

LA CARTERA VENCIDA BANCARIA: ALTERNATIVAS DE NORMATIVIDAD

Ana Valentina ROMERO MARÍN*

Sumario: 1. Marco jurídico de las operaciones bancarias. 2. Contratos utilizados por los bancos. 3. Intereses. 4. Procedimientos de ejecución. 5. Jurisprudencia emitida por la SCJN para resolver las contradicciones de tesis sostenidas por los Tribunales Colegiados de Circuito. 6. Nueva normatividad en materia bancaria relación al otorgamiento de créditos.

Muchas personas que habían contratado con las instituciones bancarias, principalmente tratándose de los Contratos de Apertura de Crédito Simple con Interés y Garantía Hipotecaria, Mutuo con Interés, etcétera, se vieron gravemente afectadas en su patrimonio debido al cambio radical de las condiciones en las que habían contraído sus obligaciones de pago, ya que el monto de los intereses sufrió un incremento desproporcionado al convenido inicialmente en el contrato, provocando con ello una onerosidad excesiva.

En cuanto al marco legal aplicable al momento de presentarse la crisis, se encuentran diferentes leyes mercantiles, civiles y bancarias, tales como el Código de Comercio, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Instituciones de Crédito y Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, cuyo análisis será materia del presente artículo.

1. MARCO JURÍDICO DE LAS OPERACIONES BANCARIAS

Por medio de los bancos se capta la mayor parte del ahorro de la población y dichos recursos son canalizados a los individuos, empresas y gobierno para financiar el consumo y la inversión. Asimismo, la banca facilita el intercambio de bienes y servicios en la sociedad a través de los distintos medios de pago. Lo anterior lo realizan a través de las opera-

* Maestra en Derecho, por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

ciones pasivas, activas y de servicios. Las mismas se definen de la siguiente manera.

Las pasivas consisten en la aceptación en propiedad de capitales ajenos para el fortalecimiento de los propios medios de explotación, o también se entienden como la admisión de capital ajeno para su inversión lucrativa.¹

El artículo 46 de la LIC enunciando a las operaciones pasivas en las fracciones I, II, III y IV, refiere que los bancos pueden:

I. Recibir depósitos bancarios de dinero: a) a la vista; b) retirables en días preestablecidos; c) de ahorro; y d) a plazo o con previo aviso. II. Aceptar préstamos y créditos; III. Emitir bonos bancarios; y IV. Emitir obligaciones subordinadas.

Existen muchas operaciones en las cuales las instituciones de crédito no se dedican ni a captar ni a colocar recursos del público, sino que sólo prestan un servicio,² son el resultado de nuevas alternativas de negociación rentable, así que en la mencionada ley se han ido incorporando la prestación de los servicios bancarios, éstas son operaciones que se realizan a través de contratos que se establecen entre un cliente y un banco, en donde el primero tiene la obligación de cubrir un dinero y el segundo la de prestar determinados servicios,³ así en el propio artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito de las fracciones X a la XXII se mencionan, entre otros los servicios siguientes:

Promover la organización y transformación de toda clase de empresas o sociedades mercantiles y suscribir y conservar acciones o partes de interés en las mismas; Operar con documentos mercantiles con cuenta propia; Llevar a cabo por cuenta propia o de terceros operaciones con oro, plata y divisas, incluyendo repartos sobre estas últimas; Prestar servicios de caja de seguridad; Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes; Practicar las operaciones de fideicomiso a que se refiere la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y llevar a cabo mandatos y comisiones; Recibir depósitos en administración o custodia, o en garantía por cuenta de terceros, de títulos o valores y en general de documentos mercantiles; Llevar la contabilidad y los libros de actas y registro de sociedades y empresas; Desempeñar el cargo de albacea; Desempeñar la sindicatura o encargarse de la liquidación judicial o extrajudicial de negociaciones, establecimientos, concursos o herencias; Encargarse de hacer avalúos que tendrán la misma fuerza probatoria que las leyes asignan a los hechos por corredor público o perito.

Las operaciones activas son aquellas operaciones por virtud de las cuales los bancos colocan en el mercado nacional los recursos que

¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Joaquín; *Derecho Mercantil*, 23ª edición, Ed. Porrúa, México 1998, p. 57.

² RUIZ TORRES, Humberto Enrique; *Elementos de Derecho Bancario*. Ed. Mc Graw-Hill, México 1997, p. 16.

³ Cfr. DE LA FUENTE, Jesús; *op. cit.*, pp. 283, 304 y 336

mediante operaciones pasivas captan del público ahorrador, lo cual es posible mediante la intermediación bancaria.⁴ El mismo artículo 46, de la LIC en las fracciones de la v a la viii y xxiv señala como operaciones activas, las siguientes:

v. Constituir depósitos en instituciones de crédito y entidades financieras del exterior; vi. Efectuar descuentos y otorgar préstamos o créditos; vii. Expedir tarjetas de crédito con base en contratos de apertura de crédito en cuenta corriente; viii. Asumir obligaciones por cuenta de terceros, con base en créditos concedidos, a través del otorgamiento de aceptaciones, endoso o aval de títulos de crédito, así como de la expedición de cartas de crédito; xxiv. Celebrar contratos de arrendamiento financiero y adquirir los bienes que sean objeto de tales contratos.

Cabe mencionar que de acuerdo con el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, la canalización de los recursos en operaciones bancarias activas, se identifica bajo la denominación genérica de “financiamientos”, no obstante los mismos se otorgan a través de los contratos de apertura de crédito antes referidos, o bien a través del contrato de préstamo regulado por el Código de Comercio, y en última instancia el mutuo civil, no obstante estos dos últimos resultan de mucho menor y casi nula utilización práctica por parte de los banqueros, lo que encuentra su explicación en la capitalización de intereses a que nos referiremos más adelante.

Las instituciones financieras, antes de otorgar un crédito deben tomar en cuenta varios factores que se mencionan en la ley, sin embargo en los años precedentes a la crisis de diciembre de 1994 no lo hicieron, lo que en buena medida constituyó un factor adicional que agravó los efectos de la cartera vencida bancaria según se analizará en éste capítulo.

El artículo 65 de la LIC, establece los lineamientos genéricos a los que deben sujetarse las instituciones para realizar la operación activa consistente en el otorgamiento de financiamientos estableciendo dicho precepto:

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

Con relación al señalamiento del artículo anterior, deducimos que si las autoridades encargadas de emitir las disposiciones para el otorga-

⁴ Cfr. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín. *op. cit.*, p. 75

miento de créditos hubieran realizado eficientemente su labor, habría sido difícil o improbable que la crisis alcanzara las dimensiones que conocemos, los proyectos de inversión de los acreditados se hubiesen calificado como inviables, múltiples créditos no habrían sido otorgados y así el problema habría sido de menor magnitud.

Una vez que hemos analizado los aspectos a ser cumplidos por las instituciones, previamente al otorgamiento de sus financiamientos, pasaremos a estudiar los diversos tipos de contratos al amparo de los cuales se formalizan o cuando menos debieran formalizarse, las llamadas operaciones activas.

2. CONTRATOS UTILIZADOS POR LOS BANCOS

Contrato de Mutuo: De acuerdo con el artículo 2384 del CCDF, el mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

El vigente CCDF ya trata a ambos contratos como substancialmente distintos, diferenciándolos al referir al mutuo como traslativo de dominio y al comodato de uso.

Rojina Villegas refiere que el mutuo puede ser civil o mercantil (préstamo), en términos de lo dispuesto por el Código de Comercio, cuando las cosas prestadas se destinan a actos de comercio o bien que el contrato se celebre entre comerciantes.⁵

Mutuo simple. Por éste entendemos aquel en el que no se estipula compensación alguna en dinero u otro valor, y donde el mutuuario solamente está obligado a restituir la cosa.

Mutuo con interés. Cuando si se pacta una compensación y el deudor se obliga a pagar una suma de dinero además de restituir el valor de lo prestado.

El artículo 2393 del Código Civil establece que es permitido estipular intereses por el mutuo, ya consten en dinero, ya en género. Nos dice Rafael De Pina que el mutuo es normalmente un préstamo sin interés y que el préstamo con interés es usurero y que así, el mutuo con interés encierra el peligro de aparecer como un contrato usurero y que el legislador trata de impedir los préstamos de tal característica y remediar sus perniciosas consecuencias.⁶

⁵ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael; *Compendio de Derecho Civil*. 4ª. edición, Tomo Cuarto, Ed. Porrúa, México 1979, p. 189.

⁶ Cfr. DE PINA, RAFAEL; *Elementos de Derecho Civil Mexicano*. 2ª. edición, Volumen IV, Ed. Porrúa, México 1966, p. 97.

Contrato de Préstamo: Del artículo 358 del Código de Comercio se desprende que el préstamo mercantil supone la existencia de dos elementos, a saber, uno objetivo, que es cuando la cosa prestada se destina a la realización de actos de comercio y uno subjetivo, que es cuando el préstamo se contrata entre comerciantes.

En efecto, el artículo 358 antes referido establece que se reputa mercantil el préstamo cuando se contrae en el concepto y con la expresión de que las cosas prestadas se destinan a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste; se presume mercantil el préstamo que se contrae entre comerciantes.

La doble señalada circunstancia es la que determina el carácter accesorio del préstamo mercantil, que no es en sí mismo un acto de comercio, sino que adquiere la calidad mercantil a través del acto principal a que las cosas prestadas se destinan.⁷

Cuando la calificación la recibe de la intervención de los comerciantes, se entiende o se presume que estos destinarán las cosas a la realización de actos de comercio.⁸

El préstamo es un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa y por ello es considerado un contrato real. Asimismo, es un contrato traslativo de dominio, ya que la cosa prestada lleva el destino de ser consumida, y la obligación del deudor en el tiempo convenido se cumple cuando éste entrega al acreedor otros bienes de la misma especie y calidad, ya que se trata de bienes fungibles, que por ello tienen un mismo valor liberatorio.

Lo anterior se confirma con el texto legal, que establece: se devolverá la cantidad de dinero igual a la recibida, otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, así, igual cantidad en la misma especie y calidad (artículo 359).

El préstamo puede ser de dinero, de títulos o de especie. Tratándose de préstamo en dinero, se estará siempre en presencia de títulos fungibles, que no entran en la categoría de dinero o de títulos, y si el prestatario no puede devolver bienes de la misma especie y calidad o su equivalente por haberse extinguido, cumplirá con su obligación entregando su equivalente en metálico.

Cuando el préstamo se sujeta a plazo, su pago será exigible al vencerse el mismo, y cuando se realizó por tiempo no determinado, no podrá exigirse al deudor el pago sino transcurridos treinta días después de la interpelación que se le haga, ya sea judicial o extrajudicialmente. Ahora bien, el préstamo mercantil incorporará normalmente el pago de intereses, dentro de los cuales debemos distinguir a los llamados normales, que implican en sí mismos el beneficio que el prestatario debe cubrir al prestador por la concesión del préstamo. Es decir se trata de un pre-

⁷ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar; *Contratos Mercantiles*, 2ª. edición, Ed. Porrúa, México 1985, p. 140.

⁸ *Ibidem*.

mio, derivado del costo mismo del dinero, como mercancía que es, y en tal sentido, cuando así lo estipulen las partes, el prestatario pagará al prestador el interés convenido.

Contrato de Apertura de Crédito: Contrato estructurado en la práctica bancaria y considerado por la ley como una operación activa. Se incorpora a la actividad mercantil normada a partir de la expedición de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, del año de 1932. Mantilla Molina la considera como una actividad absolutamente mercantil.⁹

La apertura de crédito es definida por el artículo 291 de la ley referida como el contrato en virtud del cual 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, términos y condiciones convenidos, quedando obligado el acreditado a restituir al acreditante las sumas de que disponga o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo y en todo caso, a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.

Refiere Cervantes Ahumada que el contrato relativo produce dos efectos; a saber, uno inmediato que consiste en la concesión del crédito por el acreditante al acreditado y un efecto futuro y eventual al retirar éste las partidas puestas a su disposición por aquel, o utilizar su firma en la asunción de obligaciones por cuenta del propio acreditado.¹⁰

Aún cuando estamos en presencia de un contrato que no es privativo de la práctica bancaria, es en ella donde se ha desarrollado, existiendo inclusive diversas referencias normativas que delimitan el marco regulatorio a que deben sujetarse las instituciones de crédito, cuando al realizar esta operación activa conceden esta forma de financiamiento.

Así, el objeto del contrato es de dinero o de firma. La apertura de crédito en dinero se da cuando el acreditante se obliga a poner a disposición del acreditado una suma determinada de dinero para que éste disponga de ella en los términos pactados. Por su parte, la apertura de crédito de firma sirve para que el acreditante ponga a disposición del acreditado por su propia capacidad crediticia, asumiendo por su cuenta una obligación.

Por la forma de disposición del crédito, el contrato puede ser simple o en cuenta corriente: Es simple cuando el crédito se agota por la disposición que de él haga el acreditado, esto es, cuando dispone de la cantidad en un solo acto, (tracto instantáneo) normalmente una apertura de crédito simple. En la apertura de crédito en cuenta corriente, el acredita-

⁹ MANTILLA MOLINA, Roberto; *Derecho Mercantil*, 11ª. edición, Ed. Porrúa, México 1970, pp. 54-57.

¹⁰ Cfr. CERVANTES AHUMADA, Raúl. *Títulos y Operaciones de Crédito*, 6ª. edición, Ed. Herrero, México 1969, p. 246.

do dispone del crédito en la forma convenida y el término del contrato lo estipulan las partes. La apertura de crédito en cuenta corriente normalmente se otorga para apoyar a la industria, la agricultura, la ganadería, la avicultura, es decir, actividades de procesos más o menos largos.

