema financiero. En relación a lo anterior, propongo las siguientes reformas y adiciones a la ley:

Código de Comercio

Artículo	Texto Vigente	Texto Propuesto
363	Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo capitalizarlos.	Los intereses vencidos y no pagados, no devengarán intereses. Los contratantes podrán capitalizarlos por acuerdo posterior a su vencimiento, y siempre que se trate de intereses debidos al menos por un año.
75	La ley reputa actos de comercio: XXI. las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente	La ley reputa actos de comercio: XXI. las obligaciones entre banqueros y: a) comerciantes,

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 se estipulen de acuerdo con lo establecido por la legislación comercial.

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 se estipulen, de acuerdo a la ley comercial.

Lo anterior con el fin de sentar las bases de una relación conveniente entre deudores y acreedores, que favorezca el adecuado desenvolvimiento de la operaciones bancarias y permita la atención oportuna de sus compromisos a los deudores.

33.- Por ultimo, y desde un punto de vista muy personal, considero que a futuro, no tendrá viabilidad nuestro actual proyecto de nación, mientras los encargado de la conducción económica continúen en su afán de, basar el crecimiento de la economía nacional (que ya de por si es altamente

dependiente de los capitales extranjeros), en actividades de naturaleza eminentemente especulativa; pasando a los ciudadanos la factura de esta locura.

En materia de interés y de recapitalización, es necesario aclarar que en mi concepto, ninguna economía del mundo por más sólida que esta parezca; ninguna sociedad por más indiferente que esta sea, soporta por mucho tiempo el embate de unas tasas de interés tan irrealmente desproporcionadas; y menos aún cuando estas son en pro de hacer atractivo el campo a los capitales especulativos que solo viene a obtener ganancias rápidas y se retiran.

Lo anterior es el resultado de que, la economía mundial y entre ellas la mexicana, se ha enrolado en una carrera desenfrenada por las ganancias rápidas, las que, solo son posibles en el marco de la usura y la especulación, y esto ha generado a su vez, una enorme volatilidad de los mercados, y porque no decirlo la inestabilidad de las monedas.

BIBLIOGRAFÍA

- 1 PETIT, Eugéne. **Tratado Elemental de Derecho Romano**, Editora Nacional, México 1952
- 2 LERNER, Bernardo, Director, **Enciclopedia Jurídica Omeba**, editorial Bibliográfica Argentina, Argentina 1954
- 3 MEBER, Max, **Historia Económica General**, 4ª. Edición, Fondo de Cultura Económica, 1964
- 4 PIRENNE, Henri, **Historia Económica y Social de la Edad Media**, 7ª. Edición, Fondo de cultura Económica, México, 1960
- 5 SILVA HERZOG, Jesús, **Historia y Antología del Pensamiento Económico**, Fondo de cultura Económica, México, 1939
- 6 ELMER BARNE, Harri, **Historia de la Economía del Mundo Occidental**, UTEA, México, 1955
- 7 DIAZ BRAVO, Arturo, **Contratos Mercantiles**, 5ª. Edición. HARLA, México, 1995.
- 8 ZAMORA Y VALENCIA, Miguel Angel, **Contratos Civiles**, 5ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1994.
- 9 SANCHEZ MEDAL, Ramón, **De los Contratos Civiles**, 4ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978.
- 10 VÁZQUEZ DEL MERCADO, Óscar, **Contratos Mercantiles**, 6ª., Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1996.
- 11 ACOSTA ROMERO, Miguel, **La Banca Múltiple**, 1ª. Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1978
- 12 ROJINA VILLEGAS, Rafael, **Compendio de Derecho Civil, Tomo IV Contratos**, 14ª. Edición, , Editorial Porrúa, S.A., 1982.
- 13 INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, **Diccionario Jurídico Mexicano**, Serie E, Tomos I, II, III, VI y VII, México 1993

