

308409
15
24

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNAM

FACULTAD DE DERECHO



LOS CONTRATOS DE MUTUO Y DE APERTURA
DE CREDITO COMO INSTRUMENTOS PARA LA
ADQUISICION DE LA VIVIENDA EN EL SISTEMA
BANCARIO MEXICANO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

MARGARITA HUGUES VELEZ

DIRECTOR DE TESIS
LIC. HECTOR GALEANO INCLAN

MEXICO, D. F.

1996

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis papás, en agradecimiento por su apoyo, fortaleza y por ser un ejemplo a seguir.

A mis hermanos:

**Emilio, Alejandro, Javier, Marua,
Toño, Lourdes, Paco, Paulette,
Eduardo y Mónica, por estar
conmigo, cada uno a su manera.**

INTRODUCCION

CAPITULO I.

EL CONTRATO DE MUTUO.

I.1	Antecedentes	1
I.2	Concepto	4
I.3	Clasificación.....	9
	A).- Principal	
	B).- Bilateral	
	B1).- Conmutativo	
I.4	Especies.....	11
	A).- Mutuo con interés u oneroso	
	B).- Mutuo simple o gratuito	
	C).- Mutuo civil	
	D).- Mutuo mercantil	
I.5	Elementos formales, reales y personales.....	17

CAPITULO II.

EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO.

II.1	Antecedentes.....	21
II.2	Concepto.....	23
II.3	Clases.....	29
	A).- Por la forma de disposición	
	A1.- Simple	
	A2.- En cuenta corriente	
	B).- Por el objeto	
	B1.- De dinero	
	B2.- De firma	
II.4	Naturaleza jurídica.....	43
II.5	Elementos formales, reales y personales.....	47

CAPITULO III.

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE AMBOS CONTRATOS.....

		51
III.1	Semejanzas entre ambos contratos.....	53
	1.- Desde el punto de vista económico	
	2.- Desde el punto de vista de la forma de celebrarse	
	3.- Desde el punto de vista de la certeza para su cobro	

- 4.- Desde el punto de vista de la transmisión de propiedad de las sumas de dinero dadas en virtud de la celebración del mutuo o apertura de crédito
- 5.- Desde el punto de vista de su clasificación
 - a).- Bilaterales
 - b).- Principales
 - c).- Gratuitos y/u onerosos
 - d).- Consensuales
- 6.- Desde el punto de vista de los elementos formales, reales y personales
- 7.- Desde el punto de vista de la comisión por apertura
- 8.- Desde el punto de vista del vencimiento anticipado del contrato

III.2 Diferencia entre ambos contratos..... 67

- 1.- Desde el punto de vista de su denominación práctica.
- 2.- Desde el punto de vista de la forma de disposición.
- 3.- Desde el punto de vista de la facultad por parte del acreditante de entregar al acreditado las sumas de dinero otorgadas por virtud del crédito o préstamo.
- 4.- Desde el punto de vista de la existencia de saldos revolventes.
- 5.- Desde el punto de vista del pacto de anatocismo.
- 6.- Desde el punto de vista de la presunción de obligados solidarios
- 7.- Desde el punto de vista del carácter mercantil o civil de ambos contratos.

CAPITULO IV.
UTILIZACION PRACTICA DE AMBAS FIGURAS EN EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO..... 75

IV.1 Problemática actual en el otorgamiento de créditos bancarios..... 78

IV.2	Créditos tradicionales.....	79
IV.3	Créditos con refinanciamiento de intereses.....	84
IV.4	Tasas de interés.....	85
	A) Naturaleza	
	B) Justificación	
	C) Propósito de los intereses	
	D) Clases de intereses	
	E) Regulación de los intereses	
	F) Usura	
	G) Métodos para calcular la tasa de interés	
IV.5	Unidades de inversión.....	97
	A) Las unidades de inversión y el derecho civil.	
	B) Las unidades de inversión y el derecho mercantil.	
	CONCLUSIONES.....	108
	BIBLIOGRAFIA.....	110
	ANEXO 1	114

INTRODUCCION

La crisis que vive México, que se caracteriza por una falta de liquidez, tanto para personas físicas como para personas morales, obliga día con día a que se esté frente a la necesidad de contratar créditos bancarios, para satisfacer una necesidad, como es el adquirir una vivienda.

En la actualidad existen un gran número de disposiciones que provocan que exista poco cuidado en su elaboración, e incluso llega a darse el caso de que dos figuras que corresponden a dos ramas del derecho completamente diferentes, lleguen a confundirse o lleguen a utilizarse con similitud una con otra.

Si bien limito este trabajo a un tema específico, es decir, aún cuando existe una gran gama de Aperturas de Crédito, asimismo, el Mutuo, puede ser empleado en un sin número de operaciones, y en la actualidad la primordial función de ambas figuras, es la de ser un medio para la adquisición de la vivienda.

En este trabajo pretendo hacer hincapié en que las disposiciones que regulan estos dos contratos no han sido derogados, y, por lo tanto, tienen vigencia actual y deben ser observadas y cumplidas, y por lo mismo los Bancos no pueden ni deben hacer una mezcla entre ambas.

Los créditos para adquisición de la vivienda, hoy por hoy son ampliamente recurridos y, en tal virtud, con afán de aprovechar varias ventajas, existe un gran abuso económico por parte de los Bancos, aprovechándose de la necesidad económica de la gente y muchas veces de su ignorancia, para de esta forma otorgar un gran número de préstamos que hoy por hoy se han convertido en una bomba de tiempo

Si bien no pretendo modificar las políticas de los Bancos en el otorgamiento de créditos, si pretendo criticar el abuso por parte de éstos, y el engaño con el cual manejan el uso de éstos créditos para ganar clientes, y con el paso del tiempo no solo el cliente se ve perjudicado, sino hoy por hoy los más perjudicados están siendo los Bancos, ya que existe una gran cantidad de cartera vencida y con el paso del tiempo los acreditados han

preferido o preferirán que los bancos se queden con sus inmuebles.

CAPITULO I

CONTRATO DE MUTUO

I.1 ANTECEDENTES

En el derecho romano, el contrato de mutuo se consideraba como un contrato real; era un contrato cuyo perfeccionamiento dependía de la entrega material de la cosa dada en mutuo.

Para este derecho, el mutuo es un contrato unilateral en virtud de que no había por parte del mutuante ninguna obligación frente al mutuuario; el mutuante solo requiere ser el legítimo propietario de los bienes dados en mutuo; en tanto que por parte del mutuuario, si existían ciertas obligaciones, siendo la principal el devolver al término del contrato el bien o bienes objeto del mismo.

También en el derecho romano se le conceptuaba como contrato gratuito, y si las partes contratantes querían estipular algún tipo de interés este pacto debía constar en un contrato adicional; es decir, no estaba regulado el mutuo con interés como tal, sino que

para que éste existiera, era necesaria la celebración de dos contratos independientes.

En el derecho mexicano, el contrato de mutuo en los Códigos Civiles de 1870 y 1884, no se encontraba regulado en forma independiente, ya que en estos dos ordenamientos, se equiparaban el contrato de mutuo y el contrato de comodato. Ambos eran denominados indistintamente con el nombre de **PRESTAMO**. El legislador no hacía diferencia alguna entre uno y otro, no obstante, ya desde entonces, estos dos contratos tienen características fundamentales que los distinguen.

Los ordenamientos antes mencionados, tenían una marcada influencia del Código Civil español del año de 1851, el cual en su artículo 630, en su parte conducente definía al **PRESTAMO** como:

"Contrato por el cual una de las partes se obliga a entregarle a otra alguna cosa..."

Esta influencia la vemos plasmada en el artículo 2661 del mencionado Código Civil de 1884, que definía a los contratos de Mutuo y Comodato de la siguiente forma:

"Bajo el nombre de PRESTAMO se comprende toda concesión gratuita por tiempo y para objeto determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligación de restituir ésta en especie; y toda concesión gratuita o a interés, de cosa fungible, con obligación de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso el préstamo se llama comodato, y en el segundo, mutuo."

De aquí que en un sólo concepto se alude a los dos contratos, al comodato en primer término, y al mutuo en un segundo término.

Con posterioridad el legislador se vio en la necesidad de establecer parámetros claros de distinción entre ambas figuras jurídicas, para que de esta forma, ya en nuestro Código Civil vigente del año de 1928, se les clasifique y estudie a cada uno

por separado y en forma independiente, estableciéndose claras diferencias entre uno y otro.

El contrato de mutuo tiene entre sus características fundamentales, la de ser un préstamo de consumo; traslativo de dominio; en tanto que el contrato de comodato tiene como una de sus características fundamentales, el ser un préstamo de uso, y por lo mismo traslativo de uso y no de dominio.

I.2.- CONCEPTO

Nuestro Código Civil vigente, define al contrato de mutuo en el artículo 2384 como sigue:

"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 mutuatario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad."

De esta definición que nos da el Código Civil, se desprende que el mutuo es un contrato **TRASLATIVO DE DOMINIO** o de propiedad, en el cual es indispensable la entrega material de la cosa dada en mutuo. Es lógico que para que el mutuante pueda cumplir con esta obligación frente al mutuuario, el primero tiene necesariamente que ser el legítimo propietario del bien o de los bienes dados en mutuo.

El mutuo al ser únicamente sobre bienes fungibles es un préstamo de consumo, ya que como lo indica el artículo 763 del ya citado Código Civil, por bienes fungibles se conoce a aquéllos bienes muebles que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, calidad y cantidad. Debemos por lo tanto estar en presencia de bienes de fácil restitución, para poder cumplir con la característica de **fungibilidad**, y para que de esta forma el mutuuario pueda cumplir con su obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad al mutuante. Realmente lo que hay no es una restitución en estricto sentido, ya que para que ésta se dé estaríamos hablando de que el mutuuario debería conservar la cosa en su integridad y devolver la misma cosa que le fue prestada, por lo cual considero que sería más

correcto hablar de una **entrega** y no de una **restitución**.

La cosa fungible por excelencia es el dinero, y en la práctica la mayoría si no es que todos los contratos de mutuo, se realizan en dinero.

Es importante hacer destacar que aparentemente en el contrato de mutuo, el Código Civil y la mayoría de los autores dan prioridad al objeto del contrato (la cosa dada en mutuo), y no dan tanta importancia al **TIEMPO** del contrato, siendo este último desde mi punto de vista la característica primordial del mismo. En la definición que nos da el Código Civil, en ningún momento se hace mención de cuando debe el mutuuario devolver la cosa dada en mutuo, simplemente establece la obligación de hacerlo, más no se habla de un término, siendo éste, el factor del cual dependen la mayoría de las circunstancias futuras del contrato, como podría ser la tasa de interés a la que estará sujeto éste si hablamos de mutuo con interés, o la penalización que pagará el mutuuario en caso de incumplimiento.

No obstante lo anterior, al no establecerse un término en el artículo de que trato en este momento, para poder solucionar este problema, la ley nos otorga la opción de resolverlo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2080 del mismo ordenamiento, que a la letra dice:

"Si no se ha fijado el tiempo en que deba hacerse el pago y se trata de obligaciones de dar, no podrá el acreedor exigirlo sino después de los treinta días siguientes a la interpelación que se haga, ya judicialmente, ya en lo extrajudicial, ante un notario o ante dos testigos. Tratándose de obligaciones de hacer, el pago debe efectuarse cuando lo exija el acreedor, siempre que haya transcurrido el tiempo necesario para el cumplimiento de la obligación."

El tiempo en el Contrato de mutuo es un factor fundamental, ya que puede darse el caso de que lo que yo presté como mutuante al momento de la celebración del contrato, al término de este

contrato ya no tenga el mismo valor que tenía en su inicio. De aquí que algunos autores establezcan que al mutuo se le puede definir como un **CONTRATO DE DURACION**.

Por su parte el artículo 2393 del mencionado Código Civil, establece:

"Es permitido estipular interés por el mutuo, ya consista en dinero, ya en géneros."

En el contrato de mutuo cabe la posibilidad de pactar intereses como precio del préstamo realizado al mutuario. Es importante hacer mención de que estos intereses deben forzosamente pactarse en el propio contrato.

Carlos Felipe Dávalos Mejía nos da una definición del **Mutuo Bancario** estableciendo que por este se entiende¹:

"Al contrato por virtud del cual el Banco se obliga a transferir la propiedad de una suma

¹ Dávalos Mejía, "Derecho Bancario y Contratos de Crédito", México, Tomo II, Editorial Harla, Segunda Edición, Pág. 312.

determinada de dinero a su cliente, quien se obliga a devolverla junto con los intereses estipulados dentro del plazo convenido".

En esta definición encontramos que el banco como Mutuante, transmite la propiedad de dinero (cosa fungible), a su cliente, Mutuatario, con la obligación de este último de devolverla junto con los intereses estipulados y devengados al término del plazo. Este autor se refiere al Mutuo con interés, ya que las Instituciones de Crédito (Bancos) reciben una ganancia por los préstamos que otorgan a sus clientes; una utilidad, un interés por el consumo de su dinero.

