

Capitalización de Intereses (Anatocismo) Contradicción de Tesis 31/98 LAS RAZONES DE MI VOTO

*Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo**

SUMARIO: Primera parte: Nuestra propuesta: 1. Bases generales; 1.1 Abordando el problema; 1.2 Naturaleza jurídica del Contrato de Apertura de Crédito; 1.3 Concepto y características del contrato de apertura de crédito; 1.4 Diferencias entre el contrato de apertura de crédito y el préstamo mercantil; 1.5 Diferencias entre el contrato de apertura de crédito y el mutuo civil; Normatividad aplicable al contrato de apertura de crédito; 1.7 Distinción entre anatocismo y pacto de anatocismo; 1.8 Diversos mecanismos de refinanciamiento; 2. La capitalización de intereses en el contrato de apertura de crédito; 2.1 La normatividad aplicable; 2.2 Interpretación del artículo 363 del Código de Comercio; 3. Falsedad ideológica; 4. Proyecto de viabilidad económica; 5. Financiamiento para pago de pasivos; 6. Cuatro pretensiones diversas; 6.1 Convalidación; 6.2 Aviso de disposición; 6.3 Imprecisión de la tasa; 6.4 Cobro condicionado de intereses moratorios; Segunda parte: Epílogo; Bibliografía

Introducción

Cuando se trata de resolver una Contradicción de Tesis sobra decir que resulta por demás interesante avocarse a estudiarla. Es una oportunidad en la cual podemos sopesar los argumentos vertidos en uno u otro sentido por aquellos a quienes, bajo el cargo de Magistrados o Ministros, se les ha encomendado el honorable cargo de administrar justicia y, después de analizarlos y valorarlos, consentir con alguno y disentir con otro o simplemente, proponer una solución propia.

* Participaron también:
María Amparo Hernández Chong Cuy
Miguel Angel Ramírez González
Ramiro Rodríguez Pérez
Blanca Evelia Parra Meza
Itálica Lourdes Bernal Arellano

Desde enero de mil novecientos noventa y ocho, cuando tuve conocimiento de la denuncia de contradicción de tesis formulada por el Presidente del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, con relación al tema de la capitalización de intereses y aún sin conocer con precisión la materia a que se circunscribía, tuve la convicción de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su actual integración, estaba siendo llamada a intervenir en un asunto de suma trascendencia y de que, en consecuencia, debía meditarlo con detenimiento y profundidad.

A finales del mes de junio, con las ejecutorias enviadas por diversos Tribunales Colegiados de Circuito de la República en las que hicieron pronunciamientos respecto de la capitalización de intereses, el Presidente de la Primera Sala formuló una nueva denuncia de contradicción de tesis, encuadrando la materia de la contradicción en nueve temas.

Fue entonces cuando decidí emprender, junto con cinco de mis colaboradores los Licenciados María Amparo Hernández Chong Cuy, Miguel Angel Ramírez González, Ramiro Rodríguez Pérez, Blanca Evelia Parra Meza y la estudiante Itálica Lourdes Bernal Arellano, el estudio de los nueve temas de contradicción, para, llegado el momento, intervenir en la discusión del proyecto que presentara el Ministro Ponente con todo conocimiento de causa y poder emitir mi voto debidamente razonado.

Desde que inicié el estudio de los temas de la contradicción, hasta su resolución final por el Tribunal Pleno, en todo momento tuve presente las facultades y limitaciones que la Constitución y la Ley de Amparo establecen para el conocimiento de una contradicción de tesis por parte de la Suprema Corte.

En efecto, tratándose de contradicciones de tesis, las facultades de la Suprema Corte se circunscriben al análisis jurídico de los criterios que se encuentran en contradicción, para decidir el que debe prevalecer como jurisprudencia obligatoria, pero sin afectar las situaciones jurídicas concretas de los casos que dieron lugar a la contradicción.

LAS RAZONES DE MI VOTO

En las contradicciones de tesis la Suprema Corte de Justicia no puede pronunciarse si son justas y convenientes las leyes, sino sólo respecto de la interpretación que de ellas debe prevalecer; ya que, siendo su origen la existencia de criterios opuestos, su objetivo fundamental es la certeza jurídica.

El presente trabajo es el resultado de un análisis jurídico, es decir, realizado desde las premisas exclusivamente jurídicas que marca la ley. No se buscaron argumentos en favor de una posición o de otra, sino que fue la propia interpretación jurídica de las normas la que fue determinando las conclusiones alcanzadas.

Al tiempo que iba profundizando en el estudio jurídico de los temas en contradicción, me fui convenciendo de que el verdadero problema en relación con la capitalización de intereses no se generó con los criterios sustentados por los Tribunales Colegiados de Circuito y que, consecuentemente, su solución tampoco podría venir del criterio que la Suprema Corte declarara que debía prevalecer. No obstante, proseguí estudiando la materia de la contradicción con igual comedimiento.

A la fecha, es de dominio público el sentido de mi voto y las opiniones que ha merecido. Al hacer públicas ahora las razones de mi voto, no pretendo evitar las críticas, sino poner sobre la mesa más elementos de diálogo, convencido de que es a través de la discusión como mejor se llega al conocimiento de la verdad y a la solución de un problema. Es por ello que propongo al lector me haga llegar, por correo electrónico o directamente a mi oficina en la sede de la Suprema Corte, sus comentarios a este trabajo, con el compromiso de analizarlas y, en su caso, contestarlas siempre y cuando aparezcan firmadas por su autor.

México, Distrito Federal.
Octubre de 1998

CAPITULO 1 BASES GENERALES

1.1 Abordando el Problema

Según se advierte de las ejecutorias de los Tribunales Colegiados que se ventilan en la presente Contradicción de Tesis, esta Contradicción gira en torno a un determinado tipo de acto jurídico: el contrato de apertura de crédito (“CAC”) y orbitan a su respecto una serie de temas diversos, todos ellos derivados de correctas o incorrectas interpretaciones respecto de la normatividad de aquél.

Se ha determinado que son nueve los temas respecto de los cuales hay contradicción, todos ellos en relación con el crédito adicional, esto es, en concordancia con los recursos que se ponen a disposición del deudor y que están destinados para el pago de los intereses generados por un diverso crédito inicial. A saber, los nueve temas son:

- (i) ¿Constituye un pacto de anatocismo?
- (ii) ¿Es supletorio el artículo 2397 del Código Civil a dichos contratos mercantiles?
- (iii) ¿Existe falsedad ideológica para encubrir la capitalización de intereses (simulación)?
- (iv) ¿Es nula la cláusula de crédito adicional por falta de un estudio de viabilidad económica?
- (v) ¿Constituye una transgresión a la prohibición de financiamiento para pago de pasivos?
- (vi) ¿Las amortizaciones implican consentimiento e invalidan la nulidad pretendida?
- (vii) ¿La falta de aviso al banco acreditante sobre no disposición del crédito adicional implica aceptar su aplicación para el pago de intereses?
- (viii) ¿Debe estarse al tipo legal ante la imprecisión de la tasa aplicable para la cuantificación de intereses? y ,
- (ix) ¿La procedencia del cobro de intereses moratorios está condicionada al aviso por parte del banco acreditante? ¹.

¹ No es el orden en el cual se han planteado sino en el cual expondremos nuestro punto de vista, por considerarlo más apropiado.

LAS RAZONES DE MI VOTO

El crédito adicional se tradujo en la fórmula a través de la cual los bancos «*refinanciaron*» las deudas que a su favor tenían sus acreditados, según se aprecia en la cláusula que con propósitos ejemplificativos transcribimos a continuación:

«**CUARTA.-** A partir de la fecha en que LOS ACREDITADOS deban hacer sus pagos por concepto de intereses señalados en la Cláusula Quinta, podrán ejercer en las mismas fechas en que deban cubrir los intereses, crédito adicional hasta por la cantidad de \$_____ (_____DE PESOS 00/100) Moneda Nacional, mediante disposiciones mensuales, cada una de ellas, hasta por la cantidad positiva que resulta de restar: a).- al importe de los intereses ordinarios que mensualmente se causen conforme a dicha cláusula quinta; b).- el monto del abono a su cargo en el mes de que se trate según la Cláusula Sexta.- Las cantidades ejercidas la destinarán LOS ACREDITADOS a liquidar los intereses a su cargo en esta fecha.- LOS ACREDITADOS instruyen, en forma irrevocable, a BANCOMER, para que mensualmente y en la fecha de cada disposición aplique en la liquidación de los intereses devengados e insolutos, a su cargo las cantidades dispuestas, por lo cual LOS ACREDITADOS, extienden a BANCOMER el recibo más amplio y eficaz que en derecho proceda por las cantidades ejercidas.- En el caso de que LOS ACREDITADOS, hayan dispuesto de la totalidad de la cantidad a que se refiere el párrafo anterior antes del vencimiento del plazo para la amortización del capital del crédito, LOS ACREDITADOS, podrán solicitar a BANCOMER una ampliación del crédito adicional que también destinarán al pago de intereses y si BANCOMER se las concediera se dispondrá de la misma en los mismos términos que se señalan al inicio de esta cláusula. Para el otorgamiento de esta ampliación BANCOMER y LOS ACREDITADOS firmarán el convenio modificatorio correspondiente siendo por cuenta de estos últimos los gastos y honorarios que se causen con motivo del otorgamiento y registro de la escritura correspondiente.- LOS ACREDITADOS desde este acto manifiestan su conformidad para ejercer las disposiciones en los términos

y condiciones previstas en esta cláusula.- En caso de que LOS ACREDITADOS no deseen efectuar las disposiciones citadas, deberán dar a BANCOMER el aviso correspondiente por escrito con cuando menos treinta días de anticipación a la fecha en que se realice el respectivo pago mensual por intereses.»².

1.2 Naturaleza jurídica del Contrato de Apertura de Crédito

¿Qué es el crédito adicional? El «crédito adicional» es un crédito que los bancos pusieron a disposición de aquellas personas con las cuales previa o concomitantemente celebraron un diverso préstamo o crédito (en lo sucesivo, «crédito inicial»), con el propósito de que los recursos del crédito adicional se destinaran única y exclusivamente para el pago de los intereses generados por el crédito inicial.

Los financiamientos en los cuales existe un crédito adicional para pago de intereses, según se advierte del texto de los mismos, son en términos jurídicos, por lo menos, dos actos jurídicos diferentes: por un parte, el contrato en virtud del cual se dispone u otorga el «crédito inicial», que podrá ser préstamo, mutuo o apertura de crédito; por otra parte, el contrato en virtud del cual se dispone del crédito adicional.

Por lo general, el contrato a través del cual se pone a disposición u otorga el crédito inicial conlleva una sola disposición o entrega y a su respecto existe un consentimiento específico entre deudor y acreedor; existe también un objeto propio, consistente en los recursos del crédito inicial y la contraprestación debida del acreditado de pagar por la disponibilidad y/o transferencia de propiedad de esos recursos.

En el caso del crédito adicional, estamos frente a un acto jurídico que tiene naturaleza de contrato, respecto del cual también hay un consentimiento especial y recíproco entre las partes y un objeto muy

² Tomada de la transcripción contenida en la ejecutoria Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito 826/97.

LAS RAZONES DE MI VOTO

especifico consistente en poner a disposición del deudor recursos con los cuales hacer frente a obligaciones de pago que tiene a su propio cargo y por otra parte, como contraprestación, la necesidad de devolver las sumas dispuestas y además pagar el costo de esa «disponibilidad».

El crédito adicional tiene entonces un objeto muy específico y limitado: pagar los intereses que devengue el crédito inicial. El crédito adicional, sin el crédito inicial, no tiene razón de ser pues no habría un crédito inicial cuyos intereses vaya a cubrir. El crédito adicional no es una cantidad que se presta al deudor del crédito inicial, es una suma de dinero que queda a su disposición para el caso de que desee utilizar dichos recursos para pagar los vencimientos a su cargo. El acreditado, según vayan venciendo sus obligaciones de pago derivadas del crédito inicial, decide si dispone o no de los recursos disponibles.

