

UDI'S - Reestructuras

Lic. Gonzalo García Velasco

Agradezco la invitación que me hizo el Colegio de Notarios, por conducto de su Presidente, para estar un momento con ustedes. Esto me da la oportunidad de varias cosas:

En primer lugar, el poder compartir con un grupo de profesionistas conocedores del Derecho, algunos conceptos de actualidad y que me permite, como dice Arturo Ramos, tener la oportunidad de saludar a grandes amigos que presumo tener en esta ciudad y lo importante de poder comentar desde el punto de vista técnico jurídico, algunos temas que como el de hoy, nos inquietan a todos los mexicanos y primordialmente a todos los abogados que de alguna manera estamos involucrados con el quehacer económico y social del país.

Quisiera hoy, platicarles sobre tres temas:

El primero, es una referencia sobre las UDI'S (Unidades de Inversión), desde varios puntos de vista.

El decreto que ustedes conocen perfectamente es muy corto. La vida de las UDI'S ha sido también muy corta, y por lo tanto los comentarios que se puedan hacer no son de gran contenido, alcance o siquiera de madurez, pero sí los suficientes para intentar compartir con ustedes algunos conceptos en este aspecto.

Me referiré a cuestiones que se han suscitado alrededor de las reestructuras de crédito y en general en este punto, a los proble-

mas que los Bancos, Abogados y en algunas situaciones concretas los Notarios, se han enfrentado.

Comentaba hace un momento con alguno de ustedes, que este tema es de tal actualidad, que prácticamente uno de los conceptos que traía preparado, lo tuve que desechar antier, lo reinicié y lo tiré ayer mismo en la noche, porque las cosas cambian a tal velocidad que trata uno de traer el último impacto o novedad; en este momento me atravesaría a pensar que inclusive esta misma mañana podría ya haber cambios.

En relación a las UDI'S, empezaré a referirme a ellas desde un punto de vista de operación activa y pasiva básicamente, o sea, de ser un instrumento que puede ser de captación y que esencialmente, ha sido de colocación hasta el día de hoy.

Por lo que se refiere al concepto, las UDI'S se conocen como una Unidad de Cuenta, esto quiere decir, que son un factor de actualización financiera vinculada con el Índice Nacional de Precios al Consumidor.

En Derecho Comparado, las unidades de cuenta no son nuevas, o sea, que no se trata de un invento actual, esto no es algo que haya aparecido en México como novedad de alguna manera para contrarrestar la crisis económica mexicana actual. El primer concepto que se tiene en Unidades de Cuenta, es algo vinculado con los créditos internacionales que se conocen con el nombre de los Derechos Especiales de Giro, que es básicamente cómo los países entran en una regionalización de conceptos de endeudamiento general.

Las UDI'S encuentran sus antecedentes en las UF's, Unidades de Fomento, que nacieron en Chile, distintas a las de México, pero que tuvieron un efecto mucho más importante del que en México se pretende dar.

En Chile, prácticamente toda la economía está indexada, como se dice actualmente a las Unidades de Fomento, o sea, hay posibilidades de que incluso para tomar un taxi, o para pagar un

servicio, ustedes puedan pagar no precisamente con el elemento UF's, pero sí con relación a la Unidad de Cuenta que es ésta.

La conversión de letras de cambio y pagarés internacionales dentro de la mecánica mundial, establece también Unidades de Cuenta.

La aceptación de México a estas reglas generales está todavía pendiente, pero les comentaría que si México hubiera entrado o hubiera aceptado estas reglas generales, ya no hubiera sido tan novedoso el concepto y quizá hubiera sido por lo mismo, algo más fácilmente de aceptar y de digerir.

Creo que hoy los abogados y los juristas nos encontramos a veces con algunos colmos, por ejemplo, si consideramos los elementos esenciales de la obligación que son el consentimiento y el objeto, podríamos decir que hoy, estos dos conceptos básicos esenciales se encuentran: entre comillas, dirían, en crisis.

¿Por qué?; porque el consentimiento ahora se puede dar con elementos muy modernos, como pudieran ser quizá, el apretar alguna tecla o proporcionar alguna clave, pues actualmente son elementos indispensables para disponer de cantidades a través de transferencias electrónicas de fondos. Entonces, el consentimiento que tradicionalmente consideramos como algo establecido y claramente definido, ahora puede darse con algunos elementos de máquinas electrónicas, y el objeto que pudiera ser algo muy determinado (nos vamos a referir a eso un poco más adelante), ahora también puede darse en Unidades de Cuenta.

Entonces uno y otro concepto por elementos de modernidad, se pueden encontrar actualmente como decía, en "crisis".

La naturaleza jurídica en las UDI'S

Tendríamos que empezar con una negación, las UDI'S no son moneda, por lo tanto, no existe un elemento que lo distinga, son

medios para determinar el valor de obligaciones, es decir, referenciales.

Max Weber, un tratadista alemán muy importante, establece que la gran posibilidad del dinero, es la que objetiva y materialmente tiene, para servir de intercambio, situación que no tienen las UDI'S. No puede haber pago por elemento externo UDI's, ya que no existen. Lo único que existe, son elementos que pueden referenciar un valor que puede ir cambiando continuamente. Es un signo técnico, diría.