En función del objeto a que se destinará el crédito, distinguimos la apertura de crédito de habilitación o avío de la apertura de crédito refaccionario. Respecto del contrato de habilitación o avío, el artículo 321 de la ley de la materia establece que el crédito de habilitación o avío se aplica para la adquisición de materias primas y materiales, pagos de jornales, salarios y gastos directos de explotación indispensables para los fines de la empresa. La apertura de crédito refaccionario por su parte, es, de acuerdo con el artículo 323 de la propia ley, un contrato que suele utilizarse para la adquisición de bienes de consumo duradero, tales como aperos, instrumentos útiles de labranza, ganado, animales de cría, maquinaria o en la construcción de obras.

Asimismo, el artículo 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su parte relativa que el crédito refaccionario puede ser aplicado para el pago de pasivos siempre que el monto de tal aplicación no rebase el cincuenta por ciento del crédito y que tales pasivos deriven de adeudos fiscales o bien de gastos de explotación, o compras de bienes o de ejecución de obras que hayan tenido lugar dentro del año anterior a la fecha de celebración del contrato de apertura de crédito.

Cuando el crédito refaccionario es otorgado por una institución bancaria, el régimen legal establecido para el otorgamiento de créditos destinados al pago de pasivos se complementa por lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Instituciones de Crédito enmarcado por las operaciones activas, en su fracción v, que establece;

No excederá del cincuenta por ciento la parte de los créditos refaccionarios que se destine a cubrir los pasivos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 323 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Comisión Nacional Bancaria podrá autorizar, en casos excepcionales que se exceda este límite.

En lo referente a la forma de los contratos de habilitación o avío o refaccionarios, los mismos deberán otorgarse por escrito tal y como así lo exige el artículo 326, fracción III, de la ley.

Por otro lado y para que surta efectos ante terceros, el contrato relativo, deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio (artículo 326, fracción IV, de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito), en relación con el artículo 26 del Código de Comercio que señala que los documentos que conforme al propio código deberán registrarse y no se registren, solo producirán efectos entre quienes los otorguen pero no producirán

efectos respecto a terceros quienes sí podrán aprovecharlos en lo que les fuere favorables, lo cual presentaría una situación de suma gravedad en materia de prelación y constitución de gravámenes reales.

Tanto en los créditos de habilitación o avío como en los refaccionarios, la garantía de cumplimiento de las obligaciones de los acreditados se hace consistir en los propios bienes que se adquieran con motivo de la aplicación del crédito o bien los producidos por ellos, tal y como lo refieren los artículos 322 y 323, respectivamente, de la ley, lo cual supone el otorgamiento de garantías prendarias e hipotecarias, entre otras.¹¹

Además, a las anteriores formas de constitución de garantías prendarias debemos agregar la llamada prenda sin transmisión de posesión que se incorpora en el nuevo artículo 346 de la propia ley, con motivo de las reformas recientemente publicadas.¹²

El artículo 69, tercer párrafo de la Ley de Instituciones de Crédito establece que la prenda que se otorgue con motivo de los préstamos concedidos por los bancos para la adquisición de bienes de consumo duradero, podrá constituirse entregando al acreedor la factura que demuestre la propiedad de la cosa comprada con el importe del crédito, haciendo la anotación en el documento y el bien quedará en posesión del acreditado como depositario del mismo. Por su parte, el artículo 67 de la propia Ley Bancaria refiere que las hipotecas constituidas a favor de las instituciones de crédito, sobre la unidad completa de una empresa industrial agrícola, ganadera o de servicios deberán comprender todos los elementos materiales, muebles o inmuebles afectos a la explotación considerados en esa unidad, además de incluir el dinero en caja de la explotación corriente y los créditos a favor de la empresa, originados por sus operaciones, y se establece asimismo la obligación para los bancos de permitir la explotación de los bienes afectos a las mismas conforme al destino que les corresponda. La ley también refiere la posibilidad de que contra cada entrega de dinero a favor del acreditado, este podrá otorgar los llamados pagarés de disposición.¹³

¹¹ En efecto, el artículo 322 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito señala que los créditos de habilitación o avío estarán garantizados con las materias primas y materiales adquiridos con los frutos, productos o artefactos que se obtengan con el crédito, aunque estos sean futuros o pendientes, y por su parte el artículo 324 de la propia ley refiere; los créditos refaccionarios quedarán garantizados simultánea o separadamente, con las fincas, construcciones, edificios, maquinarias, aperos, instrumentos, muebles y útiles, y con los frutos o productos futuros, pendientes o ya obtenidos, de la empresa a cuyo fomento haya sido destinado el préstamo.

¹² El artículo 350 de la ley con motivo de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* con fecha 23 de mayo del año 2000, señala; la prenda sin transmisión de posesión constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes, excepcionalmente podrá pactarse que el acreedor o un tercero tenga la posesión material de los bienes pignorados.

¹³ En efecto, el artículo 325 establece que el acreditado podrá otorgar a la orden del acreditante pagarés que representen las disposiciones que haga del crédito concedido siempre que los vencimientos no sean posteriores a los del crédito, que se haga constar en tales documentos su procedencia de una manera que queden suficientemente identificados y que revelen las anotaciones de registro del crédito original, la transmisión de estos títulos implica, en todo caso, la responsabilidad solidaria de quien la efectúe y el traspaso de la parte correspondiente del principal del crédito representada por el pagaré, con las garantías y demás derechos accesorios en la proporción que corresponda.

Por otro lado, el crédito debe ser destinado para el objeto señalado en el contrato, lo cual supone una vigilancia por parte del acreditante y si el acreditado da un destino diferente al pactado en el contrato al crédito otorgado, se producirá la rescisión, al incurrir el acreditado en una de las causas de vencimiento anticipado, lo que permite al acreditante exigir el reembolso de la cantidad otorgada y sus accesorios: La banca no puede permanecer indiferente frente a la forma diversa de utilizar el crédito, si ello provoca o crea una desventaja en su calidad de acreditante.¹⁴

Por lo que se refiere a la terminación del contrato, el mismo está sujeto a los plazos convenidos, además de las causas normales de extinción a que se refiere el artículo 301 de la ley.¹⁵

3. INTERESES

Los intereses se encuentran regulados tanto por el Código Civil de aplicación en materia federal como por el Código de Comercio. En este sentido, el CC en su artículo 2395 señala que el interés es legal o convencional, el legal es del 9 por ciento anual y el convencional, el que fijen los contratantes y puede ser mayor o menor al legal.

Además, refiriéndose a la lesión, la ley establece que cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario 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. Frente a la fijación de intereses desmedidos, según vemos, cabe la posibilidad de que el juez reduzca equitativamente los mismos hasta que lleguen al interés legal, lo cual implica ajustar las condiciones del contrato aplicando la equidad que es concebida como uno de los principios generales del derecho.

Además cabe mencionar que la fijación excesiva de interés podría viciar el consentimiento y afectar el contrato de nulidad relativa, ya que

¹⁴ VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar; *op. cit.*, p. 400.

¹⁵ El artículo de que se trata establece que el crédito se extinguirá, cesando el derecho del acreditado para hacer uso de él en lo futuro; I. Por haber dispuesto de la totalidad de su importe, II. Por la expiración del término convenido o por la notificación de haberse dado por terminado el contrato, III. Por la denuncia que del contrato se haga, IV. Por la falta o disminución de las garantías pactadas a cargo del acreditado, ocurridas con posterioridad al contrato, a menos que el acreditado suple o sustituya debidamente la garantía en el término convenido, V. Por hallarse cualquiera de las partes en suspensión de pagos, de liquidación judicial o de quiebra, y, VI. Por muerte, interdicción, inhabilitación o ausencia del acreditado, o por disolución de la sociedad a cuyo favor se hubiere concedido el crédito.

Si por otro lado, el acreditado constituyó un fideicomiso de garantía del crédito afectando bienes muebles o inmuebles, el acreditante puede frente al incumplimiento de su contraparte, solicitar de la institución fiduciaria que proceda al remate de los bienes afectados al fideicomiso sin necesidad de intervención judicial.

se estaría en presencia de una lesión.¹⁶ Pero el pago de los llamados intereses normales no debe confundirse de los moratorios, ya que por estos debemos entender al castigo por ley o voluntad de las partes, que se impone al prestatario cuando no cumple en tiempo con su obligación de restituir el préstamo otorgado y sus accesorios y, con el objeto de que de esa manera se restituya al prestador del demérito patrimonial que sufre al no contar en el tiempo acordado con su dinero.

Así, el artículo 362 del Código de Comercio señala que los deudores que demoren en el pago de sus deudas pagarán el interés pactado o en su defecto el 6 por ciento anual, el cual se conceptúa como el interés al tipo legal en materia mercantil.

Ahora bien, en el supuesto de que por voluntad de las partes y, en contratos que lo autoricen, es posible que los intereses se capitalicen, produciendo a su vez nuevos intereses, lo cual enmarca la figura del anatocismo. Aún y cuando la ley mexicana no utiliza ese vocablo, nos referiremos a continuación al llamado anatocismo, que es estudiado por el ilustre jurista Rafael Rojina Villegas.

En efecto, dice el maestro que por anatocismo debemos entender el pacto por virtud del cual el mutuante y mutuuario convienen en que los intereses se capitalicen y produzcan a su vez nuevos intereses y que el artículo 2397, del Código Civil siguiendo la misma tendencia de proteger al mutuuario, prohíbe de antemano la capitalización de intereses, es decir, el pacto llamado anatocismo, lo que constituía otra forma de lesión tolerada por el Código de 1884, bajo el sustento de la autonomía de la voluntad.

Siguiendo a nuestro autor, nos dice que la capitalización de intereses entraña un peligro porque aumenta con rapidez el pasivo de los deudores y que por ello Justiniano terminó por prohibir el anatocismo de manera absoluta, Código Justiniano Libro IV, Título 32, Ley 28.¹⁷ Al referirse tanto a la sanción legal que el anatocismo produce (*nulidad*), como a la tipificación de la usura como delito, Rafael De Pina señala:

Pone ello de manifiesto la gravedad que el legislador reconoce a la cuestión de la usura, y su propósito de combatir un fenómeno social como este, (que acusa siempre en una determinada sociedad un grado elevado de inmoralidad y egoísmo), con todas las armas que tiene a su alcance.¹⁸

¹⁶ Efectivamente, la lesión aparece regulada por el artículo 17 del Código Civil para el Distrito Federal, el cual señala; 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.

¹⁷ Cfr. ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, p. 195.

¹⁸ DE PINA, Rafael; *op. cit.*, p. 98.

En materia de capitalización de intereses, el Código de Comercio establece en su artículo 363, que los intereses vencidos y no pagados no pueden a su vez generar intereses, pero que las partes podrán capitalizarlos, lo cual supone que la voluntad de las mismas se encuentre expresada en tal sentido en los contratos relativos.

Por otro lado, si el acreedor recibe el principal sin reservarse el derecho al cobro de los intereses, no podrá reclamarlos con posterioridad, además la aplicación de los pagos debe realizarse en primer término al concepto intereses y posteriormente al capital.

4. PROCEDIMIENTOS DE EJECUCIÓN

En el supuesto de que el deudor incumpla con las obligaciones relativas a los pagos del crédito concedido la institución de crédito cuenta con la posibilidad del seguimiento de diversas acciones judiciales para exigir los pagos relativos. Lo anterior se encuentra determinado por los diversos instrumentos y garantías que al efecto hubiere constituido el deudor o bien terceros.

En un primer término sabemos que las instituciones bancarias cuentan con la posibilidad del seguimiento del Juicio Ejecutivo Mercantil sustentado en base a los pagarés de disposición, que de conformidad con la fracción IV del artículo 1391 del Código de Comercio, constituyen títulos ejecutivos, y por ende dan a la institución la posibilidad del seguimiento del Juicio Ejecutivo Mercantil.

Independientemente de lo anterior, y de conformidad con la fracción VIII del propio artículo 1391 del citado código, en relación con el 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, podrá también la institución dar seguimiento a un Juicio Ejecutivo Mercantil en contra del acreditado, teniendo como sustento, para procedencia de la vía, los contratos o pólizas en que se hubiere hecho constar el crédito, conjuntamente con el estado de cuenta del contador público facultado por la institución. Además en los créditos denominados "hipotecarios", al momento de su otorgamiento, habiéndose constituido garantía hipotecaria a favor de la institución por parte del acreditado, ante el eventual incumplimiento de este último, la institución bancaria podrá seguir en su contra el Juicio Especial Hipotecario contenido en los ordenamientos procesales locales.

Por otro lado y de acuerdo con la práctica corriente, y sobre todo en el caso del otorgamiento de créditos hipotecarios, es común que al celebrarse los contratos relativos, los acreditados constituyan prenda (sin transmisión de posesión) a favor de la institución bancaria, la cual tendrá la posibilidad de seguir el procedimiento de ejecución relativo en

contra del deudor, de acuerdo con el Título tercero bis del Código de Comercio, reformado con fecha 23 de mayo de 2000.

Otra herramienta con la que cuentan las instituciones de crédito para obtener eficazmente la recuperación de los créditos concedidos, es la que se contiene en el seguimiento del procedimiento de ejecución de la fianza que eventualmente pudiera haberse constituido para garantizar la obligación de cumplimiento del deudor, misma que se tramita en la vía especial a que se refiere el artículo 94 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas que se sigue ante el juez ordinario, que aún cuando sabemos que tal procedimiento se endereza en contra de la institución y no del deudor, en última instancia el resultado de tal procedimiento repercutirá también en el patrimonio del deudor, ya que la institución afianzadora tiene la posibilidad de repetirlo en contra de aquél, ya que para tal efecto cuenta con garantías constituidas a su favor, que la legitiman para promover juicio en contra del deudor y por ese conducto, recuperar el monto de lo que eventualmente tienen que pagar en caso de incumplimiento del deudor.