Por lo tanto, el crédito adicional es propiamente un contrato de apertura de crédito accesorio y diverso al contrato que celebran el banco y su acreditado por el llamado «crédito inicial», que conlleva naturaleza de contrato principal. El crédito adicional, aun siendo un contrato accesorio, es por sí mismo un contrato: no es una cláusula más en los contratos de crédito. Podrá habersele dado la forma de cláusula contractual, sin embargo, es por sí mismo un contrato de apertura de crédito, con su propia prestación (disposición de los recursos), y sus propias contraprestaciones ya sean comisiones, interés, penas convencionales y su propio mecanismo para el ejercicio de los recursos que por su virtud están a disposición del acreditado.

En el refinanciamiento, entre el banco acreedor y el deudor hay mucho más de un solo consentimiento y objeto. Por un lado se da el consentimiento recíproco respecto de un primer objeto: el crédito inicial; por otra parte, hay otro consentimiento recíproco respecto de un segundo objeto: el crédito adicional. Lo que a continuación expondremos respecto del concepto y características del contrato de apertura de crédito, *vis-a-vis*, el contrato de préstamo y el contrato de mutuo con intereses, dará solidez a nuestra afirmación respecto de la naturaleza del crédito adicional.

1.3 Concepto y Características del Contrato de Apertura de Crédito

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

«**Artículo 291.**- En virtud de la apertura de crédito, el acreditante se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que estipulen».

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

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

Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio.»

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

- (i) El consentimiento de las partes respecto del contenido del acto jurídico, como en cualquier contrato; y
- (ii) El objeto, en el caso concreto el poner a disposición del acreditado una cantidad de dinero o asumir por cuenta de éste obligaciones a cambio de una prestación a su cargo, consistente en restituir la cantidad de que dispuso o pagar oportunamente la obligación que el acreditante contrajo a su cuenta, junto con el pago de intereses, gastos y comisiones según hayan pactado.

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

El italiano Giacomo Molle, estudioso en la materia, respecto del contrato de apertura de crédito, señala que:

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

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

El contrato se perfecciona, pues, cuando se concede el crédito, es decir, cuando el banco, aceptando la solicitud del acreditado, le manifieste que se encuentran los fondos a su disposición, pasando a ser dicho banco su deudor dentro de los límites del monto convenido. De ahí surge que el acreditado no tiene una obligación inherente al contrato de utilizar el crédito, pero al adquirir una disponibilidad frente al banco, debe en compensación abonar una comisión que se denomina precio del crédito.”³.

Continúa Molle señalando que las características de la apertura de crédito son:

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

Por último, la apertura de crédito puede ser *simple* cuando el acreditado puede utilizar la disponibilidad una sola vez o varias, con sucesivos retiros parciales, o en *cuenta corriente*, cuando el acreditado puede utilizar el crédito en varias oportunidades y reponer las disponibilidades con sucesivas entregas. [...]”⁴.

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

³ Molle, Giacomo; *Manual de Derecho Bancario*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 137.

⁴ *Idem*, pp. 138 y 139.

1.4 Diferencias entre el Contrato de Apertura de Crédito y el Préstamo Mercantil

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

El Código de Comercio («Co.Co») dispone que:

«**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 a éste. Se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes.»

El legislador ha establecido tres características específicas del préstamo mercantil:

- (a) Una exigencia peculiar a efecto de que el préstamo se pueda considerar mercantil y que consiste en un fin específico respecto de las cosas prestadas: que se destinen a actos de comercio;
- (b) El préstamo mercantil puede versar respecto de cualquier objeto en el comercio;
- (c) Existe una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que se presume mercantil el préstamo entre comerciantes. Es *tantum* porque pueden ambos comerciantes probar que el objeto prestado no se destinó al comercio y por ende no ser mercantil su acto;

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

- (i) Mientras en el primero necesariamente el objeto del préstamo debe destinarse a actos mercantiles, en el segundo no hay tal exigencia, el dinero objeto del CAC puede tener cualquier destino o aplicación;
- (ii) En el préstamo mercantil el carácter mercantil de dicho acto jurídico viene por consecuencia del destino o uso que se vaya a hacer de la cosa prestada, o sea, por un acto volitivo, mientras que en el CAC el carácter *absolutamente* mercantil del mismo deviene por disposición expresa de la ley (*artículo 1, LTOC, in fine*), independientemente del destino o aplicación de los recursos objeto del CAC;⁵.
- (iii) El préstamo mercantil puede tener por objeto cualquier cosa in *commercium*, mientras que el CAC, se limita únicamente a tener por objeto *dinero*;
- (iv) En el préstamo mercantil, aun cuando la entrega de la cosa prestada no es requisito de existencia ni de validez del contrato, se presupone una transferencia de propiedad como consecuencia inmediata y natural del propio contrato, por consecuencia si el objeto prestado nunca se entrega, el contrato podrá resolverse, mientras que en el CAC, la consecuencia inmediata y natural del contrato es la *disponibilidad* de recursos y no forzosamente su entrega;
- (v) En el CAC puede nunca transferirse al acreditado la propiedad de los recursos sin que ello implique la resolución del contrato, aunque –por supuesto– lo esperado es que el acreditado realmente disponga de los mismos.
- (vi) Por último, en el CAC no hay presunción alguna respecto de la naturaleza mercantil o civil del acto, pues aun siendo celebrado

⁵ Respecto de la mercantilidad absoluta del CAC, ver Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho Mercantil, Introducción y Conceptos Fundamentales de Sociedades*, Porrúa, México, 26° Edición, 1989, pp. 60 y ss..

por dos personas no comerciantes y aun cuando se destine el dinero objeto del mismo a fines no comerciales, la ley lo reputa tajantemente como un acto *absolutamente mercantil*.

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

- (i) El interés legal,
- (ii) La permisividad de pago por anticipado cuando el interés convencional es mayor que el legal,
- (iii) La regulación del interés moratorio, que resulta de la interpretación conjunta de los artículos 2396 y 2117 del CCDF que a la letra señalan:

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

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

Al respecto, Francisco Borja Martínez nos ilustra:

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

»Esta disposición permite estipular libremente intereses moratorios y a falta de ellos limita el monto de los correspondientes

daños y perjuicios al que resulte de aplicar, por el tiempo que dure la mora, una tasa del 9% anual sobre las sumas exigibles pendientes de pago.»⁶.

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

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

El derecho concedido en este artículo dura un año.»

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

- (vi) La prohibición expresa de que la capitalización de intereses se pacte de antemano.

⁶ Borja Martínez, Franciso, *Idem*, p. 308

1.5 Diferencias entre el Contrato de Apertura de Crédito y el Mutuo Civil

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

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

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

- (i) El mutuo puede versar sobre dinero o cualquier otro objeto fungible, mientras que en el CAC lo que se pone a disposición del acreditado siempre es una suma de dinero (sin desconocer que en el caso del crédito documentario, el acreditante se obliga a asumir obligaciones por parte del acreditado);
- (ii) En el mutuo el mutuante se obliga a transferir la propiedad del objeto del contrato, mientras que en el CAC la obligación primordial del acreditante es mantener disponibles los recursos a favor del acreditado y, posteriormente, a través de uno o más actos de ejecución efectivamente disponer de dichos recursos; y
- (iii) El mutuo es naturalmente gratuito, mientras que el CAC es naturalmente oneroso, e inclusive, como cualquier contrato oneroso, puede ser conmutativo o aleatorio. La distinción entre el mutuo civil y el préstamo mercantil no es lo gratuito o lo oneroso de los contratos, sino la finalidad que se le pretende dar a las cosas objeto del contrato; así, puede el préstamo ser mercantil aun cuando sea un contrato gratuito.

⁷ Respecto de las características del mutuo y sus diferencias con el préstamo mercantil, ver Lozano Noriega, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos*, Quinta Edición, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., pp. 176 y ss.

Las diferencias apuntadas en lo anterior, facilitan nuestra comprensión de la singularidad del CAC y son autoexplicativas de la diversa naturaleza entre los mismos.

El argentino Bonfanti, también estudioso de la materia, ha dicho que:

«la apertura de crédito ha constituido una forma evolucionada del mutuo por cuanto se encuentra dirigida a satisfacer exigencias de la misma naturaleza, pero con ciertos agregados a los cuales el esquema rígido del mutuo no podría plegarse. [...] Mientras que el mutuo sirve a quien necesita del dinero en forma inmediata, diversamente la apertura de crédito opera para aquél que habrá de recurrir al dinero en un lapso prolongado, en momentos en que no están predeterminados o sea cuando surja para él la necesidad de contar con fondos [...] Lo que en realidad configura la apertura de crédito es la creación, a favor del acreditado, de una “disponibilidad” que, si bien permanecerá en la caja del banco, aquél podrá utilizarla en el momento que la necesite. [...] Configura una verdadera convención, siendo considerada por la doctrina como un contrato sui generis, con un objeto especial: el crédito que se consiente»⁸.

Aun cuando para determinar la naturaleza jurídica del contrato de apertura de crédito, se llegaron a proponer diversas teorías para explicarla⁹, hoy día hay unanimidad en cuanto que el CAC es un contrato que no es ni mutuo ni préstamo, pues ninguno de ellos puede explicar sus efectos. El CAC es simplemente eso: un contrato de apertura de crédito, especial, autónomo, definitivo y de contenido complejo. Raúl Cervantes Ahumada, señala que el CAC:

⁸ Bonfanti, Mario A., *Contratos Bancarios: Responsabilidad de la Entidad Financiera*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 150 y 151.

⁹ Respecto de las diversas teorías que al efecto se han propuesto, ver Cervantes Ahumada, *Títulos y Operaciones de Crédito*, 5ª Edición, Editorial Herrero, México, 1966, pp. 253 y ss.

LAS RAZONES DE MI VOTO

«Es un contrato especial, diverso de otros contratos, autónomo, en el sentido de que por sí mismo produce sus propios efectos, y de contenido complejo, esto es, que produce un doble efecto: el primero inmediato y esencial, que consiste en que el acreditante pone una cantidad a disposición (todavía no en propiedad) del acreditado (obligación de hacer); y el segundo efecto, que consiste en las posteriores disposiciones que del crédito haga el acreditado»¹⁰.

Como observamos, cada uno de estos contratos lleva congénitos sus propios efectos y caracteres. No en balde el legislador ha dado a cada uno de ellos un estatuto jurídico distinto. Ha dispuesto regular el mutuo en el Código Civil y por consecuencia ha dotado al mutuatario de todos los beneficios establecidos en favor de las clases débiles en dicho ordenamiento¹¹, el préstamo mercantil en el ordenamiento que por excelencia rige el comercio y el CAC en la LTOC, que precisamente tiene por objeto regular las operaciones que tienen por objeto el crédito. Inclusive la declaración del Secretario de Hacienda, que hace las veces de, Exposición de Motivos de la propia LTOC nos asiste cuando señala que:

«Al lado del préstamo directo y del descuento ordinario; al lado del mutuo con garantía prendaria y de la hipoteca directa constituida en favor de acreedor determinado; al lado de las ventas condicionales de títulos o valores y de las ventas con transferencia material de los bienes vendidos, la nueva ley abre la posibilidad de contratos de crédito consensuales que no requieren, por tanto, la transferencia material e inmediata de las sumas prestadas; las

¹⁰ *Idem*, p.255.