Efectos financieros de las UDI'S

En primer lugar, es la valorización de las obligaciones pecuniaras en términos reales, que es el contar con un elemento objetivo que pueda traer el día de hoy, el valor real del dinero, lo cual es un tanto subjetivo.

En segundo lugar, estimula el ahorro a mediano y largo plazo, en lugar de encontrar fórmulas de ahorro a largo plazo en situaciones inflacionarias que a veces puedan ser de 28 días, de 7, y que en muchas ocasiones las operaciones a plazos se tienen que tener día a día. Esto es, cuando se da en un país en donde se trata de obtener ahorro interno, los resultados se dan exactamente en el aspecto contrario.

La UDI lo que permite, es ofrecer al inversionista algo con lo que pueda arriesgar su dinero a plazo mayor, porque por lo menos tiene conocimiento, no sé si la certeza, pero sí el conocimiento de que el valor de la Unidad referencial se está modificando conforme a algo, (aquí en México al Índice Nacional de Precios al Consumidor) y es una referencia que permite hacer inversiones o ahorros a plazos más largos.

En tercer lugar, elimina lo que los economistas conocen con el nombre de amortizaciones aceleradas, lo que representa que

en épocas de inflación, los pagos iniciales durante muy buen tiempo no permiten de ninguna manera amortizar al capital. Ustedes conocen los efectos que hoy se dieron con la reestructura en los créditos hipotecarios, que la gente venía pagando durante meses o a veces años, y el saldo no solamente no había decrecido sino que había aumentado.

Entonces, el efecto de amortización acelerada que se da en épocas de inflación, con elementos como el acortamiento que se da en el caso de las Unidades de Cuenta, sí permite el que se puedan hacer pagos a capital, desde el primer pago, lo que da como consecuencia que el saldo en UDI'S disminuya, quiere decir, que se da el efecto de amortización desde el inicio.

En cuarto lugar, elimina lo que se conoce con el nombre de "prima de riesgo"; en los métodos de cálculo para el pago de intereses, existe una sobreprima que viene a repercutir en el cálculo para los deudores.

Por ejemplo, cuando un universionista, un banco, tratan de establecer su margen financiero de utilidad en el establecimiento de una tasa de interés, tiene que tomar en cuenta básicamente tres factores que son la tasa real, la tasa inflacionaria y lo que se conoce con el nombre de "prima de riesgo"; sumados estos tres conceptos se establecerá lo que podría parecer una tasa remuneratoria.

Tal fue el caso de los meses de febrero a mayo de este año, donde se dieron las tasas inflacionarias más altas, por lo menos de este año, y en donde el factor riesgo era muy importante; en ese entonces no había algunas definiciones que hoy tenemos.

Para poder fijar la tasa, se tenía que tomar en cuenta, primero, cuál es la tasa real que yo pretendería ganar, independientemente de estos tres factores. Entonces pudiera ser del 8, del 10, del 12, del 15 que es el primer factor que tengo que agregar a una suma.

Segundo, ¿Cuál es la tasa inflacionaria?, ésta se da con base a la que viene acarreado la economía, quiere decir que fijo mi tasa de interés, con base a la tasa de inflación que conozco.

Vamos a suponer, si en el mes de febrero la inflación fue del 4%, o sea 48% anual, tendría que sumarse el 15%, (de tasa real), más 48% de inflación que tuve, porque ya la conozco. Pero lo más importante en épocas en las que no se conocen las tendencias, es la tasa de riesgo que es, a cómo puedo apostar, como se dice, mi dinero hacia adelante para no tener una inversión que me produzca una pérdida. Esta tasa de riesgo en épocas de alta inflación, puede ser quizá el factor más importante que la desvincule con la de ayer; entonces esa tasa de riesgo puede ser del 20, del 25, o del 30%.

Por eso es que de repente las tasas de interés en ese mes, se fueron desmedidamente arriba del 100%, aunque no obedecía a una causa lógica del mercado.

Entonces, cuando una unidad referencial cuenta con una UDI, lo que por lo pronto se quita es la prima de riesgo, vean ustedes por ejemplo, cuando se hacen las reestructuras con hipotecario en UDI'S, se cobra hoy una tasa de 8.5% anual (esto lo ampliaré un poco más adelante), más lo que refiere a la UDI, es lo que pueda subir el Índice Nacional de Precios al Consumidor, pero nada más, o sea que el que reestructuró con UDI'S la semana pasada, no digo el mes pasado, tuvo una tasa de lo que creció la UDI en el mes de julio, que fue básicamente del 23%, más el 8.5%, pagó una tasa real del 33%.

Esas son cuentas que se hacen a la luz de cualquier opinión superficial o sin base, de que las UDI'S son un engaño o de que se está arriesgando, a que el valor de la UDI sea mayor.

El que no reestructuró en UDI'S, puede estar pagando el 52% y el que reestructuró en UDI'S lo podía hacer al 33%.

El quinto efecto, es la definición equitativa de costos, básicamente costos inflacionarios, el ejemplo más claro es la fijación del interés moratorio.

Vamos a suponer que los intereses que están manejando son del 50% o 60%. El interés moratorio va en función al interés

ordinario, que quiere decir que normalmente es de 1.5 veces o el que ustedes quieran, pero en función al interés normal, quiere decir que si hay una tasa del 60%, el interés moratorio pudiera ser del 90%.