A continuación presentaremos los esquemas de los diversos procedimientos con que cuentan los bancos para hacer exigibles los créditos no pagados.

Juicio Hipotecario: Frente al incumplimiento de los deudores, otra de las alternativas con que cuentan las instituciones de crédito se hace consistir en el seguimiento de un juicio que, contemplado por los diferentes códigos de procedimientos locales, permite una ejecución sumaria, en el caso de que en el otorgamiento del crédito relativo, el deudor hubiese otorgado a favor de la institución, y en garantía del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, hipoteca sobre bienes raíces de su propiedad, o bien cuando tal garantía real es otorgada por un tercero a favor de la institución y en apoyo al propio deudor. Respecto de la naturaleza ejecutiva del juicio hipotecario, Pallares¹⁹ ha señalado que éste, en general, es aquél en que se ejercita alguna de las acciones hipotecarias que reconoce la ley, y que constituye un juicio sumario ejecutivo.

Citado por Becerra Bautista,²⁰ Carnelutti sostiene que la acción hipotecaria o pignoratia, más que una extensión o ulterior modalidad de la ejecutiva, es una acción ejecutiva todavía más enérgica, y privilegiada, ya que mediante ella el órgano jurisdiccional no solamente debe entregar al acreedor el producto de la venta del bien hipotecado, antes que a los acreedores comunes, sino que puede tomar el bien mismo aunque no pertenezca al deudor.

¹⁹ Cfr. PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Sexta edición, Ed. Porrúa, México 1970, p. 492.

²⁰ Cfr. BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*. Cuarta edición, Ed. Porrúa, México 1974, p. 371.

Aún y cuando la hipoteca que como garantía accesoria otorgan los deudores de las instituciones bancarias, se encuentra regulada tanto en su aspecto sustantivo como procedimental por la normatividad civil local y no mercantil, ello no constituye un impedimento para que las instituciones bancarias puedan incorporar a los contratos relativos la normatividad sustantiva, y para el seguimiento de los procedimientos ante el eventual incumplimiento del deudor.

Para la constitución de una hipoteca de acuerdo con el artículo 2917, en relación con los artículos 2317 y 2320 del Código Civil para el Distrito Federal se exige que la misma se otorgue ante notario público en el caso de que el valor de los bienes exceda el equivalente a 365 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en evidente contradicción con la ley que norma al contrato de manera integral, la Ley de Instituciones de Crédito, que establece que aún en el caso de la constitución de dicho gravamen sobre bienes inmuebles, sin establecer monto alguno respecto de su valor, la hipoteca sea válida aún y cuando se otorgue en escrito privado de las partes con la simple ratificación ante fedatario público.

Ahora bien cuando el deudor incumple con el pago del crédito concedido, evidentemente uno de los procedimientos con que cuentan las instituciones de crédito más eficaces, es el que se refiere a los juicios que de naturaleza especial contemplan los códigos de procedimientos de cada una de las entidades federativas, que aún siendo distintos en cada caso mantienen características similares en cuanto a la fijación de la cédula hipotecaria, o la inscripción de la demanda ante el Registro Público de la Propiedad, y el seguimiento de un juicio de carácter sumario que en su ejecución permite, en caso de condena, se rematen los bienes hipotecados.

Como no podríamos desarrollar los procedimientos hipotecarios relativos a la totalidad de las entidades federativas, a continuación, nos referiremos a las particularidades del juicio especial hipotecario que se contienen en el capítulo III del Título Séptimo del CPCDF.

Por lo que al procedimiento se refiere, el mismo inicia con la presentación de la demanda de la institución acreedora, la que una vez admitida por el juez se inscribirá ante el Registro Público de la Propiedad, lo que producirá el efecto de que no se inscriba ningún gravamen posterior sino en virtud de sentencia relativa a la propia finca. Una vez emplazado a juicio, el deudor deberá contestar la demanda en el término de nueve días, y se constituye en depositario judicial de la finca hipotecada debiendo oponer las excepciones que se encuentran delimitadas por el artículo 470 de la ley adjetiva y que son:

1. Las procesales previstas por el código;
2. Las fundadas en que el demandado no haya firmado el documento o bien la alteración o falsedad del mismo;
3. La

de falta de representación, poder bastante o facultades legales en quien suscribió el título en representación del demandado; 4. La nulidad del contrato; 5. El pago o compensación; 6. La remisión o quita; 7. La oferta de no cobrar o espera; 8. La novación del contrato y; 9. Las demás que autoricen las leyes.

El código establece que las excepciones comprendidas en las fracciones v a la VIII, sólo se admitirán cuando se funden en prueba documental, y respecto de la litispendencia y conexidad, cuando se exhiban las copias selladas de la demanda y contestación o cédula de emplazamiento o documentación que acredite la tramitación del juicio arbitral.

La reconvencción sólo será procedente cuando se funde en el mismo documento base de la acción o bien se refiera a su nulidad. Las cuestiones relativas a la personalidad de las partes se resolverán en la audiencia sin suspensión del procedimiento. Si el demandado se allana a la demanda y solicita término de gracia, el juez, con vista a la actora por tres días resolverá de acuerdo a las proposiciones de las partes y citará para sentencia. Tanto en la demanda como en la contestación, las partes deberán indicar los nombres de los testigos en su caso, y presentar todos los documentos relativos por tratarse de un procedimiento especial, probanzas que se admitirán y desahogarán en la audiencia.

De Pina y Castillo Larrañaga²¹ enfatizan la importancia probatoria del título en que conste la constitución de la hipoteca, a señalar; “La prueba de la acción en los juicios hipotecarios la proporciona el título de manera que de antemano se considera probada la acción con el mismo y sólo se examinan en juicio las excepciones opuestas”.

Si el demandado reconviene a la institución actora, con la misma se le correrá traslado para que conteste dentro de los seis días siguientes y una vez contestada la reconvencción o transcurrido el plazo se señalará fecha para audiencia. Las partes deberán presentar a sus testigos y por lo que se refiere a la prueba pericial, la misma se tramitará de acuerdo con el procedimiento ordinario civil. El juez resolverá las excepciones procesales y desahogará las pruebas admitidas y preparadas. Posteriormente las partes alegarán y el juez procurará dictar la sentencia en la misma audiencia o bien dentro de los ocho días siguientes. En caso de que la sentencia sea condenatoria, se procederá al avalúo de los bienes hipotecados en términos del capítulo IV Sección IV del Título Sexto, y se llevará a cabo el procedimiento de remate de acuerdo con el artículo 486 del propio código procedimental, con lo cual se hará pago del adeudo a la institución acreedora.

²¹ DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, Rafael. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 8ª. edición, Ed. Porrúa, México 1969, pp. 436 y 437.

Juicio Especial de Prenda constituida sobre Títulos de Crédito: En atención a que tanto la constitución como la ejecución de la prenda en materia mercantil a partir del año de 1932, ha sido regulada por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y que tanto los aspectos sustantivos como adjetivos se encuentran íntimamente ligados, para llevar a cabo el estudio relativo a los procedimientos de ejecución que en esta materia contemplan las leyes mercantiles, incluiremos diversos aspectos de índole sustantivo.

Por lo que al concepto de prenda se refiere, Rafael Rojina Villegas propone una definición que recoge y amplía el contenido del Código Civil vigente, en el aspecto de que constituye un derecho real sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, pero agrega que los bienes deben ser entregados real o jurídicamente al acreedor y que la ley concede derechos de persecución y venta de los bienes en caso de incumplimiento.²²

Lo anterior adquiere relevancia para los efectos de nuestro estudio, porque enfatiza la posibilidad del seguimiento de procedimientos de ejecución preferentes ante el incumplimiento del deudor.

El artículo 2856 del Código Civil vigente señala que la prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago.

Para el perfeccionamiento del contrato, se requiere que el bien objeto de la garantía se entregue al acreedor de manera real, jurídica o virtual, lo cual constituye un aspecto de especial importancia en materia de ejecución de prenda, ya que la práctica mercantil enseña que en la mayor parte de los casos la entrega se realiza de manera jurídica, con la sola presentación de los documentos que acreditan la propiedad, manteniendo el deudor prendario en su posesión el bien objeto de la garantía.

Se trata entonces de un contrato real que se perfecciona con la entrega de la cosa al acreedor y que es accesorio ya que requiere de la existencia de una obligación principal cuyo cumplimiento se garantiza mediante su constitución, pero que otorga siempre un derecho de preferencia para su ejecución mediante el ejercicio de las acciones judiciales de persecución. Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor cuando éste o el deudor convienen en que la misma quede en poder del propio deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor, o lo autorice la ley.²³

²² Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. 4ª. edición, Ed. Porrúa, México 1970, pp. 456 y 457.

²³ Ello cobra relevancia con las adiciones que se realizaron a la legislación mercantil al incorporar la llamada prenda sin transmisión de posesión.

Además, para que el contrato produzca efectos ante terceros, lo cual es especialmente relevante tratándose de una garantía que es, en cuanto a su ejecución de carácter preferente, se requiere de su inscripción ante el Registro Público.

Por lo que se refiere a la constitución de la prenda en materia mercantil, cabe señalar que la ley establece los requisitos, y enfatiza que la misma será mercantil en la medida en que esté relacionada con una obligación que tenga tal carácter.

Tocante a la entrega del bien en materia mercantil, el artículo 334 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece la necesidad de que se entreguen al acreedor los bienes o títulos de crédito para que la prenda se constituya.

En materia mercantil la normatividad del contrato se restringe a los casos que refiere la propia ley especial, ubicando así el contrato que nos ocupa como una operación de crédito, al establecer el artículo 334 la forma como se constituye la prenda en esta materia.²⁴

Con las reformas que recientemente se realizaron a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito se incorpora la llamada prenda sin transmisión de posesión, normando así una práctica que había venido siendo común en la materia que nos ocupa.²⁵

En la reforma referida se adicionan a la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito diversos artículos en los que se regula la llamada *prenda sin transmisión de posesión*, enfatizando que se trata de un derecho real constituido sobre bienes muebles, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor su posesión material.

Así, señala la ley que pueden ser susceptibles de afectación en prenda sin transmisión de posesión, los bienes muebles referidos en el artículo 355 entre los que se encuentran los que obran en el patrimonio del deudor, incluyendo los derechos derivados de la propiedad industrial, los

²⁴ Es preciso señalar que el artículo 334, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece la forma como se constituye la prenda, en esta rama del derecho privado, a saber: por la entrega de los bienes o títulos si son al portador; por el endoso de los títulos a favor del acreedor, siendo nominativos y su anotación si se trata de títulos causales; por la entrega al acreedor del título o documento en que conste el crédito, cuando el mismo no sea negociable e inscripción del gravamen en el Registro Público; por el depósito de los bienes si son al portador en poder de un tercero; por el depósito de los bienes a disposición del acreedor, bajo el control de éste último; por la entrega o endoso del título representativo de los bienes objeto del contrato o el endoso del bono de prenda en el caso de los depositados en un Almacén General de Depósito; y, por la inscripción del contrato de crédito refaccionario o de avío en el Registro Público.

²⁵ En efecto, con motivo de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de mayo de 2000, se adiciona entre otros el artículo 346 que establece; "la prenda sin transmisión de posesión constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes. Excepcionalmente, podrá pactarse que el acreedor o un tercero tenga la posesión material de los bienes pignorados". Pero es de especial importancia para los efectos de nuestro estudio el contenido del segundo párrafo del artículo relativo que establece; "en cualquier caso, el proceso de ejecución de la garantía se sujetará a lo establecido por el Título Tercero Bis del Código de Comercio".

frutos futuros o pendientes, los que resulten de procesos de transformación, y los que el deudor reciba en pago. Todas estas nuevas formas de constitución de garantía prendaria se deberán incorporar a la lista de formas de otorgamiento de la garantía real que ya contemplaba el artículo 334 de la ley.

Por otro lado, en el texto nuevo se reconoce el derecho del deudor para hacer uso del bien, enajenarlo, percibir sus frutos, así como que el acreedor está obligado a liberar la prenda, al serle cubierto el precio.

La reforma también incorpora el reconocimiento de un uso de carácter mercantil, explotado con gran frecuencia aún cuando sin una regulación específica, se trata del Fideicomiso de Garantía que se incorpora en la Sección Segunda del Capítulo v, de la ley, señalando al efecto el nuevo artículo 395, "en virtud del fideicomiso de garantía, el fideicomitente trasmite a la institución fiduciaria la propiedad de ciertos bienes, con el fin de garantizar al fideicomisario el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago".

Al transferir el deudor fideicomitente la propiedad de los bienes al fiduciario, en caso de incumplimiento de aquél, dicho fiduciario podrá sacarlos a remate, a petición del acreedor fideicomisario, pudiendo ocupar tal carácter las propias instituciones de Crédito, de Seguros, de Fianzas, las Sociedades Financieras de Objeto Limitado y los Almacenes Generales de Depósito, de acuerdo con el artículo 400, estableciéndose las bases para la valuación de los bienes afectos al fideicomiso y facilitar así su ejecución, todo lo cual se puede realizar con base en la voluntad autónoma expresada en el contrato por el deudor que así lo autoriza.

Una vez que hemos delimitado la forma como se constituye la prenda en materia mercantil, pasaremos a realizar el estudio de los procedimientos que contemplan las leyes para su ejecución, al vencerse la obligación que con la misma se garantiza ante el incumplimiento del deudor.

Inicialmente nos referiremos al procedimiento de ejecución que se contempla en el artículo 341 de la Ley de Títulos ahora reformado, que tradicionalmente contenía y contiene en su ámbito de aplicación el procedimiento a seguir para la ejecución de la prenda al vencerse la obligación garantizada. Con fecha 23 de mayo del año 2000, se publicó una reforma al artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la cual se establece un procedimiento que contiene enormes deficiencias y ambigüedades de carácter procesal.