¹¹ Tal como es expresamente reconocido por su propia Exposición de Motivos y unánimemente reconocido por la historia del derecho, el CCDF reflejó los principios socializadores que la Carta Magna recién había adoptado como consecuencia de la Revolución Mexicana. Adoptó lo que después se bautizó como la «socialización del derecho» e introdujo varias disposiciones protectoras de las clases débiles, entre otras y como más claro y contundente ejemplo: la lesión, que en el caso del mutuo con interés permite al Juez señalar la tasa de interés prevalectante. Sobre el espíritu socializador y proteccionista del CCDF ver Montero Duhalt, Sara, *La socialización del Derecho en el Código Civil de 1928*, en el Libro del Cincuentenario del Código Civil, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1978, pp. 160 y 161.

ventas de bienes muebles que se operan mediante la simple entrega del título representativo sin implicar la traslación y el manejo material de los bienes vendidos; las prendas que válidamente se constituyen por una inscripción en el registro, por la entrega de un título representativo sin implicar la traslación y el manejo material de los bienes vendidos; las prendas que válidamente se constituyen por una inscripción en el registro, por la entrega de un título o por el transferimiento jurídico de la posesión sin necesidad de apoderamiento material de los bienes dados en prenda y el descuento de créditos en libros, que tampoco requiere la entrega de los títulos representativos, sino que se cumple por medio de una mera construcción jurídica de responsabilidades y que en un país como el nuestro, donde la circulación de títulos de crédito ha sido casi nula, está destinado a ser el origen de esa circulación y a cumplir el propósito pedagógico de formar un mercado de descuento.

La nueva ley precisa la distinción entre apertura de crédito, crédito en cuenta corriente, resolviendo con ello puntos que han dado lugar a largas controversias y abriendo un inmenso campo para operaciones que la falta de prescripciones legislativas y la oscuridad de conceptos existente sobre el particular habían hecho imposible en México, no obstante las notorias ventajas que de su relación pueden derivarse.»¹²

Ahora podemos confirmar lo que adelantamos: el crédito inicial es por sí mismo un contrato, ya sea de préstamo o de apertura de crédito, según se desprenda de cada contrato; el crédito adicional es propiamente un contrato (de apertura de crédito) diverso al del crédito inicial. Cada uno de dichos contratos tiene su propio objeto, su propio consentimiento, sus propias condiciones, sus propias contraprestaciones.

¹² Exposición de Motivos de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

1.6 Normatividad aplicable al Contrato de Apertura de Crédito

Respecto de la normatividad aplicable al CAC, cabe señalar que los artículos 1º y 2º de la LTOC, disponen que:

«**Artículo 1º.-**

Las operaciones de crédito que esta ley reglamenta son actos de comercio.»

Artículo 2º.- Los actos y las operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen:

I.- Por lo dispuesto en esta ley, y en las demás leyes especiales relativas; en su defecto,

II.- Por la Legislación Mercantil general; en su defecto,

III.- Por los usos bancarios y mercantiles y, en defecto de éstos,

IV.- Por el Derecho Común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, el Código Civil del Distrito Federal.»

De conformidad, el CAC está sujeto a la siguiente normatividad:

- (a) En primer lugar, a la propia LTOC y lo dispuesto en las demás leyes especiales relativas;
- (b) En segundo lugar, por la legislación mercantil general, léase, Código de Comercio;
- (c) En tercer lugar, por lo usos bancarios y mercantiles; y
- (d) En última instancia por el Código Civil del Distrito Federal que para efectos de supletoriedad de la LTOC será aplicable en *toda* la República.

Es propiamente lo dispuesto en el inciso (a) anterior (que coincide con lo dispuesto en la fracción I del artículo 2 de la LTOC) el que nos permite afirmar que cuando el CAC es celebrado siendo parte una institución de crédito, resultan justamente aplicables en *primer* lugar tanto la LTOC como la Ley de Instituciones de Crédito («LIC»), al ser ésta la ley especial que rige la actividad bancaria.¹³

No significa lo anterior que la LTOC excluya a la LIC o viceversa, ni tampoco que primero se aplica una y luego la otra, sino que más bien ambas se complementan. Esto es, entre ambos ordenamientos opera una integración legislativa y a través de su aplicación conjunta se regulan las operaciones de crédito celebradas por bancos. Lo anterior se aprecia claramente cuando la LIC estipula reglas especiales que deben observarse al celebrarse dichos actos jurídicos regulados por la LTOC y que son aplicables cuando es parte en ellos un banco, tal como ejemplifican los artículos 66, 67 (*in fine*), 69, 70 y 71 de la LIC, pues señalan que:

«**Artículo 66.**- Los contratos de crédito refaccionario y de habilitación o avío, que celebren las instituciones de crédito, *se ajustarán a lo dispuesto por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y a las bases siguientes:*

I. ...

II. ...

III. Los bienes sobre los cuales se constituya la prenda, en su caso, podrán quedar en poder del deudor *en los términos establecidos en el artículo 329 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito;*

¹³ No incluye como «ley especial» la Ley de Banco de México, pues si bien es cierto que esta última contiene disposiciones aplicables a las operaciones bancarias, su aplicabilidad no deriva sino de una sub-remisión o reenvío expreso que hace la LIC (artículo 6), cuando a su vez esta última es la ley a la cual se hace remisión en primer lugar. No creemos procedente señalar que es aplicable un ordenamiento que resulta de la remisión que se hace en un ordenamiento que a la vez fue objeto de una primera remisión.

IV. ...

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 el artículo 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.* ...»

«**Artículo 67.-** ...

...

...

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

«**Artículo 69.-** La prenda sobre bienes y valores *se constituirá en la forma prevenida en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito,* bastando al efecto que se consigne en el documento de crédito respectivo con expresión de los datos necesarios para identificar los bienes dados en garantía.

En todo anticipo sobre títulos o valores, de prenda sobre ellos, sobre sus frutos y mercancías, las instituciones de crédito podrán efectuar la venta de los títulos, bienes o mercancías, en los casos que proceda de conformidad *con la mencionada Ley* por medio de corredor o de dos comerciantes de la localidad, conservando en su poder la parte del precio que cubra las responsabilidades del deudor, que podrán aplicar en compensación de su crédito y guardando a disposición de aquél el sobrante que pueda existir.

...»

«**Artículo 70.-** Cuando las instituciones de crédito reciban en *prenda* créditos en libros, bastará que se haga constar así, en los términos del artículo anterior, en el contrato correspondiente, que

los créditos dados en prenda se hayan especificado en las notas o relaciones respectivas, y que esas relaciones hayan sido transcritas por la institución acreedora en un libro especial en asientos sucesivos, en orden cronológico, en el que se expresará el día de la inscripción, a partir de la cual la prenda se entenderá constituida.

El deudor se considerará como mandatario del acreedor para el cobro de los créditos, y tendrá las obligaciones y responsabilidades civiles y penales que al mandatario correspondan.»

«**Artículo 71.**- La *apertura de crédito* comercial documentario obliga a la persona por cuenta de quien se abre el crédito, a hacer provisión de fondos a la institución que asume el pago, con antelación bastante. El incumplimiento de esta obligación no perjudicará los derechos del beneficiario en caso de crédito irrevocable. El *contrato de apertura de crédito* será título ejecutivo para exigir el cumplimiento de dicha obligación.

Salvo pacto en contrario y en los términos de los usos internacionales a este respecto, ni la institución pagadora, ni sus corresponsales, asumirán riesgo por la calidad, cantidad o peso de las mercancías, por la exactitud, autenticidad o valor legal de los documentos, por retrasos de correo o telégrafo, por fuerza mayor, por incumplimiento por sus corresponsales de las instrucciones transmitidas, ni por aceptar embarques parciales o por mayor cantidad de la estipulada en la *apertura de crédito*.»

1.7 Distinción entre Anatocismo y Pacto de Anatocismo

Basta dar lectura a la lista de los «nueve temas» para percatarnos de que todos ellos surgieron de las siguientes pretensiones de nulidad y de las diferentes formas en que al respecto se pronunciaron los Tribunales Colegiados se pretendió la declaración de nulidad del crédito adicional en base a que:

LAS RAZONES DE MI VOTO

- (a) El crédito adicional constituye un pacto *previo* de capitalización de intereses, que por estar prohibido resulta en nulidad absoluta;
- (b) El crédito adicional es un acto de simulación que encubre un pacto de capitalización de intereses, que por estar prohibido resulta en nulidad absoluta;
- (c) El crédito adicional implica falsedad ideológica respecto de un verdadero pacto de capitalización de intereses, que por estar prohibido resulta en nulidad absoluta;
- (d) El crédito adicional, por haberse omitido el requisito de la realización del estudio de viabilidad económica, requisito que impone la LIC, resulta en nulidad (sin aclarar si absoluta o relativa); y
- (e) El crédito adicional, por ir en contra de una prohibición para el financiamiento de pasivos, resulta en nulidad absoluta.

Como se observa, los primeros tres supuestos referidos en los incisos (a), (b) y (c) anteriores, nos obligan a dejar a un lado las suposiciones y a estudiar si efectivamente el pacto previo de capitalización de intereses está o no prohibido en los CAC. Pero, en primer lugar:

- (a) ¿Qué es el anatocismo?
- (b) ¿Qué es el pacto de anatocismo?
- (c) ¿Qué es la capitalización de intereses?
- (d) ¿Son todos ellos conceptos diferentes?
- (e) En el refinanciamiento, ¿hay realmente un pacto de anatocismo o capitalización de intereses?

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

Según el Diccionario Jurídico Abeledo-Perrot, 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.»

Planiol y Ripert también hacen del anatocismo y la capitalización del interés sinónimos al señalar que:

«Sección III, Reglas especiales a los intereses no pagados por el deudor. Anatocismo.

887.- Definición del anatocismo.- Cuando la suma de dinero no pagada por el deudor al vencimiento consiste en intereses producidos por un capital, la reparación debida al acreedor adopta a su vez la forma de otros intereses. Los intereses no pagados producen a su vez otros intereses, como si constituyeran un nuevo capital. Esta capitalización de los intereses o anatocismo puede resultar, tanto de un pacto concertado entre el deudor y el acreedor, como de una demanda judicial formulada con posterioridad al vencimiento. Ambos casos vienen equiparados por la ley y se sujetan a una reglamentación especial (art.1154)»¹⁴.

Esta sinonimia es también adoptada por Ambrosio Colin y H. Capitant en su «*Curso Elemental de Derecho Civil*» y por Georges Ripert y Jean Boulanger en su «*Tratado de Derecho Civil, Según el Tratado de Planiol*».

¹⁴ Obviamente, en consideración al Código Civil francés; Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo Séptimo, Las Obligaciones (Segunda Parte), Cultural, S.A., Habana, 1945, pp. 198.

Por otra parte, Castan Tobeñas señala que:

«Se da el nombre de anatocismo al hecho de que los intereses ya vencidos se incorporen al capital y produzcan, en consecuencia, a su vez, nuevos intereses»¹⁵.

Somos de la opinión de que, no obstante lo supra citado, existe una muy sutil diferencia entre «anatocismo», «pacto de anatocismo» y «capitalización de intereses», pues:

- (a) Anatocismo, por definición, implica cobrar intereses respecto de los intereses generados por un mismo dinero, esto es, consiste básicamente en que los intereses generados por un crédito y que no se pagan por el deudor a su vencimiento generan a su vez intereses tal como si dichas sumas vencidas y no pagadas fuesen principal; se distingue del
- (b) Pacto de anatocismo, en que este último consiste en el *acuerdo expreso* en virtud del cual las partes convienen en que los intereses generados por la propia suma objeto del contrato y que no sean pagados a su vencimiento por el deudor generarán a su vez intereses, tal como si se sumaran al principal. Usar la voz de “anatocismo” hace referencia al fenómeno de que los intereses vencidos y no pagados devenguen a su vez intereses (como si fuesen principal); decir “pacto de anatocismo”, hace referencia al pacto expreso en virtud del cual las partes admiten dicho fenómeno. En cambio, hablar de:
- (c) Capitalización de intereses, tal como lo hacen las leyes mexicanas, implica capitalizar, acción de agregar al capital originario de un préstamo o crédito los intereses devengados, vencidos y no pagados para computar sobre la suma resultante réditos ulteriores.

¹⁵ Castan Tobeñas, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, décima edición, tomo tercero, Madrid, 1967, p. 56.

En el **anatocismo**, los intereses generan intereses *como si fuesen capital*, mientras que en la **capitalización** *efectivamente se suma el interés vencido y no pagado al total del saldo insoluto de capital y, por consecuencia de dicha suma, ese interés vencido y no pagado genera de nuevo interés.*

Aún cuando el resultado puede ser el mismo, las leyes mexicanas no mencionan la voz anatocismo sino que hablan de «capitalización de intereses», por lo que creemos más propio utilizar esta terminología.