I.3.- CLASIFICACION DEL CONTRATO DE MUTUO

El contrato de mutuo se clasifica de la siguiente forma:

A).- PRINCIPAL

Esta clasificación se debe, a que el contrato de mutuo tiene autonomía jurídica propia, ya que su existencia y validez no

dependen de la existencia de otro contrato, o en general de una obligación preexistente. Basta con la celebración de este contrato para que se dé como tal.

B).- BILATERAL

Tanto mutuante como mutuuario, tienen obligaciones recíprocas en el contrato de mutuo. El primero tiene como fundamental obligación la de transmitir la propiedad de la cosa dada en mutuo; en tanto que el segundo, tiene dentro de sus principales obligaciones la de devolver al término del contrato, otro tanto de la misma especie y calidad.

B1).- CONMUTATIVO

El contrato de mutuo es un contrato en el cual ambas partes contratantes, mutuante y mutuuario, saben desde un principio las obligaciones que a cada uno competen, y por virtud de las cuales están celebrando el contrato de referencia.

I.4.- ESPECIES DEL CONTRATO DE MUTUO

Son cuatro especies fundamentalmente las que existen de este contrato:

- A).- Mutuo con interés u oneroso;
- B).- Mutuo simple o gratuito;
- C).- Mutuo Civil; y,
- D).- Mutuo mercantil.

A).- Mutuo con interés u oneroso

Esta especie de mutuo, es aquel en el que se pacta un interés a cargo del mutuatario por el préstamo que recibió en virtud del contrato de mutuo celebrado, y al cual hace referencia el ya citado artículo 2393 del Código Civil.

Este pacto de interés debe ser expreso, debe quedar establecido dentro de las cláusulas del contrato, ya que de no ser así se entenderá que estamos en presencia de un contrato de mutuo simple.

La determinación de este interés puede ser establecido de común acuerdo entre las partes contratantes (interés convencional), o el ya señalado por la ley (interés legal). Tratándose de contratos civiles, el interés legal es del 9% anual, conforme a lo dispuesto por el artículo 2395 del Código Civil vigente.

Este interés o compensación que recibe el mutuante puede variar en el transcurso del contrato, es decir, se puede establecer y de hecho en la práctica así se establece que los intereses se ajustarán a la alza o a la baja dependiendo de ciertas condiciones o situaciones como puede ser la economía de un país.

Es importante mencionar que tratándose del contrato de mutuo con interés, está prohibido el "**pacto de anatocismo**", por virtud del cual, se celebra un contrato de mutuo con interés compuesto, y de esta forma los intereses en lugar de ser pagados a su vencimiento, se agregan al capital prestado a medida de los devengados y producen por consiguiente interés a su vez, es

decir, intereses no pagados, generan a su vez intereses. El artículo 2397 del Código Civil establece.

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

Esto tiene su razón en una medida protectora para el mutuuario, ya que podría darse el caso de que éste al momento de solicitar el préstamo, se encuentre en una situación económica de gran apuro, y con tal de recibir el dinero que necesita, acepte todas y cada una de las condiciones impuestas por el mutuante, aún cuando estas sean extremadamente provechosas.

No obstante lo anterior, la capitalización de intereses si bien no está permitido que se pacte al momento de la celebración del contrato de mutuo, si puede llegar a pactarse con posterioridad a su celebración, es decir, una vez devengados los intereses.

Cuando al celebrarse el contrato de mutuo se incumple con esta medida de no capitalización de intereses, el contrato es nulo,

como lo establece el ya mencionado artículo 2397 del Código Civil, y estamos en presencia de una nulidad absoluta.

Cuando en el contrato de mutuo el interés convencional sea mayor que el interés legal, el mutuatario estará en posibilidad de dar por vencido el plazo del contrato y pagar su deuda junto con los intereses devengados, con la condición de que dé aviso al mutuante con por lo menos dos meses de anticipación, y el contrato de mutuo se haya celebrado con seis meses de antelación. Lo anterior con fundamento en el artículo 2396 del Código Civil.

Esta especie del Mutuo, es decir el Mutuo con interés, es el que en la práctica se celebra.

B).- MUTUO SIMPLE O GRATUITO

Al contrario que en el mutuo con interés, en esta especie de mutuo, no se pacta ninguna compensación o ganancia para el mutuante.

El mutuuario tiene la obligación de devolver al vencimiento del plazo al mutuante exactamente lo mismo que recibió, sin pagar o dar adicionalmente ninguna suma de dinero.

En la práctica bancaria esta especie de mutuo no es la que opera.

C.- MUTUO CIVIL

Por regla general al hablar de un contrato de mutuo, nos referimos a un mutuo civil, ya que el derecho civil es la regla, en virtud de tratarse del derecho común.

D.- MUTUO MERCANTIL

El mutuo puede reputarse mercantil dependiendo de la presencia de diversas situaciones.

Es importante establecer que la mercantilidad del contrato no depende de manera alguna, en el hecho de que el contrato de mutuo sea oneroso o gratuito. El motivo primordial para

determinar cuando un contrato de mutuo es mercantil, radica en la finalidad que se persigue con la celebración de este contrato.

El artículo 358 del Código de Comercio, establece de una manera general:

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

De lo anterior podemos establecer que el mutuo o préstamo se considerará mercantil cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:

- 1.- Que las cosas prestadas sean destinadas a actos de comercio, por ejemplo solicitar un préstamo para la adquisición de un local comercial.

- 2.- Cuando este contrato sea celebrado entre comerciantes.
- 3.- Cuando se celebren operaciones pasivas con Instituciones de Crédito.- Este tipo de operaciones en realidad podrían confundirse con un Mutuo con interés, o simplemente con un depósito, por lo cual no es claro ni tajante que las operaciones pasivas con el banco sean consideradas como mutuo mercantil. Podríamos considerarlo como un acto mercantil desde el punto de vista de los sujetos y desde el punto de vista del destino, más no desde el punto de vista de su finalidad.

I.5.- ELEMENTOS FORMALES, REALES Y PERSONALES

A).- ELEMENTOS FORMALES

A diferencia del derecho Romano, en nuestro derecho positivo, el contrato de mutuo no se considera como un contrato Real, pues como ya se indicó en puntos anteriores, el perfeccionamiento del contrato no depende en manera alguna de la entrega de la cosa. Este contrato en nuestro derecho es considerado como un

contrato eminentemente **CONSENSUAL**, ya que para la celebración de éste no se requiere de acuerdo con la Ley de ninguna forma precisa; basta con el acuerdo verbal de voluntades entre las partes contratantes para que éste quede perfeccionado.

A contrario sentido que en los contratos formales, en el contrato de mutuo no hay necesidad de llevar a cabo ningún tipo de solemnidad, es decir, no se requiere de la firma de ningún documento por parte de los contratantes. No obstante lo anterior, en la práctica esta regla no es observada, ya que no existe contrato de mutuo en el que no se dé la aceptación expresa de las partes.

Desde mi punto de vista, si este contrato no está debidamente documentado, nos veríamos en el problema de la carga de la prueba de que efectivamente se realizó un contrato de mutuo.

B).- ELEMENTOS REALES

Al hablar del contrato de mutuo, únicamente pueden ser objeto

contrato eminentemente **CONSENSUAL**, ya que para la celebración de éste no se requiere de acuerdo con la Ley de ninguna forma precisa; basta con el acuerdo verbal de voluntades entre las partes contratantes para que éste quede perfeccionado.

A contrario sentido que en los contratos formales, en el contrato de mutuo no hay necesidad de llevar a cabo ningún tipo de solemnidad, es decir, no se requiere de la firma de ningún documento por parte de los contratantes. No obstante lo anterior, en la práctica esta regla no es observada, ya que no existe contrato de mutuo en el que no se dé la aceptación expresa de las partes.

Desde mi punto de vista, si este contrato no está debidamente documentado, nos veríamos en el problema de la carga de la prueba de que efectivamente se realizó un contrato de mutuo.

B).- ELEMENTOS REALES

Al hablar del contrato de mutuo, únicamente pueden ser objeto

de éste contrato, los **bienes fungibles**, es decir, como ya lo expresé con anterioridad, aquellos bienes muebles, que al momento de ser pagados puedan ser sustituidos por otros de la misma especie, cantidad y calidad.

Al ser el dinero el bien fungible por excelencia, cabría la duda de si la moneda extranjera pueda ser objeto de mutuo. Esto será posible, y de hecho en la práctica lo es, siempre y cuando el mutuuario devuelva al momento del vencimiento del plazo, ya sea moneda extranjera o moneda nacional, al tipo de cambio vigente en el momento de hacer el pago correspondiente.

C.- ELEMENTOS PERSONALES

Los elementos personales en el contrato de mutuo son:

- a).- **Mutuante o sujeto activo; y,**
- b).- **Mutuuario o sujeto pasivo.**

a) Mutuante o sujeto activo:

Es la persona física o moral que transmite la propiedad del bien o de los bienes fungibles objeto del contrato de mutuo.

b) Mutuatario o sujeto pasivo:

Es la persona física o moral que recibe el bien o los bienes fungibles objeto del contrato de mutuo, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie, cantidad y calidad a su término.

Ambas partes, mutuante y mutuatario deben contar para poder celebrar el contrato con la **CAPACIDAD GENERAL PARA CONTRATAR.**

En este punto es importante hacer hincapié en el hecho de que el mutuante debe ser el legítimo propietario de los bienes dados en mutuo.

CAPITULO II

EL CONTRATO DE APERTURA DE CREDITO

II.1.- ANTECEDENTES

Si bien el crédito debió aparecer casi conjuntamente con el cambio, su uso tuvo grandes limitaciones en la antigüedad, ya que la mayoría de los empréstitos se destinaban a financiar gastos no productivos. Por igual motivo, los prestamistas corrían grandes riesgos que las leyes buscaban evitar, sancionando severamente a los deudores en caso de incumplimiento.

En Roma el *nexum* ponía al mismo deudor en manos del acreedor, quien podía disponer de su cuerpo y vida.

El negocio de los créditos se encontraba por lo general en manos de la gente poderosa, y empleaban sus grandes fortunas mobiliarias en préstamos a nobles y plebeyos por igual. Las tasas a las cuales se realizaban estas operaciones constituían un

verdadero gravamen a las actividades de toda la sociedad romana, que poco a poco se fueron paralizando.

Con posterioridad, la iglesia, extiende su predominio sobre los gobiernos temporales, llegando a calificar al préstamo con interés entre una de las causas de excomunión.

La vida dispendiosa de los señores medievales y el comercio que renació después de las invasiones bárbaras, fomenta este tipo de préstamo. Los intereses que se pactaban para estos préstamos eran exagerados.

Ya en tiempos modernos, durante los siglos XV y XVI, aparecen los llamados **créditos públicos**.

En nuestro siglo y debido a la revolución industrial, se otorgan una elevada cantidad de créditos, para financiar las nuevas industrias, y es entonces cuando comienza ya a distinguirse entre los diversos tipos o clases de créditos.

En nuestro país la Apertura de Crédito se reglamentó por primera vez en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

II. 2- CONCEPTO

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo 291, define al contrato de Apertura de Crédito de la siguiente manera:

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

gastos y comisiones que se estipulen."

Esta definición es extensa y bastante clara y nos hace ver que en primer término en el contrato de apertura de crédito existe un sujeto activo (acreditante), que tiene como primordial obligación, el poner a disposición de una segunda parte, sujeto pasivo (acreditado), una suma de dinero. De aquí se desprende que el contrato de apertura de crédito versa únicamente sobre dinero (bien fungible por excelencia).

En el contrato de apertura de crédito no se habla de una transmisión de propiedad en estricto sentido respecto a esa suma de dinero; sino que simplemente en principio se pone a disposición del acreditado, y éste estará facultado para hacer uso o no de esa suma.

En realidad es discutible el hecho de si existe o no una transmisión de propiedad, pues si el acreditado tiene la facultad de disponer es porque tiene la facultad de dominio y tomando en cuenta que las sumas dispuestas por el acreditado al amparo del crédito otorgado, pasan a formar parte del pasivo de su

patrimonio, y entendiéndose por patrimonio al conjunto de bienes, obligaciones y derechos susceptibles de una valorización pecuniaria y que constituyen una universalidad de derecho, si estaríamos frente a una verdadera transmisión de propiedad.

".....o a contraer por cuenta de éste una obligación....."

Aquí la relación sigue siendo entre el acreditante y el acreditado, pero el primero contrayendo una deuda a cargo y por cuenta del segundo.

".....para que el mismo haga uso del crédito en la forma, términos y condiciones convenidos....."

Es requisito indispensable en la apertura de crédito, que en el clausulado del contrato, se pacten todas y cada una de las condiciones por las que se regirá el mismo; de lo contrario las partes se verían en la imposibilidad de exigir el cumplimiento del contrato con bases sólidas.