El artículo reformado señala:

Artículo 341. El acreedor podrá pedir al juez que autorice la venta de los bienes o títulos dados en prenda, cuando se venza la obligación garantizada.

El juez correrá traslado de inmediato al deudor de dicha petición, notificándole que contará con un plazo de 15 días contados a partir de la

petición del acreedor para oponer las defensas y excepciones que le asistan, a efecto de demostrar la improcedencia de la misma, en cuyo caso el juez resolverá en un plazo no mayor a 10 días. Si el deudor no hace valer este derecho, el juez autorizará la venta.

Así, podemos observar que si bien en el texto ahora vigente se concede al deudor prendario la oportunidad de oponer defensas y excepciones en contra de la petición del acreedor, para ello se le concede un plazo de 15 días, que es en sí mismo excesivo, y el expediente pasa a resolución en 10 días, sin la apertura de una dilación probatoria, sin periodo de alegatos y sin medios de impugnación, todo lo cual hace que el precepto, aún con la reforma que concede el derecho a la garantía de audiencia, mantenga evidentes vicios de inconstitucionalidad, ya que si bien se respeta la primera de las formalidades del procedimiento, sigue siendo omiso respecto de las restantes, como son la de que se conceda a las partes la oportunidad de rendir pruebas y la de alegar. Pero lo más preocupante es que si bien se concede al deudor la oportunidad de oponer defensas y excepciones, se mantiene aún el supuesto que ya contemplaba el texto original del artículo en comento en la segunda parte de su párrafo tercero que establecía; “en caso de notoria urgencia y bajo la responsabilidad del acreedor, el juez podrá autorizar la venta aún antes de hacer la notificación al deudor”. El texto vigente reafirma ese derecho solamente precisando que la responsabilidad del acreedor será determinada por el juez.

Nos preguntamos al no precisarlo la ley, ¿cuáles son los supuestos que determinan la notoria urgencia? ¿quién podría si no la autoridad judicial establecer dicha responsabilidad? ¿en que caso se traduce ésta? En tal caso, la respuesta a la última de estas interrogantes solamente se puede encontrar en la posible acción de daños y perjuicios que eventualmente intente el deudor prendario afectado.

Pero nuestra preocupación se centra en la reiteración de un precepto que es a todas luces violatorio de la garantía de audiencia según hemos expuesto (y en este punto pedimos se mediten los argumentos antes vertidos, tocante a la venta del bien, sin oportunidad de oponer defensas y excepciones), ya que el precepto nuevamente autoriza la venta de los bienes pignorados, sin que el afectado sea notificado de tal autorización. Más grave aún que aquella venta del artículo anterior a la reforma, en la cual cuando menos el deudor era notificado para oponerse a la misma, exhibiendo el importe del adeudo.

Sobre éste particular cabe señalar que los tribunales federales se han pronunciado por sostener que no existe violación constitucional al establecer que no hay daño patrimonial en la esfera económica del deudor, porque se dice que en principio la garantía se otorgó bajo el consentimiento del propio deudor; porque el producto que se obtenga de la venta

que del bien pignorado se realiza se conserva en sustitución de la garantía originalmente otorgada, y porque interpretando el precepto que autoriza la venta en tales circunstancias, señala que tratándose de una medida que considera es de carácter provisional, otorgada en función de la urgencia del caso, no impide que el deudor pueda, una vez notificado de la demanda, hacer valer la nulidad del acto, su prescripción o pago parcial.

El anterior criterio implica que aún y cuando en el juicio contradictorio el deudor tendrá una oportunidad procesal para hacer valer los referidos argumentos a su favor, de cualquier manera se verá privado de la propiedad de un bien sin haber sido oído y vencido en el juicio con la oportunidad que la Constitución establece en el artículo 14, ya que no estamos en presencia de un acto de molestia, como sería propiamente el embargo del bien, que preceda a la oportunidad de dar contestación a la demanda y antes de la autorización para la venta, sino de un auténtico acto de privación, porque como consecuencia del procedimiento de remate autorizado por el juez, el bien pasará a ser propiedad de un tercero, sin que el deudor pueda hacer nada para evitar tal transgresión constitucional, produciéndose así un evidente daño patrimonial en su perjuicio.²⁶

Cabe señalar que por otro lado, la reforma a la ley referida mantiene vigente el llamado *pacto comisorio*, que contempla el artículo 344 al señalar que el acreedor prendario podrá hacerse dueño de los bienes dados en prenda con el consentimiento escrito del deudor, otorgado con posterioridad a la constitución de la garantía.

Una vez analizados los aspectos relativos al procedimiento que contempla la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cabe señalar que en la propia fecha en que se publicó la reforma a que se ha hecho alusión, esto es, 23 de mayo de 2000, también se publicó la adición de un nuevo Título denominado Tercero Bis al Libro Quinto del Código de Comercio con un nuevo artículo, 114 bis, del 1 al 20, que incluye dos

²⁶ En relación con este aspecto a continuación se transcribe el criterio sustentado por el primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito. PRENDA. Venta de bienes otorgados en. No es verdad que sea necesaria la promoción de un juicio formal, para pedir la autorización de la venta de los bienes otorgados en prenda, pues el artículo 341 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, faculta a los acreedores que gozan de un crédito de esa naturaleza, para que, como medida precautoria pidan al juez autorice la venta de los bienes dados en prenda, como tampoco lo es que tal medida, prive a los deudores de la garantía de audiencia, pues, en primer lugar, dicha determinación es provisional, explicable en función de la urgencia de llevarla a cabo, en segundo, porque se celebra bajo el consentimiento de los deudores, quienes la otorgaron al celebrar el contrato relativo y tercero, porque la garantía de audiencia quedará satisfecha una vez iniciado el juicio y se emplace al deudor, en el cual podrá alegar, en todo caso, sobre la exigibilidad de la obligación principal, nulidad, prescripción, pago parcial o total, etcétera, el producto de la venta no lo recibe el acreedor de inmediato, en pago, sino que lo conserva en depósito, para que su destino se decida en el mismo pleito; esto es, una vez dilucidadas las cuestiones que hubiesen planteado. Amparo en revisión 561/92. Héctor Rogelio Ocampo Salazar y coagraviados. 18 de febrero de 1993. Unanimidad de votos, ponente Carlos Arturo González Zárate. Secretario José Luis Fernández Jaramillo. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, OCTAVA ÉPOCA, TOMO XII. NOVIEMBRE DE 1993. TRIBUNALES COLEGIADOS, p. 398.

capítulos, a saber; uno relativo al procedimiento extrajudicial y el otro al procedimiento de ejecución judicial de la garantía. Conforme al nuevo título, ante el eventual incumplimiento del deudor prendario, la prenda constituida sin transmisión de posesión dará lugar al seguimiento de un procedimiento de ejecución que puede serlo de carácter extrajudicial o bien de índole propiamente judicial.

Procedimiento Extrajudicial de Ejecución de Prenda otorgada sin Desplazamiento de Posesión: El capítulo I, del Título en cuestión, relativo al procedimiento extrajudicial de la prenda otorgada sin transmisión de posesión, en lo esencial prevé la posibilidad de que sin controversia se lleve a cabo por el deudor prendario la entrega de la posesión de los bienes pignoralados mediante interpelación que se le realice por conducto de un fedatario público y previo su avalúo, para proceder al remate de los bienes, lo cual podrá realizarse siempre que no exista oposición del deudor.

Así el artículo 1414 bis establece que se tramitará en dicha vía el pago de los créditos vencidos y la obtención de la posesión de los bienes objeto de las garantías otorgadas mediante prenda sin transmisión de posesión o fideicomiso de garantía, siempre que no existan controversias en cuanto a la exigibilidad del crédito, la cantidad reclamada y la entrega de la posesión de los bienes

Procedimiento Judicial de Ejecución de Prenda otorgada sin Desplazamiento de Posesión: El capítulo II, por su parte se refiere al procedimiento de ejecución judicial de la garantía cuando exista oposición en la entrega del bien por parte del deudor, o bien, si el acreedor decide acudir a dicho procedimiento de manera directa, esto es, sin agotar el trámite extrajudicial. En términos generales se puede acudir al procedimiento de ejecución judicial cuando se tiene un crédito cierto, líquido y exigible, para obtener la posesión material de los bienes y el seguimiento del juicio hasta su conclusión con su remate, si así se resuelve.

En el nuevo procedimiento, el acreedor acompaña a su demanda el contrato y la determinación del saldo (anexando la certificación contable tratándose de instituciones financieras), y el juez, al admitir la demanda, dicta un auto de ejecución, con efectos de mandamiento en forma para que el deudor sea requerido de pago y de no verificarlo, haga entrega (bajo el apercibimiento de la aplicación de medidas de apremio en su contra), de los bienes al acreedor, emplazándolo a juicio para que en cinco días conteste la demanda. Al dar contestación a la demanda, el deudor podrá oponer excepciones, siempre basándose en documentos.

Para el ofrecimiento y admisión de las pruebas se siguen las reglas básicas que contempla el Código de Comercio en el capítulo relativo al juicio Ordinario Mercantil, a partir del 24 de mayo de 1996, obligándose a las partes a exhibirlas en sus escritos de demanda y contestación.

Posteriormente el juez señalará día y hora para la audiencia en que serán recibidas y el dictado de la sentencia, solamente apelable en el efecto devolutivo. Si la sentencia condena al pago, se inicia el procedimiento de remate en ejecución de la misma.

Juicio Ejecutivo Mercantil: Para la procedencia del Juicio Ejecutivo Mercantil el acreedor debe contar con un título denominado *ejecutivo* y que por ende, siguiendo la terminología de la ley, se dice, *que traiga aparejada ejecución*, lo cual se traduce en la posibilidad de que una vez presentada la demanda relativa teniendo como sustento un título llamado ejecutivo, hará permisible que el juez del conocimiento emita un auto llamado de *exequendo* (ejecución) con efectos de mandamiento en forma, que permitirá el aseguramiento de bienes para garantizar el pago de las prestaciones (principales y accesorias) reclamadas en la demanda. El Juicio Ejecutivo Mercantil se lleva a cabo mediante un procedimiento que reporta como ventaja además de la señalada con anterioridad, la de que se realiza en términos mucho más cortos de los relativos al Juicio Ordinario, además de que la posibilidad que tiene el deudor para oponer defensas y excepciones, se encuentra limitada a los casos a que se restringe la ley.

El catálogo de los títulos que gozan de naturaleza ejecutiva se encuentra contenido en el artículo 1391 del Código de Comercio a saber:

Traen aparejada ejecución:

- I. La sentencia ejecutoriada o pasada en autoridad de cosa juzgada y la arbitral que sea inapelable, conforme al art. 1346, observándose lo dispuesto en el 1348;
- II. Los instrumentos públicos;
- III. La confesión judicial del deudor, según el art. 1288;
- IV. Los títulos de crédito;
- V. Las pólizas de seguros conforme a la ley de la materia;
- VI. La decisión de los peritos designados en los seguros para fijar el importe del siniestro, observándose lo prescrito en la ley de la materia;
- VII. Las facturas, cuentas corrientes y cualesquiera otros contratos de comercio firmados y reconocidos judicialmente por el deudor; y
- VIII. Los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos o que por sus características traen aparejada ejecución.

Así, debemos entender por título ejecutivo aquel instrumento público o privado, que permite un tratamiento especial que facilita la recuperación de los créditos concedidos, estableciéndose así diferentes categorías respecto de aquellos documentos que, derivados de los usos mercantiles, no conceden al acreedor, (en presencia de títulos que no son propiamente ejecutivos) un tratamiento especial privilegiado con respecto de aquellos que sí lo son.

Los otros documentos no señalados como ejecutivos por la ley, quedarían circunscritos a otros procedimientos de carácter especial, o bien en última instancia, su tramitación en la Vía Ordinaria Mercantil.

Además de los títulos ejecutivos antes referidos, gozan también de ese carácter de acuerdo con la legislación bancaria, los siguientes;

1. Las libretas de depósito bancario, en cuentas de ahorro, en dinero y con interés capitalizable (art. 59 LIC);
2. Los certificados de depósito bancario a plazo, en dinero (art. 62 LIC);
3. Los bonos bancarios y sus cupones emitidos en serie por declaración unilateral de voluntad de la Institución de Crédito (art. 63 LIC);
4. Las obligaciones subordinadas y sus cupones (art. 63 LIC),
5. El contrato de apertura de crédito comercial documentario (art. 71 LIC),
6. El contrato de apertura de crédito conjuntamente con la certificación contable a que se refiere el artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito y;
7. Los contratos de factoraje de arrendamiento financiero conjuntamente con la certificación de adeudos establecido por el artículo 48 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Finalmente, y de acuerdo con el artículo 96 de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, es también título ejecutivo el documento en el cual se consigne la obligación del solicitante (fiador, contrafiador u obligado solidario), conjuntamente con copia de la póliza correspondiente y la certificación de la institución de fianzas, en la que se haga constar que la misma pagó al beneficiario, así como también para el cobro de primas vencidas y no pagadas.

De acuerdo con el artículo 1401 del Código de Comercio reformado con fecha 24 de mayo de 1996, el actor deberá exhibir (además del título ejecutivo) la totalidad de las pruebas relativas que deberán relacionarse con los puntos contravertidos, en caso de que así lo requiera, aún y cuando el título ejecutivo suele ser prueba bastante para acreditar su derecho. Si no se exhiben las pruebas en el momento y forma señalados, no serán admitidas salvo el caso de las supervenientes.