Quizás hacer estas puntualizaciones parecieran obvias pero vienen a colación especialmente por una confusión o imprecisión que observamos materializada en los rubros y en el texto de las tesis de jurisprudencia en contradicción.¹⁶ Se ha llegado a tergiversar el sentido de las voces «anatocismo» como si fuese sinónimo de «pacto de anatocismo» y que ambas equivalen a algo legalmente prohibido y también se ha generado confusión en cuanto a si «anatocismo» es lo mismo que «capitalización de intereses». Las tesis señalan, en la parte conducente, que:

CRÉDITO ADICIONAL O REFINANCIAMIENTO, SISTEMA DE, ES UN ACTO SIMULADO QUE ENCIERRA UN PACTO DE ANATOCISMO.- “...Se está, entonces, en presencia de un acto simulado que encierra un pacto de anatocismo, prohibido por los artículos 363 del Código de Comercio y 2397 del Código Civil para el Distrito Federal.” (Novena Epoca; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo VII - Febrero de 1998; página 415. Tesis I.7.o.C./2, sustentada por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Jurisprudencia 196858).

¹⁶ Algunas ejecutorias inclusive se refieren a que hay «anatocismo» porque se cobran intereses moratorios sobre los intereses ordinarios no pagados puntualmente por los acreditados. No obstante que la anterior confusión no dio lugar a un tema más en contradicción, creemos conveniente recordar que: (a) el interés ordinario es la contraprestación que se paga por la transferencia del objeto del préstamo, mutuo oneroso o apertura de crédito; mientras que (b) el interés moratorio conlleva naturaleza de pena convencional por cumplimiento extemporáneo de las obligaciones de dar.

ANATOCISMO, PACTO DE, NO LO CONSTITUYE EL CONVENIO CELEBRADO ENTRE LOS CONTRATANTES A FIN DE QUE EL ACREDITADO DISPONGA DISCRECIONALMENTE, EN SU CASO, DE UN CRÉDITO ADICIONAL PARA CUBRIR INTERESES DEVENGADOS E INSOLUTOS.- 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...*” (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, PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEPTIMO CIRCUITO)

ANATOCISMO, PACTO DE, LO CONSTITUYE EL CONVENIO CELEBRADO ENTRE LOS CONTRATANTES A FIN DE QUE EL ACREDITADO DISPONGA DISCRECIONALMENTE, EN SU CASO, DE UN CRÉDITO ADICIONAL PARA CUBRIR INTERESES DEVENGADOS E INSOLUTOS.- 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, por otra parte, contempla la posibilidad, como caso de excepción y acto posterior o futuro, la capitalización de intereses vencidos y no cubiertos...*” (Novena Epoca; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: VII, Febrero de 1998; Tesis: XXIII. J/1; Página: 396, TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO TERCER CIRCUITO).

La falta de consenso en cuanto a los significados de la terminología en comento, llevó a los órganos jurisdiccionales a formular un razonamiento más o menos así:

- (i) El pacto de anatocismo (o la capitalización de intereses) es algo prohibido,
- (ii) El sistema de refinanciamiento es en realidad un pacto de anatocismo (capitalización de intereses) y
- (iii) En consecuencia, el sistema de refinanciamiento, por ir en contra de una ley prohibitiva, adolece de nulidad absoluta.

Omitiendo el estudio de si en el refinanciamiento o crédito adicional se daba efectivamente la capitalización de intereses y si la capitalización de intereses estaba prohibida o permitida para el caso de los CAC; es decir, dieron por probado lo que debió ser objeto de demostración ¹⁷.

1.8 Diversos mecanismos de refinanciamiento

Ahora, en el refinanciamiento, ¿hay realmente capitalización de intereses? El refinanciamiento de un crédito puede tener lugar a través de tres formas distintas, a saber:

- (a) Cuando los recursos disponibles bajo un CAC son destinados para un doble objeto: financiar al acreditado y también financiar las sumas que el acreditado no pueda cubrir a la acreditante. Es decir, el acreditante pone a disposición del acreditado una suma de dinero de la cual podrá disponer: en una primera ocasión, con

¹⁷ Por ejemplo, ver las ejecutorias del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en los amparos 3137/97, 4457/97, 4507/97 y 6397/97.

LAS RAZONES DE MI VOTO

el fin de destinar esos recursos para financiar alguna necesidad del acreditado; y en ulteriores ocasiones, para financiar los pagos vencidos que no pueda cubrir. Es decir, el acreditante vuelve a financiar (refinancia) al acreditado, cargando la suma que este último dispone al total del monto dispuesto con anterioridad. Como caso ejemplo: Banco 1 celebra una apertura de crédito con B en la cual no se establece de inicio un monto máximo respecto a la cantidad de recursos disponibles; B dispone de \$100; pasado el mes, B debe pagar al Banco 1 \$5 por intereses devengados durante el mes anterior; B no cuenta con los \$5 que debe pagar al Banco 1 y pide al banco una nueva disposición por dicha cantidad; el Banco 1 “refinancia” a B esos \$5 poniendo a su disposición dicha cantidad, que aumentará el total del monto dispuesto bajo el contrato de crédito; así, B habrá dispuesto hasta ese momento de \$105.

- (b) Cuando por vías separadas, esto es, por dos contratos de apertura de crédito distintos para lo cual no es óbice que se celebre en un mismo documento contractual un mismo acreedor pone a disposición del acreditado una suma de dinero para financiar algún o algunos actos del propio acreditado y otra suma de dinero de la cual este último podrá disponer exclusivamente para aplicar al pago de los adeudos generados por la primera. El crédito adicional que venimos comentado es el más claro ejemplo de lo anterior.
- (c) Cuando es un acreedor diverso al primero quien pone a disposición del acreditado una suma de dinero exclusivamente destinada para el pago de los adeudos generados por el crédito otorgado por el otro acreedor. Por ejemplo, cuando Banco 1 celebra un contrato de crédito (contrato 1) con B; la disposición de los recursos que por virtud del contrato 1 tiene el acreditado inicia, a partir del momento en que se dispone de los mismos, la generación de intereses. Posteriormente, B advierte que le será imposible pagar en su totalidad las amortizaciones que vencen mensualmente y acude a Banco 2 a solicitar un crédito que destinará para pagar el monto de las amortizaciones respecto del cual sus propios recursos le

resulten insuficientes. En estos términos Banco 2 celebra con B un contrato de apertura de crédito (contrato 2). Llegado el vencimiento de una amortización, B acude a Banco 2 y dispone de los recursos que tiene a su disposición en virtud del contrato 2. Este acto de disposición inicia la generación de intereses ordinarios. B acude con Banco 1 y paga la amortización vencida, parte con recursos propios y parte con los recursos que puso a su disposición Banco 2.

En el primero de los supuestos (inciso (a) anterior), somos de la opinión de que claramente estamos frente a un caso de capitalización de intereses, pues cuando los intereses generados por un crédito *no* han sido cubiertos puntualmente por el acreditado y el acreditante lo vuelve a financiar a través de la siguiente operación: el total del monto (intereses) no pagado por el acreditado es cubierto por el propio banco, y dicho monto se suma al saldo insoluto dispuesto del total del crédito.

Si B debía pagar al Banco \$100 y sólo pudo con su propio peculio pagar \$80, el Banco «refinancia» al acreditado los \$20 restantes como una nueva disposición del crédito concedido sumándolos al saldo insoluto del crédito (capital), esto es, los capitaliza.

El acreditante efectúa un *refinanciamiento* de los mismos en virtud de la adición que hace de dichas sumas vencidas y no pagadas al principal previamente dispuesto de un CAC, estamos, sin lugar a dudas, en presencia de una capitalización de intereses.

En el segundo de los supuestos (inciso (b) anterior), somos de la opinión de que no estamos en presencia de lo que propiamente es una capitalización de intereses, como procederemos a argumentar.

El momento en que el acreditado dispone del crédito que tiene a su disposición en virtud de un CAC condiciona el inicio de la generación de intereses ordinarios que devengará el monto dispuesto a la tasa de interés pactada. Llegado el momento de vencimiento del pago

de intereses devengados o de una suma de capital conjuntamente con intereses ordinarios, el deudor se ve legalmente constreñido a pagar al acreedor las sumas en cuestión, lo cual podrá hacer con recursos de su propio patrimonio o con recursos de los que puede disponer en virtud de un diverso CAC o de cualquier otra fuente.

Cuando el deudor opta por pagar las cantidades (intereses) vencidas con los recursos puestos a su disposición en virtud de un CAC diverso (crédito adicional) suceden contemporáneamente dos cosas:

- (i) Los intereses vencidos del primer crédito (crédito inicial) se pagan, extinguiendo por consecuencia toda acción de incumplimiento en contra del deudor, y
- (ii) Los recursos de que se dispuso para efectuar dicho pago, como principal que son, inician, a partir del momento en que se dispuso de los mismos, el proceso de generación de intereses ordinarios a la tasa de interés pactada, misma que inclusive –aun siendo el mismo acreedor y aun siendo pactado el segundo CAC en un mismo documento– puede estar sujeta a una tasa de interés diversa a la que se encuentra sujeto el primer crédito (crédito inicial).

El primero de los puntos nos permite visualizar la *imposibilidad fáctica* de que estemos en presencia de la *adición* de los intereses vencidos y no pagados al principal de un mismo crédito (capitalización), pues ningún interés se dejó de pagar sino que quedó totalmente extinguido; lo que en cambio sí hay es interés sobre un *diverso* principal.

El segundo de los puntos también es consecuencia natural de que el crédito inicial y el crédito adicional sean técnicamente dos CAC diversos.

Aunque, cabe aclarar que lo anterior no obsta para que el efecto *netamente financiero* a cargo del acreditado resultante del ejercicio del crédito adicional sea el mismo a que se hubiese llegado en caso de que el refinanciamiento se hubiese pactado en las condiciones referidas en el párrafo anterior.

Respecto del tercer supuesto (inciso (c) anterior), sobra decir de los casos en los cuales el crédito adicional es otorgado por un acreedor distinto del primero: además de que es aplicable lo previamente anotado, esta hipótesis reafirma nuestras conclusiones: aunque el efecto netamente financiero a cargo del acreditado sea el mismo, no podrá jamás argumentar que hay capitalización de intereses y mucho menos que su situación financiera le otorga acción o excepción frente a cualquiera de los acreedores.

Respecto de los CAC que dieron lugar a las ejecutorias en contradicción, observamos que, aunque en diversos formatos y variedades, la gran mayoría de ellos coinciden en que el refinanciamiento se dio a través de una «cláusula» de crédito adicional que se pactó:

- (i) En el mismo documento contractual;
- (ii) Según lo expuesto con anterioridad, como un contrato distinto al del crédito inicial, y consecuentemente sujeta un destino propio y exclusivo: el pago de réditos vencidos; y
- (iii) Sujeta a la misma tasa de interés a la que se pactó el crédito inicial.

Así las cosas y en virtud de lo anotado, en el caso de las «cláusulas» de crédito adicional para el pago de interés no estamos frente a un caso de capitalización de interés.

CAPITULO 2

LA CAPITALIZACION DE INTERESES EN EL CAC

Aun cuando consideramos que en la gran mayoría de los contratos con refinanciamiento no se da la capitalización de intereses, debemos abordar el estudio de si tal capitalización está prohibida o permitida en los CAC, pues, recordemos, tratamos de dilucidar si en aquellos casos en que sí se da la capitalización de intereses estamos

en presencia de un acuerdo nulo o no. Para esto, retomemos los conceptos de normatividad aplicable al CAC.