**".....quedando obligado el acreditado a restituir
al acreditante las sumas de que disponga.....".**

El acreditado tiene como primordial obligación frente al acreditante, el devolver a este último las sumas dispuestas respecto de la totalidad de la línea de crédito concedida; es decir, no está obligado a devolver la totalidad del monto del crédito, sino única y exclusivamente las cantidades de que haya efectivamente dispuesto a lo largo del crédito y hasta el plazo de su total terminación.

**".....o a cubrirlo oportunamente por el importe de
la obligación que contrajo.....".**

Esto para el caso de que el acreditante haya contraído una obligación por cuenta del acreditado.

**"..... y en todo caso a pagarle los intereses,
prestaciones, gastos y comisiones que se
estipulen.....".**

De aquí la importancia de que en el clausulado del contrato se estipulen todos los gastos, intereses, comisiones y prestaciones que se causen o causarán por virtud del mismo, pues de lo contrario, el acreditante, tendrá las más amplias facultades para determinarlos de conformidad con lo dispuesto por el artículo 293 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito vigente, que a la letra dice:

"Si en el contrato no se señala un límite a las disposiciones del acreditado, y tampoco es posible determinar el importe del crédito por el objeto a que se destina o de algún otro modo, convenido por las partes, se entenderá que el acreditante está facultado para fijar ese límite en cualquier tiempo".

Por su parte el maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, nos da un concepto de la Apertura de Crédito, estableciendo que:

"La apertura de crédito es un contrato mediante el cual una persona (el acreditante, banco o

particular) se obliga con otra (el acreditado) a poner a su disposición una cantidad de dinero determinada, o a emplear su crédito en beneficio de aquél."²

Esta definición siendo breve, es bastante clara, y nos deja ver que el acreditante puede ser tanto persona física como persona moral.

Realmente en la práctica éste es un contrato típicamente bancario, y de hecho la mayor parte de la doctrina se refiere a este contrato como un contrato bancario, en él se da una relación entre el Banco como parte acreditante y un particular (sea este persona física o moral) como parte acreditada. Son raros los casos en que este contrato se celebra sin la intervención de una Institución de Crédito, pero no existe ninguna prohibición al respecto.

De las definiciones anteriormente establecidas, podemos

² Rodríguez Rodríguez Joaquín, Derecho Mercantil, México, Torno II, Editorial Porrúa S.A., Tercera Edición, Página 75.

concluir, que a simple vista parece que en este contrato se trata de beneficiar a la parte acreditada al ser un contrato elástico y flexible, ya que podría darse el caso de que el acreditado no sepa a ciencia cierta la suma de dinero que va a requerir para cumplir con sus obligaciones. De aquí que en la Apertura de Crédito se tiene la ventaja de que se le abre una "línea de crédito" hasta cierta cantidad, estando facultado el acreditado, a ir realizando disposiciones de las sumas existentes en esta línea de crédito, de acuerdo a sus necesidades, y pagando únicamente intereses sobre las cantidades efectivamente dispuestas y no sobre la totalidad del monto del crédito.

II.3.- CLASES DE APERTURA DE CREDITO

Para entender con claridad las diversas clases de apertura de crédito, debemos atender a dos características o finalidades fundamentales, que son las siguientes:

A.- POR LA FORMA DE DISPOSICION.

A1.- Simple.

A2.- En cuenta corriente.

B.- POR EL OBJETO.**B1.- De dinero.****B2.- De firma.**

Antes de analizar las clases de Apertura de Crédito, es importante distinguir las modalidades de ésta, ya que la mayor parte de las operaciones de crédito, se consideran como modalidades de este contrato, como lo son entre otras:

- 1.- Descuento de créditos en libros;
- 2.- Créditos confirmados;
- 3.- Créditos de habilitación o avío;
- 4.- Créditos refaccionarios. etc.

A.- POR LA FORMA DE DISPOSICION:**A1.- SIMPLE.-**

Es aquella en la que el crédito se agota por la simple disposición que el acreditado realice con cargo a la línea de crédito abierta a

su favor, y en la cual, los pagos que este realice se entenderán efectuados directamente al saldo, quedando el acreditado impedido para volver a disponer del crédito, aún cuando el plazo del mismo continúe en vigor.

Por su parte el artículo 295 de la mencionada Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece:

"Salvo convenio en contrario, el acreditado puede disponer a la vista de la suma objeto del contrato".

Esto no implica que el acreditado tenga la obligación de disponer de la totalidad de la suma objeto del contrato, pero está facultado para hacerlo. Lo que sí implica, es que el acreditado en caso de no disponer de la totalidad del crédito a que tiene derecho en un inicio, ya no podrá hacerlo con posterioridad al término de éste aún cuando el monto no se haya agotado.

Este contrato una vez celebrado, tendrá como consecuencia los siguientes efectos:

1.- CONCESION DEL CREDITO

Implica la obligación por parte del acreditante de poner a disposición del acreditado la suma de dinero pactada, o bien de asumir la obligación pactada o estipulada para con el acreditado respecto del contrato.

Este es el principal, y el efecto lógico por naturaleza, de la celebración de este contrato, pues es la razón de ser del mismo.

2.- FORMA DE UTILIZAR EL CREDITO

Al hablar de **UTILIZAR**, me refiero a **EMPLEAR** el crédito de conformidad con el destino que éste persiga.

3.- DISPOSICION DEL CREDITO

Por principio, y si en el contrato no se ha pactado lo contrario, la disposición que el acreditado está facultado a realizar respecto del crédito otorgado en su favor, será a la vista, es decir, en su

totalidad al momento de la celebración del contrato.

Esto es a lo que se refiere el ya citado artículo 295 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

4.- DEVOLUCION DEL CREDITO

Podría darse el caso de que las partes contratantes no fijen el plazo dentro del cual se deba hacer la devolución de las cantidades dispuestas al amparo del crédito otorgado, caso en el cual ésta devolución deberá operar cuando llegue el término que se estableció para hacer uso del crédito, o en su defecto un mes después a la extinción de éste.

Es de gran importancia tomar en cuenta lo que la ley establece respecto a la duración de este contrato.

El artículo 294 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece:

"Aun cuando en el contrato se haya fijado el importe del crédito y el plazo en que tiene derecho a hacer uso de él el acreditado, pueden las partes convenir en que cualquiera o una sola de ellas estará facultada para restringir el uno o el otro, o ambos a la vez, o para denunciar el contrato a partir de una fecha determinada o en cualquier tiempo, mediante aviso dado a la otra parte en la forma prevista en el contrato, o a falta de ésta, por ante notario o corredor, y en su defecto por conducto de la primera autoridad política del lugar de su residencia, siendo aplicables al acto respectivo los párrafos tercero y cuarto del artículo 143.

Quando no se estipule término, se entenderá que cualquiera de las partes puede dar por concluido el contrato en todo tiempo, notificándolo así a la otra, como queda dicho respecto del aviso a que se refiere el párrafo

anterior.

Denunciado el contrato o notificada su terminación de acuerdo con lo que antecede, se extinguirá el crédito en la parte de que no hubiere hecho uso el acreditado hasta el momento de esos actos; pero a no ser que otra cosa se estipule, no quedará liberado el acreditado de pagar los premios, comisiones y gastos correspondientes a las sumas de que no hubiere dispuesto, sino cuando la denuncia o la notificación dichas procedan del acreditante".

Por su parte el artículo 143 de la misma Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito a que se refiere la parte final del primer párrafo del artículo antes transcrito, en su parte conducente establece:

"..... Si la persona contra la que haya de levantarse el protesto no se encuentra presente, la diligencia se entenderá con sus dependientes,

familiares o criados, o con algún vecino.

Cuando no se conozca el domicilio o la residencia de la persona contra la cual debe levantarse el protesto, éste puede practicarse en la dirección que elija el notario, el corredor o la autoridad política que lo levante".

5.- COMISION

La costumbre mercantil establece que se pagará o cubrirá por cuenta del acreditado una comisión por apertura de crédito. En la práctica bancaria, ésta comisión se cubre al momento de la celebración del contrato.

Adicionalmente a esta comisión el acreditado está obligado a pagar intereses sobre las cantidades ejercidas y otro tipo de gastos dependiendo de cada contrato en particular.

El contrato de apertura de crédito simple es muy común en la práctica bancaria, como instrumento para adquisición, mejoras y

conservación de la vivienda.

A2.- EN CUENTA CORRIENTE

Respecto a ésta clase de Apertura de Crédito, el artículo 296 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, establece:

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

Es decir, en esta clase de apertura de crédito el acreditado está facultado a hacer remesas en abono del saldo y podrá disponer de nueva cuenta del crédito, dentro del plazo pactado.

Estas remesas, tienen la característica de ser parciales, es decir, el límite máximo del crédito podría nunca agotarse, y el contrato concluirá, por vencimiento del término.

El maestro Vázquez del Mercado opina que en este contrato las partes no se otorgan recíprocamente crédito, de tal suerte que no se da la posibilidad de que una como la otra resulten acreedoras al vencerse el término.³

En la práctica también se le conoce como Apertura de Crédito de saldos revolventes. Al hablar de saldos revolventes en algunos casos estamos frente a un **refinanciamiento**, entendiéndose éste como el crédito adicional que otorga la parte acreditante a la acreditada, a fin de cubrir la diferencia del monto de los intereses generados durante el período de que se trate, que no alcanzan a ser pagados con el monto de la amortización pagadera durante dicho período por la parte acreditada, conforme al procedimiento pactado para el cálculo de dicha amortización, y que se capitaliza

³ Vázquez del Mercado Oscar, Contratos Mercantiles, Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, Página 438.

al siguiente periodo.

El refinanciamiento puede entenderse como una modalidad del contrato de Apertura de Crédito en cuenta corriente, y en la práctica los créditos bancarios para adquisición de viviendas, son en su mayoría bajo esta forma, aunque aquí cabría la duda de si los créditos para adquisición de vivienda son Aperturas de Crédito Simple, o en cuenta corriente.

Desde mi punto de vista, todos los créditos otorgados con esta finalidad en los que se establezca un crédito adicional (refinanciamiento), son Aperturas de Crédito en cuenta corriente con la modalidad del refinanciamiento, y las Aperturas de Crédito en las que no se pacta un crédito adicional lo serán simples.

Los efectos del contrato de Apertura de Crédito en cuenta corriente, son los mismos que ya quedaron establecidos para la Apertura de Crédito simple, salvo en cuanto a lo que se refiere a la **disposición** del crédito, pues en el caso de la cuenta corriente, se hará mediante sucesivas disposiciones, con derecho para el acreditado de hacer reembolsos que hagan

recuperar el crédito en su cuantía primitiva.

B.- POR EL OBJETO

B1.- DE DINERO

Tiene lugar, cuando la obligación a cargo del acreditante es poner a disposición del acreditado una suma de dinero, para que éste haga uso de la misma, en los términos pactados en el contrato.

B2.- DE FIRMA

Opera cuando el acreditante pone a disposición del acreditado su propia capacidad crediticia y así contrae por cuenta de éste una obligación.

El artículo 297 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

"Salvo convenio en contrario, siempre que en virtud de una apertura de crédito el acreditante se obligue a aceptar u otorgar letras, a suscribir pagarés, a prestar su aval o, en general, a aparecer como endosante o signatario de un título por cuenta del acreditado, éste quedará obligado a constituir en poder del acreditante la provisión de fondos suficientes, a más tardar el día hábil anterior a la fecha en que el documento aceptado, otorgado o suscrito deba hacerse efectivo.

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

se causen por el uso del crédito, de acuerdo con el contrato, el acreditado sólo estará obligado a devolver las cantidades que realmente supla el acreditante al pagar las obligaciones que así hubiere contraído, y a cubrirle únicamente los intereses que correspondan a tales sumas".

En realidad esta distinción que hacen algunos tratadistas estableciendo que la Apertura de Crédito puede ser de dinero o de firma, no tiene razón de ser, ya que toda apertura de crédito en última instancia versa sobre sumas de dinero, aún cuando en principio únicamente se requiera de la firma del acreditante, lo que está autorizando con su firma, es la disposición de una suma de dinero.

En la práctica todas las aperturas de crédito, ya sean simples ya sean en cuenta corriente se garantizan para su cumplimiento, con garantía personal (fianza o aval) o real (prenda, hipoteca, fideicomiso). Al respecto el artículo 298 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito establece:

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

Realmente este artículo no es necesario que se establezca dentro del contrato de Apertura de Crédito, ya que la garantía no es característica únicamente de estos contratos, sino que en cualquier crédito puede pactarse garantía.

II.4.- NATURALEZA DE LA APERTURA DE CREDITO

El tema de la naturaleza de la apertura de crédito, en principio parece fácil, y de una manera muy ambigua podría decirse que su naturaleza es la de un **CONTRATO MERCANTIL, BILATERAL, CONSENSUAL Y ONEROSO**; pero en realidad su naturaleza es más compleja y los tratadistas no han logrado establecer una opinión uniforme al respecto.