Bueno, pues en las Unidades de Cuenta éste es otro elemento que se elimina, porque la tasa de interés moratoria va en función al interés normal.

El sexto efecto, es la desdolarización de la economía.

En tiempos de inflación, el inversionista, lo que normalmente quiere, es proteger su dinero y lo invierte en una divisa extranjera. Con esto pretende tener una seguridad en cuanto a su capital.

Hasta antes de la aparición de las UDI'S, éste era un elemento que no teníamos, que no contábamos. La única manera de contar con algo que conservara el valor, era en una unidad extranjera, que también como ustedes conocen perfectamente, las unidades extranjeras sufren de las mismas consecuencias, quizá, no con la exageración que la sufre la nuestra en cuanto a devaluaciones y en cuanto a pérdidas de valor.

Este sería un efecto que no se tendría cuando se refiere a un índice que tendrá que ir creciendo como crece la inflación.

Por último, esto también es importante, es un apoyo fundamental al fortalecimiento del sistema financiero, evidentemente que una de las maneras de reducir o de contener la altísima cartera vencida que hoy enfrenta todo el sistema financiero, es a través de la reestructura, y la manera en que se puede facilitar dicha reestructura, es a través de las UDI'S, por eso es que también sería el séptimo efecto que se está buscando, por no hablar del pasado sino del presente progresivo.

Ahora veamos algunos aspectos jurídicos.

En primer lugar, las UDI'S aparecieron como un Decreto del Poder Legislativo; en el Derecho Extranjero no siempre han aparecido así.

Por ejemplo, el caso que hemos puesto, en Chile, no apareció por una orden legislativa, ni por un decreto, ni por una ley, sino apareció como algo convencional. Se hizo a través de cláusulas de indexación en los contratos cuya validez ya pasó por instancias judiciales y fue aceptada.

Considero que es mucho más formal que haya nacido como un decreto legislativo y no como originalmente se había pensado, como una situación convencional entre las partes.

Se cuidó esencialmente el aspecto del principio nominalista, que quiere decir que las obligaciones se denominan y se pagan en cierta cantidad de dinero, independientemente de que el valor de unidad haya cambiado.

En este aspecto se tuvo muy en cuenta la Ley Monetaria. Les recuerdo que hay un artículo en esa Ley, que es el 7º, que establece que: "Las obligaciones de pago de cualquier suma en moneda mexicana se denominarán invariablemente en pesos"; más adelante sigue diciendo: "Dichas obligaciones se someterán mediante la entrega por su valor nominal de billetes del Banco de México, moneda nacional".

Aquí se van a cumplir las obligaciones evidentemente en moneda, en eso no hay cambio, pero se denominan en algo distinto a la moneda, por lo que requiere a una Unidad de Cuenta, así dice el decreto.

El decreto dice en la parte conducente, que podrán denominarse (las obligaciones), en una Unidad de Cuenta llamada Unidad de Inversión, o sea al principio nominalista, que establece la Ley Monetaria que dicho aspecto, de alguna manera, queda comprendido en el artículo 1º.

Segundo: debe entenderse que hay una modificación a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Evidentemente que el artículo segundo transitorio del decreto, hace un enunciado muy general que dice: "Las obligaciones contraídas conforme a las normas previstas en el artículo 1º del presente decreto, no les

son aplicables las disposiciones que se opongan a dichas normas”.

El primer aspecto que debemos entender es que no derogan nada, sino simplemente establecen una excepción a otras normas.

Qué artículos se verían modificados:

Por ejemplo:

El artículo 76 que habla de la letra de cambio dice: “La letra de cambio debe contener la orden incondicional al girado, de pagar una suma determinada de dinero”. Eso es otra vez el principio nominalista, que debería tener un cambio.

Tratándose del pagaré, también se refiere a lo mismo, de pagar una suma determinada de dinero.

En el caso de las obligaciones, habla igual, de que las obligaciones serán nominativas y deberán emitirse en las nominaciones de \$100.00 con sus múltiplos, luego entonces al aparecer un signo de referencia distinto al dinero, debe de entenderse que esta disposición o disposiciones quedan sin aplicación, por lo que se refiere al artículo segundo transitorio del mencionado decreto.

En mi opinión, en lo que debe de tener mucho cuidado el legislador, es, cuando se legisla a manera de adecuación, y no de no aplicación a lo que se contravenga, esto es, que la legislación posterior tiene que seguirle dando vigencia y vida a esta disposición, ya que de lo contrario pondría en entredicho el principio de que la norma especial deroga a la general, y que la posterior deroga a la anterior. Este es un aspecto importante que debe de tomarse muy en cuenta por parte del legislador.

En tercer lugar, se ha discutido mucho y comentábamos también hace un momento, que antes de que apareciera la ayuda a los deudores de la banca, ya estaba siendo atacada.

Las UDI'S aparecieron en abril, y no entiendo que ni una se haya cobrado, ni mucho menos se haya demandado, y ya está siendo atacada desde el punto de vista legal; y uno de los ataques

que he observado es que, dicen que las UDI'S nacieron por decreto y que el decreto no es igual que una ley. Es una de tantas tesis que hoy han aparecido para atacar, que diría, por el simple gusto de atacar las cosas.