2.1 La normatividad aplicable

La LTOC al regular el CAC, en cuanto a intereses se refiere, contiene dos disposiciones relevantes:

- (i) Señala que el acreditado estará obligado a cubrirlos (artículo 291); y
- (ii) En el caso del CAC en cuenta corriente, llamado por los usos y costumbres bancarias como «revolvente» implícitamente hace referencia a la capitalización de interés en sus artículos 296 y 308, que a la letra señalan:

«Artículo 296.- *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.*

Son aplicables a la apertura del crédito en cuenta corriente, en lo que haya lugar, los artículos 306, 308 y 309.»

«Artículo 308.- *La clausura de la cuenta para la liquidación del saldo, se opera cada seis meses, salvo pacto o uso en contrario. El crédito por el saldo, es un crédito líquido y exigible a la vista o en los términos del contrato correspondiente. Si el saldo es llevado a cuenta nueva, causa interés al tipo convenido para las otras remesas, y en caso contrario, al tipo legal.»*

Sin embargo, la LTOC no se pronuncia *expresamente* respecto de la capitalización de intereses, ni siquiera para prohibirla, luego entonces la permite.

La LIC, igualmente aplicable, tampoco establece regulaciones especiales que apliquen en el clausulado de los CAC que celebren los bancos y tampoco incluye la capitalización de intereses en el catálogo de actos prohibidos para los mismos. En cuanto a intereses, se limita a disponer que:

«**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.*

Las instituciones de crédito estarán obligadas a canjear los billetes y monedas metálicas en circulación, así como a retirar de ésta las piezas que el Banco de México indique.

Independientemente de las sanciones previstas en esta Ley, el Banco de México podrá suspender operaciones con las instituciones que infrinjan lo dispuesto en este artículo.»

A su vez, la Ley del Banco de México también es vacante de cualquier disposición relativa a la capitalización de intereses en los CAC.

- (a) ¿Cómo debe interpretarse esta omisión del legislador?
- (b) ¿Constituye *realmente* una laguna que la interpretación judicial deba llenar a través de la aplicación de leyes supletorias?
- (c) En todo caso, ¿se dan los supuestos previos para que válidamente opere la supletoriedad?

LAS RAZONES DE MI VOTO

O quizás no hay laguna que colmar y el legislador al respecto no se pronunció en consideración a que no tuvo interés en regularlo permisiva o prohibitivamente, y entonces opera el principio de que en materia de derecho privado lo que no está prohibido está permitido.

Somos de la opinión de que, al no pronunciarse el legislador en un sentido o en otro respecto de la capitalización de intereses en los CAC en sus propias leyes reguladoras –la LTOC y la LIC– ***no tuvo la intención de prohibirlo***, pues cuando ha querido introducir requisitos o formalidades para la validez de dicha capitalización, en ese sentido se ha expresado manifiesta e indudablemente, tanto en el préstamo mercantil como en el mutuo con interés. Basta observar el texto de las disposiciones contenidas los artículos 363 del Co.Co. y 2397 del CCDF y ver que en el préstamo mercantil, el legislador no ha vacilado en permitirlo, exigiendo, no obstante, que se haga de manera *expresa*; en el contrato de mutuo con interés el legislador tampoco ha vacilado en permitirlo, *siempre y cuando* el pacto sea *expreso* y se acuerde en un momento *posterior* al vencimiento y no pago de los intereses en cuestión¹⁸. Es claro que cuando el legislador ha querido prohibir y/o establecer requisitos o formalidades para la validez de la capitalización de intereses así se ha manifestado, de ahí a que creemos válido afirmar que el hecho de que ni la LTOC ni la LIC se refieran a la capitalización **no** nos sitúa frente a una laguna de la ley que deba colmarse acudiendo a un ordenamiento supletorio.

Sin embargo, a quien no se convenza de lo anterior podemos argumentarle cómo también es imposible que jurídica y válidamente opere la supletoriedad del Co.Co.

Los requisitos necesarios para que exista la supletoriedad de unas normas respecto de otras, son:

- (a) Que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente y señale el estatuto supletorio;

¹⁸ Vid. *Supra*, la filosofía proteccionista de clases débiles (el mutuuario) que contiene el CCDF.

- (b) Que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate;
- (c) Que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria; y,
- (d) Que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia, no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida.

Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación a otra.

Además, la supletoriedad, por su propia naturaleza y fines,

- (a) De ninguna manera podrá tener el alcance de incluir dentro de la codificación especial relativa instituciones o requisitos establecidos en la ley supletoria que deliberadamente hayan sido suprimidas por el legislador en la ley principal; y
- (b) La supletoriedad es de aplicación excepcional y no puede, por ende, convertirse en ley directa y principal ¹⁹.

¹⁹ Estos criterios se apoyan en las tesis y jurisprudencias del Poder Judicial de la Federación: (I) Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: VII-Mayo, Página: 305.- **SUPLETORIEDAD DE LEYES. CUANDO SE APLICA.**- La supletoriedad sólo se aplica para integrar una omisión en la ley o para interpretar sus disposiciones en forma que se integre con principios generales contenidos en otras leyes. Cuando la referencia de una ley a otra es expresa, debe entenderse que la aplicación de la supletoria se hará en los supuestos contemplados por la primera ley que la complementará ante posibles omisiones o para la interpretación de sus disposiciones. Por ello, la referencia a leyes supletorias es la determinación de las fuentes a las cuales una ley acudirá para deducir sus principios y subsanar sus omisiones, La supletoriedad expresa debe considerarse en los términos que la legislación lo establece. De esta manera, la supletoriedad se observa generalmente de leyes de contenido especializados con relación a leyes de contenido general. El carácter

De conformidad con la el criterio de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, la supletoriedad en materia mercantil:

«SUPLETORIEDAD DE LA LEY EN MATERIA MERCANTIL.- La supletoriedad a que se refiere el artículo 1051 del Código de Comercio, parte del supuesto de que en la propia Ley Mercantil no se fijan todas las normas de una materia procesal, lo que dará lugar a que se aplique la ley de procedimientos local para llenar su insuficiencia; pero ello de ninguna manera impone

supletorio de la ley resulta, en consecuencia, o integración, y reenvío de una ley especializada a otros textos legislativos generales que fijen los principios aplicables a la regulación de la ley suplida; implica un principio de economía e integración legislativa para evitar la reiteración de tales principios por una parte, así como la posibilidad de consagración de los preceptos especiales en la ley suplida.- Tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Este criterio ha integrado la jurisprudencia I.3°.A. J/19, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, Enero de 1997, página. 374

(2) Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XV-II Febrero, Tesis: IV.3°.119 K, Página: 563.- **SUPLETORIEDAD.-** La supletoriedad de la ley, sólo se surte cuando, en determinada institución jurídica prevista por la ley a suplir, existen lagunas u omisiones, las cuales podrían ser subsanadas con las disposiciones que la ley supletoria contenga en relación a dicha institución jurídica, pero de ninguna manera la supletoriedad tendrá el alcance de aplicar dentro de la codificación, especial relativa instituciones o requisitos no contemplados en la ley a suplir. Tesis sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, Amparo directo 898/94. Hugo Jaime García. 11 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Cerdán Lira. Secretario: Raúl Alvarado Estrada, Amparo directo 842/94.Designa, S.A. 4 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Cerdán Lira. Secretario: Raúl Alvarado Estrada.

(3) Octava Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tomo: X-Noviembre, Página: 259.- **FIDEICOMISO. PERSONALIDAD DEL DELEGADO FIDUCIARIO EN EL.-** Conforme al principio de que cuando una ley contiene disposiciones que regulan determinada institución jurídica, serán esas las aplicables, y sólo en el caso de que en ellas existan lagunas u omisiones, éstas podrán ser subsanadas con las disposiciones que la propia ley autorice en ese terreno, pero de ninguna manera la supletoriedad tendrá el alcance de incluir dentro de la codificación especial relativa (como es la legislación bancaria), instituciones o requisitos establecidos en la ley supletoria, que deliberadamente hayan sido suprimidas por el legislador en la ley principal. Por consiguiente, si el tema relativo a la personalidad de los delegados fiduciarios está regulado por la legislación bancaria (artículos 45, fracción IV, 91 y 91 bis, de la Ley General de Instituciones de Crédito, 25 de la Ley reglamentaria del Servicio Público de Banca y Crédito, y 90 de Instituciones de Crédito vigente), no existe razón legal para acudir supletoriamente a la legislación común, para decidir sobre la personalidad de los delegados fiduciarios. Tesis sustentada por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, amparo directo 951/91. Banco Mexicano Somex, S.N.C. 9 de abril de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Simón Daniel Canales Aguilar.

que si en la legislación mercantil no se establece determinada institución jurídica, deba aplicarse supletoriamente el Código Local en relación con misma, ya que en este caso, dejaría de operar la supletoriedad, de aplicación excepcional, para convertirse en ley directa y principal.- *Tesis sustentada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo civil directo. 5784/51. Aréstegui Ramón. 3 de febrero de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Mariano Ramírez Vázquez; Quinta Época, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXIII, Página: 679.-»*

De los presupuestos que se han enunciado como necesarios para que pueda operar la supletoriedad, en el caso concreto, sólo se verifica el primero, pues: la LTOC no prevé ni la institución del préstamo ni la de la capitalización de intereses; tampoco es que las normas que contiene la LTOC sean insuficientes para su aplicación; y tampoco los principios sobre los que descansa la regulación del CAC en la LTOC son los mismos sobre los que descansa el préstamo mercantil, dispositivos pretendidamente supletorios. Las disposiciones que se pretenderían hacer aplicables por supletoriedad, como ya se adelantó, son aquellas que contiene el Co.Co. en lo relativo al préstamo mercantil, y sobra reiterar que el CAC y el préstamo mercantil son contratos de muy diversa naturaleza, con muy diversos caracteres, contenido y efectos, por lo que no creemos que sea factible la intención *legislativa* y *no interpretativa* de hacer aplicable extensiva y supletoriamente disposiciones confeccionadas especialmente para un acto jurídico a otro tan claramente disímulo.

Otro motivo que nos demuestra cómo es que la supletoriedad del artículo 363 del Co.Co. nos está vedada es el hecho de que, tal como ha sido señalado por la Suprema Corte, la supletoriedad no puede incluir dentro de la codificación especial relativa (en el caso, LTOC) instituciones o *requisitos* establecidos en la ley supletoria (Co.Co.) que deliberadamente hayan sido suprimidas por el legislador en la ley principal. No podríamos por vía de supletoriedad, exigir a los contratantes en un CAC los requisitos que para la validez de un pacto de

LAS RAZONES DE MI VOTO

capitalización de intereses exige un ordenamiento supletorio. Además, siendo la supletoriedad de aplicación excepcional, no puede, por ende, convertirse en ley directa y principal, y menos aún si se trata de introducir una limitación a la libertad contractual. Recordemos que la supletoriedad busca integrar los ordenamientos especiales con los *principios generales* que rigen en un mismo género de disciplinas jurídicas y no con *reglas restrictivas* contenidas en los ordenamientos supletorios ²⁰.

En resumen, nuestro razonamiento se basa en que hemos observado que la LTOC y la LIC se limitan a disponer respecto de los intereses derivados del CAC:

- (i) Que es factible pactarlos,
- (ii) Que es debido pagarlos y
- (iii) No distinguió ni exigió condiciones especiales o impuso restricciones parciales o totales para procedencia o validez, como lo hizo en el otros contratos que también generan interés como contraprestación.

Consideramos que es inválido integrar este silencio legislativo, como cualquier otro, con normas supletorias que consistan en restricciones, requisitos adicionales o impongan modalidades. En este sentido, más bien opera el principio de que este tipo de normas son de *interpretación estricta* y por ende, única y exclusivamente aplicables al caso para el cual fueron especialmente confeccionadas: ni por analogía ni por suplencia pueden hacerse extensivas a otro.

Las consideraciones anteriores nos llevan a reafirmar: la capitalización de intereses, en el CAC, no está prohibida y a su respecto no

²⁰ Notar que las restricciones que a la actividad bancaria imponen los artículos 46 y 106 de la LIC no operan por supletoriedad sino por se ley de aplicación directa y primaria. *Vid. Supra* Capítulo 2.

se han establecido reglas especiales para su validez. Ante la falta de prohibición y, por consecuencia de causa, creemos que queda excluida la posibilidad de un fraude a la ley o la simulación.