El maestro Joaquín Rodríguez Rodríguez, establece que para poder entender con claridad la naturaleza de éste contrato, hay que distinguir entre dos momentos del mismo:

En primer término el momento de su perfeccionamiento; y en segundo término el momento de su ejecución.

Al respecto opina, que el perfeccionamiento del contrato opera por el cambio de consentimiento sobre la cantidad, interés y demás cláusulas propias del mismo; mientras que la ejecución de este operará cuando el acreditante cumple con la obligación de hacer, que consiste en poner a disposición del acreditado la suma prometida, o a asumir por él una obligación.⁴

Estoy de acuerdo con este autor en lo que respecta al momento de perfeccionarse el contrato, pero no lo estoy en cuanto al momento de ejecución del mismo, pues de acuerdo a lo establecido por él, me surge la duda de si llegara a darse el caso de que el acreditado por diversas razones, una vez

⁴ Rodríguez Rodríguez Joaquín, Contratos Mercantiles, Tomo II, Editorial Porrúa S.A., Dieciséisava Edición, Página 77.

perfeccionado el contrato y puesta la suma de dinero a su disposición, ya no tenga necesidad de disponer de la suma de dinero objeto del contrato de Apertura de Crédito, y por lo mismo no dispone de ésta, el contrato se ejecutó o no; pues según este autor, por el simple hecho de que el acreditante puso a disposición del acreditado esta suma de dinero, ya el contrato se ejecutó.

Desde mi punto de vista el contrato en éste momento ya es **ejecutable**, pero esta operará hasta el momento en que el acreditado disponga de la suma de dinero a que tiene derecho por virtud del contrato de apertura de crédito celebrado.

El contrato efectivamente se habrá ejecutado si el acreditado ya hubiera cubierto una comisión por apertura de crédito, pero de no ser así, el contrato no se ha ejecutado, sino que aún es ejecutable.

Asimismo, este autor establece que la naturaleza de éste contrato, debe subordinarse a la de un contrato superior, entendiéndose yo por esto, que para él la naturaleza del contrato

de Apertura de Crédito, es la de un **CONTRATO DE CREDITO**.

La mayoría de los autores coinciden en considerar a este contrato como un contrato de naturaleza peculiar, argumentando que su naturaleza es la de un **contrato de disponibilidad**, en la que el acreditado puede disponer de una suma de dinero ajena.

Otros autores tratan de equiparar en cuanto a su naturaleza, al contrato de apertura de crédito, con el contrato de mutuo.

Finalmente, la mayoría de los autores coinciden en que la naturaleza de la apertura de crédito es la de un **CONTRATO AUTONOMO**, (en virtud de no necesitar de la existencia de otro contrato para producir plenamente sus efectos), y de **CONTENIDO COMPLEJO**, (en virtud de producirse un doble efecto con la celebración de este contrato: El primero, la puesta en disposición por parte del acreditante, de la suma que entregará al acreditado; y el segundo, las diversas disposiciones que el acreditado realice respecto de esas sumas de dinero.

II.5.- ELEMENTOS FORMALES, REALES Y PERSONALES

A).- ELEMENTOS FORMALES

En nuestro derecho positivo, el contrato de Apertura de Crédito, en teoría no es considerado como un contrato real, pues su perfeccionamiento no depende en manera alguna de la entrega de la cosa.

Este contrato en nuestro derecho es considerado como un contrato eminentemente **CONSENSUAL**, ya que para la celebración de éste no se requiere de acuerdo con la Ley de ninguna formalidad; basta con el acuerdo **verbal** de voluntades entre las partes contratantes respecto al contenido de éste contrato, para que el mismo quede perfeccionado.

A contrario sentido que en los contratos formales, en el contrato de apertura de crédito, no se requiere de la firma de ningún documento por parte de los contratantes para su perfeccionamiento, y la firma de los documentos posteriores, no

influyen en el perfeccionamiento del mismo. No obstante lo anterior, en la práctica, sobre todo en la práctica bancaria, no se cumple con esta regla, ya que resultaría ilógico y poco seguro un contrato de apertura de crédito, en el que el acreditante no conserve ningún documento que garantice la restitución de las sumas de dinero puestas a disposición del acreditado.

Desde mi punto de vista, si este contrato no está debidamente documentado, estaríamos frente al problema de la carga de la prueba de que efectivamente se celebró un contrato de apertura de crédito.

B).- ELEMENTOS REALES

Con respecto al contrato de apertura de crédito, éste será únicamente sobre sumas de dinero.

C).- ELEMENTOS PERSONALES

Los elementos personales en el contrato de apertura de crédito son:

- a).- **Acreditante o sujeto activo; y,**
- b).- **Acreditado o sujeto pasivo.**

a) Acreditante o sujeto activo

Es la Institución de Crédito que tiene como principal obligación poner a disposición del acreditado o sujeto pasivo una suma de dinero.

Por regla general, el acreditante será una Institución de Crédito, ya que en la práctica este contrato se celebra principalmente entre Instituciones de Crédito y particulares.

b) Acreditado o sujeto pasivo

Es la persona física o moral que dispone de la suma de dinero de acuerdo a los términos y condiciones estipuladas en el contrato.

Respecto a la capacidad de las partes, por tratarse de un contrato mercantil, regulado por su propia ley, de conformidad

con lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en su fracción cuarta, podemos acudir al derecho común cuando no exista disposición aplicable en la ley especial a un caso concreto, ni en la legislación mercantil general, por lo cual y por analogía, únicamente se necesita de la capacidad general para contratar.

Por lo que respecta a la capacidad de las personas morales, éstas ejercitan sus derechos, contraen sus obligaciones, celebran contratos y realizan actos jurídicos en general, por medio de los órganos que las representan, o por sus legítimos representantes, sea por disposición de la ley o conforme a lo establecido en sus estatutos sociales.

Podemos concluir que ambas partes, acreditante y acreditado, deben contar para poder celebrar el contrato, con la CAPACIDAD GENERAL PARA CONTRATAR, es decir, la aptitud reconocida por la ley a una persona para celebrar por sí el contrato sin necesidad de sustitución o de asistencia de otras personas.

CAPITULO III

SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE

AMBOS CONTRATOS.

Una vez analizados en lo individual cada uno de los dos contratos de los cuales trata esta tesis, resulta más sencillo establecer cuales son las semejanzas y diferencias existentes entre ambos.

Es importante mencionar, que tanto las diferencias como las semejanzas entre ambas figuras, son más notorias en el ámbito práctico que en el teórico, motivo por el cual mi estudio comparativo estará enfocado primordialmente a las semejanzas y diferencias existentes entre el contrato de Mutuo y el de Apertura de Crédito en la práctica Bancaria, y como medio para adquisición de la vivienda.

A continuación transcribo las definiciones bancarias que en su momento ya se habían mencionado respecto de éstos contratos,

a fin de partir de éstas para realizar un análisis comparativo entre ambas figuras:

Por Mutuo Bancario se entiende:

"Al contrato por virtud del cual el Banco se obliga a transferir la propiedad de una suma determinada de dinero a su cliente, quien se obliga a devolverla junto con los Intereses estipulados dentro del plazo convenido".⁵

En tanto que por Apertura de Crédito Bancaria se entiende:

"La apertura de crédito es un contrato mediante el cual una persona (el acreditante, banco o particular) se obliga con otra (el acreditado) a poner a su disposición una cantidad de dinero determinada, o a emplear su crédito en beneficio

⁵ Dávatos Mejía, Op. Cit., Página 312.

de aquél."⁶

III.1.- SEMEJANZAS ENTRE AMBOS CONTRATOS:

1.- DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONOMICO.

La principal semejanza entre estos dos contratos, es de orden meramente económico, esto claro está, entendiendo que el objeto del contrato, verse únicamente sobre sumas de dinero.

En la práctica bancaria, como ya lo mencioné con anterioridad, éstos dos contratos, en su mayoría se celebran respecto de sumas de dinero, (bien fungible por excelencia), teniendo la obligación el acreditado de destinar dichas sumas al fin pactado en el contrato respectivo, y en ambos casos el banco o acreditante, realiza su principal función que es llevar a cabo una operación activa para con el acreditado o cliente.

En éste orden de ideas, el sujeto activo o acreditante, tanto en el

⁶ Rodríguez Rodríguez Joaquín, Op. Cit., Página 75.

contrato de Mutuo como en el de Apertura de Crédito cumplen exactamente con la misma función.

2.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA FORMA DE CELEBRARLOS.

Otra semejanza de gran importancia entre el Mutuo y la Apertura de Crédito, radica en que en ambos contratos la celebración por escrito del mismo no es indispensable, sin embargo, en la práctica ya sea tratándose del contrato de Mutuo como en el de Apertura de Crédito, existe la costumbre generalizada de establecer estos contratos en forma escrita, para tener una real constancia de la celebración de los mismos.

En la práctica bancaria, la costumbre de celebrar contratos por escrito radica en la posibilidad de tener un medio de prueba adicional al simple consentimiento de las partes contratantes, de que el contrato efectivamente se llevó a cabo, y de este modo, resultará más fácil exigir el cumplimiento de todas y cada una de las prestaciones y obligaciones pactadas al momento de la celebración del mismo.

De hecho y por lo general en el contrato de Mutuo y en el de Apertura de Crédito, el acreditante exige al acreditado firmar una serie de documentos que en el contrato de Apertura de Crédito, tienen la característica de ser Títulos de Crédito, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que transcribo a continuación.

"Son títulos de crédito los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna"

Al ser considerados títulos de crédito, como consecuencia traen aparejada ejecución, y existirá la posibilidad por parte del banco, o sujeto activo, de exigir el cumplimiento de las obligaciones que en un momento determinado llegue a incumplir el acreditado.

En nuestro derecho no existe ningún fundamento legal para que la celebración de los contratos de Mutuo y de Apertura de Crédito en sí, deban celebrarse ante Notario o Corredor Público, sin embargo en la práctica así sucede.

En la mayoría de los casos, estos contratos son elevados a escritura pública, pero por lo general esto no se debe a la celebración del contrato como tal, sino por la existencia de un contrato de garantía accesorio a éstos, como lo puede ser una hipoteca, caso en el cual si se requiere forzosamente celebrar el contrato ante un notario público.

Sin embargo, con frecuencia se celebran estos contratos ante notario público, sin que exista un contrato accesorio pues es un medio de prueba para las partes contratantes, que da mayor certeza a la celebración del contrato, en virtud de que el notario, entre sus principales obligaciones tiene la de cerciorarse de la identidad y capacidad de las partes contratantes, para que de ésta forma, en un futuro, las partes no puedan alegar desconocimiento de dicho contrato.

Lo mismo sucede en cuanto a la inscripción del contrato en el Registro Público, ya que no existe ningún fundamento legal que establezca la obligación de inscribir estos contratos en el mencionado Registro, y en realidad cuando se da la inscripción,

es por la existencia de una garantía, y no del contrato de Mutuo o de Apertura de Crédito en lo individual, ya que es la garantía lo que en todo caso es objeto de inscripción.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, en el Registro Público también se hace mención de la celebración de un contrato de Mutuo o de Apertura de Crédito, pues en el Folio respectivo, se toma nota de las condiciones más importantes del contrato, como lo pueden ser, las partes contratantes, el plazo, el monto, los intereses pactados, ordinarios y moratorios, etc...

3.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CERTEZA PARA SU COBRO.

Otra semejanza entre los Contratos de Mutuo y Apertura de Crédito, es que en ambos contratos, el sujeto activo (banco o acreditante), nunca podrá tener certeza de que el sujeto pasivo (cliente o acreditado), tiene las posibilidades económicas suficientes para cumplir con su obligación de pago en los términos y condiciones que fueron pactadas al momento de celebrarse el mismo.

En este orden de ideas, el sujeto activo (banco o acreditante), corre el riesgo de quedar desprotegido frente a su cliente.

Por lo general, para la obtención de un Mutuo o de una Apertura de Crédito, previamente el acreditante realiza un estudio del acreditado, conocido como "estudio de crédito", para cerciorarse de que el acreditado sea sujeto de crédito, pero no obstante este estudio, podría darse el caso de que los datos proporcionados por el acreditado, no sean ciertos, o bien, que siendo estos ciertos, el acreditado llegue a encontrarse en una situación económica tal, que los documentos presentados al banco al solicitar el préstamo o crédito, o bien los ingresos declarados en un inicio y su capacidad de pago, se vean mermados por situaciones ajenas al acreditado.

En la actualidad por la situación económica que está viviendo nuestro país, y por las condiciones que rigen a los contratos de Mutuo y Apertura de Crédito, se está volviendo cada día más difícil para los acreditados, cumplir con sus obligaciones de pago.

En la práctica, la celebración de estos contratos por lo general, trae aparejada la celebración de un contrato accesorio de garantía, para que de esta forma, el acreditante tenga una seguridad adicional a las obligaciones pactadas en el contrato de Mutuo o Apertura de Crédito, pues si se llegara a dar el supuesto de que el acreditado se vea en imposibilidad de cumplir con su obligación de pago, exista un bien que responda en parte o en todo de esta deuda.