Simplemente por aclaración, existen varios artículos de la Constitución en donde el término Ley o Decreto, es utilizado por el constituyente como referencia de lo mismo.

El artículo 70 dice: "Toda resolución del Congreso tendrá el carácter de Ley o Decreto"; el 71 "El derecho de iniciar Leyes o Decretos" y el 72 "Todo proyecto de Ley o Decreto".

En este orden de ideas, creo que realmente la distinción, a mi modo de ver, es casi semántica, y por lo tanto, no le daría mayor preponderancia.

Yo entiendo que el decreto, si se expide en la forma de Ley, o sea, bajo el carácter de disposición abstracta e impersonal, podemos admitir la definición de Ley en sentido material, y si es aquella dictada por el poder facultado como lo es el Congreso de la Unión, luego entonces, eso es una Ley desde el punto de vista formal y material de todos los tiempos. Inclusive, no todas las Leyes se llaman Leyes, hay Códigos, hay Estatutos que tienen exactamente el mismo valor en cuanto a la facultad del Congreso, que sí es una facultad del Congreso legislar en esta materia, creo que ahí tampoco hay duda.

El artículo 73 faculta al Congreso de la Unión a legislar en materia de comercio en toda la República y de legislar en materia de entidades financieras. Entonces pienso que es una facultad perfectamente bien ejercida por parte del Congreso de la Unión.

Ahora, es importante señalar, que tales disposiciones son de carácter facultativo, siendo otra de las distinciones fundamentales existentes en el decreto.

No es una disposición en virtud de la cual se obligue, (como en otros países suele ser), a que todas las obligaciones mercantiles se denominarán o se referenciarán a una unidad.

Por lo que refiere a las UDI'S es facultativo, o sea que "podrán" ser pactadas en contratos mercantiles o por otros actos del comercio. Esto quiere decir que debe haber pacto, esto es, que las partes deben de estar de acuerdo en el establecimiento de la Unidad de referencia; no operan, fíjense bien, no operan por una disposición legal, y sólo se aplica a obligaciones de carácter mercantil.

Esta es una aseveración de la cual no estaría totalmente seguro de afirmarlo, porque han empezado a surgir las dudas, de si alguna obligación de carácter civil sería válida si se pactara en UDI'S. Mi conclusión es, que es válida, siempre y cuando se pactara como una forma referencial entre las partes.

No veo que este pacto pudiera ser considerado como inválido, siempre y cuando la obligación al final de cuentas trajera como consecuencia un pago en moneda, o sea se hace una referencia a un valor, pero se obliga a pagar por el principio nominalista de pesos y centavos.

En cuanto a la aplicabilidad, creo que puede interpretarse que el decreto habla de una aplicación general y una aplicación particular. En lo general, se refiere a títulos de crédito y no a todos. Se refiere eso sí a contratos mercantiles y también en general, a actos de comercio.

En cuanto a títulos de crédito, habla de letras de cambio y pagarés, pero excluye cheques. Quiero decir que entran en duda si las acciones, si los certificados o si los bonos pudieran ser denominados en UDI'S. Los accesorios creo que también pueden ser denominados en esta unidad de referencia, o sea los intereses y penas.

La ganancia que se pueda obtener con las UDI'S, por definición del mismo decreto, es interés. Así establece el artículo 16-B del Código Fiscal, el cual se modificó por decreto, diciendo: "Se considera como parte del interés el ajuste"...

Desde este punto de vista, también el artículo 361 del Código de Comercio dice que: "Toda prestación pactada a favor del

acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputará interés”.

Esto traje como consecuencia la discusión que se está teniendo en otros rubros, pero que ahora ya se le aplicó a la UDI respecto a, si puede haber válidamente la capitalización del interés.

En este aspecto, no me meto más que lo necesario, porque de este tema hay mucho de qué hablar.

Sostengo que ha habido una confusión, originada básicamente por un grupo de críticos que simplemente critican por criticar, que es la distinción que existe entre el anatocismo y la capitalización de intereses, que no es lo mismo. El Código de Comercio permite la capitalización de intereses y me atrevería a decir que hasta el mismo Código Civil permite la capitalización de intereses, lo que lo hace diferente, es cuando se puede pactar: si el pacto es previo o es posterior, o si la capitalización trae como consecuencia el que aparezca como interés, después de vencida la obligación.

Esas son las discusiones a las que pudiéramos referirnos: ¿el pacto es válido antes, el pacto es válido después, o el pacto o la aplicación, es hasta que haya vencido la obligación?; lo demás, sinceramente pienso que ante artículos expresos, no cabe mucha discusión al respecto.

En cuanto a actos del comercio, quisiera hacer simplemente la referencia (que un poco más adelante vamos a hacer también una connotación mayor), que siguiendo a los tratadistas, los actos de comercio se diferencian en actos de comercio absolutamente mercantiles o actos de comercio de mercantilidad condicionada, y la condicionalidad depende de la persona y del objeto que se tenga en la persecución del acto mercantil.

Entendería, que a lo que se refiere el decreto, son a actos de comercio en los dos sentidos, actos de comercio absolutos y actos de comercio de mercantilidad condicionada.

En cuanto a la aplicación particular, habla el decreto de que son obligaciones contraídas por intermediarios financieros: “Las obligaciones de pagos de sumas en moneda nacional convenidas en las operaciones financieras que celebren los correspondientes intermediarios”; podría parecer que sólo refería a aspectos de Instituciones de Crédito.

