



---

# Contrato de préstamo

---

León, S. (2005). Contrato de Préstamo. En *Contratos Mercantiles*. (pp. 219-241). México: Oxford University Press.

# Contrato de préstamo

## Objetivo

---

*Al concluir esta unidad, el lector analizará y conocerá el concepto y la naturaleza jurídica del préstamo mercantil, la mercantilidad, los elementos personales y reales del contrato, así como sus modalidades, distinguiéndolo del contrato de mutuo civil.*

---

## Concepto y naturaleza jurídica

El contrato de préstamo está regulado en el *CCo* en los arts. 358 a 364, pero al igual que ocurre con los contratos de compraventa y de transporte, dicho ordenamiento no define en qué consiste el préstamo: simplemente señala cuándo es mercantil. Así, el art. 358 del *CCo* reputa mercantil al 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, y presume que los préstamos realizados entre comerciantes se hacen en tal concepto y con dicha expresión.

En efecto, a pesar de que el *CCF* no se refiere al préstamo sino al mutuo, éste es una especie de préstamo, que el *CCF* regula bajo las denominaciones de *mutuo* y de *comodato*; en el art. 2384 del *CCF* se establece que el mutuo es un contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuuario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad. A su vez, en el art. 2498, relativo al comodato, señala que es el contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible y el otro a contraer la obligación de restituirla individualmente.

En efecto, una de las acepciones que de préstamo contiene el *Diccionario de la Lengua Española* es: “denominación genérica que abarca las dos especies de mutuo o simple préstamo y comodato.”<sup>1</sup> El mismo diccionario define al mutuo como el

---

<sup>1</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Espasa Calpe, Madrid, 1992, t. II.

contrato real en que se da dinero, aceites, granos u otra cosa fungible, de suerte que la haga suya el que la recibe, obligándose a restituir la misma calidad de igual género en día señalado.<sup>2</sup>

A su vez, el *Código Civil* de 1874 disponía en su art. 2785: “Bajo el nombre de préstamo 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*.”<sup>3</sup>

De acuerdo con lo anterior, el préstamo a que se refiere el *CCo* constituye una especie del préstamo en general, el mutuo a que se refiere el *CCF*, ya que en virtud del contrato el prestador se obliga a transferir al prestatario la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad y, en su caso, pagar los intereses pactados. Y es mercantil, como se dijo, cuando se hace con el concepto y expresión de que las cosas serán destinadas a actos de comercio, o cuando quien presta los bienes es un comerciante; por lo que el prestatario o mutuuario se convierte en propietario de las cosas prestadas y puede disponer de ellas para destinarlas a actos de comercio, ya sea transformarlas o venderlas, o para cualquier otro fin, con la sola obligación en cualquier caso de restituir otras tantas de la misma especie y calidad por cuya entrega el prestador se constituye acreedor.

Así las cosas, se puede decir que la ley reconoce tanto el préstamo regular como el préstamo irregular: el *CCo* denomina a ambos como *préstamo*, en tanto que el *CCF* los distingue como *comodato* y *mutuo*, respectivamente; se regula sólo en el *CCF* bajo la denominación de *comodato*. La diferencia sustancial entre los préstamos regular e irregular consiste en que el primero tiene por objeto bienes no fungibles de los que sólo puede hacer uso el prestatario con obligación de restituir esos mismos bienes; mientras que en el segundo los bienes son fungibles y el prestatario adquiere del derecho de disponer de los mismos, ya sea consumiéndolos, transformándolos, vendiéndolos, etc., con la obligación de restituir otros tantos de la misma especie, cantidad y calidad. A continuación se hace referencia únicamente al préstamo regulado por el *CCo*, mientras que el préstamo celebrado por instituciones de crédito será tratado en la sección dedicada a contratos de depósito, apertura de crédito y descuento bancarios.

## Mercantilidad

El préstamo mercantil es un contrato traslativo de dominio por el cual el prestador entrega al prestatario bienes fungibles con obligación de éste de restituir otro tanto de la misma especie y calidad y que el *CCF* regula bajo la denominación de *mutuo*.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Cfr. Manuel Dublán y José María Lozano, *Legislación mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la República*, edición oficial, t. XI, México, 1979, p. 374.

El propósito o la causa del contrato estriba en que el prestatario tenga la disposición de las cosas prestadas y, como consecuencia, que no devuelva las mismas sino otras tantas de la misma especie y calidad dentro del plazo fijado o dentro de los 30 días siguientes a la interpelación judicial o extrajudicial (art. 360 del CCo).

De acuerdo con el CCo, el préstamo es mercantil cuando se contrae en el concepto y con expresión de que las cosas prestadas se destinarán a actos de comercio y no para necesidades ajenas de éste. Por ello se presume que los préstamos realizados entre comerciantes se hacen en tal concepto y con dicha expresión, presunción que puede ser desvirtuada por las partes por los medios de prueba permitidos por la ley.

El carácter mercantil del préstamo se da tanto en función del propósito: “que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio”, como del sujeto, un comerciante cuya actividad es precisamente realizar actos de comercio de manera habitual.

Conforme lo previsto por el art. 358 del CCo, el contrato de préstamo es mercantil por el fin o propósito: que los bienes objeto del contrato se destinen a actos de comercio y que el prestatario asuma la obligación de restituir otros tantos de la misma especie y calidad; como consecuencia, no constituyen contratos de préstamo mercantil los contratos por los cuales una persona transfiere la propiedad de bienes fungibles a otra con la obligación de restituir otro tanto de la misma especie y calidad, si los bienes no se reciben en el concepto y con expresión de que se destinen a actos de comercio y quien los recibe contrae diversas obligaciones, como puede ocurrir en los casos de reporto y de depósito, en los que también se transfiere la propiedad de bienes fungibles en favor del deudor, pero sin dicha expresión ni concepto y con obligaciones adicionales.

Sin embargo, no se puede decir que sólo existe un contrato de préstamo mercantil cuando, conforme el citado art. 358, los bienes recibidos por el prestatario se reciben en el concepto y con la expresión de que serán destinados a actos de comercio y cuando en virtud de ello el prestatario asume la obligación de restituir otros tantos de la misma especie y calidad y, en su caso, al pago de intereses; ya que también es mercantil el préstamo que se hace entre comerciantes sin esa expresión o concepto, por cuanto que la ley presume que las cosas prestadas entre éstos serán destinadas para actos de comercio, así como mercantiles son los préstamos realizados por las instituciones de crédito, cualquiera que sea el fin al que se destine el dinero prestado. En efecto, la fracc. XIV del art. 75 del CCo califica de actos de comercio a las operaciones bancarias, y el art. 46, fracc. VI de la *Ley de Instituciones de Crédito* autoriza a los bancos a realizar operaciones de préstamo, por lo que cuando dichas instituciones celebran préstamos con terceros, independientemente del destino del dinero objeto del mismo, dicho contrato tiene también el carácter de mercantil.