2.2 Interpretación del artículo 363° del Código de Comercio

Ahora, suponiendo sin conceder, que se admitiera la aplicación supletoria del Co.Co. fuese aplicable el artículo 363, que reza:

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

La interpretación gramatical e histórica de este dispositivo nos permite concluir que en el contrato de préstamo mercantil la capitalización de intereses se permite con la sola exigencia de que dicho pacto sea un *acuerdo expreso* de los contratantes y no como fenómeno que operaría ipso facto como mera consecuencia de la falta de pago total o parcial por parte del deudor de los intereses vencidos.

La expresión «*vencidos y no pagados*» que contiene el artículo 363 del Co.Co. en su segundo enunciado no debe interpretarse en relación con una temporalidad, sino solamente como una reiteración de qué intereses pueden ser objeto de dicha capitalización: únicamente aquellos que se adeuden por ser de plazo cumplido. Dicha expresión es un mera enunciación legal de algo que materialmente no puede pasar: no se puede capitalizar algo que no ha vencido y que no ha sido pagado; no habría materia que capitalizar. Para nada implica que sea hasta ese momento, es decir una vez vencidos y no pagados, cuando el acuerdo sobre capitalización deba convenirse. El convenio sobre capitalización de intereses es válido desde que se pacta y opera como condición suspensiva del mismo el hecho de que el deudor no pague los intereses vencidos.

El artículo 363 del Código de Comercio, se conforma sintácticamente por dos oraciones yuxtapuestas que coinciden con ser dos

LAS RAZONES DE MI VOTO

enunciados bimembres. La primera presenta los siguientes elementos: SUJETO: Los intereses vencidos y no pagados ... PREDICADO: No devengarán intereses.

- (i) El sujeto tiene como núcleo nominal al sustantivo «intereses».
- (ii) «Los» es un modificativo directo simple.
- (iii) «Vencidos y no pagados» es también un modificador directo, pero compuesto (construcción) por dos participios pasivos unidos mediante un conjunción copulativa (y).
- (iv) El predicado tiene como núcleo verbal «devengarán» modificado por el adverbio de negación «no». «Intereses» resulta ser un objeto directo.

La segunda oración se constituye de la siguiente manera: SUJETO: Los contratantes. PREDICADO: Podrán, sin embargo capitalizarlos.

- (v) El núcleo nominal del sujeto es el sustantivo «contratantes»; «los» es un modificador directo simple.
- (vi) El núcleo verbal del predicado asume un giro perifrástico: «Podrán capitalizarlos» que se ve interrumpido por la locución conjuntiva «sin embargo».
- (vii) «Capitalizarlos» es un infinitivo: «capitalizar» al que se agrega el pronombre enclítico «los». Este último adquiere el valor de objeto directo, sobre el que recae la acción verbal: «podrán capitalizar».

Dadas las características de las dos oraciones que se hallan en los lindes de la coordinación, sintácticamente hablando, este los perteneciente a la segunda, necesariamente representa al sujeto de la primera: Los intereses vencidos y no pagados. Como la morfología de éste es indisoluble, se concluye: La acción que a los contratantes se les autoriza en el precepto en estudio es la de poder capitalizar los intereses vencidos y no pagados.

En ningún momento la interpretación gramatical de lo anterior da lugar a dudas: el significado no contiene visos de temporalidad.

La perspectiva histórica reafirma nuestra consideración. El primer código de comercio que se dio en nuestro país incluía una disposición dentro del capítulo «*De los préstamos*» que prohibió el convenio para la capitalización de intereses, si estos no se habían devengado y habían sido objeto de una previa liquidación.

Años después con la expedición del código de comercio de 1884 en una época en que ya habían sido promulgados sucesivamente los códigos civiles de 1870 y 1884, que autorizaron sin reservas la capitalización de intereses, juzgó conveniente el legislador mercantil mantener en este punto el mismo sistema del derecho civil y suprimió, en consecuencia, toda disposición encaminada a prohibir o reglamentar siquiera el convenio sobre capitalización de intereses, consagrando el más amplio criterio de libertad en relación con la capitalización de intereses.

La postura que años después se asumió en materia civil consistente en la prohibición del acuerdo previo (*artículo 2397 CCDF*) fue consecuencia natural de la inspiración socializadora y proteccionista que caracteriza al CCDF, sin embargo, nunca se volvió a igualar el código mercantil al código civil, subsistiendo hasta la fecha tal desigualdad ²¹.

Además de lo que la interpretación gramatical e histórica de dicho ordinal nos indica, tenemos los argumentos lógicos:

- (i) No se pueden interpretar las leyes aplicando por supletoriedad normas restrictivas, pues como hemos venido señalando, imponen una limitación a la libertad contractual y son de estricta interpretación;

²¹ Durante la Edad Media, se consideró que el mutuo o préstamo de dinero no generaba intereses por sí mismo, sino que era necesario otro título que justificara su cobro, pero se tenía una legislación respectiva en cuanto a las tasas y los casos en que podían cobrarse. Esta misma situación se vivió en México, durante la época novohispana y durante los primeros años de vida independiente, hasta la publicación del Código Civil de 1870 que siguiendo la tendencia del liberalismo económico, inició la política de libertad en las tasas de interés. Tanto en el Código Civil de 1870 como el de 1884 se deja completa libertad a las partes para la fijación del tipo de interés. Sin embargo, el Código de 1928, modificó esa situación y en su artículo 2397 prohíbe el pacto de anatocismo convenido de antemano.

LAS RAZONES DE MI VOTO

- (ii) No se pueden hacer interpretaciones que deroguen tácitamente la regla general de libertad contractual;
- (iii) El hecho de que la ley no exija un momento determinado para que el acuerdo sobre la capitalización de intereses sea válido implica que *donde la ley no distingue, no tiene por qué distinguir el intérprete*, sobretodo cuando la distinción implica una prohibición, restricción, excepción a la regla general de la autonomía de la voluntad;
- (iv) El acuerdo de capitalización puede ser convenido como una previsión contractual para el caso de una eventualidad posterior; o bien, puede ser convenido como un acto posterior.

Por todo lo anteriormente expuesto, consideramos que el refinanciamiento a través de «cláusulas adicionales» no adolece de nulidad absoluta pues no contraría ley prohibitiva alguna.

Queda sin motivo el pretender que el crédito adicional sea un acto simulado, pues no hay nada prohibido que simular a través de otros actos aparentes. Recordemos, la nulidad del acto simulado sólo procederá en los términos que señalen las leyes: por falta de elementos de existencia, de validez o por contrariar la ley. En el caso del crédito adicional sólo se ha alegado éste último y, en virtud de no haber ley prohibitiva, carece de sentido pretender obtener la declaración de nulidad por esta causa.

CAPITULO 3

FALSEDAD IDEOLÓGICA

¿Hay nulidad por falsedad ideológica? Según han dicho algunos Tribunales Colegiados contendientes, la falsedad ideológica:

«...consiste, como precisado quedó con anterioridad, *en que cuando no se entrega el dinero que se dice prestado y sólo se producen*

movimientos contables para que la cantidad dispuesta quede en favor del banco acreditante, se simula el cobro por su cuenta de cantidades adeudadas.»²².

Y también se ha dicho que es una excepción, tal como lo ilustra la siguiente jurisprudencia –que contiene en la presente Contradicción– cuando en su parte conducente señala:

«...conforme a lo antes relacionado, quedó justificada *la excepción de falsedad ideológica o subjetiva, por dinero no entregado...*»

Estos conceptos de la falsedad ideológica han sido creados por los propios Colegiados, y respecto de los mismos, cabe hacer los siguientes comentarios.

(a) Dichos conceptos se apartan de lo que la Suprema Corte indicó respecto del concepto de falsedad ideológica. La Corte en este sentido ha dicho que:

“TÍTULOS DE CRÉDITO, FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA EN LOS. *Existe falsedad ideológica o subjetiva cuando las partes hacen constar en un pagaré algo que en realidad no sucedió, como es el caso en que los deudores no recibieron del acreedor cantidad de dinero alguna.* Esta excepción está implícitamente comprendida en el artículo 8o., fracción VI, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, al prescribir que contra las acciones derivadas de un *título de crédito* pueden oponerse las siguientes excepciones y defensas: la de alteración

²² **CRÉDITO ADICIONAL O REFINANCIAMIENTO, SISTEMA DE. ES UN ACTO SIMULADO QUE ENCIERRA UN PACTO DE ANATOCISMO.**- SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO, Novena Epoca; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tomo: VII, Febrero de 1998; Tesis: I.7o.C. J/2; Página: 415.

²³ **PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEGUNDO CIRCUITO.** Octava Epoca, Instancia: **Tribunales Colegiados de Circuito**, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XII-Diciembre, Página: 980.

del texto del documento o de los demás actos que en él consten. Un medio adecuado para comprobar esta última es la confesión judicial si concurren en ella las circunstancias y requisitos que establecen los artículos 1287 y 1289 del Código de Comercio, aplicables cuando se trata de un procedimiento ejecutivo mercantil, en el que al rendirse la prueba de confesión del actor éste reconoce expresamente, bajo protesta de decir verdad, que nunca entregó cantidad alguna a los demandados. (*Séptima Epoca, Instancia: Tercera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 163-168 Cuarta Parte, Página: 117.*)»

Como se aprecia, el concepto que ha dado la Corte de la falsedad ideológica ha sido exclusivamente en relación con la materia cambiaria, esto es, títulos de crédito. No se puede aplicar este criterio a un acto jurídico que no comparte dicha naturaleza, como lo es el CAC.

(b) Por otra parte, la aplicación de la «falsedad ideológica» a los CAC, soslaya la naturaleza del propio contrato en virtud de que, recordemos, éste es de carácter consensual y no requiere la entrega del dinero objeto del mismo ni para perfeccionarse ni para perfeccionar los actos de ejecución a que da lugar durante su vigencia.

No creemos que los cambios patrimoniales que se dan cuando se dispone de los recursos del crédito adicional den lugar a lo que se ha llamado como «falsedad ideológica», pues:

- (i) Si bien las cantidades no se han entregado físicamente por parte del banco al acreditado ni viceversa, contablemente sí se registran dichos movimientos, resultando así un cambio en la carga de obligaciones del deudor y en su cúmulo de derechos y sí lo liberan de la obligación contraída respecto del pago de intereses vencidos del crédito inicial;
- (ii) La normatividad del CAC, como contrato eminentemente consensual, de suyo no exige entregas reales de dinero; y

(iii) Las leyes que regulan la actividad bancaria, que por propia naturaleza implican la necesidad de efectuar una serie de movimientos de dinero en masa, han permitido expresamente la realización de movimientos bancarios que generan o descargan de deudas a los deudores a través de medios y asientos electrónicos, pronunciándose en este sentido el artículo 52 de la LIC que dice:

«**Artículo 52.**- Las instituciones de crédito podrán pactar la celebración de sus operaciones y la prestación de servicios con el público, **mediante el uso de equipos y sistemas automatizados**, estableciendo en los contratos respectivos las bases para determinar lo siguiente:

- I. Las operaciones y servicios cuya prestación se pacte;
- II. Los medios de identificación del usuario y las responsabilidades correspondientes a su uso, y
- III. Los medios por los que se hagan constar la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones inherentes a las operaciones y servicios de que se trate.

El uso de los medios de identificación que se establezcan conforme a lo previsto por este artículo, en sustitución de la firma autógrafa, producirá los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos correspondientes y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio.»

De conformidad, ni hay tal falsedad ideológica ni la falta de entrega física del dinero objeto del crédito adicional es causa de nulidad del mismo, pues además de que la entrega real no es elemento de validez ni de existencia del contrato, para el caso especial de las operaciones bancarias, está expresamente permitido que se efectúen a través de asientos contables y electrónicos.