Por eso decía hace un momento, que la distinción es la aplicación general, por lo que se refiere a títulos de crédito y actos de comercio, y la aplicación particular para intermediarios financieros, por lo que se refiere prácticamente a todas sus obligaciones.

La UDI habla de un monto determinado, esto también fue una discusión muy importante llevada a cabo antes de su aparición, que consistía en que: si con la UDI pudiera traerse como consecuencia la no determinación de las obligaciones, agregándosele un párrafo al artículo 1º para quedar: “Las obligaciones pactadas en las Unidades de Inversión, se consideran de monto determinado”. Aquí se da una conexión entre Derecho Civil y Derecho Mercantil para entender que se determina en UDI’S, aunque su pago es en moneda nacional.

Entonces las obligaciones pactadas, pueden tener en este aspecto una determinación clara en pesos y centavos que se deben pagar. De cualquier manera, se le agregó este párrafo para poderse salir de las interpretaciones de las que puede hablar el Código Civil, me refiero al del Distrito Federal pero en eso son bastante parecidos los Códigos de los estados de la República, donde habla por ejemplo, tratándose de las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, en cuanto se refiere a la liquidación, se habla que tienen que ser determinadas o que puedan determinarse.

La determinación del valor de la UDI, se da con una publicación que se hace en el Diario Oficial, los días 11 y 25 de cada mes. El Banco de México, hoy mismo, debe estar publicando en el

Diario Oficial el valor de la UDI, por lo que se refiere a los siguientes 15 días.

Cómo se hace este cálculo:

Se refiere al Índice Nacional de Precios al Consumidor, les recuerdo, éste se conforma de una canasta de 2,000 distintos renglones, con el muestreo que se realiza en 30 ciudades de la República. El Índice Nacional de Precios al Consumidor es algo que frecuentemente nos provoca dolor de cabeza, que pensamos que no es cierto y como que no es posible que la inflación haya podido crecer, en los primeros quince días del mes de agosto, un 0.9% como lo decía al periódico de hoy por la mañana, ya que nosotros tenemos referencias de precios más altos que éstos.

La razón que dan los especialistas financieros, es de que no todo sube igual, inclusive, lo que ha pasado en estos primeros ocho meses del año, es que ha habido precios en México que se han visto reducidos de algunos de los 2,000 renglones o en algunas de las 30 ciudades, por ejemplo: un aspecto que comento son las rentas, en muchas ciudades de la república, éstas se han reducido; como consecuencia esto es un efecto contrario, por lo que refiere el aumento de valor que pudiera tener una referencia de esta naturaleza.

Entonces, obviamente que si sólo tomáramos en cuenta aquello que sube, aquello que nos afecta, entonces la relación del Índice Nacional de Precios al Consumidor no tiene mucha connotación con la realidad, ahora bien, si la tomamos en cuenta como se hace, que es al fin y al cabo una serie de sumas y restas, que nos dan la proporción real de los 2,000 renglones en 30 ciudades, de acuerdo a la información emitida por el Instituto Central como dato cierto, aunque a veces no lo parezca así.

Hasta aquí llego con las UDI'S.

Reestructuras de créditos bancarios

En primer lugar, quisiera referir rápidamente algunos conceptos, de todo lo que ha venido siendo algunos ataques especiales que se ha tenido en general por los asuntos de crédito.

Lo primero que quisiera decir es, ¿por qué en el mundo se da la independencia del Derecho Mercantil? Esta podría ser una discusión que a mi modo de ver ya debería de estar más que sobrepasada y que se vuelve a dar ahora con mayor fuerza.

Creo que ahora ya no tanto, porque van pasando algunas situaciones que fueron muy escandalosas por los comentarios que se hacen en medios de difusión, y que a veces son tomadas a mi modo de ver con alguna ligereza y que se prodigan en ese sentido. He escuchado en la televisión, no quisiera mencionar nombres, en donde se hace la referencia de que a las obligaciones y aplicaciones mercantiles, se les debe de considerar aplicaciones de Derecho Civil, eso lo escuché con todas sus letras, lo que considero, es imposible.

Decía aquí un compañero nuestro de Guadalajara, que es como los que se saben el credo, pero a partir de Poncio Pilatos. Es muy fácil hacer aseveraciones que no tienen ningún fundamento jurídico. Luego entonces, nos hemos puesto a buscar argumentos para encontrar la validez constitucional, desde el Código de Comercio, sobre el que se discute que es anticonstitucional.

Creo que México ha sido un país, que por su tradición legislativa, ha marcado claramente la diferencia entre Derecho Mercantil y Derecho Civil, que no ha sido una tendencia reconocida de todos los países.

Al principio de este siglo, aparecieron en algunas partes del mundo, intentos de legislación que trataron de unificar al Derecho Mercantil con el Derecho Civil, ustedes conocen el Código Civil, único de las obligaciones en Suiza, el Código Civil italiano, que es un sólo Código y que contiene normas de Derecho Mer-

cantil y de Derecho Civil, pero inclusive en estos países, la referencia es atraer al Derecho Civil a las normas del Derecho Mercantil y no al revés.