Una vez presentada la demanda, el juez llevará a cabo el examen del documento que se acompaña como título base de la acción, y si encuentra que el mismo constituye un título ejecutivo de los que enumera el artículo 1391 del Código de Comercio, y que así mismo satisface los requisitos de liquidez y exigibilidad, admitirá la demanda, emitiendo un auto de "exequendo" con efectos de mandamiento en forma, ordenando al ejecutor que proceda a requerir de pago al deudor, y no haciéndolo, se embarguen al mismo bienes suficientes para cubrir la deuda, gastos y costas, poniéndolos en depósito bajo la responsabilidad del acreedor a favor de una persona que éste designe.

También citado por Zamora Pierce,²⁷ Alcalá-Zamora señala que el título ejecutivo produce un desplazamiento de la carga de la prueba, en donde la presunción

²⁷ *Idem.*, p. 164.

de inocencia a favor del demandado (que rige en el Juicio Ordinario) y en virtud de la cual puede limitarse a la mera defensa negativa con la esperanza de que el actor no pruebe su pretensión, se reemplaza por una de culpabilidad derivada de la existencia del título ejecutivo, en donde la carga de la prueba se desplaza hacia el deudor quien debe probar su excepción para inutilizar o disminuir la fuerza del título ejecutivo. Tal opinión no es compartida por Zamora Pierce, al afirmar que en cualquiera de los procedimientos el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su acción y el demandado de sus excepciones pero que al actor solo basta exhibir el título ejecutivo. Los documentos que traen aparejada ejecución, además de la fuerza ejecutiva que poseen les corresponde el carácter de prueba constituida de la acción.²⁸

Desde luego para la procedencia de la vía ejecutiva, es necesario que el título base de la acción contenga una deuda que sea líquida y exigible esto es, que no solamente permita precisar el monto de lo reclamado, sino que además se documente en un título que permita establecer la exigencia de pago, por tratarse de un título vencido o no sujeto a condición suspensiva irrealizada.²⁹

El carácter ejecutivo del título es presupuesto indispensable de la procedencia de la vía ejecutiva, en consecuencia, presentada por el actor su demanda, el juez de oficio y sin audiencia del demandado, deberá proceder a examinar el título a fin de determinar si reúne las características de certeza, liquidez y exigibilidad, y si del examen del título el juez concluye que tiene carácter ejecutivo dictará auto de embargo o de ejecución para que el deudor sea requerido de pago y de no hacerlo se embarguen sus bienes.³⁰

Si presentándose el actor en compañía del ejecutor en el domicilio del deudor, éste no es encontrado, el funcionario del juzgado deberá, cerciorado de ser su domicilio, dejarle citatorio a efecto de que entre las 6 y las 72 horas posteriores en una hora hábil se encuentre presente para atender la diligencia correspondiente y si el deudor no aguarda, la misma se practicará con sus parientes, empleados o domésticos o bien cualquier persona que viva en el domicilio, y procederá al embargo de bienes de acuerdo con el procedimiento establecido con la ley procesal local para los embargos. La diligencia de embargo se lleva a cabo de acuerdo con las siguientes reglas:

²⁸ ARELLANO GARCÍA, Carlos. *Práctica Forense Mercantil*, 13ª. edición, Ed. Porrúa, México 2000, p. 764.

²⁹ Sobre este particular la Suprema Corte ha establecido:

TÍTULOS EJECUTIVOS. REQUISITOS QUE DEBEN SATISFACER (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). Para que proceda la Vía Ejecutiva no basta que el documento sea público, o que siendo privado haya sido reconocido ante notario o ante autoridad judicial, sino que es menester que la deuda que en él se consigne sea cierta, exigible y líquida, esto es, cierta en su existencia y en su importe y de plazo cumplido. Por ello, el juez no puede despachar ejecución si el título no es ejecutivo porque no contenga en sí la prueba preconstituida de esos tres elementos. APÉNDICE 1985. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, TERCERA SALA, TESIS 399, p. 1211.

³⁰ ZAMORA PIERCE, Jesús; *op. cit.*, pp. 168 y 169.

Inicialmente, se realiza el requerimiento de pago al deudor, su representante, o la persona con quien se entienda la diligencia a efecto de que verifique el pago.

De no realizar el pago la persona requerida, es conminada a señalar bienes para su embargo, que sean suficientes para garantizar las prestaciones reclamadas, y de no hacerlo, dicho derecho pasará a la parte actora, trabándose así el embargo, y poniéndose los bienes, en depósito como se ha dicho. A continuación se llevará a cabo el emplazamiento al demandado, debiendo entregarse al mismo cédula que contenga la orden de embargo decretada en su contra así como copia de la demanda y documentos base de la acción y de la diligencia que al efecto se levante. La diligencia de embargo no se suspenderá por causa alguna y el juez deberá resolver todo lo concerniente al embargo, su inscripción ante el Registro Público, desembargo, rendición de cuentas y demás medidas provisionales o urgentes. Se embargarán los bienes de acuerdo con el siguiente orden; mercancías, créditos de fácil y pronto cobro, muebles del deudor, inmuebles, acciones y derechos.

Correspondiendo, según vemos, el derecho al actor de nombrar depositario, el mismo puede designar a un tercero para tal cargo o bien elegir que el propio deudor mantenga la posesión de sus bienes con tal carácter, pero el mismo no podrá ya disponer de ellos, porque incurriría en el delito de abuso de confianza.

El embargo no priva al ejecutado de la propiedad sobre sus bienes. El ejecutante adquiere únicamente el derecho de exigir la venta de los bienes embargados para, con el precio, pagarse su crédito. El ejecutado conserva el dominio hasta el momento en que el bien sea rematado o adjudicado.³¹

Una vez realizado el embargo, en la propia diligencia se notificará al deudor o bien a la persona con quien la misma se hubiese practicado, que contará con un término de cinco días para comparecer ante el juzgado a realizar el pago de la cantidad reclamada y las costas del juicio o bien para oponer las excepciones que tuviere.

Consideramos que es más amplio un escrito de contestación que un escrito en el que simplemente se oponen excepciones ya que, las excepciones sólo constituyen un capítulo del curso de contestación y, la costumbre en el medio forense consiste en que el demandado, en el Juicio Ejecutivo Mercantil, no se limita a formular un escrito en el que oponga las excepciones que tuviere, sino que contesta la demanda.³²

Sabemos que de hecho lo anterior encuentra lógica en el texto legal ya que en el artículo 1399 del Código de Comercio se establece que dentro de los cinco días siguientes al requerimiento del pago, al embargo y en su caso al emplazamiento, el demandado deberá contestar la demanda refiriéndose concretamente a cada hecho, oponiendo únicamente las

³¹ ZAMORA PIERCE, Jesús; *op. cit.*, p. 188.

³² ARELLANO GARCÍA, Carlos; *op. cit.*, pp. 767 y 768.

excepciones que la ley permite en su artículo 1403, y tratándose de títulos de crédito, las derivadas del artículo 8 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y en el propio escrito ofrecerá pruebas, relacionándolas con los hechos y acompañando los documentos relativos.

El demandado deberá, al contestar la demanda, no solamente oponer las excepciones y defensas que tuviere, sino que al igual que el actor, deberá ofrecer las pruebas con las que pretende acreditar su defensa, relacionándolas con los hechos de su contestación tal y como así lo exige el artículo 1401 del Código de Comercio, ya que si no lo hace, no le serán admitidas con posterioridad.

Dada la naturaleza jurídica del Juicio Ejecutivo Mercantil el cual se funda en prueba preconstituida, en documentos que tienen ese carácter, si no se comparece a oponer excepciones, de conformidad con los artículos 1399 a 1402 del Código de Comercio, no será admisible prueba alguna, en virtud de que el periodo probatorio se abre y tiene como objeto la demostración de los hechos en que se funden las defensas y excepciones, por lo tanto consideramos que debe acusarse la rebeldía y citar para oír sentencia.³³

No coincidimos con la opinión antes externada, ya que el Código de Comercio, con posterioridad a la reforma de 1996 no contiene un dispositivo en tal sentido, por lo que de acuerdo con el artículo 1401, el Juez deberá abrir el término probatorio, con independencia de que se haya o no contestado la demanda.

Una vez contestada la demanda y ofrecidas las pruebas y documentos relativos a las excepciones, con las mismas el Juez ordenará se de vista a la parte actora por tres días para que manifieste lo que a su derecho convenga en relación con las mismas. Desahogada la vista, o transcurrido el término el Juez emitirá el auto relativo a la admisión de las pruebas abriendo un periodo de quince días para su desahogo.

En caso de que el demandado al contestar la demanda se allane a la pretensión del actor, si solicita un término de gracia para pagar lo reclamado, con tal petición se dará vista al actor para que en tres días se manifieste al respecto debiendo el juez resolver la cuestión. En este sentido cabe mencionar que la ley no establece directriz alguna respecto de cómo debe resolver el Juez tal petición, en caso de oposición o ausencia de manifestación al respecto por parte del actor.

Aún en los casos en que el demandado se constituya en rebeldía, el Juez deberá ordenar la apertura del término probatorio, y previa la conclusión del periodo de alegatos de dos días que concede a las partes el artículo 1406, citará a las mismas, para oír sentencia, la que deberá dictarse dentro de los ocho días siguientes. Si en la sentencia que dicte el

³³ CHAVERO MONTES, Rosalío; *op. cit.*, p. 501.

Juez se declara la improcedencia del Juicio Ejecutivo le reservarán al actor sus derechos para que los haga valer en la vía y forma que corresponda. Quiere esto decir que semejante sentencia no produce efectos de cosa juzgada puesto que deja en libertad al actor de iniciar un nuevo juicio. Nada tiene de sorprendente, la sentencia que declara improcedente la vía mercantil, da por terminada la litis por cuestiones meramente procesales sin haberse llegado a ocupar del fondo del negocio y sin cerrar la oportunidad de un nuevo juicio.³⁴

Si por el contrario la sentencia declara procedente la acción, ordenará se proceda al remate de los bienes embargados al demandado, previo avalúo que de los mismos se realice por dos corredores o peritos y un tercero en caso de discordia, nombrados por las partes y el juez, respectivamente. En el procedimiento de ejecución de la sentencia condenatoria, una vez presentado el avalúo de los bienes embargados, se pondrá a la vista de las partes, para que se impongan del mismo, anunciándose en forma legal su venta, por tres veces dentro de tres días si fuesen muebles, y nueve si fuesen raíces, procediéndose a su remate en pública almoneda.

El Código de Comercio contempla la posibilidad de que el acreedor pida la adjudicación en pago de los bienes, en el precio fijado en la última almoneda. Se establece también que las partes durante el juicio pueden convenir que los bienes se valúen o vendan en la forma y términos que acuerden, denunciándolo así al juez.

Finalmente, cualquier incidente que se suscitare en los Juicios Ejecutivos Mercantiles, será resuelto por el Juez de acuerdo al propio título a ellos aplicable, y en su defecto, en lo relativo a los incidentes para los juicios ordinarios, o bien, de acuerdo con la ley procesal de la entidad federativa correspondiente.

Las anteriores constituyen las escasas e incompletas prescripciones legales en lo relativo al procedimiento a seguir para la ejecución en remate de la sentencia dictada en el Juicio Ejecutivo Mercantil, en la que se condene al demandado al pago de las prestaciones reclamadas y como se puede apreciar resultan insuficientes, por lo que para complementarlas, se hace necesario recurrir al procedimiento de remate que se contempla en los Códigos Procesales Locales.

5. JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA SCJN EN MATERIA DE CONTRADICCIONES DE TESIS

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con fecha 7 de octubre de 1998, resolvió diversas controversias suscitadas

³⁴ Cfr. ZAMORA PIERCE, Jesús; *op. cit.*, p. 207.

con motivo de la interpretación que algunos Tribunales Colegiados de Circuito habían establecido en temas relacionados con el contrato de apertura de crédito bancario.

En efecto, con fecha 7 de octubre de 1997, el Presidente del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, denunció ante el Pleno de la Suprema Corte la contradicción de tesis que sobre diversos aspectos relacionados con el tema en cuestión habían sustentado el propio Tribunal, en el expediente 6247/97 y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Séptimo Circuito al resolver el Juicio de amparo directo 215/98.

Con motivo de lo anterior, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, resolvió que era competente para conocer de dicha denuncia, de conformidad con la fracción VIII del artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, abriéndose al afecto el expediente N° 31/98, en el cual la SCJN emitió diversas tesis para cuyo análisis las separamos por tema, exponiendo nuestro propio análisis a pie de página.

Tema: Capitalización de Intereses

TESIS JURISPRUDENCIAL 57/1998 (PLENO): APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. NO ENCUBRE EL ESTABLECIMIENTO ILÍCITO DE INTERESES SOBRE INTERESES. Esta Suprema Corte, interpretando los artículos 2o. y 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con la Ley del Banco de México que resulta aplicable por la remisión que hace el artículo 6o. de la Ley de Instituciones de Crédito, ha establecido que en los contratos de apertura de crédito puede, válidamente, pactarse la capitalización de intereses. Por lo tanto, no cabe admitir la objeción de que los contratos de apertura de crédito adicional para disponer del crédito necesario para pagar los intereses causados con motivo de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto, encubra la capitalización de intereses o un pacto de pagar intereses sobre intereses, en virtud de que el pretendido engaño que invoca el acreditado parte, necesariamente, del supuesto de que estos actos son ilícitos, cuando lo cierto es que no lo son dentro del contrato de apertura de crédito y que, por ello, no es dable aceptar la intención dolosa de la institución bancaria. Esta conclusión se pone de manifiesto con mayor claridad, si se tiene en cuenta que el contrato de apertura de crédito para solventar intereses, puede ser convenido con el mismo banco con el que se pactó la obligación primaria, pero en instrumento distinto, o bien, con otro banco, hipótesis en las que se evidencia que ni siquiera puede existir, materialmente, capitalización de intereses.