Cabe mencionar, que en la actualidad éstas garantías no son suficientes para cubrir los montos a los que asciende el interés refinanciado, y los bancos están enfrentando un grave problema de cartera vencida.

4.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA TRANSMISION DE PROPIEDAD DE LAS SUMAS DE DINERO DADAS EN VIRTUD DE LA CELEBRACION DEL MUTUO O APERTURA DE CREDITO.

Otra semejanza importante entre los contratos de Mutuo y

Apertura de Crédito radica en lo siguiente:

En la Apertura de Crédito, **"se pone a disposición del cliente una suma de dinero"**, y en el mutuo , **"se transmite la propiedad de un bien fungible"**, (dinero).

En mi concepto, en ambos contratos estamos frente a una verdadera **transmisión de propiedad** respecto de esa suma de dinero, ya que no obstante la ley establezca por lo que respecta a la Apertura de Crédito **"Poner a disposición"**, para que el acreditado pueda disponer efectivamente de esa suma de dinero, forzosamente necesita tener la propiedad de la misma, ya que no puedo disponer de algo si no soy el dueño.

Se puede prestar a discusión respecto del contrato de Apertura de Crédito el momento en el que se efectúa la transmisión de propiedad respecto a esa suma de dinero, en virtud de que en este contrato, las disposiciones que hace el acreditado de las sumas de dinero, pueden ser ya sea a la vista, o mediante diversas y sucesivas disposiciones, y en este último caso la transmisión de propiedad respecto a esas sumas de dinero se

irá realizando en forma individual respecto de cada disposición efectivamente realizada por el acreditado.

5.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU CLASIFICACION.

También encontramos una gran semejanza, si analizamos la clasificación de éstos contratos, ya que en ambos casos estamos frente a contratos que tienen la característica de ser:

a).- BILATERALES

Tanto en el contrato de Mutuo como en el de Apertura de Crédito, acreditante y acreditado, tienen obligaciones recíprocas. El primero tiene como principal y fundamental obligación la de transmitir la propiedad de la cosa dada en mutuo tratándose del contrato de mutuo, y la de poner a disposición del acreditado una suma de dinero, tratándose del contrato de Apertura de Crédito; en tanto que el segundo, es decir el acreditado, tiene como una de sus principales obligaciones la de devolver al término del contrato, otro tanto de la misma especie y calidad, tratándose del

mutuo, y las sumas efectivamente dispuestas, en el caso de la Apertura de Crédito.

Los contratos de Mutuo y Apertura de Crédito, son contratos en los cuales las partes contratantes, acreditante y acreditado saben desde un principio las obligaciones que a cada uno competen, y por virtud de las cuales están celebrando el contrato de referencia.

b).- PRINCIPALES

Esta clasificación se debe, a que los contratos de Mutuo y de Apertura de Crédito tienen autonomía jurídica propia, ya que su existencia y validez no depende de la existencia de otro contrato.

Basta con la celebración de estos contratos en lo individual, para que por sí surtan efectos entre las partes.

c).- GRATUITOS Y/U ONEROSOS

Tanto en el contrato de Mutuo como en el de Apertura de Crédito, las partes están en libertad de pactar o no intereses, lo cual ya

fue objeto de estudio en los primeros capítulos de esta tesis, a los cuales me remito para no abundar.

d).- CONSENSUALES

Estos contratos en nuestro derecho son considerados como contratos eminentemente **CONSENSUALES**, ya que para la celebración de los mismos no se requiere de acuerdo con la Ley, de ninguna formalidad especial, basta con el acuerdo **verbal** de voluntades entre las partes contratantes respecto del contenido del contrato, para que los mismos queden perfeccionados.

6.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS ELEMENTOS FORMALES, REALES Y PERSONALES DE AMBOS CONTRATOS.

A).- ELEMENTOS FORMALES

En nuestro derecho positivo, estos contratos, en teoría no son considerados como contratos reales, pues su perfeccionamiento no depende en manera alguna de la entrega de la cosa.

Estos contratos en nuestro derecho son considerados como contratos **CONSENSUALES**, como ya quedó establecido y explicado en el punto 5 inciso d) anterior, al cual me remito.

B).- ELEMENTOS REALES

Con respecto a los contratos de Mutuo y Apertura de Crédito, éstos versarán únicamente sobre bienes fungibles en el primer caso, y sobre sumas de dinero en el segundo caso.

Considerando que este análisis comparativo estriba fundamentalmente sobre la práctica bancaria de estos contratos, para la adquisición de la vivienda, en ambos casos estamos frente a sumas de dinero como objeto del contrato.

C).- ELEMENTOS PERSONALES

Los elementos personales en los contratos de Mutuo y Apertura de Crédito son:

a).- **Acreditante o sujeto activo; y,**

b).- Acreditado o sujeto pasivo.

a) Acreditante o sujeto activo

Es la Institución de Crédito que tiene como principal obligación transmitir la propiedad de la suma de dinero, en el caso del Mutuo, o poner a disposición del acreditado o sujeto pasivo una suma de dinero, en el caso de la Apertura de Crédito.

Por regla general, el acreditante será una Institución de Crédito, ya que en la práctica estos contratos se celebran en su gran mayoría entre Instituciones de Crédito como sujetos activos y Particulares como sujetos pasivos.

b) Acreditado o sujeto pasivo

Es la persona física o moral que hace uso del dinero o dispone de la suma de dinero de acuerdo a los términos y condiciones estipuladas en los contratos.

Respecto a la capacidad de las partes, ambas partes, acreditante

y acreditado, deben contar para poder llevar a cabo el contrato con la CAPACIDAD GENERAL PARA CONTRATAR, es decir, la aptitud reconocida por la ley a una persona para celebrar por sí el contrato sin necesidad de sustitución o de asistencia de otras personas.

7.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMISION POR APERTURA QUE SE COBRA EN AMBOS CONTRATOS.

Tanto en el contrato de mutuo como en el de apertura de crédito, el banco cobra al acreditado al momento de su celebración una Comisión por Apertura del mismo, que por regla general y dependiendo de las políticas internas de cada institución, es un porcentaje sobre el monto del préstamo o crédito realmente ejercido, la cual varía entre el 2 y el 4%.

Sin embargo, existen créditos o préstamos preferenciales, como lo pueden ser los otorgados a empleados de la institución, en los cuales no se cobra esta Comisión por Apertura, y esta exención en la comisión radica fundamentalmente, en la calidad que tiene

el sujeto pasivo como empleado de dicha institución.

8.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL CONTRATO.

Tanto en el contrato de mutuo como en el de apertura de crédito, el banco está facultado para dar por vencido anticipadamente el plazo para el pago del adeudo, y exigir el pago de la suerte principal, los intereses devengados e insolutos y las demás cantidades que deban pagársele en los términos de cada contrato en particular, en los casos establecidos por la ley, o en casos que aún no establecidos en la ley, de acuerdo a la naturaleza de cada contrato o a las políticas de cada institución, pacte el acreditante.

III.2.- DIFERENCIAS ENTRE AMBOS CONTRATOS.

1.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU DENOMINACION PRACTICA.

La principal diferencia entre los contratos de Mutuo y Apertura de

crédito, radica en su denominación práctica, ya que por lo general, cuando se hace referencia a un contrato de mutuo, hablamos de un **PRESTAMO**, y cuando hacemos referencia a un contrato de apertura de crédito, hablamos de un **CREDITO**.

2.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA FORMA DE DISPOSICION.

Una diferencia bastante clara entre ambos contratos, radica en la forma de disposición de las sumas objeto del contrato.

Mientras que en el contrato de Mutuo, ya sea simple o a interés, el acreditante al momento de la celebración del contrato, transmite la suma de dinero al acreditado, y éste último, en ese mismo momento adquiere la propiedad de dicha suma, de una sola vez, es decir, la deuda es una sola, y los intereses, en caso de causarse, serán sobre el monto inicial.

En la Apertura de Crédito, no se hace uso del crédito de una sola vez, sino que puedo ir disponiendo de éste en forma sucesiva y por parcialidades, y no por una única disposición, de manera que

la transmisión de la propiedad, operará de acuerdo a las disposiciones que efectivamente se vayan haciendo respecto de la totalidad del crédito otorgado.

Asimismo, los intereses en un contrato de Apertura de Crédito se irán generando de acuerdo a las cantidades de las cuales se haya efectivamente dispuesto.

Dicho de otra forma, en la Apertura de Crédito, el acreditante (banco), se obliga a prestar HASTA UN CIERTO MONTO; y en el Mutuo, el acreditante (banco), se obliga a prestar UNA CANTIDAD.

En el contrato de Mutuo, hay certeza en cuanto al monto adeudado. El acreditante transmite la propiedad de una cantidad que está determinada desde un inicio.

En la Apertura de Crédito, el acreditante se obliga HASTA la suma de cierta cantidad, estableciendo montos y fechas en que el acreditado podrá realizar las disposiciones, transmitiéndose

hasta entonces la propiedad de las cantidades de las que efectivamente disponga.

3.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA FACULTAD POR PARTE DEL ACREDITANTE DE ENTREGAR AL ACREDITADO LAS SUMAS DE DINERO OTORGADAS POR VIRTUD DEL CREDITO O PRESTAMO.

En el contrato de Mutuo, el acreditante no puede pactar en el contrato, que una vez celebrado este pueda ya no entregar la totalidad de las sumas de dinero inicialmente pactadas.

En el contrato de Apertura de Crédito, el acreditante en el mismo contrato puede estipular, que su obligación será la de otorgar un crédito HASTA por una determinada cantidad, sin embargo cabe la posibilidad, de que si se presentan determinadas causas que impidan poner a la disposición del acreditado la totalidad del monto inicialmente pactado, se puede limitar dicho monto. Esta posibilidad también la tiene el acreditado, ya que si en un

momento determinado no necesita hacer uso de la totalidad del crédito en un inicio pactado, puede no disponer de éste, pagando únicamente intereses sobre las cantidades efectivamente dispuestas.

4.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA EXISTENCIA DE SALDOS REVOLVENTES.

En el contrato de Mutuo no existen los llamados saldos revolventes, ni tampoco un refinanciamiento del préstamo.

En el contrato de Apertura de Crédito existen los llamados saldos revolventes, esto quiere decir, la línea de crédito que abre el acreditante por virtud del crédito, permanece abierta, de manera tal, que el acreditado puede volver a disponer de los abonos o pagos que haya efectuado respecto a las cantidades dispuestas, siempre y cuando el plazo para ejercer estas sumas permanezca vigente.

5.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PACTO DE ANATOCISMO.

En el contrato de Mutuo, el pacto de anatocismo está expresamente prohibido por el artículo 2397 del Código Civil, que establece:

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

En el contrato de Apertura de Crédito, de manera disfrazada, este anatocismo se pacta expresamente, ya que en la mayoría de los contratos de Apertura de Crédito, el acreditante otorga un crédito adicional al acreditado para que pague intereses, es decir en un sólo contrato de Apertura de Crédito, nos encontramos frente a dos aperturas de crédito, por las cuales se generan y se pagan intereses.

6.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PRESUNCION DE OBLIGADOS SOLIDARIOS.

Mientras que en los contratos civiles, (Mutuo por regla general) debe pactarse expresamente la obligación solidaria por parte de

los acreditados, respecto del cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del mismo, en los contratos Mercantiles (Apertura de Crédito), la obligación solidaria se presume, no obstante no se haya pactado en el contrato, esto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, que a la letra dice:

"En las operaciones de crédito que esta Ley reglamenta, se presume que los codeudores se obligan solidariamente."

8.- DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CARACTER MERCANTIL O CIVIL DE AMBOS CONTRATOS.

Aquí encontramos otra clara distinción entre ambos contratos, ya que el contrato de Apertura de Crédito, pertenece al derecho mercantil, y está regulado en disposiciones meramente mercantiles, mientras que el contrato de mutuo, por regla general es un contrato civil, y digo por regla general, porque existen

excepciones a esta regla, ya que el Mutuo se reputa mercantil, cuando se presente alguno de los siguientes supuestos:

- 1.- Que las cosas prestadas sean destinadas a actos de comercio, por ejemplo solicitar un préstamo para la adquisición de un local comercial.
- 2.- Cuando este contrato sea celebrado entre comerciantes.
- 3.- Cuando se celebren operaciones pasivas con Instituciones de Crédito.

CAPITULO IV

UTILIZACION PRACTICA DE AMBAS FIGURAS EN EL SISTEMA BANCARIO MEXICANO

Como he venido haciendo mención a lo largo del presente trabajo, la utilización práctica del mutuo y de la apertura de crédito, opera en su mayoría en el Sistema Bancario Mexicano y una de sus principales funciones es la de ser un medio para la adquisición de la vivienda.

Es importante resaltar el hecho de que las Instituciones Bancarias en la práctica no hacen una clara distinción entre estas dos figuras, y muy a menudo llegan a confundirlas utilizándolas con el mismo nombre.