Ahora bien, por qué se tiene esta distinción:

Porque es necesario establecer una serie de normas, donde prevalezca la voluntad de las partes como suprema ley, para que pueda existir una serie de relaciones de carácter mercantil y claro, de ninguna manera pretenderé decir que no debe existir, por supuesto normas protectoras para algunos aspectos de la población que la requieran y que estas normas protectoras deberían de estar como Derecho común, de parte del Código Civil, pero no por esto podríamos concluir que necesariamente, toda la referencia de normas en operaciones que son netamente mercantiles, se les deba de aplicar, más que por una referencia de tercero o cuarto grado de normas de Derecho Civil.

Nuestro Derecho Mercantil, es un derecho que a veces es difícil de comprender, por ejemplo, nos encontramos normas que tienen 105 años de vigencia, alguna que se modificó en el año de 1989, o sea hace 6 años, en donde decía que el horario de los juzgados mercantiles era desde la salida hasta la puesta del sol; una referencia que ya puede sonar a verdaderamente añeja. Y por otra parte existen una serie de regulaciones de carácter mercantil, en donde no se encuentra ni una sola norma o referencia en la legislación vigente. Por ejemplo, todas estas operaciones modernas originadas por las "operaciones derivadas" que existen, que no encuentran un sólo antecedente legislativo.

Esto ha tenido como consecuencia, que hayan proliferado normas financieras, bursátiles y bancarias que ya no son esencialmente mercantiles por decirlo de alguna forma, sino que ya empezaron inclusive a separarse de lo que es el tronco común, ya se convierte en derecho mercantil pero mucho más especializado.

Me refiero simplemente, en una discusión que ustedes conocen perfectamente bien, que es la caución bursátil, una disposi-

ción contenida, con situaciones que lo asemejan a la prenda mercantil contenida con aspectos netamente bursátiles.

En Derecho Bancario, considero que los bancos realizan dos operaciones básicas: el depósito y la apertura de crédito. Pueden celebrar una serie de operaciones distintas, pero las de captación y colocación, son básicamente un contrato de depósito y un contrato de apertura de crédito.

Entendido lo anterior, diríamos que todas las operaciones de los bancos, por disposición expresa del Código de Comercio, son disposiciones que deben de referirse al Derecho Mercantil.

Me refiero a las fracciones XIV y XXI del artículo 75 del Código de Comercio que dice: "son actos de comercio las operaciones de los Bancos", Fracción XXI que dice: "También serán actos de comercio las obligaciones entre comerciantes y banqueros, si no son de naturaleza esencialmente civil".

Ahora bien, debemos de entender, no como esencialmente civil, porque esto ya es un término al que se le puso un adjetivo, para señalarlo como algo que lo hace especialmente limitativo, sino la palabra que a mí me interesa esclarecer en esta fracción, es la palabra comerciante. ¿Qué se entiende en la fracción XXI, por la palabra comerciante, el que lo es en los términos del Código de Comercio con toda la aplicación y amplitud que contempla?

Entonces, desde este punto de vista, comerciante es aquel que celebra una operación de comercio, aunque habitualmente no lo sea. Eso no quiere decir que las relaciones de quien realiza una operación de comercio con los bancos, está realizando un acto de comercio, sin lugar a dudas.

Por qué es mi aseveración de tal naturaleza:

Ustedes recuerdan que hay dos artículos en el Código de Comercio, donde se establecen las fronteras entre actos de comercio y actos civiles; ¿qué son los actos mixtos y los actos transitorios? Cuando dice en ambos, que cuando uno celebra una

operación mercantil y otro una operación civil, en caso de controversia, se aplica el Código de Comercio e incluso dice textualmente: "Cuando alguien hace una operación de comercio y otro una operación civil, aunque no sean en derecho comerciantes, están sujetos a las leyes mercantiles". No habla del Código de procedimientos mercantiles o a las partes del procedimiento mercantil, luego éste, es un acto mixto del artículo 1050; además el artículo cuarto, se refiere a actos accidentales y dice: "Que aquel que haga una operación de comercio, aunque no lo sea, estará obligado a sujetarse a las leyes del Derecho Mercantil". Entonces para mí, no cabe la menor duda que aquel que celebra una operación con un Banco, que no sea un acto esencialmente civil, se sujetará a la legislación mercantil.

Ahora bien, decía que las operaciones que realizan los Bancos, son el depósito y la apertura de crédito. La apertura de crédito está legislada en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 1° dice: "Que los títulos de crédito-son cosas mercantiles", y en el segundo párrafo dice: "Que las operaciones que en ellos se consignan, son actos de Comercio". Entonces aquel que celebra una apertura de crédito está llevando a cabo un acto de comercio.