Tema: Viabilidad Económica de los Proyectos de Inversión

TESIS JURISPRUDENCIAL 52/1998(PLENO): VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. LA OMISIÓN POR PARTE DE LAS INSTITUCIONES DE REALIZAR EL ESTUDIO RELATIVO, NO INVALIDA EL CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO. El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito establece que éstas tienen la obligación de que, previo al otorgamiento de financiamientos, realicen el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los

plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, sin perjuicio de considerar las garantías que, en su caso, fueren necesarias. Asimismo, el citado precepto señala que los montos, plazos, regímenes de amortización y, en su caso, periodos de gracia de los financiamientos, deberán tener una relación adecuada con la naturaleza de los proyectos de inversión y con la situación presente y previsible de los acreditados. Además, el mencionado dispositivo prevé que la Comisión Nacional Bancaria vigilará que las instituciones de crédito observen debidamente lo dispuesto en el citado artículo. Estos requisitos tienen como finalidad buscar la seguridad de las operaciones, previendo la viabilidad del crédito que se otorgue, a efecto de que se obtenga su recuperación en los términos.

TESIS AISLADA LXVI/98 (PLENO): ANATOCISMO. DICHO VOCABLO NO SE ENCUENTRA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. Del análisis de las disposiciones que integran el sistema jurídico mexicano, en especial del Código Civil y del de Comercio, así como de las Leyes de Instituciones de Crédito y de Títulos y Operaciones de Crédito, relativas a los contratos civiles, mercantiles y bancarios, se advierte que en ninguna parte hacen referencia expresa al anatocismo, vocablo que queda comprendido en el campo de la doctrina. El artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ubicado en el título quinto "Del mutuo", capítulo II, "Del mutuo con interés", establece que "Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses". El artículo 363 del Código de Comercio, en el título quinto, capítulo primero, denominado "Del préstamo mercantil en general, previene que "Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses". y, añade, que "Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos". Finalmente, las leyes citadas en último término, que regulan los contratos bancarios, no tienen ninguna disposición en ese sentido. Por tanto, de acuerdo con el derecho positivo mexicano, no cabe hablar de anatocismo sino de intereses sobre intereses", prohibido por ambos preceptos, y de "capitalización de intereses", expresamente autorizada a condición de que sea pactado entre las partes, en el primer precepto, con posterioridad a que los intereses se causen; y, en el segundo, sin hacer manifestación en cuanto a la temporalidad de ese convenio.³⁵

Tema: Libre Voluntad de las Partes

TESIS JURISPRUDENCIAL 50/1998 (PLENO): CAPITALIZACIÓN DE INTERESES. CUANDO SE PACTA EN UN CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 363 DEL

³⁵ Como comentario que pudiéramos formular a las tesis emitidas con los números 60/1998, 57/1998, 59/1998, y las tesis aisladas LXVII/1998, LXVIII/1998 y LXVI/1998; cabría enfatizar que en principio la Suprema Corte acepta la plena vigencia y aplicabilidad tanto del Código Civil para el Distrito Federal como del de Comercio, en relación con los aspectos relativos a la capitalización de intereses, por un lado, y por el otro al crédito adicional del llamado refinanciamiento, para cubrir intereses, derivado de las fluctuaciones que el mercado provoque en las tasas referenciales a las que se encuentran indexadas los contratos, de modo que el acreditado con un cargo al capital que desde luego incrementa el monto de su adeudo, esté en condiciones de cubrir, y no incurra en incumplimiento.

Con independencia de que según observaremos en otras tesis la Corte establece la no aplicación de la normatividad antes referida, en el caso del primer grupo de tesis que se analizan considera que si son aplicables tanto el Código de Comercio como el Código Civil para el Distrito Federal.

Por otro lado se esboza el criterio de que en principio si los contratantes así lo pactaron, podrán capitalizarse los intereses relativos.

CÓDIGO DE COMERCIO, PARA DETERMINAR SUS ALCANCES NO DEBE ACUDIRSE A LA SUPLETORIEDAD DEL ARTÍCULO 2397 DEL CÓDIGO CIVIL APLICABLE EN MATERIA FEDERAL, SINO A LAS REGLAS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. El contrato de apertura de crédito se encuentra plenamente regulado en cuanto a sus aspectos sustantivos en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, por lo que cuando las partes celebrantes de una convención de tal naturaleza pactan la capitalización de intereses invocando el artículo 363 del Código de Comercio, esto tiene su origen en la libre voluntad de aquéllas y no en la aplicación supletoria de este último precepto, lo que implica que, materialmente, lo previsto en tal numeral se sustraiga de tal ordenamiento, incorporándose al específico marco jurídico contractual. De ahí que, cuando los términos empleados para acordar tal pacto generen confusión, para conocer la verdadera intención de las partes, la interpretación conducente ya no podrá atender a los principios que rigen a la que es realizada cuando la aplicación de tal dispositivo tiene su origen en la voluntad del legislador, sino al tenor de las reglas que rigen la propia de los contratos, situación que impide acudir a la supletoriedad del artículo 2397 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, por lo que, para conocer el alcance del pacto en comento, deberá acudirse a las reglas sobre interpretación de los contratos que se establecen en los artículos 78 del Código de Comercio y del 1851 al 1859 del Código Civil indicado los que, respecto de esta última cuestión, sí son supletorios, conforme a lo dispuesto en el artículo 2o., fracción IV, de la mencionada ley general.³⁶

Tema: Apertura de Crédito Adicional Para el Pago de Pasivos

TESIS JURISPRUDENCIAL 51/1998 (PLENO): APERTURA DE CRÉDITO PARA EL PAGO DE PASIVOS. El contrato relativo pactado con instituciones de banca múltiple para tal fin, no está regido por el reglamento sobre instituciones nacionales y organizaciones auxiliares nacionales del crédito, ni es contrario a la ley de instituciones de crédito. Cuando en la celebración de un contrato de apertura de crédito, las partes convienen a la vez un crédito adicional que permita al acreditado, de serle necesario, cubrir el importe de los intereses a su cargo, evidentemente se está en presencia de un crédito para el pago de pasivos, operación que se encontraba prohibida por el artículo 8o., inciso b), del Reglamento sobre las Instituciones Nacionales y Organizaciones Auxiliares Nacionales de Crédito; sin embargo, tal disposición no resulta aplicable a la hipótesis examinada, en virtud de que, por una parte, en el propio artículo se restringió su aplicación exclusivamente a las instituciones que actualmente se conocen como banca de desarrollo, y a las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, por lo que tal precepto nunca fue aplicable a la banca comercial, conocida actualmente como banca múltiple. Asimismo,

³⁶ En relación con las tesis referidas y en especial la 50/1998 en este tema cabría señalar que en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, referidos al contrato de apertura de crédito, dicho capítulo enmarcado bajo el título *De los créditos* no regula al contrato de Apertura de Crédito ya que si revisamos el contenido de cada uno de los artículos que el mismo incorpora, encontraremos que no existe artículo alguno que se refiera a la fijación de reglas para la aplicación de intereses en el contrato de que se trata, por ello coincidimos con la postura asumida por el ministro Juventino Castro y Castro. Véase: CASTRO Y CASTRO, Juventino V.; *La Suprema Corte de Justicia ante la Ley Injusta*. (Un fallo histórico respecto al llamado "anatocismo"); tercera edición, Ed. Porrúa, México 1999, p.55 cuando señala que tal omisión fue intencional en tanto que no se requería por parte del legislador de 1932 incorporar en el contrato de Apertura de Crédito regla alguna en materia de intereses. en tanto que tales aspectos ya se encontraban contenidos en la norma general, que en el caso concreto sería el artículo 363 del Código de Comercio cuyo contenido es analizado por la Corte y al que nos hemos referido al estudiar las ejecutorias relativas a la capitalización de intereses.

debe resaltarse que el artículo 46, fracción VI, de la Ley de Instituciones de Crédito, faculta a dichas instituciones para otorgar préstamos o créditos, y el artículo 106 de la propia ley que establece cuáles son las actividades prohibidas a tales instituciones, no contempla la prohibición de referencia.³⁷

Tema: Apertura de Crédito Adicional para el Pago de Intereses

TESIS JURISPRUDENCIAL 58/1998 (PLENO): APERTURA DE CRÉDITO ADICIONAL PARA EL PAGO DE INTERESES CAUSADOS, PACTADA EN EL MISMO INSTRUMENTO O EN OTRO. SU APROVECHAMIENTO NO IMPLICA LA EXISTENCIA DE FALSEDAD IDEOLÓGICA O SUBJETIVA. En la tesis publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Cuarta Parte, Tomo 163-168, página 117, la anterior Tercera Sala de esa Corte ha establecido, con base en el artículo 8o., fracción VI, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que existe falsedad ideológica o subjetiva cuando en un título de crédito las partes hacen constar en él, algo que en realidad no sucedió. Este criterio, sin embargo, no es aplicable a los contratos de apertura de crédito adicional que las personas celebran con un banco para que éste ponga a su disposición el crédito necesario para cubrir los intereses causados derivados de otro contrato bancario celebrado en el mismo instrumento o en uno distinto; la inaplicación deriva no sólo del hecho de que la apertura de crédito es una figura jurídica distinta de un título de crédito, sino también y fundamentalmente, de que en aquel contrato las partes hicieron constar lo que sucedió en la realidad y que, en su oportunidad, tuvo plena y válida ejecución, sin que sea obstáculo para esta conclusión el hecho de que no se haya entregado materialmente al acreditado el dinero para pagar los intereses, sino que solamente se hayan efectuado asientos contables por el acreditante, ya que aquél recibió, de igual manera, el beneficio de ver pagados los intereses a su cargo, además de que siendo el contrato de naturaleza consensual, no requiere para su perfeccionamiento de la entrega del dinero, y de que el artículo 52 de la Ley de Instituciones de Crédito permite esta clase de asientos y les da, en su caso, efectos liberatorios.³⁸

TESIS AISLADA LXIII/98 (PLENO): VIABILIDAD ECONÓMICA DE LOS PROYECTOS DE INVERSIÓN PARA EL OTORGAMIENTO DE FINANCIAMIENTOS. La omisión por parte de las

³⁷ En relación con la Apertura de Crédito Adicional para el Pago de Pasivos, cabe mencionar que la tesis no se refiere a la normatividad que de manera especial establecen las leyes al respecto, y que por ende deben acatar. En efecto, de acuerdo con el artículo 66 fracción V de la Ley de Instituciones de Crédito en relación con el 323 del citado ordenamiento, el otorgamiento de créditos para el pago de pasivos estaría autorizado, siendo estos refaccionarios al pago de adeudos fiscales que pesen sobre la empresa del acreditado (primer supuesto) o bien al pago de los adeudos en que el mismo hubiere incurrido por gastos de explotación o por la compra de bienes muebles o inmuebles o ejercicio de las obras, siempre que los actos u operaciones que procedan de tales adeudos hayan tenido lugar dentro del año anterior a la fecha del contrato (segundo supuesto), y siempre que no excedan de 50% la parte de los créditos relativos, salvo el caso en que la Comisión Nacional Bancaria autorice, de manera excepcional que se exceda dicho límite.

³⁸ En relación con la tesis que se establece, en el sentido de que no se requiere el consentimiento expreso del acreditado para la aplicación de créditos adicionales por variaciones en las tasas, cabe referir que el criterio que sostiene el Máximo Tribunal establece la validez de un pacto genéricamente otorgado al celebrarse el contrato, en donde el acreditado autoriza que tal aplicación se realice, aun cuando no sepa a cuanto ascienden las obligaciones pecuniarias a su cargo, y sin tener posibilidad alguna de conocer los montos y sobre todo los criterios que emanados de tasas referenciales aplican las instituciones en su propio beneficio y en contra de aquel, incrementando así el monto de sus adeudos para compensar fluctuaciones en las tasas del mercado en las que no interviene, de modo que la institución aplica nuevos adeudos para "compensar a favor del acreditado" tales variaciones, que se traducen en incrementar el monto del adeudo del acreditado sin conocer los montos, cuando tales aplicaciones se realizan, sumándose al capital adeudado.

instituciones de crédito de banca múltiple de realizar el citado estudio, no puede ser reclamada por el acreditado en un contrato de apertura de crédito por carecer de legitimación activa. La obligación contenida en el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, consistente en que, previo al otorgamiento de financiamientos, las instituciones de crédito realicen el estudio de viabilidad económica de los proyectos de inversión respectivos, los plazos de recuperación de éstos, las relaciones que guarden entre sí los distintos conceptos de los estados financieros o la situación económica de los acreditados, y la calificación administrativa y moral de estos últimos, busca la seguridad de las operaciones, previendo la viabilidad del crédito que se otorgue, a efecto de que se obtenga su recuperación en los términos y condiciones que fije la política bancaria y con apego a las sanas prácticas que propicien la seguridad de sus operaciones, protegiendo a éstas de posibles incumplimientos que redunden en perjuicio a su patrimonio, es decir, que la omisión de la obligación señalada perjudicaría a la institución de crédito y no así al acreditado, ya que la primera es quien resentiría el perjuicio por no recuperar el dinero prestado sin prever la situación económica, solvencia y capacidad de pago del deudor. Por consiguiente, el acreditado carece de legitimación activa.³⁹

Tema: Naturaleza Jurídica de los Contratos de Financiamiento

TESIS JURISPRUDENCIAL 53/1998 (PLENO): APERTURA DE CRÉDITO Y PRÉSTAMO MERCANTIL. LEGISLACIÓN APLICABLE A ESOS CONTRATOS EN MATERIA DE INTERESES. Del análisis de la normatividad relativa a los contratos de préstamo mercantil y a los contratos de apertura de crédito, conforme al principio de jerarquía normativa, que exige la aplicación de la norma específica frente a la genérica, de acuerdo con la naturaleza del contrato de que se trate, se colige que, en materia de intereses, lo previsto en el artículo 362 del Código de Comercio, resulta aplicable para los primeros, pero no para los segundos, que tienen regulación específica en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, cuyo artículo 2o. hace aplicable la Ley de Instituciones de Crédito y que, conforme al artículo 6o. de ésta, también resulta aplicable la Ley del Banco de México, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo, del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, de lo previsto por los artículos 358, 361 y 362 del Código de Comercio, relativos a los contratos de préstamo mercantil, se desprende que el legislador, en el precepto citado en último término, no limitó la libertad contractual en materia de intereses, sino que en defecto de la voluntad de las partes, estableció la aplicación de una tasa de interés del seis por ciento anual, para

³⁹ Si la ley prevé que los bancos previamente al otorgamiento de sus créditos deben cumplir con las obligaciones apuntadas, ello tiene como lógica finalidad que dichas instituciones puedan establecer quien y hasta que montos pueden ser sujeto de crédito no solamente en razón de que su proyecto sea viable, sino también respecto de su capacidad de pago, su solvencia moral y la afectación de garantías para con ello asegurar la recuperación de tales financiamientos, de modo que quien no satisfaga tales requisitos, bajo ningún punto de vista podría ser elegido para contar con recursos que por otro lado ni siquiera pertenecen a las propias instituciones sino a los ahorradores.