## Elementos reales

La cosa objeto del contrato de préstamo mercantil se constituye por bienes fungibles, dinero, títulos y cualesquiera otros bienes susceptibles de apropiación.

1. *Dinero.* Este bien fungible por excelencia puede ser objeto del contrato de préstamo, en cuyo caso el prestatario contrae la obligación de devolver una cantidad igual a la recibida, salvo que se haya pactado una especie de moneda y asume la obligación de entregar otro tanto de la misma especie recibida (art. 359 del *CCo*).

2. *Títulos o valores.* Pueden ser objeto de préstamo títulos de crédito o de valores, en cuyo caso el deudor debe devolver otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o su equivalente si se hubieren extinguido, salvo pacto en contrario (art. 359 del *CCo*). Si se trata de préstamo de valores que se celebren con la intervención de casas de bolsa, se transfiere la propiedad al deudor, quien quedará obligado a restituir otros tantos títulos del mismo emisor, valor nominal, especie y clase o equivalente que sea expresamente pactado (art. 98 de la *LMV*).

El préstamo de títulos se diferencia del préstamo de valores por cuanto que los primeros son títulos emitidos individualmente (letra, cheque), mientras que los segundos se emiten en masa (acciones, bonos), por una sola declaración de voluntad; a su vez, el préstamo de títulos se diferencia del depósito y del reporto por cuanto que en el depósito el depositante asume no sólo la obligación de entregar títulos de la misma especie y calidad, sino que debe ejercitar los derechos inherentes a los mismos, como ocurre con el reporto (art. 279 de la *LOC*), con el que se diferencian tanto el depósito como el préstamo por cuanto que quien recibe en reporto los bienes asume la obligación de pagar una suma de dinero llamada *premio*, la cual en su caso puede ser pactada a cargo de quien transfiere la propiedad de dichos títulos (art. 259 de la *LGTOC*). En el préstamo mercantil, el pago de intereses ordinarios es natural pero no esencial al contrato.

3. *Mercancías.* Pueden ser objeto de préstamo bienes muebles fungibles que el prestatario debe destinar a actos de comercio, con la sola obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, lo que es frecuente entre productores, quienes se prestan materias primas o producto terminado para su transformación o venta con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad (arts. 359 y 362 del *CCo*).

## Elementos personales

En el contrato de préstamo existen dos elementos personales: el prestador, prestamista o acreedor, quien se obliga a transferir la propiedad de dinero o de otras cosas fungibles, y el prestatario o deudor, quien las recibe en el concepto y con la expresión de destinarlas a actos de comercio, con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad así como, en su caso, a pagar los intereses pactados.

## Derechos y obligaciones del prestador

1. *Obligaciones.* El prestatario asume la obligación de entregar los bienes fungibles objeto del préstamo, dinero, títulos o mercancías al prestatario.

**2. Derechos.** *a)* Exigir al prestatario la entrega de la misma cantidad y calidad de bienes que los objetos del préstamo. Salvo pacto en contrario, el prestador no puede exigir al prestatario el cumplimiento de su obligación, sino después de 30 días siguientes a la interpelación que haga, judicial o extrajudicialmente, al prestatario (art. 360 del CCo). *b)* Recibir bienes de la misma cantidad y calidad o clase de los entregados en préstamo al prestatario. *c)* Recibir, en su caso, los intereses pactados en su favor, los canales, de acuerdo con el art. 361 del CCo, consisten en cualquier prestación pactada a favor del prestador. *d)* Exigir al prestatario el pago de los intereses moratorios en caso de mora en el pago de sus obligaciones, salvo pacto en contrario, conforme lo siguiente:

- Cuando se trata de numerario, por 6% anual, desde el día siguiente del vencimiento de la obligación.
- En el caso de préstamo de bienes distintos de numerario, el CCo establece en su art. 362 que para computar el rédito se graduará el valor por los precios que las mercancías prestadas tengan en la plaza en la que deba hacerse la restitución, el día siguiente al del vencimiento, o por el precio que determinen peritos si la mercancía estuviese extinguida al tiempo de hacerse la valuación.
- En el caso de títulos o valores, los intereses que los mismos títulos o valores devenguen o en su defecto 6% anual, determinándose el precio de los valores por el que tengan en la bolsa, si fueren cotizables, o en caso contrario, por el que tuvieren en la plaza el día siguiente al del vencimiento.

El art. 364 del CCo previene que el recibo del capital por el acreedor, sin reservarse expresamente el derecho a los intereses pactados o debidos, extinguirá la obligación del deudor respecto a los mismos. Las entregas a cuenta, cuando no resulte expresa su aplicación, se imputarán, en primer término, al pago de intereses por orden de vencimiento, y después al del capital.

## Derechos y obligaciones del prestatario

Por el contrato de préstamo mercantil el prestatario tiene derecho a recibir los bienes fungibles objeto del préstamo y adquirir la propiedad de los mismos y, como consecuencia, puede disponer de ellos para actos de comercio.

El prestatario asume la obligación de entregar otro tanto de la misma especie y calidad de bienes recibidos y, en su caso, la obligación de pagar intereses ordinarios y moratorios conforme lo antes expuesto.

## Problemática en cuanto a los intereses moratorios y su capitalización

El art. 363 del CCo establece que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos.

Dicho precepto se refiere a la capitalización de intereses calificada por la doctrina como *anatocismo*, del griego *aná*, reiteración y *tokimós*, acción de dar a interés, y que en el lenguaje jurídico designa el pacto por el cual se conviene pagar intereses de intereses vencidos y no pagados.<sup>4</sup>

El anatocismo constituye una operación mediante la cual, capitalizados los intereses vencidos de un capital, devienen productivos de nuevos intereses. Los intereses, en lugar de ser pagados a su vencimiento (cada mes, cada seis meses o al año), se agregan al capital prestado a medida que se generan y, como consecuencia, una vez capitalizados generan intereses de nueva cuenta.<sup>5</sup>

Con el anatocismo se aumenta el capital con rapidez y agrava considerablemente la situación del deudor, pues como dicen los hermanos Mazeaud,<sup>6</sup> el pacto de anatocismo “es muy peligroso para el deudor, que lo acepta con tanta mayor facilidad por cuanto su situación se encuentra aligerada momentáneamente; para comprender este peligro, basta con comprobar que un capital prestado a 5% se duplica en 14 años si los intereses son capitalizados, y solamente en 20% si no lo son”. Por ello la cláusula que lo prevé ofrece peligros e inspira repulsa, y por ello también las legislaciones del mundo no lo admiten siempre ni de pleno derecho, e incluso algunas lo rechazan en absoluto.