Discutía yo el otro día con un juris-civilista, que me decía, que cuando los Bancos celebran un crédito de vivienda, (que a mi modo de ver, está mal titulado, se les conoce como créditos hipotecarios, creo, que desde ahí empieza la confusión, diría que es una apertura de crédito garantizado con hipoteca). En realidad no celebran una apertura de crédito, lo que están celebrando es un préstamo. Porque eso es, no es una apertura de crédito, la naturaleza de la operación es una cantidad que se entrega, y que se dispone inmediatamente, por lo tanto es un préstamo. Por supuesto no estoy de acuerdo; en primer lugar, si ustedes ven en

su Código de Comercio el artículo 358, que se refiere al préstamo o mutuo mercantil, la ley no lo define, (es una cuestión interesante). Claro, alguien me podría decir que las leyes no son tratados de derecho, ya que sólo establecen normas. Pues sí. Pero también es cierto que las leyes cuando están refiriéndose a un contrato, normalmente ponen las características principales. Y cuando ustedes acuden a observar el 358 del Código de Comercio dice: "se reputa mercantil el préstamo, cuando se refiere a cosas de comercio"; se da por entendido el mutuo, todo mundo sabe qué es, y por lo tanto, no existen elementos que estimaría pudieran diferenciarlo de otro.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, sí define lo que es una apertura de crédito, por lo menos establece sus características esenciales; entonces, ante este argumento, se rebatió diciendo: Bueno, lo que le es propio a la apertura de crédito, es poner a disposición y/o a asumir obligaciones, no menciona para nada el que pueda ser dispuesto de inmediato, inclusive en el tercer párrafo del artículo 294 que refiere a que: "Cuando no se estipula tiempo, cualquiera de las partes puede dar por concluido el contrato de apertura de crédito". (No estoy hablando de la obligación de pago, sino de poner a disposición).

Pero luego viene un artículo más claro, que es el artículo 295 que dice: "Salvo pacto contrario, las cantidades que se ponen a disposición, se entienden a la vista". Diría que a la apertura de crédito no le es de naturaleza el plazo. Quiero decir que si hoy abro un crédito y el acreditado dispone inmediatamente del mismo, no por eso estoy celebrando un contrato distinto, estoy celebrando un contrato de apertura de crédito, porque reúne todas las características de éste.

Entonces no veo por qué, cuando una persona se acerca a un Banco a protocolizar su operación ante ustedes, claro que está celebrando una apertura de crédito porque tratándose de Bancos, es la operación lógica que se puede celebrar.

Si llegamos al extremo de como está constituida la intermediación del crédito de un Banco, llegaríamos a la conclusión que éste, no puede celebrar mutuos, sino que lógicamente debería celebrar aperturas de crédito, que es poner a disposición determinadas cantidades.

Creo que ha habido errores en este sentido, porque conozco contratos de crédito de operaciones de Bancos que están documentados en préstamos o mutuos. Insisto, debe de celebrarse una apertura de crédito, que debe de mencionarse así y se deben establecer las condiciones que la hacen diferente al préstamo o al mutuo.

Ahora bien, acerca de lo que es la supletoriedad en materia mercantil:

Ustedes saben, que hablando específicamente de disposiciones de operaciones de créditos de Bancos, son supletorias las mismas legislaciones mercantiles, los usos y prácticas bancarias y mercantiles y después la legislación común. Esto quiere decir que para que llegue a la legislación común, se tiene que haber pasado por una serie de fuentes formales de la ley. Entonces concluiría, que no tengo duda que las operaciones que celebramos como la apertura de crédito, son actos mercantiles y que por lo tanto, se les aplican las disposiciones de Derecho Mercantil, y no las disposiciones del Derecho Civil.

Desde que empezaron a aparecer algunas disposiciones de Derecho Bancario, se legisló acerca de verdaderos privilegios bancarios. Leo simplemente como referencia, lo que se estableció en el Código de Comercio en 1884, que en el capítulo relativo a Bancos, decía el artículo 988: "Si la garantía consiste en hipoteca en primer lugar, se rematará el inmueble hipotecado sin formal juicio, haciéndose la venta en un solo remate que presidirá el interventor del gobierno...". Esto es un privilegio. Esto, sí, con todas las dudas que pudiera tener desde el punto de vista constitucional, esto era un privilegio.

Todavía en la Ley de 1932, la Ley General de Instituciones de Crédito establecía que: "En los casos de préstamos de habilitación y avío, refaccionarios, hipotecarios otorgados en los términos de esta ley, al hacer exigible la obligación la Institución, podrán tomar judicialmente la posesión de la finca". Los que tenemos algo de juventud acumulada, empezamos a ver que los privilegios han ido desapareciendo.

En las formalidades de un contrato de habilitación o avío, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece que para constituir hipoteca, como ustedes bien conocen, no se requiere de la intervención de un Corredor o de un Notario Público, al contrario, dice que deben seguirse algunas disposiciones, como es la ratificación de firmas.

Algunos tratadistas han dicho que ésta debe ser la formalidad, porque en Derecho Mercantil no hay más formalidad que la que la ley señala, pero cuando ésta dispone una formalidad, hay que seguirla. Entonces en este supuesto debería de entenderse que el crédito de habilitación sólo necesita ratificarse, no necesitaría de la presencia de un fedatario. Cuando nos vamos a la Ley General de Instituciones de Crédito, el artículo 66 regula la intervención de un fedatario, entonces, ¿pudiéramos considerar a la formalidad aplicada para bancos en los créditos de habilitación o avío como un privilegio bancario? En realidad es lo contrario.

En relación a la posibilidad de que existan garantías civiles en las obligaciones mercantiles: ¿se puede garantizar una apertura de crédito con una prenda civil?, ¿por qué no? O también se puede garantizar una apertura de crédito con una hipoteca. La hipoteca es civil, pero ¿qué tiene que ver? Aquí estaríamos celebrando una operación eminentemente mercantil, que es una apertura de crédito con una operación secundaria, la hipoteca que es civil.