Cuando la institución crediticia otorga créditos a una persona que no satisfaga los requisitos apuntados, es evidente que en el corto plazo caerá en situación de incumplimiento, lo cual como se señala en la tesis provocará, en efecto un problema a las instituciones, pero es evidente que las instituciones, contando con el cúmulo de garantías que se constituyen al otorgarse los créditos, tienen la posibilidad de ejercitar diversas acciones para recuperar los créditos otorgados, con independencia de que previamente a su concesión el banco hubiese o no cumplido con las obligaciones que le impone su propia normatividad, por lo cual creemos que también el acreditado sufrirá las consecuencias derivadas de su propio incumplimiento, que en el caso concreto se propicia por la falta de acatamiento de las instituciones financieras a las obligaciones que su especial normatividad les impone.

el caso de mora. Sin embargo, tratándose de los contratos de apertura de crédito, que encuentran regulación en los artículos 291 a 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en relación con los artículos 46, fracción VI, y 48 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establecen que respecto a los intereses, resultan aplicables las disposiciones generales que al efecto emita el Banco de México, en términos de lo dispuesto en el artículo 3o., fracción I, de la ley que regula a dicha institución financiera, no debe pasar inadvertido que por mandato del precepto constitucional mencionado, compete al banco central regular la intermediación y los servicios financieros.⁴⁰

Tema: Intereses

TESIS AISLADA LXV/98 (PLENO): INTERESES EN CONTRATOS DE APERTURA DE CRÉDITO. La inclusión, entre otros, de un índice o referente alternativo, cuya cuantificación dependa primordialmente de la voluntad unilateral del banco acreedor, es contrario al artículo 1797 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en Materia Federal. Si en algún contrato de apertura de crédito se hace remisión a un índice o referente cuya cuantificación se realice, principalmente, en forma unilateral por la misma institución acreedora, además de a otros índices que no son unilaterales, y si, apoyándose en aquél, se hace la determinación del interés en acatamiento del contrato, es inconcuso que se deja al arbitrio de una sola de las partes la medida del cumplimiento de la obligación, lo que resulta contrario a lo dispuesto por el artículo 1797 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal. En esas condiciones, deberá tenerse por no puesta la opción del índice unilateral aludido y determinarse la tasa conforme a lo convenido, tomando en cuenta los demás índices que no adolecen del vicio indicado.⁴¹

⁴⁰ En relación con esta tesis cabría mencionar que en la normatividad relativa al contrato de Apertura de Crédito que se contiene en los artículos del 291 al 301 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, ni aún en los artículos del 321 al 333 que se refieren específicamente a los créditos de habilitación o avío y refaccionarios, no existe artículo alguno que se refiera a la causación de intereses, sean estos normales o moratorios, por lo que si bien es cierto que con independencia de la libertad contractual ya comentada, los artículos de la Ley de Instituciones de Crédito, a saber 46 fracción VI y 48 de la misma ley, se refieren el primero a las operaciones activas y el segundo a la Ley Orgánica del Banco de México, cabe referir que éste último solamente establece los parámetros que atendiendo a las necesidades de la economía pueden servir de base a las entidades financieras para la fijación de intereses, pero no establece norma alguna, que obligue a la adopción de criterios en materia de aplicación de intereses y sobre todo su posible capitalización.

Por lo anterior consideramos que si bien siendo que estas leyes de carácter especial, y por ende, como se señala, aplicables supletoriamente respecto de la norma general, frente a tal omisión la aplicación de dicha norma general se hace necesaria de acuerdo con la fracción II del propio artículo 2 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en la que de acuerdo con el artículo 362, en el supuesto de mora del deudor deberán cubrir el interés pactado o bien el interés al tipo legal. Sin embargo este artículo debe ser revisado en conjunción con el artículo 363 del propio Código de Comercio, que nos lleva a analizar si es o no procedente capitalizar intereses, en donde hemos ya visto que tal circunstancia solamente es válida cuando así lo hayan pactado los contratantes.

⁴¹ En relación con la primera de las tesis antes transcrita, la fijación de las tasas se realiza de manera unilateral por una de las partes, lo cual es contrario a lo dispuesto por el artículo 1797 del Código Civil que establece que el cumplimiento de los contratos no puede quedar sujeto a la voluntad de una de las partes, en relación con el artículo 77 del Código de Comercio que dice que las convenciones ilícitas no producen obligaciones ni acción aunque recaigan sobre operaciones de comercio; y, por el otro, que a partir de tal fijación determinada unilateralmente, se obligue al acreditado a cubrir cantidades de dinero, sin siquiera conocerlas, y en las que tampoco puede discutir su conformidad o inconformidad, tanto en el proceso que se siga para su fijación, como los montos resultantes que se le pretendan cobrar, cuando dicho acreditado solamente podrá impugnar los montos relativos cuando frente a su propio incumplimiento ofrezca la prueba pericial contable tendiente a desacreditarlos y, por ello solamente podrá ser resuelto por juez de la causa en el ejercicio de las acciones correspondientes.

6. NUEVA NORMATIVIDAD EN MATERIA BANCARIA EN RELACIÓN AL OTORGAMIENTO DE CRÉDITOS

Derivando de las enormes consecuencias que hemos apuntado de la obsoleta, injusta e inequitativa normatividad vigente y en algunos aspectos de la ausencia de disposiciones que de manera adecuada den solución a los problemas apuntados, se plantea la necesidad de que las nuevas relaciones entre el sector financiero y sus acreditados sean normadas en el futuro por una legislación que establezca niveles mínimos de protección y sea justa, equitativa y adecuada, estableciendo un marco jurídico idóneo y actual al problema que nos ocupa, ya que la existencia de una normatividad que de su aplicación ha producido y está produciendo la pérdida patrimonial de un gran sector de la población y el beneficio para un sector sumamente reducido como son las entidades financieras, no cumple los postulados que emanan de la filosofía del derecho, y que obligan al legislador a crear leyes que beneficien a la mayor parte de la población, y no a un sector privilegiado como hasta ahora ha venido ocurriendo.

Lo anterior tiene apoyo en el hecho de que constitucionalmente el órgano legislativo es el representante del pueblo, quien confía en aquel la misión de dar creación a la norma jurídica y con ello expresión a la voluntad popular del modo como dicha voluntad quiere regular su conducta en los diferentes ámbitos de actuación ciudadana, no debiendo por ende ser la ley que dicho órgano expida ni caprichosa ni ajena a la realidad ni mucho menos injusta o inequitativa.

Mientras el marco jurídico existente y la política financiera del gobierno federal no sean modificados, resulta evidente que por un lado las operaciones activas bancarias seguirán reprimidas, ya que la experiencia enseña que después de la crisis y frente a esa realidad, ni los bancos otorgan créditos ni las personas recurren a los mismos por el alto costo del dinero, y como la concesión de créditos resulta indispensable para impulsar tanto el desarrollo industrial así como la adquisición de vivienda como una forma de satisfacción a una de las necesidades básicas de la población, no se cumple la función primordial para la que existen los bancos.

El medio para dar certeza jurídica a las operaciones activas, solamente puede encontrarse en la creación de una nueva legislación especializada que resulte idónea y en la que se dé absoluta certidumbre jurídica al contenido de los contratos en la cual deberán destacarse los siguientes aspectos:

Reconocimiento de normatividad de orden público y derechos mínimos para la protección de los usuarios de los servicios financieros de carácter sustantivo. La experiencia enseña que dejar a la libre voluntad

de las partes la celebración de contratos derivados de operaciones activas bancarias, las coloca en situación de desigualdad extrema ya que inicialmente permite que la institución bancaria fije de manera unilateral las condiciones del contrato y las imponga al acreditado, impidiendo que éste tenga posibilidad alguna de negociar tales condiciones ya que en tal caso se está en presencia de auténticos contratos de adhesión. De ese modo, se obliga al acreditado a aceptar obligaciones que son sumamente onerosas, además de incomprensibles por el contenido extremadamente técnico que las cláusulas financieras incorporadas al contrato contienen.

Se hace necesario restablecer el marco normativo, en donde debe partirse del reconocimiento que la ley realice en el sentido de que la autonomía de la voluntad no debe seguir siendo considerada como norma suprema en tales convenciones, porque una de las partes impone las condiciones a la otra, por lo tanto la nueva normatividad, al reconocer que los acreditados están colocados en situación de desventaja frente a las instituciones, deben ser tendientes a alcanzar un equilibrio en la correlación jurídica que las mismas establezcan.

Opinamos que el reconocimiento de tal principio debe contenerse en la norma mercantil general para ser de aplicación a la totalidad de las operaciones financieras que regulan las diversas leyes mercantiles.

Redefinición de requisitos a ser exigidos a las instituciones para el otorgamiento de créditos. El artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito establece en la actualidad los requisitos que deben cumplir las instituciones bancarias para el otorgamiento de sus financiamientos.⁴²

Como se puede observar, dicho artículo refiere sin método y de manera asistemática las condiciones y demás aspectos que las instituciones deben cumplir cuando confieran un crédito. Opinamos que los requisitos que la ley bancaria exige a las entidades deben ser redefinidos y sistematizados en diversos apartados en los que se desarrollen los siguientes puntos:

1. Que la revisión que las instituciones realicen de la situación económica y financiera de los solicitantes del crédito actual y previsible, incluya aspectos de carácter legal así como contable y financiero, de conformidad con las obligaciones mercantiles y fiscales que establezcan las leyes relativas.

⁴² Artículo 65. Para el otorgamiento de sus financiamientos, las instituciones de créditos 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, fuere 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.

2. Que al referirse a los proyectos de inversión, defina con claridad el contenido de la llamada viabilidad económica, y precise cuales son los proyectos aceptables, de modo que si el acreditado satisface los requisitos, las instituciones se encuentren obligadas a concederles el crédito.

3. Que cuando se refiera a la calidad moral de los acreditados de contenido a tal dispositivo incluyendo de una manera clara, la necesaria valoración de su historial crediticio, porque su concepción actual es sumamente ambigua.

4. Que en un apartado especial se precisen el cúmulo de garantías que con base en las leyes relativas se otorguen para soportar el crédito concedido.

Establecimiento de una forma única para la fijación equitativa de intereses porcentualmente en función del monto total del crédito estipulada desde el momento de la celebración del contrato. Un aspecto que es fundamental para el restablecimiento de las condiciones derivadas de los contratos crediticios, es el que se hace consistir en la necesidad del establecimiento de una fórmula única, clara, irrenunciable y proporcionada en función del crédito otorgado, que dé certidumbre jurídica a ambas partes, y que permita conocer a las mismas desde el principio el monto total o bien las bases para su liquidación, de las obligaciones pecuniarias de carácter accesorio, que son a cargo del acreditado, incluyendo una única tasa referencial para la fijación de los intereses tanto normales como moratorios, en su caso.

Así, propondríamos como alternativa única para la fijación de tales tasas de interés, la de que las mismas se fijaran de acuerdo con el índice nacional de precios al consumidor que como dato oficial proporciona periódicamente el Banco de México, lo cual adecuaría la fijación de tales tasas a una realidad económica, que no permita el desborde de aquellas, y que sea acorde a un parámetro que ha venido siendo utilizado en múltiples leyes, en tanto que parte de un dato oficial que es congruente con una realidad.

Por supuesto creemos que la ley que regule estos aspectos deberá prohibir cualesquiera otra fórmula para la fijación de los intereses derivados de tales contratos, así como también la prohibición de que las mismas se conviertan a unidades de inversión (como ocurre en la actualidad) en tanto que tienen ya plena vigencia por su indexación a la situación que en materia inflacionaria reporte el Banco Central.

Adopción de la Teoría de la Imprevisión en materia mercantil. La autonomía de la voluntad se manifiesta en el momento en que las partes contratan. Si posteriormente algún evento o circunstancia imprevisible hace que varíen las condiciones originales y ocasionan una excesiva onerosidad en perjuicio de alguna de las partes, no puede inferirse que se obligó la parte afectada en dichos términos desconocidos e imprevi-

sibles por ella, y podemos señalar que su voluntad originalmente manifestada se vería radicalmente afectada sin su intervención por dichas eventualidades.

Los acontecimientos de índole económico, político y social ocurridos en nuestro país con motivo de la estrepitosa devaluación que sufrió el peso mexicano frente a la divisa norteamericana en diciembre de 1994, provocaron como hemos visto un alza desmedida en las tasas de interés pactadas entre las instituciones y los acreditados, quienes súbitamente se encontraron imposibilitados para cumplir las obligaciones contraídas, por lo que a dicho rubro se refiere ante los bancos, de modo que al aplicarse estrictamente el principio que deriva de la *pacta sunt servanda* conforme a la cual las obligaciones legalmente contraídas deben cumplirse en sus términos y hasta sus últimas consecuencias, lo que se provocó fue la imposibilidad de atender a dicho imperativo, en tanto que la variación de las condiciones fue de tal magnitud que lo que provocó fue la imposibilidad de su cumplimiento por haberse convertido en excesivamente onerosas.