El art. 363 de nuestro *CCo* no fue objeto de gran análisis y discusión sino a partir de la crisis económica de finales de 1994, que provocó el impago generalizado de deudas de dinero contraídas fundamentalmente con las instituciones de crédito, cuyos litigios dieron pauta para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolviera en jurisprudencia firme de octubre de 1998, de que en nuestro derecho no existe la institución del anatocismo y que la capitalización de intereses en materia mercantil es válida aun cuando se haya pactado de antemano.<sup>7</sup>

Sin embargo, contrario a lo resuelto por la jurisprudencia, conforme las fuentes del derecho mexicano como lo es la histórica (el origen y desarrollo del anatocismo), la doctrina, la ley y la propia jurisprudencia anterior, debe concluirse que el pacto de anatocismo (la capitalización de intereses) está regulado en México y el *CCF* lo declara nulo cuando se hace por adelantado, es decir, antes de que se venzan los intereses a capitalizar.

<sup>4</sup> Cfr. *Enciclopedia jurídica Omeba*, t. I, “Anatocismo”, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 686.

<sup>5</sup> Así, Henri Mazeaud y Jean Mazeaud, *Lecciones de Derecho Civil*, parte tercera, vol. IV, trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, p. 461.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Contradicción de tesis 31/98. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito. 7 de octubre de 1998. Mayoría de diez votos. Disidente y Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa. El Tribunal Pleno en sesión celebrada el siete de octubre de mil novecientos noventa y ocho, con el número 53/1998, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal. Novena Época. Pleno. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo VIII. Octubre de 1998. Tesis: P./J. 53/98. Página 370.

## Respecto de la palabra *anatocismo*

En la jurisprudencia de 1998 de la Suprema Corte, contraria a lo resuelto por la misma con anterioridad y con relación a otras instituciones que tampoco están mencionadas en las leyes y que sin embargo las ha admitido como válidas y existentes en el derecho mexicano (tales como el pacto comisorio, la *pacta sunt servanda* o la *plus petitio*), la Corte considera que en México no cabe hablar de *anatocismo*, sino únicamente de intereses sobre intereses, que dice que están prohibidos tanto por el *CCF* como por el *CCo*, y de *capitalización de intereses*, que dice que son válidos expresamente y a condición de que sean pactados entre las partes con posterioridad a que los intereses se causen, de acuerdo con el *CCF*; y sin hacer manifestación en cuanto a la temporalidad de ese convenio conforme el *CCo*, lo que nos parece un equívoco de este alto Tribunal.

Expresa la jurisprudencia:

Al respecto, se impone establecer que del análisis de las disposiciones que integran el sistema jurídico mexicano, en especial del *Código Civil* y del *de Comercio*, así como de las Leyes de Instituciones de Crédito y de Títulos y Operaciones de Crédito, relativas a los contratos civiles, mercantiles y bancarios, se advierte que en ninguna parte hacen referencia expresa al *anatocismo*, vocablo que queda comprendido en el campo de la doctrina.

El artículo 2397 del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, ubicado en el título Quinto del Mutuo, capítulo II, del Mutuo con interés, establece que las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses. El artículo 363 del *Código de Comercio*, en el título quinto, capítulo primero, denominado del Préstamo mercantil en general, previene que los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses y, añade, que los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos. Finalmente, las leyes citadas en último término, que regulan los contratos bancarios, no tienen ninguna disposición en ese sentido. Por tanto, no cabe hablar de *anatocismo*, sino de intereses sobre intereses, prohibido por ambos preceptos, y de capitalización de intereses, expresamente autorizado a condición de que sea pactado entre las partes, en el primer precepto, con posterioridad a que los intereses se causen; y, en el segundo, sin hacer manifestación en cuanto a la temporalidad de ese convenio.

En la jurisprudencia citada se sostiene, por un lado, que el término *anatocismo* no existe en nuestro derecho, ya que no está recogido en las leyes, y que la cláusula por medio de la cual se permite la capitalización de intereses de antemano es válida; sin embargo, contrario a ello, se considera que dicho término sí existe en nuestro derecho, porque el derecho mexicano no sólo se integra por el texto de la ley, sino también por su interpretación, por la doctrina, por la costumbre y por la misma jurisprudencia, además de que no se pueden abstraer sus fuentes formales, reales e históricas.

En efecto, el que en la legislación nacional no exista consignada expresamente la palabra *anatocismo* no autoriza a la Suprema Corte para desconocer esta institución, que está contenida en la ley y que ha sido reconocida por la doctrina nacional y extranjera así como por la propia jurisprudencia; dicho desconocimiento implicaría desconocer otras instituciones cuya designación como tales tampoco aparecen expresamente en las leyes, tal como acontece, entre otras, con *plus petitio*, *pacto comisorio*, *cláusula resolutoria*, *pacta sunt servanda* y *lesión*.



No puede desconocerse en México la institución del anatocismo porque como la misma Suprema Corte lo ha expuesto, las instituciones jurídicas son lo que son por su esencia y no por el nombre que se les quiera dar, que en muchas ocasiones puede ser erróneo o no manifestarse o que incluso se haya omitido por el legislador; así, por ejemplo, es incuestionable que el art. 2646 del *CCF* señala que: “El contrato por el cual alguno se obliga a transportar, bajo su inmediata dirección o la de sus dependientes, por tierra, por agua o por aire a personas, animales, mercaderías o cualesquiera otros objetos, si no constituye un contrato mercantil, se regirá por las reglas siguientes”, regula y define al contrato de transporte, aun cuando en dicho concepto no aparece expresamente la palabra *transporte*.

Por lo demás, como hemos señalado, el derecho mexicano no sólo se integra por el texto de la ley, sino también por su interpretación, por la doctrina y por la costumbre, etc. En el caso del anatocismo, aunque no existe esa palabra ni en las leyes mercantiles ni en el *CCF*, es evidente que tanto el art. 363 del *CCo* como el 2397 del *CCF* se refieren a esta figura. En Italia, el art. 1283 del *CC* alude expresamente al anatocismo para referirse a los intereses generados de intereses vencidos, y como se dijo, la palabra *anatocismo* no significa otra cosa sino precisamente la capitalización de intereses vencidos y no pagados, por lo que no se puede desconocer bajo eufemismos insostenibles, so pena de incurrir en fraude a la ley, que la capitalización de intereses no constituye anatocismo o que como esta palabra no está consagrada textualmente en el art. 363 del *CCo*, dicho precepto no se refiere a la misma.

Incluso, en el art. 1168 del *Código de Comercio* de Colombia se prohíbe simular el pacto de anatocismo, lo que parecería ser lo que se hace cuando se pretende desconocer la institución y la prohibición de su pacto por adelantado. Por ello se considera irreflexiva y tendenciosa la jurisprudencia, porque pretende desconocer la institución del anatocismo indiscutiblemente consagrada en el *CCo* y sólo permitida cuando los intereses son vencidos y no pagados, ya que sostener el argumento de la Corte implicaría como consecuencia también desconocer figuras como la lesión, regulada en el art. 17 del *CCF*, en el cual se omite cualquier referencia a la palabra *lesión* y que, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia reconocen como tal.