CAPITULO 4

PROYECTO DE VIABILIDAD ECONOMICA

¿Es nula la «cláusula» de crédito adicional por falta de proyecto de viabilidad económica? ²⁴. Esta pretendida causa de nulidad del crédito adicional ya no va en relación a la transgresión de una norma prohibitiva de la capitalización intereses, sin embargo pretende la obtención de una declaración de nulidad del CAC con fundamento en la LIC. Ciertamente es que la LIC en el artículo 65 señala y exige que, previo al otorgamiento de sus créditos, los bancos efectúen estudios de viabilidad económica en relación con los sujetos que pretenden acreditar; dicho artículo dispone:

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

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

Sin embargo, no podemos considerar que la omisión total o parcial del banco de efectuar dichos estudios o el haberlos efectuado deficientemente se traduzca en una causa de nulidad. Planteado así

²⁴ Según el acuerdo que enlista los «nueve temas» en contradicción, se dice que hay tal en cuanto a la aplicabilidad o no de la teoría de la imprevisión, sin embargo se ha encontrado que no hay realmente contradicción a ese respecto, por lo que no se aborda en la presente.

por las leyes y aceptado desde siempre por la doctrina es que los actos jurídicos se invalidan por cuestiones que se relacionan con sus respectivos elementos de existencia, de validez o por haberse pactado en contra de lo dispuesto en leyes prohibitivas.

El hecho de que los bancos hayan omitido efectuar este estudio o lo hayan hecho deficientemente de ninguna manera se ubica en los supuestos que dan acción de nulidad de los actos jurídicos, lo que no es óbice para que dichas conductas sean objeto de las sanciones administrativas y/o penales previstas en la propia LIC, responsabilidad que corresponde exigir a las autoridades bancarias o perseguirse a través de un diverso proceso penal, según el caso, pero jamás podría convertirse en una causa de nulidad del acto jurídico.

Tampoco ha lugar a argumentar que la falta de estudio de viabilidad económica o uno deficiente tiene como consecuencia un consentimiento defectuoso por parte del banco al celebrar el CAC, pues, en todo caso, esto no constituiría sino un riesgo de pago que el propio banco asumiría. Más aún, ¿qué sentido tendría encontrar que el consentimiento del banco ha sido deficiente si esto sólo sería oponible por el propio banco y además constituiría una nulidad relativa convalidada previamente por los actos de aceptación de los pagos del acreditado? Luego entonces, la «cláusula» de crédito adicional no puede ser nula ni invalidarse por falta de proyecto de viabilidad económica, sin perjuicio de las sanciones administrativas y/o penales a que da lugar.

CAPITULO 5

FINANCIAMIENTO PARA PAGO DE PASIVOS

¿Existe prohibición para el financiamiento destinado al pago de pasivos? Otro de las alegatos que se han enderezado con el objeto de que se declaren nulos los créditos adicionales ha sido en base a que los mismos constituyen una transgresión a una prohibición de financiamiento para pago de pasivos. Esta prohibición pretende fundarse

en el Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1959 y vigente desde el día siguiente de su publicación, tal como dispone su artículo 1° transitorio. Dicho Reglamento ha sido objeto de diversas reformas publicadas el 25 de abril de 1966, el 6 de mayo de 1974 y finalmente el 22 de julio de 1975²⁵. Señala en su artículo 8° que:

«**Artículo 8.-** Salvo casos especiales autorizados por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, las instituciones y organizaciones a que este Reglamento se refiere, no podrán efectuar las siguientes operaciones:

- a) ...
- b).- Financiamiento para pago de pasivos.»

Consideramos que dicho ordenamiento es inaplicable a nuestro caso por el ámbito de aplicación personal del mismo. El ordenamiento regula las instituciones nacionales de crédito y las instituciones nacionales auxiliares de crédito. Estas instituciones fueron definidas por la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de mayo de 1941, bajo cuya vigencia se expidió el reglamento en comento, en su artículo primero como:

«**Artículo 1°.-** La presente Ley se aplicará a las empresas que tengan por objeto el ejercicio habitual de la banca y del crédito dentro del territorio de la República.

Se exceptuarán de la aplicación de la misma, el Banco de México y las demás instituciones nacionales de crédito cuando así lo establezcan las leyes.

²⁵ El proyecto elaborado señala que el Reglamento en mención también fue modificado el 16 de enero de 1991, más no encontramos que en dicha fecha se haya publicado algo en relación con el mismo.

Se reputarán instituciones u organizaciones auxiliares nacionales de crédito, **las constituidas con participación del Gobierno Federal o en las cuales éste se reserve el derecho de nombrar la mayoría del Consejo de Administración o de la Junta Directiva o de aprobar o vetar los acuerdos en la Asamblea o el Consejo adopten** y competereá exclusivamente a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público la adopción de todas las medidas relativas tanto a la creación como al funcionamiento de las Instituciones Nacionales de Crédito. Dicha Secretaría será el órgano competente para todo cuanto se refiera a las demás instituciones de crédito y organizaciones auxiliares.»

La banca privada y múltiple no comparte estas características y su normatividad dista mucho de ser aquella que prevalecía cuando la promulgación de dicho Reglamento, por lo que queda excluida del ámbito personal de aplicación del Reglamento en referencia.

Tampoco puede fundarse dicha prohibición para el financiamiento de pasivos en los ordenamientos hoy vigentes y aplicables a las instituciones de banca múltiple, pues la LIC, ordenamiento que por excelencia rige sus actividades no establece ninguna prohibición (artículo 106) en el sentido de que se puedan financiar pasivos, sino que más bien, al facultar a las instituciones de crédito a otorgar préstamos y créditos (artículo 46) lo hace sin distinguir alguno y sin exigir algún destino determinado de los recursos.

No puede fundarse la nulidad del crédito adicional por el hecho de estar destinados los recursos disponibles bajo el mismo para el pago de pasivos, pues no existe norma alguna que prohíba a las instituciones de banca múltiple financiar el pago de pasivos.

CAPITULO 6

CUATRO PRETENSIONES DIVERSAS

El planteamiento en Tribunales de las pretendidas causales de nulidad de los créditos adicionales no sólo dio lugar a la discusión y contradicción respecto de si efectivamente sus alegatos constituían causas de nulidad, sino también a la de temas diversos, obviamente en estrecha relación con el crédito adicional. Así, se suscitó también inquietud respecto de si:

- (a) Las amortizaciones implican o no un consentimiento e invalidan la nulidad pretendida;
- (b) Si la falta de aviso al banco acreditante sobre no disposición del crédito adicional implica aceptar su aplicación para el pago de intereses;
- (c) Si debe o no estarse al tipo legal ante la imprecisión de la tasa aplicable para la cuantificación de intereses; y
- (d) Si el cobro de intereses moratorios está o no condicionado al aviso por parte del banco acreditante de que ya existe a cargo del acreditado una deuda líquida y exigible.

6.1 Convalidación

Respecto del inciso (a) anterior, resulta innecesario entrar al estudio de si hay o no convalidación en virtud de que sólo se invocaron causales de nulidad absoluta que –como quedó demostrado en lo anterior– no existen y aún en el caso de que sí existieran, basta recordar que la nulidad absoluta no es convalidable; a diferencia de nulidad relativa que es susceptible de convalidación a través de los actos

de los contratantes, y sin embargo en el caso no se invocaron causas de nulidad relativa. En consecuencia, al no existir las pretendidas leyes prohibitivas no hay nulidad absoluta en el crédito adicional ²⁶.

6.2 Aviso de disposición

También se ha cuestionado el significado y alcance del mecanismo de disposición del crédito adicional, ante la duda de si la falta de aviso al banco acreditante sobre no disposición del crédito adicional implica aceptar su aplicación para el pago de intereses. Sin embargo, creemos que esta interrogante se debe a una errónea confusión entre **(i)** el acuerdo interpartes respecto del destino del crédito, cláusula por demás común mas no obligatoria en los CAC y **(ii)** los efectos de la presentación u omisión de presentación del aviso de no-disposición ²⁷. Para resolver lo anterior, basta aclarar que la presentación del aviso

²⁶ Suponiendo sin conceder, que se llegase a considerar cierta alguna de las pretendidas prohibiciones, en virtud de estar frente a una nulidad absoluta, de ninguna manera el pago de amortizaciones hubiese implicado la convalidación del acto jurídico.

²⁷ Para resolver esta contradicción no es necesario estudiar los efectos de la presentación o no del aviso de no-disposición, más no obstante creemos conveniente expresar que, en nuestra opinión: **(a)** cuando el acreditado sí da aviso al banco de no-disposición del crédito adicional, se entiende, según lo pactado en el contrato, que: **(i)** el acreditado, con recursos de su propio patrimonio o a su disposición por cualesquier otra causa, pagará las cantidades que en la próxima fecha de pago sean líquidas y exigibles sin necesidad de disponer de la línea de crédito que tiene a su disposición en virtud de la «cláusula» de crédito adicional; y **(ii)** de tal suerte podemos observar como es que en la celebración del CAC del crédito adicional el acreditado otorgó su consentimiento para que al vencimiento de las obligaciones de pago derivadas del crédito inicial, el banco, a nombre y cuenta del propio acreditado, es decir como si fuese mandatario suyo, dispusiera de recursos de una línea de crédito que el propio acreditado tenía a su favor; más aun, también consintió que dicha instrucción de disposición quedara firme en tanto él no la revocara al manifestar lo contrario; así las cosas, la presentación por parte del acreditado al banco acreditante del aviso de no-disposición opera como una revocación del mandato para dicho acto en específico o quizás como una condición resolutoria o derecho unilateral para la terminación del contrato; **(b)** cuando el acreditado no da aviso de no-disposición del crédito adicional al banco, se mantiene vigente su manifiesto consentimiento de que el banco, a su nombre y cuenta, disponga de los recursos que el propio acreditado tiene a su disposición -valga la redundancia- por virtud del crédito adicional y los aplique según el destino que contractualmente se ha determinado para dichos recursos pecuniarios.

de disposición del crédito adicional o la omisión del mismo, nada tiene que ver con el hecho de que, desde momento anterior desde el perfeccionamiento del CAC se haya aceptado por el acreditado (y así acordado contractualmente con el banco acreditante) que dichos recursos se destinaran para el pago de intereses.

Lo anterior no viene sino a confirmar lo que ya hemos venido expresando: la «cláusula» de crédito adicional es, por sí misma, un CAC distinto y accesorio del contrato en virtud del cual se convino el crédito inicial. Tiene un objeto propio respecto del cual hay entre los contratantes un consentimiento recíproco y específico, sujeto a sus propios requisitos de validez o causales de invalidez, con sus propias cláusulas esenciales y accesorias como son comisiones, tasa de interés, condiciones de disposición y también (y sobre todo) con un destino muy específico consistente en el pago de intereses generados por un crédito diverso, todo lo cual ha sido objeto de consentimiento de las partes desde el génesis del CAC. Así las cosas, la falta de aviso de no-disposición del crédito adicional NO puede implicar una aceptación para que dichos recursos se apliquen para el pago de intereses porque esa aceptación, ese consentimiento recíproco entre acreditado y acreditante, se otorgó por ambos desde el momento de perfeccionamiento del CAC para el crédito adicional; los recursos del crédito adicional siempre tuvieron un destino específico y aceptado que fue el de que se aplicaran para el pago de intereses.

6.3 Imprecisión de la Tasa

También se ha cuestionado si ante una supuesta imprecisión de la tasa de interés aplicable debe estarse al tipo legal contenido en el artículo 362 del Co.Co. ¿Qué hace que la tasa de interés pactada sea «imprecisa»? De conformidad con las ejecutorias en contradicción la imprecisión de la tasa aplicable resulta cuando se ha pactado que tenga como base aquello que la costumbre bancaria ha bautizado como «tasa líder» y que no es sino la tasa que resulte más alta entre varias que específicamente se señalan en el propio CAC, ya sea que

se tome como punto de partida la tasa que se haya publicado en determinada fecha o según se calcule por el promedio que estuvo vigente. Sin embargo, somos de la opinión de que el hecho de que la tasa de interés pactada sea determinable y no determinada NO la hace de suyo ni imprecisa ni arbitraria ni ilegal. Podrá resultar complejo pero jamás la complejidad será imprecisión.