Se llega a ver con frecuencia en la práctica Bancaria, contratos de mutuo, que en realidad son una apertura de crédito, ya que las cláusulas y tasas de intereses que rigen al contrato, que los bancos lo denominan como un mutuo, en realidad son una

apertura de crédito. Esto básicamente es notorio en la regulación de las tasas de intereses, ya que existen contratos de mutuo en los cuales se establece un refinanciamiento de interés (anatocismo), estando éste prohibido en contratos civiles.

Aún cuando los Bancos tienen la facultad para establecer internamente las políticas que consideran convenientes, para el otorgamiento de créditos y préstamos, esas políticas no pueden ni deben confundir la naturaleza jurídica de los contratos que celebran para formalizar dichas operaciones.

Es lógico que existan diferencias, entre una institución bancaria y otra, básicamente en los clausulados de éstos contratos, pero lo que no resulta lógico, es que en una sola Institución Bancaria existan tantos parámetros de distinción en sus créditos y confundan las figuras con tanta facilidad.

Por regla general, las Instituciones de Crédito dividen los créditos en la siguiente forma:

- a) Contratos de Apertura de Crédito sin refinanciamiento de intereses, para adquisición de vivienda.

- b) Contrato de Apertura de Crédito con refinanciamiento de intereses, para adquisición de vivienda.

- c) Contrato de Apertura de Crédito sin refinanciamiento de intereses, para construcción, remodelación o mejoras de un inmueble.

- d) Contrato de Apertura de Crédito con refinanciamiento de intereses, para construcción, remodelación o mejoras de un inmueble.

- e) Contratos para empleados (Mutuo con interés), para adquisición de un inmueble.

- f) Contratos para empleados preferenciales (Apertura de crédito sujeta a una tasa de interés preferencial).

Estos son solo algunos de los esquemas de créditos con que cuenta cada institución bancaria, y lo anterior nos hace ver que muchas veces por esta razón se presta tanto a confusión la operación que se está celebrando.

IV.I.- PROBLEMATICA ACTUAL EN EL OTORGAMIENTO DE CREDITOS BANCARIOS.

En el otorgamiento de los créditos bancarios, (ya sea tratándose de mutuo o de apertura de crédito), particularmente desde diciembre de 1994 y hasta la fecha, el hecho de que las tasas de interés se han incrementado en forma tal que resulta casi imposible para los acreditados cubrir sus amortizaciones, ha obligado a los Bancos a ejercer una política de modificación de los esquemas financieros de créditos, lo que usualmente se llama "reestructuras".

Desde mi punto de vista, lo que está sucediendo en la actualidad, es que los Bancos con su política de reestructuración no resuelven el problema de fondo para los acreditados, ya que lejos de aliviar la carga financiera para los mismos, simplemente

Estos son solo algunos de los esquemas de créditos con que cuenta cada institución bancaria, y lo anterior nos hace ver que muchas veces por esta razón se presta tanto a confusión la operación que se está celebrando.

IV.I.- PROBLEMATICA ACTUAL EN EL OTORGAMIENTO DE CREDITOS BANCARIOS.

En el otorgamiento de los créditos bancarios, (ya sea tratándose de mutuo o de apertura de crédito), particularmente desde diciembre de 1994 y hasta la fecha, el hecho de que las tasas de interés se han incrementado en forma tal que resulta casi imposible para los acreditados cubrir sus amortizaciones, ha obligado a los Bancos a ejercer una política de modificación de los esquemas financieros de créditos, lo que usualmente se llama "reestructuras".

Desde mi punto de vista, lo que está sucediendo en la actualidad, es que los Bancos con su política de reestructuración no resuelven el problema de fondo para los acreditados, ya que lejos de aliviar la carga financiera para los mismos, simplemente

difieren ésta, mediante la ampliación de los plazos de pago, propiciando una dependencia perjudicial para el acreditado, que le provoca una reducción a su liquidez y capacidad de crédito para adquirir otros satisfactores, ya que las amortizaciones como tales no les son aumentadas, sino lo que en realidad está pasando, es que el Banco refinancia los intereses en forma tal, que llegará un momento en que el capital o saldo insoluto del crédito será mucho mayor que el valor del inmueble ofrecido en garantía y se está llegando a un punto tal, que los acreditados prefieren dar en pago el inmueble objeto de la garantía al Banco o que por remate judicial éste se lo adjudique, a seguir pagando intereses de esa magnitud.

Esta situación no solo afecta a los acreditados o deudores, sino que en última instancia los más afectados están siendo los bancos, quienes hoy por hoy enfrentan graves problemas de cartera vencida.

IV.2.- CREDITOS TRADICIONALES.

Son aquellos, en los cuales no existe un refinanciamiento de intereses por parte del Banco.

La problemática en este tipo de créditos no es tan grande como lo es en los créditos sujetos a un refinanciamiento de interés, a los cuales haré referencia más adelante.

En realidad si el crédito es tradicional, es decir un crédito sin refinanciamiento de intereses, los pagos o amortizaciones mensuales, serán destinados siempre a cubrir el capital.

Tienen como ventaja el que por lo general, son créditos a tasas fijas, por lo que no se ven tan afectados por la situación económica actual, como sucede con los créditos sujetos a un refinanciamiento de interés. Digo por regla general, ya que si existen créditos de amortización tradicional, en los que las tasas de interés podrán ir variando, caso en el cual sí se ven afectados por tal situación pero de un modo más justo que en los créditos sujetos a un refinanciamiento de interés, pues únicamente se pagarán intereses sobre el capital efectivamente adeudado, y no como en el caso de los créditos sujetos a un refinanciamiento, en

los cuales los intereses se generan sobre aquellos devengados y no pagados.

Ahora bien, también presentan algunas desventajas respecto de los créditos con refinanciamiento, ya que como precisamente los intereses no se refinancian, las amortizaciones tienden a ser más elevadas.

En la práctica Bancaria, son mayores los casos en los que el Banco otorga un crédito con refinanciamiento, que un crédito tradicional, pues a simple vista resulta mucho más atractivo y fácil para el deudor el plan de pago de los créditos refinanciados.

Lo anterior tiene algo de cierto, pues en los créditos tradicionales como ya lo había establecido con anterioridad las amortizaciones o pagos que el cliente realice respecto del total de su crédito, cubrirán en forma directa el capital, por lo cual, el saldo insoluto del crédito se irá disminuyendo en proporción a los pagos que se vayan realizando sobre el mismo.

En la práctica, los préstamos que ofrecen más beneficios, son los préstamos para empleados de las instituciones Bancarias, ya que por lo general lo que celebran es un mutuo con interés, en el cual, la tasa es fija, y en la actualidad varía entre el 8 y el 10% anual, dependiendo de la categoría del empleado.

En los créditos tradicionales, fundamentalmente en el mutuo, la ley expresamente prohíbe el pacto de anatocismo (al cual haré referencia más adelante en este mismo capítulo). Queda claro que el interés se entiende como una compensación en favor del acreedor, por la privación temporal del goce de la prestación principal que tiene derecho a exigir de su deudor.⁷

Partiendo de lo establecido en el párrafo anterior, resulta más sencillo entender que significa el anatocismo, que no es más que la capitalización de intereses.

En teoría esto es precisamente lo que está prohibido en los créditos tradicionales, es decir, el incremento de los intereses corresponde únicamente al antiguo capital, al capital

⁷ Sánchez Medel Ramón, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Editorial Jus, página 128.

originalmente adeudado, pero en ningún caso los intereses generados podrán sumarse al capital adeudado para que en su conjunto produzcan nuevamente intereses.

Hace muchos años en México, se permitía el anatocismo, siempre y cuando se entendiera como un pacto accesorio al mutuo, y que los intereses que se capitalizaran fueran vencidos por más de un año. Pero en la actualidad, y a partir del primero de octubre de 1932, fecha en la que entró en vigor el actual Código Civil, el pacto de anatocismo en operaciones civiles, exige para su validez, que el convenio sobre la capitalización de intereses tenga lugar con posterioridad a la fecha del vencimiento de los intereses que van a fructificar de nuevo.

Tratándose del derecho mercantil, existe amplia libertad para la capitalización de intereses, ya que pueden capitalizarse intereses vencidos no pagados, y en ningún momento se habla de que este pacto deba hacerse con posterioridad al vencimiento de los intereses, como sucede en el derecho civil.

Nuestro derecho mercantil, deja a la voluntad de las partes el convenir la capitalización de intereses.

IV.3.- CREDITOS CON REFINANCIAMIENTO DE INTERESES.

Hasta diciembre de 1994, esta clase de créditos era el más recurrido, tratándose de créditos para la adquisición de la vivienda.

A simple vista, estos créditos son mucho más atractivos y accesibles que los tradicionales, debido a que las mensualidades son más bajas que en un crédito tradicional.

La mayor problemática de esta clase de créditos es que son una bomba de tiempo.

Por lo general, cuando nos encontramos frente a la necesidad de solicitar un préstamo, es precisamente porque no tenemos la liquidez ni los medios suficientes para adquirir un inmueble de contado, y ante esta falta de liquidez, probablemente tampoco

contemos con los ingresos suficientes para realizar pagos que permitan disminuir en forma rápida el capital adeudado, razón por la cual, y regreso a lo establecido con anterioridad, un crédito con refinanciamiento de intereses, a simple vista resulta sumamente atractivo.

La realidad en estos créditos, es que nos encontramos frente a un anatocismo oculto, pero lícito.

IV.4.- TASAS DE INTERES

Antes de pasar a analizar las tasas de interés en los créditos bancarios, me gustaría hacer un breve análisis de los antecedentes y significado que éstos tienen.

En un sentido estricto, interés se identifica con el provecho, rendimiento o utilidad que se obtiene del capital (dinero). Asimismo, puede considerarse como el beneficio económico que se logra de cualquier clase de inversión.

En un sentido más amplio, se entiende como una compensación en dinero o en cualquier valor que recibe el acreedor en forma accesoria al cumplimiento de una obligación, o bien de una manera más simple y de acuerdo con lo que establece Abraham Hernández Hernández, "es la cantidad que se cobra o paga por el uso del dinero"⁸.

A) NATURALEZA

El artículo 893 del Código Civil, establece:

"Son frutos civiles, los alquileres de los bienes muebles, las rentas de los inmuebles, los réditos de los capitales y todos aquellos que no siendo producidos por la misma cosa directamente, vienen de ella por contrato, por última voluntad o por ley."

⁸ Hernández Hernández Abraham, "Matemáticas Financieras Teoría y Práctica, Editorial Ecasa, México, 1991, Página 51.

Esto nos hace ver, que los intereses al ser frutos civiles, no merman la esencia y cantidad del bien del cual provienen derivado precisamente de su naturaleza accesoria.

En materia mercantil, el interés no es un elemento del contrato a pesar de ser mercantil. El carácter mercantil del préstamo procede no del mismo contrato de préstamo, sino de la operación a la que se destinan las cosas prestadas. "Por lo que el propósito del lucro no está en la operación del préstamo, sino en los actos mercantiles a que el prestatario destinará las cosas prestadas"⁹.

B) JUSTIFICACION

Aristóteles advertía que el dinero debe ser estéril (Pecunia non parit pecuniam), igual criterio sustentaba el cristianismo. "Dad prestado sin esperar por eso nada." En cuanto toca a la legitimidad moral de los intereses, ello se ve superado y se habla sobre su justificación, el dinero es una mercancía que puede ser alquilada o vendida como todas las otras, el dinero es el signo de

⁹ Vázquez del Mercado Oscar, Op. Cit., Página 141.

los valores y éstos pueden ser arrendados, existe una privación de su uso por parte de quien lo presta, motivo por el cual, éste préstamo debe ser gratificado.

C) PROPOSITO DEL INTERES

"Quien tiene una suma de dinero, tiene siempre modo de aumentarla, y en el peor de los casos, adquiriendo valores de gobierno, o depositándola en un banco. El dinero, por lo tanto fructifica, (fuera de los casos patológicos de quien lo tiene bajo la almohada o en un cajón) produce intereses."¹⁰

Por otra parte, en la época en la que vivimos existen mercados financieros (cuyo fin es distribuir los ahorros en forma eficiente a los usuarios finales), porque los ahorros de las personas, empresas y gobiernos durante un período son distintos de su inversión en activos reales. Por activos reales, se entienden cosas como casas, edificios, equipos, inventarios y bienes duraderos. Si los ahorros fueran iguales a la inversión en activos

¹⁰ Branca Guisepe, Instituciones de Derecho Privado. Editorial Porrúa, México, 1978.

reales para todas las unidades económicas en una economía, durante todos los periodos, no habría financiamiento externo, no existirían los activos financieros, no los mercados de dinero y capital. Cada unidad económica sería autosuficiente, los gastos corrientes y la inversión en activos reales se pagarían del ingreso corriente. Sólo se crea un activo financiero cuando la inversión de una unidad económica en activos reales excede sus ahorros y financia este excedente obteniendo préstamos o emitiendo valores de capital. Por supuesto ha de existir otra unidad económica dispuesta a prestar.