## Historia y derecho comparado

La Suprema Corte argumenta que la perspectiva histórica confirma la validez del pacto de capitalización de intereses por anticipado en materia mercantil, pero olvida el derecho comparado, del cual nuestro legislador abrevó y tomó para incorporarlo a las leyes. También olvida la doctrina nacional y extranjera, y simplemente se refiere a los códigos anteriores haciendo abstracción de las demás fuentes del derecho, y cuando se refiere a dichos códigos, lo hace parcialmente. En la tesis que se comenta menciona la Suprema Corte:

El primer *Código de Comercio* que se expidió en nuestro país incluía una disposición dentro del capítulo “De los préstamos” que prohibía el convenio para la capitalización de intereses, si éstos no se habían devengado y habían sido objeto de una previa liquidación.

En efecto, dicha codificación mercantil, que data de mil ochocientos cincuenta y cuatro, en su artículo 302, establecía: "No se debe rédito de réditos devengados en los préstamos mercantiles, ni en ninguna otra especie de deuda comercial, mientras que hecha la liquidación de éstos, no se incluyan en un nuevo contrato, como aumento de capital; o bien, de común acuerdo, o bien por una declaración judicial, se fije el saldo de cuentas, incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces; lo cual no podrá tener lugar sino cuando las obligaciones que precedan estén vencidas, y sean exigibles de contado."

Años después, con la expedición del *Código de Comercio* de 1887, en una época en que ya habían sido promulgados sucesivamente los Códigos Civiles de 1870 y 1884 que autorizaron sin reservas la capitalización de intereses, juzgó conveniente el legislador mantener en este punto el mismo sistema del derecho civil y suprimió, en consecuencia, toda disposición encaminada a prohibir o reglamentar el convenio sobre capitalización de intereses, consagrando el más amplio criterio de libertad en relación con ésta.

La Corte dice que el legislador mercantil optó por mantener el sistema del derecho civil, y que supuestamente como consecuencia suprimió toda disposición encaminada a prohibir o reglamentar el convenio sobre capitalización de intereses; sin embargo, omite mencionar el Supremo Tribunal que el *CC* de 1884, aunque facultaba a las partes para cobrar intereses sobre intereses, se refería a los intereses vencidos y exigía establecer los plazos en los que debía proceder dicha capitalización (art. 2699); así como que dicho ordenamiento sancionaba con nulidad los actos jurídicos cuyo objeto fuera legalmente imposible, siendo uno de ellos el que la cosa no pudiese ser exigible; y puesto que los intereses sólo son exigibles a partir de su vencimiento, no podía ser objeto de pacto o convenio la capitalización de intereses por vencer bajo pena de nulidad, tal como lo previene el mismo art. 81 del *CCo*.

Por otra parte, es inexacto que el *CCo* haya suprimido toda reglamentación en torno a la capitalización de intereses, puesto que precisamente en el art. 363 se refiere a dicha capitalización y sólo autoriza capitalizar los intereses vencidos y no pagados por acuerdo posterior de las partes.

La sola interpretación adecuada del art. 363 del *CCo* permite sostener la nulidad del anatocismo por adelantado, ya que únicamente autoriza la capitalización de intereses vencidos y no pagados y, por consiguiente, sí impone una temporalidad tácita pero clara al pacto, cuya violación implica la nulidad del pacto por disposición del mismo art. 81 del *CCo*. De donde resulta que la jurisprudencia es incorrecta ya que pretende comprender tanto intereses vencidos como intereses por vencer, siendo que el art. 363 se refiere clara y únicamente a los intereses vencidos y no a los intereses por vencer.

Asimismo, la Suprema Corte no tomó en consideración la evolución histórica del anatocismo ni el derecho comparado, pues es conocido que la capitalización de intereses causa una situación gravosa al deudor, razón por la cual no es ni ha sido aceptada siempre ni ilimitadamente.

En efecto, en el derecho romano antiguo el pacto de anatocismo fue permitido para los intereses vencidos (*praeteriti temporis*) y prohibido para los intereses futuros (*futuri temporis*); en la República, con Justiniano, fue prohibido en definitiva y absolutamente para ambos casos: *ut nullo modo usurare usurarum a debitoribus exigantur* (L. IV, tít. 22, Ley 28).<sup>8</sup>

<sup>8</sup> *Ibid.*

En el derecho francés antiguo<sup>9</sup> también se prohibió, a pesar de que en su derecho intermedio con la declaración de la Convención del 11 de abril de 1793 se proclamó la libre contratación de intereses.

En las legislaciones modernas existen dos tendencias definidas: la que prohíbe en absoluto el anatocismo (*v. gr.* el *Código alemán* en su art. 289) y la que lo prohíbe parcialmente; en ésta se autoriza el anatocismo en ciertas condiciones (Francia, Holanda, España, Argentina y México).

El *Código Civil* francés señala en su art. 1154 que los intereses vencidos de capitales pueden producir intereses o por demanda judicial o por convenio especial, con tal que sea en la demanda o sea en el convenio se trate de intereses debidos por un año entero cuando menos. Dicho precepto dio lugar a posiciones encontradas. Así Aubry y Rau sostuvieron que los intereses de un capital (por convención, ley o sentencia) eran susceptibles de producir en ciertas condiciones nuevos intereses, pero que estos últimos no podían ser convertidos a su vez por capital productivo de nuevos intereses,<sup>10</sup> que lo dispuesto por el art. 1154 debía ser interpretado restrictivamente.

Por su parte Baudry Lacantinerie y Barde sostuvieron que los intereses de intereses podían a su turno devengar intereses indefinidamente, ya que los intereses de los intereses son del capital al haberse capitalizado (Josserand también opinó igual); Rau, Falcimainge y Gault en las notas a la quinta edición de la obra de Aubry y Rau advierten que de lo que se trata es de indagar si los intereses de intereses pueden ser convertidos en capital, y Baudry Lacantinerie y Barde sostienen que una vez que los intereses se han capitalizado, devienen ellos mismos en capital y por ello pueden de nueva cuenta producir nuevos intereses sin violentar el artículo que nos ocupa.

Como quiera que sea, conforme el citado artículo y según la jurisprudencia francesa, el anatocismo se rige de acuerdo con las condiciones siguientes:<sup>11</sup>

1. La capitalización de intereses no opera de pleno derecho; sólo se produce cuando se haya unido un pacto de anatocismo al contrato de préstamo y cuando el acreedor presenta expresa demanda judicial.
2. Para que opere la capitalización de intereses es necesario que se adeuden al menos por un año entero. No es posible efectuar capitalización por todos los meses.
3. Únicamente los intereses vencidos pueden ser capitalizados. Se prohíben las convenciones que estipulan por anticipado la capitalización, particularmente en el momento de la celebración del préstamo. El pacto de anatocismo sólo es válido para intereses vencidos con anterioridad a la conclusión de dicho pacto.
4. El retraso en la liquidación de la deuda no debe provenir de la culpa del acreedor.