Así, fue una falacia pretender exigir el cabal cumplimiento de los contratos, provocándose de ese modo que la enorme cartera vencida se canalizara por un lado al FOBAPROA ahora IPAB y por el otro diera lugar al seguimiento de múltiples juicios en contra de los acreditados, quienes en muchos casos ni con la totalidad de sus bienes pudieron cubrir el monto exigido por los bancos debido a la excesiva alza en las tasas de interés.

La anterior experiencia, cruel en sí misma porque acabó con el patrimonio de muchas familias, ha demostrado que la aplicación irrestricta de tal principio no constituye en estos tiempos una opción viable, y por otro lado demuestra su ineficacia además de una enorme inequidad.

De ello se desprende la necesidad inaplazable que en esta rama del derecho mercantil se modifique tal principio para, incorporando la Teoría de la Imprevisión en la norma general, se permita a los jueces que en presencia de circunstancias como las apuntadas, puedan restablecer las condiciones originalmente pactadas por las partes repartiendo así el peso de tales variaciones o circunstancias imprevistas de una manera equitativa entre las mismas, para procurar así una situación de mayor justicia y sobre todo equidad entre ellas y, propiciándose con ello que se encuentren siempre en posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas previamente.

La teoría de la imprevisión, se entiende como una excepción al principio de obligatoriedad de los contratos y al cumplimiento de buena fe de los mismos. Para su aplicación, es necesario que la onerosidad sobrevenida obedezca a circunstancias de carácter extraordinario e imprevisible.⁴³ Nuestra propuesta se centra, en elaborar una regla general, que

⁴³ Cfr. TORREBLANCA SENTIES, José Manuel; *op. cit.*, p. 220.

incorpore dicha teoría en el Código de Comercio, es en el terreno del derecho mercantil y especialmente en el financiero, en el que por la naturaleza y magnitud de las operaciones activas que comúnmente realizan las instituciones con los acreditados, y la indexación de las cargas accesorias al crédito (intereses) que realizan en función de los baivenes de la economía, y por el monto que ampara los contratos relativos, donde mayormente se hace necesaria su incorporación.

En la imprevisión, al existir una excesiva onerosidad la dificultad del cumplimiento de la prestación no es imposible, al contrario el cumplimiento se vuelve gravoso pero en ningún momento se exonera al deudor; resulta pues, más injusto e inequitativo el aceptar que el deudor deje de cumplir sus obligaciones, como sucede en el caso fortuito que contempla expresamente que cuando las obligaciones contraídas por el deudor en los contratos de tracto sucesivo se vuelvan inequitativas, como consecuencia de una ostensible variación imprevista por las partes, de las circunstancias que se tomaron en cuenta originalmente por ellas al contratar, las cuales pueden ser ajustadas equitativamente por el Juez, procurando un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, equivalente a los que existían al momento de celebrarse el contrato.

“Esta teoría ha sido elaborada con la finalidad de encontrar un remedio para los contratos, en que siendo de ejecución continuada o periódica o bien de ejecución diferida, una de las partes se ve sometida a una onerosidad excesiva o anormal en razón de que la base económica general tenida en cuenta al contratar, resulta modificada en el momento de la ejecución. Ello crea para la parte afectada, una grave dificultad para cumplir su prestación en razón de tener que someterse a un gran sacrificio económico, no previsible en el momento de celebrar el contrato”.⁴⁴

Creemos y así lo hemos expresado, que la esencia de la teoría de la imprevisión no es la de propiciar el incumplimiento de las obligaciones contraídas sino que, su objeto radica en tratar de equilibrarlas al presentarse el hecho extraordinario e imprevisible para las partes. Es en éste momento cuando el juez se encuentra en situación de legislador, como lo expresa García Máynez, quien manifiesta que en todos aquellos casos en que las fuentes formales resultan insuficientes para procurar a la autoridad judicial un criterio de solución, quedan los jueces y tribunales colocados en situación semejante a la del legislador, que el juez está obligado a establecer las normas de decisión para los casos imprevistos, no arbitraria, sino en la misma forma en que el legislador lo habría hecho, de haberlos tenido presentes. La diferencia que existe es que el legislador formula reglas aplicables a un número indefinido de

⁴⁴ CASTRO Y CASTRO, Juventino V.; *La Suprema Corte de Justicia ante la Ley Injusta*, (Un fallo histórico respecto al llamado “anatocismo”); 3ª. edición, Ed. Porrúa, México 1999, p. 66.

casos, el juez ha de descubrir la norma de solución para una situación singular.

Sostenemos que debe establecerse de manera expresa la aplicación de la teoría de la imprevisión en nuestro sistema normativo en materia mercantil, ya que, la experiencia sufrida en diciembre de 1994 enseña que nadie puede garantizar que circunstancias como las vividas sean absolutamente ajenas a nuestra realidad económica provocando que las obligaciones pecuniarias se conviertan en sumamente onerosas, por lo cual es necesario que nuestra legislación en materia mercantil contenga disposiciones como la referida dándose así sustento jurídico a la autoridad judicial para equilibrar de manera justa las obligaciones otorgadas por las partes (Tanto institución de crédito como acreditados).

Redefinición del procedimiento de ejecución suprimiendo la procedencia del Juicio Ejecutivo Mercantil con base en el estado de cuenta del contador público de la institución, y el contrato cuando exista garantía hipotecaria o prendaria. Un caso que amerita comentarios distintos por tener un tratamiento especial, es el que se refiere a la fracción VIII, del artículo 1391 del Código de Comercio, adicionada con motivo del decreto de reformas y adiciones publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de mayo de 1996, que incorpora como títulos ejecutivos “a los demás documentos que por disposición de la ley tienen el carácter de ejecutivos, o que por sus características traen aparejada ejecución”.

La incorporación de la fracción antes referida, reconoce como títulos ejecutivos, a aquellos documentos que aún y cuando no se encuentran señalados en el catálogo establecido por el propio artículo 1391, del Código de Comercio, serán ejecutivos, en la medida en que cualesquiera otra ley especial, de naturaleza mercantil, les reconozca tal carácter.

La fracción antes mencionada se encuentra íntimamente ligada y hace una evidente referencia al artículo 68 de la Ley de Instituciones de Crédito, que establece la procedencia de la vía ejecutiva, haciendo por ende procedente el seguimiento del juicio ejecutivo mercantil en contra de los deudores o acreditados de la banca.

Del precepto antes citado, se podrá observar que los contratos relativos, o bien las pólizas otorgadas ante notario o corredor público, en que se hagan constar los créditos, conjuntamente con los estados de cuenta certificados por los contadores de las instituciones, serán títulos ejecutivos, sin necesidad de reconocimiento de firma ni de otro requisito alguno.

Asimismo, se establece, que tales estados de cuenta elaborados por el contador de las instituciones financieras hará fe, salvo prueba en contrario, de los saldos resultantes a cargo de los acreditados o los deudores, aún sin el reconocimiento de los mismos.

De lo hasta aquí dicho, se destacan los siguientes aspectos que desde otro punto de vista merecen ser tratados. En primer lugar, se establece con claridad la procedencia de la vía ejecutiva mercantil a partir de la expedición del estado de cuenta suscrito por el contador de la institución, en conjunción con el contrato.

A dicho estado de cuenta se le da plena validez, y el rango de certificación de fe pública, según dice la ley, no obstante que por un lado los contadores públicos (ni aún los de las instituciones financieras), son detentadores de fe pública, ya que ésta corresponde solamente a quienes ejercitan la profesión con base en una ley de la que se derive tal categoría, como es el caso de los notarios y los corredores públicos, pero no así de los contadores.

Por otro lado se establece la procedencia de la acción ejecutiva, con base en tales documentos, aún y cuando como hemos dicho, estos no hayan sido reconocidos por el deudor, lo cual denota una evidente parcialidad en donde la ley privilegia a las instituciones financieras, provocando con ello una situación de injusticia, por las razones siguientes:

1. El juez despachará ejecución sobre los bienes del deudor con base en el monto que de acuerdo con el dictamen emitido por el contador de la institución, se presente en juicio como pretensión de la parte acreditante, aún y cuando dicho deudor no haya tenido intervención alguna en el diseño de dicho estado contable, haciéndose patente la evidente parcialidad de la ley, que propicia y permite una situación de injusticia en razón de que los montos relativos son determinados de manera unilateral por las instituciones financieras a través de un empleado de las mismas, quien lo realiza en los tiempos y condiciones que más convengan a las instituciones.

2. El estado de cuenta de que se trata, constituye en su contenido y alcances el equivalente a una prueba pericial contable, que es rendido por la institución no solamente para establecer el monto de su pretensión, sino también, para que la vía ejecutiva resulte así procedente.

El hecho de que las instituciones puedan emitir el dictamen de que se trata, a través de su contador, y así exhibirlo con su demanda, tratándose de un documento cuyas características son las propias de una prueba pericial contable, hace patente la transgresión que las leyes mercantiles especiales que así lo autorizan, cometen a uno de los principios procesales de mayor relevancia para la teoría del proceso, como es el de la igualdad de las partes en el mismo.

De ese modo, la institución contará con un plazo de *diez años* para promover su demanda, propiciando que se acumulen así los saldos insolutos, y con ello la evidente causación de intereses moratorios (*capitalizables*) y accesorios en su favor, pudiendo elevar de manera desorbitante el monto de las prestaciones reclamadas en juicio. Los deudores por

su parte, tendrán un término perentorio de *cinco días* para impugnar el citado estado de cuenta en la contestación que realicen a la demanda relativa, de acuerdo con el artículo 1401 del Código de Comercio, que establece en su parte relativa que en los escritos de contestación de demanda, las partes ofrecerán sus pruebas, proporcionando el nombre de sus peritos y clase de pericial de que se trate, con el cuestionario que deban resolver.

Además, si como resulta evidente, tanto el dictamen del contador de la institución como el que ofrezca el demandado para desvirtuar a aquél en la contestación a la demanda, constituye, como de hecho así ocurre en su contenido y alcances, propiamente una prueba pericial contable, resulta que la misma no es ofrecida y tramitada dentro del procedimiento, en estricto cumplimiento a las prescripciones contenidas en el Capítulo xv del Libro Quinto del Código de Comercio, presentándose así una evidente desventaja para el acreditado, en virtud de que por un lado, el mismo no cuenta con los mismos plazos que se conceden a la institución, y por el otro, tampoco tiene a su alcance los medios técnicos y en muchos casos, los recursos indispensables para la emisión de su propio dictamen, todo lo cual se traduce además en la causación de mayores erogaciones a ser sufragadas por el propio acreditado.

Por lo que se refiere a los requisitos que los estados de cuenta deben contener, si bien las leyes que los refieren solamente enuncian que para la procedencia de la vía ejecutiva es necesaria su presentación, sin establecer sus características, ha correspondido a la Suprema Corte de Justicia llenar esa laguna, al resolver en el mes de junio de 1994, las contradicciones de tesis sustentadas por los Tribunales Colegiados de Circuito, estableciendo así jurisprudencia en la que destaca fundamentalmente que el estado de cuenta debe contener tres aspectos esenciales, como son; la identificación del contrato de crédito y las partes que lo suscriben; la determinación de las fechas de las disposiciones y sus abonos; y, el desglose de las tasas de interés aplicables al caso concreto en una secuencia sucesiva de meses o semanas según lo pactado.

Opinamos que por las razones antes expresadas, debe suprimirse de las leyes que así lo autorizan, la procedencia de la vía ejecutiva mercantil sustentada en los citados estados de cuenta contables, y porque además consideramos que conceder tal privilegio a una entidad financiera que ante el tribunal es solamente parte de un proceso, propicia un evidente desajuste en la balanza de la justicia, en donde la parte más débil, que es el acreditado, cuenta con posibilidades mínimas de defensa, ya que si bien en los procedimientos relativos le son respetadas las formalidades esenciales, como podemos observar, dicho acreditado ocupa una posición de evidente desventaja ante la demoledora acción de las instituciones financieras.

Con independencia de lo anterior, se hace aún más evidente la necesidad de que se supriman tales beneficios que el legislador ha creado para los entes financieros, porque estos cuentan además con procedimientos alternativos de ejecución privilegiada que ya contemplan las leyes a su favor.

En efecto, si por ejemplo hablamos de la concesión de créditos bancarios, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 65 de la Ley de Instituciones de Crédito, al otorgar los créditos, las instituciones están obligadas a realizar dicha operación activa asegurarse que en soporte de su pago, los deudores constituyan en su favor suficientes garantías para la recuperación de los créditos que otorguen y ante el eventual incumplimiento de los mismos, aquéllas cuentan por lo mismo normalmente con tales gravámenes que en sí mismos, facilitan, de acuerdo con la ley de la materia procedimental que regule su ejecución, con vías alternas de ejecución de los créditos incumplidos, mismos que fueron tratados en su oportunidad.

En atención a todo lo antes dicho, la fuerza ejecutiva con que cuentan las instituciones crediticias que son en sí mismas suficientes, ágiles, preferentes y que permiten además la traba de bienes para garantizar el monto de lo reclamado, mantener a favor de dichas instituciones la procedencia de la vía ejecutiva mercantil con base en los estados de cuenta emitidos por los contadores, constituye un exceso, que provoca una enorme desigualdad en el tratamiento que la ley da a las partes en conflicto, no cumpliéndose así el principio de la igualdad de las partes ante la ley, que emana de la teoría del proceso, el cual por ende se convierte en letra muerta, y se propicia así una enorme desigualdad a la vez que inequidad, en detrimento de los acreditados.