Esta interacción de los prestatarios con los prestamistas determina la **tasa de interés**. Este intercambio de fondos queda plasmado mediante pedazos de papel que representan un activo financiero para su tenedor y un pasivo financiero para quien lo emite.

D) CLASES DE INTERESES

1.- Bruto (nominal)

Dentro de él se distinguen varios conceptos

1.- Una prima o riesgo

2.- Un costo de administración del préstamo.

3.- Una indemnización contra la devaluación del capital ante el alza de los precios.

2.- Neto (puro)

Es el remuneratorio, al descontar los elementos del bruto nominal.

3.- Lucrativo

Es aquel interés que se paga en el mutuo, por el mutuo mismo.

4.- Compensatorio

Es aquel que se devenga durante el plazo convenido, para resarcir el consecuente desfase económico.

5.- Moratorios

Son aquellos que se pagan como sanción a título de reparación (indemnización) a los daños y perjuicios causados por el retraso en el cumplimiento. Aquí siempre tiene derecho el acreedor a los intereses legales a partir del día de la mora.

6.- Exacto

Es aquél que se calcula sobre la base del año de 365 días o el interés Simple Ordinario o comercial que se calcula sobre la base de considerar el año de 360 días.

7.- Compuesto

Como su nombre lo indica, es aquél en el que se conjugan dos o más tipos de interés.

E) REGULACION DE LOS INTERESES

1.- REGULACION EN MATERIA MERCANTIL.

El artículo 361 del Código de Comercio establece:

**"Toda prestación pactada a favor del acreedor,
que conste precisamente por escrito, se
reputará interés"**

El interés legal (9% anual en derecho común y 6% anual en materia comercial), se aplica cuando no haya pacto sobre ellos, o habiéndolo, éstos sean usurarios, y convencional, sin límite que los que se acostumbren en dinero o en especie. En éste, los intereses se calcularán sobre el valor que las cosas prestadas tengan en la plaza en que deba hacerse la devolución.

El Código Civil, en su artículo 2397, establece lo siguiente:

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

Esto significa la prohibición de que los intereses vencidos y no pagados, devenguen a su vez intereses (anatocismo), salvo que haya convenio posterior sobre el particular.

Por su parte, el Código de Comercio, en el artículo 363, establece lo siguiente:

"Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos."

Es decir, si autoriza su capitalización, siempre y cuando conste de manera expresa la voluntad de los contratantes en ese sentido.

Por otra parte, si el acreedor recibe el principal y no se reserva el derecho a los intereses pactados, no podrá hacerlos efectivos con posterioridad.

Independientemente de lo anterior, en la práctica, a diferencia de las tasas de interés sobre documentos del mercado de dinero tales como los Certificados de la Tesorería, las Aceptaciones Bancarias, y el Papel Comercial, la mayor parte de los préstamos mercantiles se efectúan mediante negociaciones personales ente el prestatario y el prestamista.

En cierta medida los bancos tratan de variar las tasas de interés conforme al crédito del prestatario, cuanto menor sea su clasificación de crédito, más alta será la tasa de interés.

Esa tasa también depende de las condiciones del mercado de dinero.

Una medida que cambia con las condiciones fundamentales del mercado, es la tasa prima, (que es el precio que el banco carga a sus clientes de mejor clasificación crediticia, aunque por la competencia que existe entre los bancos, las empresas más sólidas desde un punto de vista financiero, están en posibilidades de adquirir préstamos a una tasa de interés inferior a la prima). Casi siempre la fijan los grandes bancos del mercado de dinero y mantienen una uniformidad relativa en todo el país. En el pasado sólo cambiaba ligeramente con el transcurso del tiempo, de acuerdo con los cambios fundamentales en las condiciones del mercado.

F) USURA

La Usura se da cuando estamos frente a una evidente desproporción en los intereses.

El artículo 2395 del Código Civil, establece lo siguiente:

"El interés legal es el nueve por ciento anual. El interés convencional es el que fijen los contratantes, y puede ser mayor o menor que el interés legal; pero cuando el interés sea tan desproporcionado que haga fundadamente creer que se ha abusado del apuro pecuniario, de la inexperiencia o de la ignorancia del deudor, a petición de éste el juez, teniendo en cuenta las especiales circunstancias del caso, podrá reducir equitativamente el interés hasta el tipo legal."

Ni nuestra legislación, ni la Suprema Corte de Justicia establecen criterios definidos para fijar los límites lícitos de los intereses convencionales, por lo que debe acudir a los usos, a la moral y a las buenas costumbres, es decir, a lo que en lo ordinario se pacta en las transacciones. En el derecho común, en contra de la usura sólo se instrumenta la reducción equitativa. En este

orden de ideas, por los intereses pagados no hay reducción ni restitución. Por otra parte, el derecho público reprime la usura bajo la institución de fraude en los casos de interés desproporcionado, explotando la ignorancia o las malas condiciones del sujeto pasivo (víctima). (art. 387 F VIII, del Código Penal). De esta manera, quien recibe el préstamo usurario, tendrá dos acciones, una Civil para obtener reducción y las consecuencias restitutorias de la nulidad, y una penal, mediante la correspondiente denuncia al Ministerio Público para la restitución y la reparación del daño.

g) METODOS PARA CALCULAR LA TASA DE INTERES

Existen 3 formas en las que se pueden pagar los intereses sobre un préstamo:

- a.- Sobre la base de Cobro.- El interés se liquida al vencimiento del pagaré.
- b.- Sobre la base de descuento.- El interés se rebaja del préstamo inicial.

c.- Sobre la base de monto total.- El interés se añade a los fondos desembolsados con el fin de determinar el valor nominal del documento.

Además de cargar intereses sobre los préstamos, los bancos comerciales algunas veces suelen exigir que el prestatario mantenga saldos en depósitos a la vista en el banco, en proporción directa al importe de los fondos obtenidos en préstamos o al importe del compromiso, que es lo que se conoce como saldos compensatorios.

IV.5.- LAS UNIDADES DE INVERSION

Las Unidades de Inversión han sido una solución que el Gobierno mexicano ha implementado para facilitar a los deudores de préstamos bancarios el alcanzar una rehabilitación financiera.

Estas Unidades de Inversión constituyen una Unidad de Cuenta de Valor Real Constante.

Lo que se pretende con estas Unidades de Inversión, es que los intereses pactados en créditos bancarios, se vean expuestos a una pérdida del valor real, y también lograr hasta cierta medida, el reducir el problema de la cartera vencida.

Por la importancia que reviste en las finanzas del Gobierno mexicano y la recuperación de la economía en general, a continuación me permito hacer algunos comentarios a la "Exposición de Motivos del Derecho por el que se establecen las obligaciones que podrán denominarse en Unidades de Inversión y reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto Sobre la Renta" publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de Abril de 1995, cuyo texto se adjunta a la presente Tesis como anexo 1:

De la lectura de este documento, se desprende que la intención y filosofía fundamental de la que parte el Gobierno para la creación de las Unidades de Inversión, ("UDIS"), es tratar de mantener bajo control, por un lado, el poder adquisitivo del dinero en el transcurso del tiempo, ofreciendo además intereses atractivos a los ahorradores y por otro, evitar la liberación indiscriminada de

las tasas de interés sobre créditos, considerando un esquema económico incierto.

De este modo, se reconoce la falta de demanda de instrumentos financieros debido a lo poco atractivo de tasas de interés suficientes para cubrir a los inversionistas de sus riesgos, y de no verse rebasados por la inflación.

También se reconoce las condiciones desfavorables de los usuarios de crédito, en virtud de que, para cubrir de los riesgos a los inversionistas, las tasas de interés se elevan y ésta llamada "prima de riesgo", se transfiere a las tasas de interés que pagan los acreditados, debido al componente real e inflacionario que integran dichos intereses.

Partiendo de esta base, se propone crear a las UDIS como una Unidad de Cuenta con un valor real constante, cuyo valor calcula y da a conocer el Banco de México en el Diario Oficial de la Federación, ajustándolo proporcionalmente en base al Índice Nacional de Precios al Consumidor.

De esta manera los créditos contratados en UDIS, se mantienen con un control implícito en función de la inflación reconocida oficialmente.

La Exposición de motivos distingue puntualmente que las Unidades de Inversión no son una unidad monetaria, y que su uso es voluntario.

Los deudores que voluntariamente reestructuren sus créditos en estas Unidades de Cuenta, liberan su obligación mediante la entrega del equivalente en moneda nacional del valor de la UDI en la fecha en que efectúen su amortización.

El objetivo a alcanzar, es que los usuarios de créditos, paguen una tasa de interés menor en términos reales, por virtud de la supresión de la prima de riesgo ya mencionada, así como mantener constante el valor real del monto principal adeudado, aún cuando, debido a la modificación en el valor de la UDI, el monto nominal en pesos se incremente.

Otro de los objetivos fundamentales de las UDIS, es reducir el problema de cartera vencida que enfrenta la Banca.

Se reconoce que por razones de carácter legal, las obligaciones de pago deben denominarse invariablemente en moneda de curso legal, efecto que se logra ya que, aún cuando dichas obligaciones se refieran a UDIS, estas tienen siempre la vinculación a un valor monetario y se liquidan en pesos.

Con el objeto de dar un debido soporte jurídico a la Unidades de Inversión, además de que el decreto que las crea contiene diversos lineamientos para el Banco de México en cuanto al cálculo y publicación del valor de la UDI, se instrumentaron una serie de reformas a las disposiciones fiscales, a efecto de establecer un régimen impositivo adecuado a las operaciones denominadas en UDIS.

Una vez comentado lo anterior pasará a analizar las Unidades de Inversión en relación con el Derecho Civil así como con el Derecho Mercantil.

A) LAS UNIDADES DE INVERSIÓN Y EL DERECHO CIVIL

Como es sabido el derecho civil contractual, se caracteriza por la libertad para contratar, siempre y cuando no se afecten derechos de terceros, pero esta libertad de contratar, tiene como contrapartida el deber jurídico que se autoimponen quienes contratan y que los obliga a cumplir puntual y cabalmente, no solo con lo que pactaron en forma expresa, sino también a las consecuencias, que según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley.¹¹

Es cierto que al hablar de libertad contractual, nos encontramos frente a la disposición expresa de las partes de cumplir con lo contratado y asumir sus consecuencias, pero qué sucede si las condiciones y términos pactados al celebrar el contrato, se ven modificados por causas ajenas a su voluntad.

¹¹ Las Unidades de Inversión y el Sistema Jurídico Mexicano, Barra Mexicana de Abogados, Colección Foro de la Barra Mexicana, Primera Edición, Editorial Themis, página 73.

En la economía actual, todo aquel que presta, y en general todo aquel que otorga un crédito, pretende no únicamente recibir un interés por el capital prestado, sino también mantener su poder adquisitivo.¹²

Es importante destacar el hecho de que las Unidades de Inversión se crean para beneficiar a aquellos que han contratado préstamos a plazos, y aunque este índice se ha establecido para operaciones comerciales, no está expresamente prohibido que se adopte en operaciones de derecho civil, y considero que es totalmente válido adoptar estas unidades para créditos civiles, ya que no implican una novación al contrato, y por virtud del principio de la autonomía de la voluntad, las partes podrán referir o sujetar sus obligaciones aún las ya existentes, al valor de las UDIS, en cuya relación se fijará incluso una tasa de interés comercial por el Banco Central que, en la actualidad, es muy cercana a la tasa legal del 9% anual para el mutuo civil.

El artículo 2397 del Código Civil, establece:

¹² Ibid., página 75.

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

Una vez leído el artículo anterior, surge la duda de si será lícito pactar la devolución de una suma recibida en mutuo, al valor o tipo de cambio de las UDIS en la fecha de pago. El artículo anteriormente transcrito prohíbe, bajo pena de nulidad el que las partes convengan de antemano la capitalización de intereses. Desde este punto de vista, y si consideramos que la actualización de valor debe reputarse como un interés, queda estrictamente prohibido pactar un mutuo civil en UDIS. Ahora bien, si esta actualización de valor es considerada únicamente como un componente inflacionario, puede perfectamente pactarse un mutuo civil en UDIS.

B) LAS UNIDADES DE INVERSIÓN Y EL DERECHO MERCANTIL

La aparición de las Unidades de inversión, trae aparejada una importante repercusión entre otros, en el derecho mercantil.

En un primer plano, las Unidades de Inversión con respecto al derecho mercantil, tienen la ventaja, de proporcionar una unidad de cuenta, más o menos confiable, que garantiza a los acreedores la recuperación del valor entregado en obligaciones de pago de sumas de dinero.¹³

El artículo 78 del Código de Comercio establece:

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

De lo anterior se desprende, que en nuestro derecho mercantil al igual que lo expuesto respecto al derecho civil, prevalece la voluntad de las partes contratantes.

¹³ Ibid., página 43.