<sup>9</sup> Roberto de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, trad. Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Tejeiro, vol. II, Reus, Madrid, 1931, pp. 59 y 60.

<sup>10</sup> *Cfr.* Luis de Gásperi, *Tratado de Derecho Civil*, t. II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1964, pp. 661 y 662.

<sup>11</sup> Así, Mazeaud, *op. cit.*, p. 462.

En Italia, el CC anterior establecía en su art. 1232 restricciones al principio de la licitud del anatocismo. Se exigía para capitalizar los intereses que se tratase de intereses debidos por lo menos en un año completo, prohibiéndose la capitalización de intereses mensuales o semestrales; asimismo, se exigía que dichos intereses hubieran vencido en el momento en que judicialmente se demandaran las *usurae usurarum* o en el momento en que éstas se fijaran mediante convención, de tal forma que quedaba prohibido el pacto de intereses sobre intereses futuros y cualquier convención por la que se pactara la capitalización de intereses futuros.<sup>12</sup> Conforme el art. 1283 del CC italiano de 1942, los intereses vencidos pueden producir interés sólo desde el día de la demanda judicial o por efecto de convención posterior, a su vencimiento y siempre que se trate de intereses vencidos cuando menos por seis meses.

En España, el art. 1109 del CC señala que los intereses vencidos devengan interés legal, desde que son judicialmente reclamados, aunque las partes nada hayan pactado. A su vez, el art. 317 del CCo español previene que “los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”.

En Argentina el CC establece en su art. 623<sup>13</sup> que no se deben intereses de los intereses sino por obligación posterior, convenida entre deudor y acreedor, que autorice la acumulación de ellos al capital, o cuando judicialmente liquidada la deuda con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo. Esto es, sólo se admite el anatocismo por convención especial como acumulación del capital y en forma posterior a la mora. Se trata de intereses vencidos y no futuros, por lo que conforme a dicho código, el juez también puede determinar la existencia del anatocismo cuando existe un requerimiento de pago posterior al vencimiento de los intereses y mora en el pago por el deudor.

A su vez, el art. 569 del CCo argentino previene que los intereses vencidos pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial. En caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden por lo menos por un año. El art. 579 del mismo ordenamiento señala que intentada la demanda judicial por el capital y rédito, no puede hacerse acumulación de los que se vayan devengando, para formar aumentos de capital que produzcan réditos.

En Uruguay, conforme lo expuesto por Gásperi,<sup>14</sup> el art. 623 del CC no admite el anatocismo por adelantado. Dicho precepto no se presta a sutiles interpretaciones, sino que es perfectamente claro: “no se deben intereses de los intereses, sino por

<sup>12</sup> Así, Ruggiero, *op. cit.*, p. 60.

<sup>13</sup> *Ibid.* En Alemania los arts. 248 y 289 del CC prohíben el anatocismo por adelantado, esto es, el convenio hecho de antemano por el cual los intereses vencidos producirán a su vez intereses es nulo. Idéntica regla consagra el *Código Federal Suizo de las Obligaciones* en su art. 341, aunque no impide que, por convenio posterior al vencimiento de la cuota de intereses, se estipule que el saldo impagado sea, a su vez, productivo de intereses; al igual en Chile (art. 2210 del CC), donde se prohíbe estipular intereses de los intereses y en Perú, el CC en su art. 1586 lo permite cada dos años de retraso por convenciones escritas. Así, Luis de Gásperi, *op. cit.*, p. 664.

<sup>14</sup> *Op. cit.*, p. 663.

obligación posterior, convenida entre deudor y acreedor, que autorice la acumulación de ellos al capital, o cuando, liquidada la deuda judicialmente con los intereses, el juez mandase pagar la suma que resultare y el deudor fuese moroso en hacerlo.”

De ahí resulta claramente que el anatocismo es la capitalización de intereses, que el derecho comparado prohíbe el pacto por adelantado y que de la lectura del art. 317 del *CCo* español previene que “los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizar los intereses líquidos y no satisfechos, que, como aumento de capital, devengarán nuevos réditos”, se puede inferir fácilmente que el art. 363 de nuestro *CCo* fue una copia incompleta del *CCo* español, como ocurrió con otros preceptos, pero que el espíritu del legislador mexicano fue proscribir el pacto de capitalización de intereses por adelantado y sólo permitir dicha capitalización para intereses vencidos y no pagados, aspecto que olvidó la Suprema Corte.

### Anatocismo en el *Código de Comercio*

En la legislación mexicana es cierto que en el art. 363 del *CCo* no aparece textualmente el término *anatocismo*, que tampoco aparece en las normas generales aplicables a los contratos civiles y mercantiles, ni en ellas se alude de forma expresa a la capitalización de intereses. Sin embargo, el *CCo* se refiere a esta institución en su art. 363, el cual únicamente permite capitalizar los intereses vencidos y no pagados, de los que una vez que sean líquidos, las partes pueden convenir en su capitalización, pero no antes.

Como se dijo, el mismo art. 81 de nuestro *CCo* previene que con las modificaciones y restricciones contenidas en dicho *Código*, las causas que anulan los contratos civiles también anulan los contratos mercantiles, de donde resulta que si tanto el *CCF* como el *CCo* contienen un precepto relativo a la capitalización de intereses, ubicado en el capítulo del contrato de mutuo con interés y del préstamo mercantil, respectivamente, y si el *CCF* sanciona con nulidad el pacto de anatocismo por adelantado, es incuestionable que por la misma razón es nulo dicho pacto en materia mercantil, e incluso, como se dijo, el anterior *Código Civil* declaraba nulos los actos cuyo objeto fuera legalmente imposible, siendo uno de ellos el que la cosa no pudiese ser exigible, y puesto que los intereses sólo son exigibles a partir de su vencimiento, no puede ser objeto de pacto o convenio la capitalización de intereses por vencer bajo pena de nulidad, tal como lo previene el mismo art. 81 del *CCo*.

En efecto, el *CCo* señala en el art. 363, ubicado en el capítulo primero, denominado del “Préstamo mercantil en general”, que “los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”.