El problema de no pago, al principio se trató de fundar en una

cuestión jurídica y por eso vinieron los ataques referentes a la constitución de garantías; se convirtió posteriormente en un problema político, que derivó en las tensiones de todas las esferas políticas del país.

No quedó ahí, se convirtió en un problema social, y diría que últimamente se ha pretendido calificar como una cuestión ético jurídica, porque he encontrado argumentos en donde se cuestiona hasta la legalidad ética del cobro de intereses. Hay una exacerbada situación contraria por el cobro de intereses.

Parece que los Bancos son los únicos responsables de toda la situación y los que han orillado todo tipo de circunstancias. Parece que hoy el cobro de intereses está puesto en duda. Entonces, cómo justifico el no pagar. No puede haber argumentos jurídicos, no puede haber argumentos políticos ni sociales. Nos pusimos a estudiar hasta donde pudiera llegar la ética en el cobro de los intereses. La Encíclica de Benedicto XIV del año de 1745, habla en cuanto al concepto de interés, de tres aspectos, que le llaman el daño emergente, que quiere decir las pérdidas que el prestamista tiene que sufrir en sus bienes para obtener el dinero que da en préstamo. El *lucro cesante*, que es la ganancia que el prestamista se verá privado, por carecer de dinero y la tercera que es el peligro de pérdida, que es la posibilidad que tiene el prestamista de no recobrar el capital si el mutuatario resulta tener malos manejos o ser incumplido.

El Acuerdo de Apoyo Inmediato a los Deudores de la Banca, como lo dije, favorece a los que están al corriente, esto yo creo que era un reclamo muy lógico, la mayoría, la inmensa mayoría de los acreditados están al corriente; si estamos hablando de una cartera vencida del 20% que puede llegar en algunos casos a treinta y tantos, quiere decir que hay más deudores cumplidos, y que por lo tanto habría que premiar su situación de resistencia. Se incluye dentro de este concepto para hablar de males, al tarjetahabiente que tiene hasta tres mensualidades vencidas, ese

es también dentro de la definición del concepto un deudor cumplido.

Habla básicamente de dos cosas, de una tregua de carácter judicial que ya se dio, ésta ya tiene 48 horas de existir, que quiere decir que los Bancos ni prosiguen lo que ya tienen iniciado, ni inician demandas. La primera ventaja es de un plazo que vence hasta el 31 de octubre de este año.

La segunda es una tasa de interés privilegiada, misma que cuesta cantidades importantísimas de dinero, que es la reducción básicamente, a una tasa preferente para tarjeta de crédito, créditos hipotecarios, créditos agropecuarios y otros.

Cuando se hace la referencia de a quién va la protección de este plan, es al ochenta y tantos por ciento de la gente, de la clientela bancaria, y en algunos casos al 100% de las personas. En el caso de tarjeta de crédito es un beneficio parcial a todas las personas, porque por sus primeros \$5,000.00 tienen un interés aplicado a toda la clientela del 25%.

Por lo que se refiere al demás saldo, existen normas preferentes por lo que refiere al mínimo a pagar, que esas son de las cosas que hay que ver también con detenimiento en el acuerdo.

Normalmente hemos visto en nuestro país, que cuando han venido épocas de inflación, por supuesto, que las épocas más difíciles son las más cercanas a lo que se dio al efecto de devaluación, pero posteriormente la economía se va ajustando, y normalmente los precios empiezan a encontrar un equilibrio. Lo que quisiéramos es que fuera lo más pronto y que fuera factible. Cuántas veces por ejemplo, en el caso de créditos para la vivienda encontramos, que en los créditos otorgados, después del paso de una o dos devaluaciones que se dieron en el término de 10 o 12 años, los pagos del capital y las cantidades que se consideraban, resultaban verdaderamente ridículas, lo que creo que hoy habría que atender, es un problema muy serio de liquidez, y que hay que encontrar algunas soluciones que lo disminuyan.

No hay soluciones mágicas, no hay soluciones que eviten el pago, no hay soluciones que traigan como consecuencia la eliminación de los adeudos, eso es imposible. En cualquier lugar que se diera, tendría el efecto "boomerang".

Sin lugar a duda, concluyo diciéndoles, que creo que estamos todos comprometidos en que México siga siendo un Estado de Derecho; por todos los medios lo debemos de conseguir.

Creo que la aplicación de la ley es la única manera de poder nos salvar y que hay que entender que es una responsabilidad muy importante, la de emitir opiniones jurídicas valederas, ciertas y apoyadas en la realidad.

A veces se encuentra uno con la coyuntura mental de distinguir entre lo que conviene o simpatiza, contra una opinión jurídica como tal.

Yo también soy deudor de la Banca y por supuesto que desde el punto de vista simpatía, me interesaría pagar mucho menos para mi economía particular, pero una cosa es lo que me simpatiza y otra cosa es el verdadero contenido jurídico de las cosas.

Lo que pretendí hoy con el grupo de compañeros Notarios, es venir y platicarles una serie de inquietudes que sinceramente siento que existen, créanmelo y lo digo con gran honestidad, desde el punto de vista jurídico, estoy convencido de ello e independientemente de que no haya tratado de convencerlos, sino quise el expresarles un punto de vista muy sincero.