- 14 WILLIAM SPIEGEL, Henry, **El Desarrollo del Pensamiento Económico**, Editorial OMEGA, Barcelona, 1973
- 15 SOMBART, Werner, **El Apogeo del Capitalismo**, 1ª. Reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.
- 16 GONZALEZ, Luis, y COAUTORES, **La Economía Mexicana en la Epoca de Juárez**, 1ª. Edición, SEP SETENTAS, México, 1976.
- 17 LOPEZ GALLO, Manuel, **Economía y Política en la Historia de México**, 1ª. Edición, EDITORIAL EL CABALLITO, MÉXICO, 1965
- 18 SEM, Enrique, **Historia del Capitalismo en México**, 1ª. Edición, LECTURAS MEXICANAS, México, 1987.
- 19 F. DE LA PEÑA, José, **Oligarquía y Propiedad en la Nueva España**, 1ª. Edición, FONDO DE CULTURA ECONOMICA, México, 1983.
- 20 GROETHUYSEN, Bernhar, **La Formación de la Conciencia Burguesa en Francia Durante el Siglo XVII**, 1ª. Reimpresión, España, 1981.
- 21 J. UCENS, Vives, **Historia de España y América**, Volumen III, VICENS BOLSILLO, España.
- 22 FENTANEZ MENDEZ, CESAR, **Reflexiones Jurídicas Sobre la Nulidad y la Validez del Pacto de Anatocismo**, Ediciones del Autor, 1998, U.S.A..
- 23 VENTIRA SILVA, Sabino, **Derecho Romano**, Curso de Derecho Privado, Editorial PORRUA, México 1994.
- 24 FLORIS MARGADANT, Guillermo, **El derecho Romano Privado**, Editorial ESFINGE, México 1986.
- 25 ARELLANO GARCIA, Carlos, **Practica Forense Mercantil**, Editorial PORRUA, 7ª. Edición, México 1993.
- 26 ALVARO MATUTE, coordinador, **HISTORIA DE MEXICO**, Tomos: 12, 13 y 14, Editorial Salvat Mexicana de Ediciones S.A. de C.V., México, 1986.

28

29

30

BIBLIOGRAFÍA HEMEROGRAFICA

- 1 IBARRA F., Luis, **Para Bancos y Deudores**, Año I , No. 5, Abril 1997, México Distrito Federal.
- 2 URBINA NANDAYAPA, Arturo, **Prontuario de Actualización Fiscal**, Ponencia sobre legalidad del anatocismo, junio de 1998, 1ª. Quincena.
- 3 IBARRA F., Luis, **Para Bancos y Deudores**, Año I, No. 3, Febrero, 1998, México Distrito Federal.
- 4 IBARRA F., Luis, **Para Bancos y Deudores**, Año II, No. 17, Mayo 1998, México Distrito Federal.
- 5 RAMIREZ JIMENEZ, Juan Antonio, **Economía Política, Trayectoria y perspectivas**. No. 8, julio, de 1996.
- 6 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, **Semanario Judicial de la Federación**, NOVENA EPOCA, TOMOS VII, VIII y IX, febrero, marzo y abril, México, 1998
- 7 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, Dirección General de Comunicación Social, **Síntesis Informativa**, fechas varias; de abril a octubre de 1998, México.
- 8 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, **Expediente número 31/98, Denuncia de Contradicción de Tesis**, Ministro ponente: Juventino V. Castro y Castro, 634 fojas utiles.
- 9 PARTIDO ACCION NACIONAL, **Propuesta de Solución Integral a la Crisis Bancaria**, Folleto Informativo, México, agosto de 1998.
- 10 GARCIA MAYNES, Eduardo, **Semanario de Estudios científicos y**

Filosóficos, Cuademo 3, Julio de 1955, Universidad Nacional Autónoma de México.

INTERNET

- 1 Explorador de Internet de Microsoft, Página de **La Suprema Corte de Justicia de la Nación** Dirección <http://www.scjn.comgobmx/>
- 2 Explorador de Internet, página del Periódico **La Jornada** Dirección <http://.logicnet.com.mx/~jesuspc/rev8/keynes.html>

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- 1 **CD-ROM, IUST**, editado por la Dirección General de Documentación y Análisis de La SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA FEDERACIÓN., PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, **JURISPRUDENCIAS Y TESIS AISLADAS**, México, 1997
- 2 **CD-ROM, BUFETE JURIDICO**, de SOFTWARE VISUAL.
- 3 **CD-ROM COMPILA II**, editado por la Dirección General de Documentación y Análisis de La SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION, México, 1997
- 4 **CODIGO DE COMERCIO REFORMADO**, 6ª.edición, Edit. INFORMACION ADUANERA DE MEXICO, México, 1945
- 5 **CODIGO DE COMERCIO Y LEYES COMPLEMENTARIAS**, 63ª. Edición, Edit. PORRUA S.A., Mexico, 1995.
- 6 **CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL**, 64ª. Edición, Edit. PORRUA S.A., México, 1995

- 7 **CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**, 110ª. Edición, Edit. PURRUA S.A., México, 1997
- 8 **CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, (COMENTADA)**, 1ª. Edición, Editada por la Procuraduría General de Justicia del Distrito federal y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM., México, 1997
- 9 **CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL**, Editorial. ALF, S.A. DE C.V., México 1998.
- 10 **LEY DE AMPARO**, Editorial SISTA S.A. DE C.V., México, 1996.
- 11 **LEGISLACIÓN MEXICANA O COLECCIÓN COMPLETA, DE LAS DISPOSICIONES LEGISLATIVAS EXPEDIDAS DESDE LA INDEPENDENCIA DE LA REPUBLICA**, Imprenta y Litografía de Eduardo Dublan y Compañía, México, 1836