Si se analiza e interpreta adecuadamente este precepto, se observa sin lugar a dudas que los intereses a que se refiere el art. 363 citado cuando dice: “Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”, son únicamente los intereses vencidos y no pagados, no cualquier interés; esto es, la ley no alude a los intereses por vencer, sino sólo a los vencidos, porque antes de esa expresión *capitalizarlos*, dicho artículo se refiere a los *intereses vencidos y no pagados* y de ninguna manera a los intereses por

vencer. De ahí resulta claramente que el *CCo* permite el pacto de capitalización de intereses únicamente cuando éstos se han vencido, pero no permite el convenio de la capitalización de antemano de intereses futuros o por vencer, ya que la expresión *podrán* contiene en forma clara la temporalidad en la cual puede convenirse la capitalización y que consiste en que una vez que sean vencidos dichos intereses, puede convenirse en su capitalización.

De tal suerte que sólo es válido el pacto de anatocismo de intereses vencidos y no pagados y, en consecuencia, es nula la cláusula de anatocismo por adelantado. La nulidad de dicha cláusula deriva directamente de lo previsto por el mismo art. 363, que categóricamente previene que los intereses vencidos no devengarán intereses y que sólo permite la capitalización de los intereses vencidos después de celebrado el contrato y una vez que dichos intereses sean vencidos, en cuyo caso *podrán* convenir dicha capitalización; así también la nulidad del pacto de antemano resulta de lo dispuesto por los arts. 2o. y 81 del mismo *CCo*; el primero de ellos se refiere a la supletoriedad del derecho civil en materia mercantil, y el segundo a la incorporación. Reza el art. 81: "Con las modificaciones y restricciones de este código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden e invalidan los contratos."

Tanto el *CCo* (art. 363) como el *CCF* (art. 2397) se refieren a la capitalización de intereses vencidos (anatocismo), pero a diferencia del segundo, el *CCo* no establece en forma literal ni directa la nulidad del anatocismo por adelantado; sin embargo, atendiendo a las reglas de interpretación se puede afirmar que la permisión de capitalizar intereses se limita a los intereses vencidos ("podrán capitalizarlos", obviamente los intereses vencidos, que son a los que se refiere el artículo); además, por disposición de los arts. 2o. y 81 del *CCo* surte la nulidad de la cláusula de anatocismo por adelantado, ya que ésta es nula por disposición expresa del art. 2397 del *CCF*, artículo perfectamente incorporado al diverso 263 del *CCo*, sin que exista contradicción de normas. En efecto, existe armonía y complementación de este art. 363 con el diverso 2397, como si el segundo estuviera incorporado al primero, para lo cual basta hacer la siguiente transcripción: "Art. 363. Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos. Las partes no pueden, bajo pena de nulidad, convenir de antemano que los intereses se capitalicen y que produzcan intereses."

Como observará el lector, del texto anterior no existe contradicción, el contenido transcrito del art. 2397 del *CCF* al art. 363 del *CCo* queda perfectamente incorporado a éste y lo complementa, porque el art. 363 prohíbe la capitalización de intereses vencidos, a menos que una vez vencidos las partes convengan en su capitalización y el 2397, que también permite el convenio de capitalización de intereses vencidos y prohíbe el pacto por adelantado, expresamente sanciona con nulidad a éste, lo cual significa que en ambos preceptos sólo está permitido el anatocismo respecto de intereses vencidos y no pagados. Incluso, aun cuando se argumentara que el art. 2397 del *CCF* no puede incorporarse al *CCo*, ya que cuando éste entró en vigencia aún no existía dicho precepto (puesto que el *CCF* entró en vigor en 1932),

por sí solo el art. 363 permite concluir la nulidad del pacto de anatocismo por adelantado, además de que el *Código Civil* de 1884, aunque permitía la capitalización de intereses, exigía que las partes establecieran previamente los plazos conforme a los cuales podía operar dicha capitalización; de manera que dicho ordenamiento sancionaba con nulidad los actos jurídicos cuyo objeto fuera legalmente imposible, siendo uno de ellos el que la cosa no pudiese ser exigible; y puesto que los intereses sólo son exigibles a partir de su vencimiento, no puede ser objeto de pacto o convenio la capitalización de intereses por vencer.

Como dije, la nulidad de dicha cláusula deriva directamente de lo previsto por los arts. 2o. y 81 del mismo *CCo*. El primero de ellos se refiere a la supletoriedad del derecho civil en materia mercantil, mientras que el segundo alude a la incorporación y establece: "Art. 81. Con las modificaciones y restricciones de este código, serán aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden e invalidan los contratos."

Tanto nuestro *CCo* como el *CCF* se refieren a la capitalización de intereses (anatocismo), y aunque a diferencia del segundo el *CCo* no establece en forma expresa la nulidad del anatocismo por adelantado, es incuestionable que dicha prohibición dimana directamente del mismo art. 363 e indirectamente por disposición de los arts. 2o. y 81 del *CCo*, de donde surte la nulidad de la cláusula de anatocismo por adelantado, ya que ésta es nula por disposición expresa del art. 2397 del *CCF*, artículo perfectamente incorporado al diverso 263 del *CCo*, sin que exista contradicción de normas pues, como se dijo, se pueden encontrar armonía y complementación de éste con el diverso 2397, como si estuviera incorporado al primero.

En efecto, no existe contradicción sino complementación, porque el art. 363 sólo se refiere a la posibilidad de capitalizar los intereses vencidos y no pagados y el 2397, que también permite la capitalización, prohíbe que la misma sea por adelantado y sanciona con nulidad al pacto que así lo haga, lo cual significa que en ambos preceptos sólo está permitido el anatocismo respecto de intereses vencidos y no pagados.

## La temporalidad en el pacto de anatocismo

Otro de los argumentos que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia firme que resolvió sobre la validez de capitalización de intereses por adelantado,<sup>15</sup> es el relativo a la supuesta falta de temporalidad en el art. 363 del *CCo*.

En la tesis de la Suprema Corte se sostiene que supuestamente el pacto de capitalización de intereses está expresamente autorizado en cualquier tiempo en materia mercantil: "capitalización de intereses, expresamente autorizado a condición de que sea pactado entre las partes, en el primer precepto, con posterioridad a que los

<sup>15</sup> Véase la jurisprudencia número 32/98 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en particular sobre el anatocismo.

intereses se causen; y, en el segundo, sin hacer manifestación en cuanto a la temporalidad de ese convenio.”