No obstante creemos conveniente hacer las siguientes puntualizaciones:

- (a) El hecho de que la tasa de interés sea determinable y no determinada NO nos sitúa frente a un caso en que el cumplimiento del contrato quede unilateralmente a cargo de una de las partes, pues el procedimiento mediante el cual se llega a la determinación de cuál es la tasa de interés aplicable a cada vencimiento es objeto de consentimiento recíproco de las partes desde el momento de nacimiento del contrato; lo único que resta por hacerse son los procedimientos de cálculo que señalan los contratos. El banco no elige arbitrariamente entre las tasas mencionadas en el contrato, sino que espera que los datos que la realidad objetiva arroja indiquen cual será la tasa de intereses que para un periodo de interés determinado resultará aplicable de conformidad con las reglas que para estos efectos los contratantes han establecido.
- (b) El hecho de que la tasa de interés sea determinable y no determinada no es algo que exclusivamente suceda cuando los préstamos y créditos son otorgados a «tasa líder». Esto es característico de todos aquellos préstamos que se encuentran sujetos a tasa variable, en oposición a tasa fija, y que –por obvios motivos financieros– son la gran mayoría de ellos.

- (c) No hay disposición de ley que señale que el CAC debe ser a tasa fija; no hay exigencia legal para que la tasa de intereses quede perfectamente determinada (y por ende cuantificada) desde el momento en que se dispone del crédito ²⁸.

Suponiendo, sin conceder, que aun con lo anterior se considerara que la «tasa líder» fuese efectivamente una tasa imprecisa o ilegal (lo cual no ha sido objeto de discusión), no operaría la aplicación del seis por ciento anual contenido en el primer párrafo del artículo 362 del Co.Co. pues, además de lo que con anterioridad hemos expuesto relativo a la suplencia del Co.Co. respecto de la LTOC. El precepto en mención dispone que:

«**Artículo 362.-** Los deudores que *demoren* el pago de sus deudas, deberán satisfacer, *desde el día siguiente al del vencimiento*, el interés pactado para este caso, o en su defecto el seis por ciento anual.»

Esta norma suple la voluntad de las partes cuando ellas han *omitido* un acuerdo respecto de las consecuencias del no pago puntual de las obligaciones de pago que genera el préstamo, es decir, intereses moratorios; opera cuando no hay voluntad manifiesta de alguna de las partes en un contrato respecto de las consecuencias de la falta de puntualidad en el pago y NO en relación con la contraprestación que se pacta a cambio de la disponibilidad de un crédito o la transferencia de ciertos bienes en virtud de un préstamo. En todo caso, suple la omisión de las partes de regular la cuantificación de los intereses moratorios y NO la ausencia, y menos aún la imprecisión o

²⁸ Existe en la Circular 2019/95 del Banco de México de fecha 20 de septiembre de 1995, en sus párrafos M.21.1 (disposición que es producto de una adición efectuada en diciembre de 1995 a través de la circular telefax 125/95) regla expresa en el sentido de que los intereses pactados en los préstamos y créditos bancarios debe limitarse a una sola tasa de referencia; es decir, prohíbe las tasas alternativas. Sin embargo, por la fecha de esta disposición no aplica a los contratos de refinanciamiento que dieron lugar a esta Contradicción de Tesis. Obsérvese como aún con la exclusión de la alternatividad de la tasa y por ende de la tasa líder, permanece aun como determinable más no determinada la tasa de interés, salvo en los casos de tasa fija.

la complejidad de determinación, de una tasa de interés ordinaria. En igual sentido se pronuncia Francisco Borja Martínez al señalar que:

«El Código de Comercio no contiene prevención expresa en cuanto al interés legal en los préstamos mercantiles [a diferencia del mutuo con interés civil] [...]

En materia de interés moratorio, el artículo 362 del Código de Comercio refiere a lo pactado por las partes, señalando que en defecto de ello, tal interés será el del 6% anual»²⁹.

Además, en materia mercantil, como lo estamos, esa complejidad que se alega no puede interpretarse de manera alguna sino como una complejidad, más no una imprecisión y menos aún como una falta de pronunciamiento, tal como dispone el artículo 78 del Co.Co.:

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

Cabe aclarar que en este caso el Co.Co. sí es aplicable en vía de supletoriedad en virtud de que:

- (i) La LTOC y la LIC no señalan reglas de interpretación de los contratos que regulan; y
- (ii) El dispositivo supracitado no está contenido dentro de las reglas para un contrato mercantil en específico, sino en las reglas aplicables a los contratos mercantiles en general (*Libro Segundo, del Comercio Terrestre; Título I, De los Actos de Comercio y de los Contratos Mercantiles en General; Capítulo II, De los Contratos Mercantiles en General*).

²⁹ Borja Martínez, Francisco; *Régimen Jurídico Aplicable en Materia de Tasas de Interes*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 13, Tomo I, 1981, Universidad Iberoamericana, pp.309 y 310.

En el CAC, las partes se obligan como aparece que se quisieron obligar; si se quisieron obligar de una manera compleja, esa fue su intención y el intérprete no puede sino atenerse a lo que en el contrato señalaron. De conformidad con lo anterior, no hay tal «imprecisión» ni ilegalidad cuando se pacta un crédito a «tasa líder» o a tasa variable y, aun habiéndola, no es aplicable la tasa del seis por ciento anual en virtud de que la misma suple la voluntad de las partes cuando ellas no han pactado intereses moratorios en los préstamos mercantiles.

6.4 Cobro condicionado de intereses moratorios

Por último, resta abordar un problema que se ha planteado con la siguiente interrogante: ¿la procedencia del cobro de intereses moratorios está condicionada al aviso por parte del banco acreditante? Esta duda tiene lugar en virtud de lo que afirmó la Tercera Sala de la Suprema Corte al decir con carácter de jurisprudencia:

INTERESES BANCARIOS DE TASA VARIABLE NO PAGADOS. ES IMPROCEDENTE DECLARAR EN MORA AL DEUDOR, SI LA INSTITUCIÓN NO LE COMUNICO PREVIAMENTE EL MONTO LIQUIDO QUE DEBÍA 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 está familiarizado, para el segundo es un problema sumamente difícil de solucionar; en consecuencia, para sostener válidamente 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 resultará inadmisibile.- *consultable en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen 205-216, Cuarta Parte, Séptima Época, página 96.*

No compartimos este criterio que, además, no obliga al Pleno. No creemos que sea válido que en vía de interpretación legal se introduzcan requisitos adicionales para la validez de los actos jurídicos o modalidades para el cumplimiento de las obligaciones que los que la ley propiamente establece y/o aquellos que los contratantes se han otorgado a través de disposiciones contractuales, que –sobra decir– operan para ellos como leyes, aunque individualizadas. Interpretar así no es interpretar, es legislar y es una tarea vedada para el órgano jurisdiccional. El juez no puede adicionar condiciones o requisitos que condicionen, valga la redundancia, la exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones de dar, máxime cuando estamos en presencia de actos absolutamente mercantiles en los cuales los contratantes se obligan como parece que quisieron obligarse (artículo 78 Co.Co.). De conformidad, si la ley no exige la presentación de aviso alguno para poder declarar al deudor en mora y tampoco el contrato respectivo exige dicha formalidad, el juez no tiene porqué exigirlo para declarar procedente el cobro de intereses moratorios.

Sin embargo, no sólo el hecho de que el juez se extralimite y sin fundamento legal alguno imponga requisitos adicionales es motivo para disentir del criterio de la Tercera Sala de la Suprema Corte ahora en comento; creemos además que el mismo soslaya los caracteres elementales de la mora. La mora opera por la conjunción de dos factores: el simple transcurso del tiempo y la falta de cumplimiento puntual de las obligaciones por parte del deudor. Se incurre en mora a partir de que sucede lo anterior sin necesidad de que se declare por un juez o por el propio acreedor.

Las obligaciones de pago, una vez vencidas, son plenamente exigibles con o sin la presentación de requerimientos de pago o de «avisos» de monto a pagar, salvo que expresamente se haya estipulado así en los CAC. Sin embargo, en el caso concreto,

LAS RAZONES DE MI VOTO

- (i) Expresamente se ha eximido al banco de presentar requerimientos de pago, y, además,
- (ii) Podríamos admitir que es difícil saber cuánto tendrá que pagar el acreditado, pero nunca serán objeto de duda las fechas de vencimiento de las obligaciones, que son las que a final de cuentas determinan el momento en que surge la mora.

En virtud de lo expuesto con antelación, somos de la opinión de que el criterio antecitado de la Tercera Sala de la Suprema Corte no es aceptable pues:

- (i) Cuando la justicia debe ser meramente objetiva, este criterio pretende lograr una justicia que se inclina notablemente y sin fundamento a favor del deudor;
- (ii) No es válido, en vía de interpretación, adicionar requisitos a los contratos o modalidades a la exigibilidad de las obligaciones, esa tarea corresponde a la ley o a la voluntad de los contratantes;
- (iii) El hecho de que el juez pueda, sin fundamento y a su discreción imponer modalidades a la exigibilidad de las obligaciones contractuales, crea un estado de incertidumbre jurídica que es precisamente lo que pretenden evitar las partes cuando formalizan un contrato;
- (iv) Al exigir una acción del acreedor para declarar la mora (presentación del aviso), soslaya que la mora opera por el simple transcurso del tiempo y la falta de acción por parte del deudor.

EPÍLOGO

Estos son los razonamientos jurídicos a que arribamos mi equipo de trabajo y yo, los cuales participé oportunamente a lo Señores Ministros como una aportación a la discusión del proyecto que nos propuso el Ministro Juventino V. Castro y Castro.

En este estudio se encuentran contenidas las razones de mi voto.

BIBLIOGRAFÍA:

Barrera Graf, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil. Generalidades, Derecho de la Empresa, Sociedades, primera edición*, Editorial Porrúa, México, 1989.

Bonfanti, Mario A., *Contratos Bancarios: Responsabilidad de la Entidad Financiera*, segunda edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993.

Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, décima edición, tomo tercero, Madrid, 1967.

Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y Operaciones de Crédito*, quinta edición, Editorial Herrero, México, 1996.

Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, vigesimotercera edición, Editorial Porrúa, México, 1984.

Lozano Noriega, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos*, sexta edición, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1994.

Mantilla Molina, Roberto, *Derecho Mercantil. Introducción y Conceptos Fundamentales, Sociedades*, vigesimosexta edición, Editorial Porrúa, Mexico, 1989.

Mejía, Miguel, *Errores Constitucionales*, primera edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977.

Molle, Giacomo, *Manual de Derecho Bancario*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.

Montero Duhalt, Sara, *La Socialización del Derecho en el Código Civil de 1928*, en el *Libro del Cincuentenario del Código Civil*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1978. Páginas 160, 161.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tomo Séptimo, Las Obligaciones (Segunda Parte), Cultural, S.A., Habana, 1945.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, decimonovena edición, México, 1988.

Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, Tomo I, cuarta edición, Editorial Manuel Porrúa, México, 1968.

ARTICULOS:

Adame Goddard, Jorge, *¿Es válido el Pacto de Anatocismo en la legislación mexicana?*, México, 1998.

Borja Martínez, Francisco, *Régimen Jurídico Aplicable en Materia de Tasas de Interés*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, No. 13, Tomo I, Universidad Iberoamericana, 1981, página 309 y 310.

Sánchez Medal, Ramón, *El Pacto de Anatocismo y los Daños y Perjuicios Moratorios en las Deudas de Dinero*, en *JUS Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Tomo XXI, número 121, México 1948. Página 137.

OTRAS FUENTES:

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal

Código de Comercio

Ley de Instituciones de Crédito

Ley Orgánica del Banco de México

Ley de Títulos y Operaciones de Crédito

Ley General de Obligaciones del Estado de Nueva York