Las UDIS se utilizarán como medida de cuenta en la negociación de nuevos plazos y condiciones de pago respecto de los créditos otorgados con anterioridad a su creación. Son las llamadas reestructuraciones de créditos.¹⁴

De lo anteriormente expuesto, se desprende que la creación de las Unidades de Inversión, significa un gran apoyo para los deudores de créditos bancarios, sin embargo estas Unidades de Inversión no están dando el resultado esperado, ya que a las instituciones bancarias no les conviene reestructurar sus créditos en estas Unidades, pues sus utilidades se ven disminuidas, y en realidad los créditos que hasta hoy se han reestructurado en éstas Unidades son consecuencia de una presión ejercida por parte del gobierno para con las instituciones bancarias a reestructurar en esta forma.

Por último es importante concluir diciendo que los contratos de apertura de crédito y mutuo como instrumentos para adquisición de la vivienda en el sistema bancario mexicano, deben representar un apoyo y no un desequilibrio económico para las

¹⁴ Ibid., página 48.

partes contratantes, motivo por el cual deben buscarse mecanismos que ofrezcan tanto a las Instituciones bancarias como a los deudores una posibilidad equitativa que les permita cumplir con las obligaciones contraídas por virtud de la celebración del contrato de mutuo o de apertura de crédito.

CONCLUSIONES

I.- Tanto el Mutuo como la Apertura de crédito son operaciones ampliamente recurridas por personas físicas así como por personas morales, como medio para satisfacer una necesidad primordial como lo es en el caso de las personas físicas, el derecho de adquirir una vivienda, consagrado en el artículo 27 de nuestra Constitución Política.

II.- La existencia de una tasa de interés en estos contratos, es un elemento fundamental, sin embargo, no por este hecho, se justifica que las tasas de interés asciendan a sumas imposibles de cubrir por parte de los deudores, lo que se conoce como usura.

III.- La situación económica del país en estos momentos es crítica, en ese contexto debe regularse en una forma equitativa un ajuste a las tasas de interés actuales, de modo tal que se vean beneficiados tanto los bancos como los deudores.

IV.- No obstante la existencia legal del mutuo sin interés, en la práctica bancaria este ha sido obsoleto, y esto se debe a que las instituciones bancarias no tienen la capacidad para celebrar este tipo de operaciones.

V.- No es la práctica bancaria la que debe establecer la naturaleza jurídica de los contratos que utilicen, por el contrario, existen figuras jurídicas establecidas y reguladas por leyes de orden público, de modo que las operaciones bancarias deben ajustarse a contratos típicos como lo son el mutuo con interés y la apertura de crédito, ya que la voluntad de las partes en sentido técnico se ajusta a dichas figuras según lo expresé a lo largo de este trabajo.

VI.- La creación de las Unidades de Inversión, está significando un apoyo para los deudores de créditos bancarios, sin embargo, estas Unidades al establecer su paridad en base a la inflación, parámetro cuyo comportamiento es de difícil predicción, no garantizan a largo plazo la solución de los problemas de cartera vencida que se enfrentan en la actualidad.

BIBLIOGRAFIA

Bauche Garciadiego Mario, "Operaciones Bancarias", Editorial Porrúa, S.A., México, 3a. Edición.

Barra Mexicana de Abogados "Las Unidades de Inversión y el Sistema Jurídico Mexicano", Colección Foro de la Barra Mexicana, Editorial Themis, México, 1a. Edición, 1995.

Barrera Graf, Jorge, "Estudios de Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, S.A., México, 1958.

Branca, Guiseppe, "Instituciones de Derecho Privado", Editorial Porrúa, México, 1978.

Broseta Pont, Manuel, "Manual de Derecho Mercantil", Editorial Tecnos, Madrid, 1971, 13a. Edición.

Cervantes Ahumada Raúl, "Títulos y Operaciones de Crédito", Editorial Herrero, México, 12a. Edición, 1982.

Dávalos Mejía Carlos Felipe, "Derecho Bancario y Contratos de Crédito", Editorial Harla, México, 2a. Edición, 1992.

De Pina Vara Rafael, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, S.A., México, 18a. Edición, 1992.

Gómez Gordo José, "Títulos de Crédito", Editorial Porrúa, S.A., México, 1a. Edición, 1988.

Hernández Hernández Abraham, "Matemáticas Financieras Teoría y Práctica", Editorial Ecasa, México, 1991.

Lozano Noriega Francisco, "Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos", Editada por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., México, 5a. Edición, 1990.

Morineau Iduarte Martha, "Derecho Romano", Editorial Harla, México, 3a. Edición, 1992.

Rodríguez y Rodríguez Joaquín, "Derecho Mercantil", Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., México, 1982, 16a. edición.

Rojina Villegas Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo Primero, México, Editorial Porrúa, S.A., 1975, 2a. edición.

Sánchez Medal Ramón, "De los Contratos Civiles", Editorial Porrúa, S.A., México, 9a. Edición, 1988.

Sánchez Medal Ramón, "Revista de Derecho y Ciencias Sociales", Editorial Jus, México.

Soto Alvarez, Clemente, "Derecho y Nociones de Derecho Civil", México, Editorial Limusa, 1975.

Thaller, "Traité Élémentaire de Droit Commercial", Octava Edición, Paris, 1931.

Vázquez del Mercado, Oscar, "Contratos Mercantiles", Editorial Porrúa, México, 1985.

Código Civil para el Distrito Federal, Colección Porrúa, México, 63ª Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1994.

Código de Comercio y Leyes Complementarias, Colección
Porrúa, México, 61ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. 1994.

Ley Monetaria, Legislación Mercantil y Leyes Conexas, Ediciones
Andrade, S.A. de C.V., México, 15ª Edición, 1989.

ANEXO 1

“Exposición de Motivos del Derecho por el que se establecen las obligaciones que podrán denominarse en Unidades de Inversión y reforma y adición de diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto Sobre la Renta publicado en el Diario Oficial de la Federación el primero de Abril de 1995”

"Para lograr la estabilidad y recuperación económica, es necesario promover el ahorro y contar con mecanismos que permitan la rehabilitación financiera de las empresas productivas, así como de las personas deudoras del sistema bancario del país.

En épocas de inflación, en que los precios se tornan altamente impredecibles, se produce incertidumbre respecto del rendimiento, en términos reales, de las inversiones financieras.

Por ejemplo, es claro que el principal de un depósito tendrá en la fecha del vencimiento un poder adquisitivo menor del que tenía en el momento en que se contrató la operación. Por ello, solamente resulta conveniente depositar dinero si los intereses, además de compensar la pérdida del poder adquisitivo del principal, otorgan un rendimiento real.

Así, los inversionistas dejan de demandar instrumentos financieros, a menos de que las tasas de interés les parezcan suficientemente altas para cubrirlos del riesgo de que el rendimiento de la operación, en términos reales, resulte menor que el esperado. De esta manera, se incrementan las tasas de interés, toda vez que estas tienen que incorporar lo que podría considerarse como una prima por riesgo.

Las condiciones de incertidumbre antes mencionadas también afectan

desfavorablemente a los usuarios de crédito. En primer término, porque la prima de riesgo referida se transfiere a las tasas de interés que pagan los acreditados. En segundo lugar, porque ocasiona que los créditos, en términos reales, se amorticen antes de lo previsto según los términos nominales.

Este último fenómeno se presenta debido a que los intereses tienen dos componentes: El real y el inflacionario. El componente inflacionario compensa al acreedor de la pérdida del valor, en términos del poder adquisitivo del principal del crédito que ha otorgado. El pago del citado componente constituye, nuevamente en términos reales, un pago del principal del crédito. Claramente mientras más elevada sea la inflación, más grande será el mencionado componente inflacionario y mayores, también, los flujos de pago a cargo de los deudores.

Con el propósito de atacar esos problemas, presento a la consideración de esa Soberanía una iniciativa en la que se propone que en las operaciones que celebren los intermediarios financieros y en general, en las transacciones comerciales, las obligaciones puedan denominarse en una unidad de cuenta, de valor real constante, que se llamaría de Unidad de Inversión, a la cual de manera abreviada se le podría llamar UDI.

La Unidad de Inversión tendría un valor en moneda nacional que el Banco de México calcularía y daría a conocer para cada día mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación. De esta manera, en la fecha de su establecimiento dicho valor sería de un nuevo peso y posteriormente se iría ajustando en forma proporcional a la variación del Índice Nacional de Precios al Consumidor. El ajuste se haría con base en observaciones de precios ya

realizadas por lo que el valor de la UDI tendría un breve rezago.

La UDI sería una unidad de cuenta, no una unidad monetaria, y su uso sería voluntario. Ello significa que en las operaciones mercantiles las partes podrían optar por pactar las obligaciones en nuevos pesos o en UDIS. En este último caso, el deudor se liberaría de la obligación entregando el equivalente en moneda nacional, calculado con base en el valor de la UDI en la fecha en la que se efectúe el pago.

Es evidente que la utilización de las UDIS presentaría ventajas tanto para los ahorradores como para los deudores. Respecto de los primeros debe considerarse que el capital de las Inversiones en instrumentos denominados en UDIS mantendría su valor real. Además, el interés que se pactara al estar referido a UDIS,

tampoco se vería expuesto a pérdida del valor real.

Los usuarios de crédito, por su parte, pagarían una tasa de interés probablemente menor en términos reales. Ello, en virtud de la supresión por la prima por riesgo a que se hizo referencia. Sin embargo, la mayor ventaja para los acreditados sería la eliminación del pago anticipado de los créditos a que se ha hecho mención. Así, por ejemplo, en un crédito denominado en UDIS en el que sólo se estuviere pagando los intereses, el valor real del principal se mantendría constante, si bien, desde luego, el monto nominal calculado en pesos ascendería.

Esto aligeraría la carga financiera de las empresas, contribuyendo a preservar su viabilidad y otorgándoles mayor margen para destinar recursos a la inversión productiva.

Además, al denominarse en UDIS los instrumentos financieros, podría extenderse el plazo de las inversiones en los intermediarios, permitiéndoles a su vez otorgar créditos a más largo plazo.

La mejoría de la capacidad de pago de los deudores de los intermediarios financieros, al reducir los problemas de cartera vencida que estos últimos enfrentan, coadyuvaría a fortalecer la situación de tales intermediarios dando espacio para que reduzcan su margen de intermediación en beneficio del público usuario de sus servicios.

Desde el punto de vista legal, resulta conveniente la expedición del decreto que se propone a esa Soberanía ya que, si bien en ausencia de este las obligaciones de pago, como regla general, podrían estar referidas a la Unidad de Inversión, no sería posible

denominarlas en dicha Unidad. Lo anterior en razón de que nuestra ley monetaria establece como disposición irrenunciable que las obligaciones de pago de sumas en moneda mexicana deberán denominarse invariablemente en pesos. Es claro que referir las obligaciones a UDIS lograría el mismo efecto que la denominación de las obligaciones en dicha unidad. No obstante, la posibilidad de pactar los contratos en la aludida unidad ayudaría, sin duda, a facilitar el uso de esta.

Por otra parte, las disposiciones legales aplicables a diversos contratos mercantiles, como el préstamo y el depósito y a algunos títulos de crédito como el pagaré y la letra de cambio, establecen normas que impiden denominar en UDIS, o incluso referir a estas las correspondientes obligaciones. Dichas limitaciones no serían aplicables a las

limitaciones contraídas conforme al decreto objeto de esta iniciativa.

En atención a que el establecimiento de las UDIS ataca el problema del poder adquisitivo del valor de las obligaciones con el transcurso del tiempo, no se estima conveniente que los cheques puedan denominarse en dichas unidades, pues estos, a diferencia de otros títulos de crédito, son instrumentos de pago.

El proyecto de decreto contiene también una serie de lineamientos que el Banco de México deberá seguir para el cálculo y publicación del valor de la UDI. La inclusión de tales lineamientos tiene por propósito otorgar seguridad jurídica respecto del procedimiento que habrá de seguirse para determinar y dar a conocer el mencionado valor.

Adicionalmente, se proponen diversas reformas a las disposiciones fiscales con el fin de establecer un régimen impositivo adecuado para las ganancias que se deriven en operaciones denominadas en UDIS.

En primer lugar, se propone como regla general que el ajuste al principal de tales operaciones se considere interés. Al respecto debe recordarse que las personas morales, así como las personas físicas que realizan actividades empresariales, al calcular el impuesto por los intereses que reciban, restarían el componente inflacionario, por lo que únicamente se gravaría el rendimiento real.

Asimismo, se establecería un tratamiento muy favorable para el rendimiento que las personas físicas obtengan de operaciones bancarias o de valores colocados en el mercado que estuvieren

denominados en UDIS, pues el ajuste al principal no quedaría gravado.

Finalmente se propone un régimen más equitativo de retenciones y pagos provisionales sobre intereses, distintos a los obtenidos de intermediarios financieros y de valores colocados entre el público, cuando la persona física que recibe el pago opte por considerar la ganancia o pérdida inflacionaria.

En virtud de lo anterior y con base en lo dispuesto en la fracción I del artículo 71 y en el inciso h) del artículo 72 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, me permito someter a la consideración del Honorable Congreso de la Unión la presente iniciativa de..."