Es inexacto que por el hecho de que el art. 363 del *CCo* no establezca literalmente temporalidad alguna para convenir la capitalización de intereses, dicho precepto autorice a hacerlo aun antes de que dichos intereses se devenguen y sean vencidos, puesto que ese precepto se refiere precisa y únicamente a los intereses vencidos y no pagados, y como lógica consecuencia, el convenio sobre su capitalización sólo puede hacerse con posterioridad a que se hayan vencido los mismos, conclusión que se soporta con el propio art. 363, que se refiere a la posibilidad de proceder a la capitalización en el futuro *podrán*, y con lo dispuesto por el art. 2397 del *CCF*, que en forma categórica sanciona con nulidad el pacto que de antemano convenga en la capitalización de intereses, nulidad que por disposición del art. 81 del *CCo* es aplicable en materia mercantil.<sup>16</sup>

En definitiva, el art. 363 del *CCo* sólo alude a intereses vencidos y no pagados y de ninguna manera a los intereses por vencer; de ahí que no se comparte la posición

---

<sup>16</sup> *Cfr.* tesis por contradicción 32/98. En la misma jurisprudencia, la Suprema Corte niega que el refinanciamiento encubra en realidad una capitalización de intereses, siendo que en realidad sí la encubre y, por tanto, el que se le denomine *refinanciamiento* no le cambia su naturaleza ni causa, siendo en todo caso un fraude a la ley: “Precisado lo anterior, es necesario ahora definir en primer término si el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses implica una capitalización de intereses; y, en segundo término, de existir esa capitalización, si la misma se encuentra o no prohibida por la ley. En relación con el primer aspecto deben distinguirse dos situaciones: cuando al contrato de apertura de crédito se le pretende equiparar a la capitalización de intereses; y cuando las partes pactan expresamente la capitalización e invocan al efecto el artículo 363 del *Código de Comercio*. Respecto de la primera situación se considera que la apertura de crédito para cobertura de intereses, para el pago de intereses, pactada en el mismo instrumento o en otro, no se equipara ni encubre el establecimiento de intereses sobre intereses, ni su capitalización. Lo anterior obedece a que la naturaleza y los fines, por una parte, del mencionado contrato, y por la otra, de la capitalización de intereses son diversos, por lo que no pueden confundirse. En efecto, la capitalización de intereses implica la acción de agregar al capital originario de un préstamo o crédito los intereses devengados, vencidos y no pagados para computar sobre la suma resultante réditos ulteriores. Esa capitalización no se presenta en el convenio celebrado entre las partes en un contrato de apertura de crédito a fin de que el acreditado disponga discrecionalmente, en su caso, de un crédito adicional para cubrir intereses devengados en otro crédito distinto. Entre la capitalización de intereses y el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento) existen sustanciales diferencias. La capitalización supone que haya intereses vencidos y no pagados. En cambio, en el citado contrato, llegado el momento de vencimiento de pago de intereses devengados, el deudor se ve legalmente en situación de pagar al acreedor las sumas en cuestión, lo cual podrá hacer con recursos propios o con los recursos de que puede disponer por virtud del crédito adicional. En este supuesto, los recursos del crédito adicional se utilizan para el pago de intereses vencidos, por lo que no ha lugar al incumplimiento por parte del deudor.

De esta diferencia resulta que en la capitalización, los intereses se incorporan al capital, lo que no acontece en la apertura de crédito para cobertura de intereses, donde el capital dispuesto produce sus propios intereses.

Se sigue de lo expuesto que el contrato de apertura de crédito para cobertura de intereses (refinanciamiento) jurídicamente no implica pago de intereses sobre intereses, ni pacto de pago de intereses sobre intereses, ni capitalización de los mismos, sino que se trata de un acto jurídico independiente, autorizado por la ley y que por sí mismo no es nulo.”



de la Suprema Corte, ni la opinión de Jorge Adame, quien sostiene que el art. 363 citado no contiene indicación alguna respecto del momento en que puede hacerse el pacto de anatocismo y que si bien es verdad que dicho precepto se refiere a la capitalización de intereses vencidos, ello no implica que se prohíba el pacto por el cual de antemano se convenga en la capitalización de intereses a su vencimiento, que en su opinión, la frase “los contratantes podrán, sin embargo, capitalizarlos”, no contiene referencia al momento en que las partes podrán hacerlo, y que el uso del futuro *podrán* no indica posterioridad al momento en que los intereses vencieron, sino respecto de la acción de la vigencia de la regla,<sup>17</sup> lo cual es inaceptable por lo expresado.

Desde luego, se insiste en que cuando el art. 363 expresa que “las partes podrán, sin embargo, capitalizarlos”, necesaria y únicamente se refiere a los intereses vencidos y no a los intereses por vencer, porque previamente alude a dichos intereses vencidos, y que el término *podrán* sólo puede significar posibilidad para el futuro, después de celebrado el contrato y con posterioridad a que los intereses se hayan vencido, pero de ninguna manera que pueda convenirse en la capitalización de intereses por vencer o futuros en el propio contrato de préstamo. Incluso, aunque se quisiera aplicar lo dispuesto por el art. 2699 del *Código Civil* de 1884, que estableció: “no puede cobrarse interés de los intereses vencidos si no está expresamente estipulado en el contrato; observándose lo que en él se establezca sobre los plazos en que debe hacerse la capitalización”, dicha aplicación sería inexacta porque el art. 363 del *CCo* categóricamente y a diferencia del citado *Código Civil* de 1884, se refiere sólo a la capitalización *a posteriori* de los intereses vencidos. Entonces, es válido el anatocismo respecto de intereses vencidos y no pagados y, en consecuencia, es nula la cláusula de anatocismo por adelantado.

## En cuanto a la supuesta derogación de la libertad contractual

### La Suprema Corte argumenta:

Además, existen argumentos lógico-jurídicos que conducen al mismo resultado.

Por una parte, no se pueden hacer interpretaciones que deroguen tácitamente el principio general de libertad contractual. De existir alguna distinción deben acordarla las partes o establecerla el legislador, según lo ha hecho en otras materias, como en la civil (artículo 2397 del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia Federal*, ya transcrito) o de protección al consumidor, artículo 68 de la *Ley Federal de Protección al Consumidor*, que a la letra dice: “Artículo 68. Únicamente se podrán capitalizar intereses cuando exista acuerdo previo de las partes, en cuyo caso el proveedor deberá proporcionar al consumidor estado de cuenta mensual. Es improcedente el cobro que contravenga lo dispuesto en este artículo.”

<sup>17</sup> Jorge Adame Goddard, “¿Es válido el pacto de anatocismo en la legislación mexicana?”, en *Revista de Derecho Privado*, año 9, núm. 27, septiembre-diciembre de 1988, McGraw-Hill, México, 1988, pp. 152 y 153.

Se equivoca la Suprema Corte al sostener en esta jurisprudencia que cuando las partes convienen en la capitalización de intereses se invoca para ello el art. 363 del *CCo*, lo hacen en atención al convenio que se celebra con fundamento en el art. 78 del *Código de Comercio*, “y en razón de que en esa materia los contratantes gozan de plena libertad para acordar lo que les convenga, con la limitante, desde luego, de que no se contravengan disposiciones de orden público”, puesto que el art. 77 del mismo ordenamiento proclama la nulidad de los actos ilícitos, y conforme los arts. 6o., 7o., 8o. y 1831 del *CCF* aplicables al *CCo* (art. 2o. del *CCo*) y el mismo art. 81 del *CCo*, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual están limitadas por disposiciones de orden público y leyes prohibitivas, una de las cuales es la contenida en el art. 2397 incorporado al 363 del *CCo*, que prohíbe dicho pacto bajo pena de nulidad.

Si bien es verdad que tanto el art. 363 del *CCo* como el 2397 del *CCF* autorizan la capitalización de intereses por acuerdo expreso de las partes, no menos cierto es que la capitalización no sólo no puede operar de manera automática, sino que el convenio que la contenga sólo puede ser válido en las condiciones y límites previstos por la ley, esto es, se requiere que la expresión de la voluntad de los contratantes sea dada con posterioridad al vencimiento de los intereses objeto del convenio; por lo que contrario a lo señalado por nuestro máximo tribunal, no sólo no existe entre ambos preceptos la supuesta diferencia en cuanto al momento en que puede celebrarse el pacto correspondiente (ya que si bien es verdad que el *CCF* en forma expresa prohíbe que ese acuerdo de voluntades sea anterior al vencimiento y al no pago de los intereses que habrán de capitalizarse, y que el art. 363 del *CCo* no contiene ninguna exigencia expresa de temporalidad para su realización, dicha supuesta diferencia sólo es literal, ya que del texto mismo de este precepto se desprende claramente la exigencia de que el pacto sea también posterior, *podrán*, más aún que dicho precepto se complementa con el art. 2397 del *CCF* al amparo de los arts. 2o. y 81 del mismo *CCo*), sino que para que el pacto de anatocismo sea válido se requiere que el mismo no contravenga disposiciones prohibitivas o de orden público, como lo es la que prohíbe el pacto de anatocismo por adelantado, de suerte que dicho pacto es contrario a la ley y no produce efecto legal alguno al tenor de lo dispuesto por el art. 77 del mismo *CCo*.

Como consecuencia de lo anterior, y contrario a lo sostenido por la Suprema Corte, en materia mercantil, el pacto de capitalización de intereses para que sea válido sólo puede recaer sobre intereses ya vencidos que no hayan sido pagados (pacto posterior), pero no sobre los que tengan vencimiento futuro (convenio anticipado).

En efecto, la expresión *vencidos y no pagados* que contiene el numeral 362 mencionado no debe ni puede interpretarse con relación a una temporalidad, sino sólo como una reiteración especificativa de que los intereses que pueden ser objeto de dicha capitalización son los vencidos, únicamente los que se adeuden por ser de plazo cumplido.

Lo sostenido por la Corte está fuera de toda realidad jurídica y económica, puesto que la prohibición del pacto de anatocismo por adelantado no constituye ninguna derogación a la libertad contractual, sino un límite de orden público im-

puesto por la ley expresamente en el mismo art. 363 del *CCo*, cuando establece una norma prohibitiva: “Los intereses vencidos y no pagados no devengarán intereses. Las partes podrán, sin embargo, capitalizarlos.” Limitación también sostenida en los arts. 6o., 7o., 8o. y 1831 del *CCF* y 77 y 81 del *CCo*; por tanto, no existe ninguna derogación tácita al principio general de libertad contractual, sino una limitación expresa y de orden público contenida en el precepto en cuestión,<sup>18</sup> que no puede violentarse bajo pena de nulidad. De ahí que no se trata de una interpretación que derogue tácitamente al principio general de libertad contractual, sino que es la misma ley la que impone dicha limitación al tenor de lo dispuesto por el art. 77 del mismo *CCo*.

### Donde la ley distingue debemos distinguir

Sostiene la Corte que al efecto debe tomarse en cuenta y aplicarse la regla de interpretación consistente en que donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete; sin embargo, dicho principio o regla es aplicado en forma equívoca por la Suprema Corte, ya que el *CCo* hace una distinción que la Corte no observa ya que en la tesis mencionada argumenta: “la distinción que establecieron algunos de los tribunales que entraron en contradicción acerca de que la capitalización sólo puede ser posterior a que los réditos se encuentren vencidos y no pagados, implica la introducción de una prohibición o una restricción contrarias a la regla de interpretación conforme a la cual, donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete”.

Contrario a lo sostenido por la Suprema Corte, el *CCo* hace una distinción ya que únicamente se refiere a los intereses que califica de *vencidos*, por lo que expresamente se refiere al pacto de anatocismo de intereses vencidos y no pagados, de donde resulta que donde la ley distingue sí se debe distinguir y no se pueden comprender otros supuestos de los que la ley no estableció. De esta forma, con relación a los intereses no vencidos, no sólo debe interpretarse conforme la distinción clara que hace la ley, sino que incluso debe recurrirse a la aplicación del principio de derecho de mayoría de razón, conforme al cual, si el art. 363 del *CCo* prohíbe la capitalización de intereses vencidos y no pagados a menos que medie pacto expreso posterior y el *CCF* sanciona con nulidad el pacto por adelantado, por mayoría de razón no es válida la capitalización de intereses no vencidos, o capitalización de antemano.

### El pacto de anatocismo perjudica al deudor

Para sostener la validez del pacto de anatocismo por adelantado, la jurisprudencia expone un argumento del todo infundado, fuera de toda realidad e incluso increíble: “el pacto de anatocismo por adelantado no perjudica al deudor”. No se puede

<sup>18</sup> Así, Henri Mazeaud y Jean Mazeaud, *op. cit.*, p. 461, sostienen que las reglas establecidas en el art. 1154 del *CC* francés son de orden público, que los redactores de la ley marcaron bien, en el curso de los trabajos preparatorios, su intención de desechar la autonomía de la voluntad con el fin de prevenir la usura.

entender cómo es que el convenio de capitalización de intereses que se pacte en el momento de celebrar un contrato de préstamo no pueda perjudicar al deudor, si desde el derecho romano antiguo sólo se autorizó la capitalización de intereses vencidos y no pagados, en razón de lo gravosos que éstos resultan al deudor y que por ello en forma unánime los juristas han advertido de los peligros que implica la aceptación del pacto por adelantado, de ahí que diversas legislaciones extranjeras sólo lo admitan mediante pacto posterior a la fecha en que contrae la deuda; incluso el mismo legislador mexicano en la exposición de motivos del CCF<sup>19</sup> advirtió que dichos pactos perjudican al deudor y que con la sanción de nulidad de los mismos se evita que el acreedor se aproveche de la aflictiva situación de aquél al solicitar el préstamo, pactándose anticipadamente la acumulación de intereses que, por producir una utilidad inmoderada del capital, fomentan la negligencia del acreedor para reclamar oportunamente el pago y causan ruinoso perjuicio al deudor.

Sin embargo, la Suprema Corte sostiene:

En la hipótesis examinada resulta lógico que el acuerdo de capitalización pueda ser convenido como una previsión contractual para el caso de una eventualidad posterior; o bien, como un acto posterior, circunstancia que no perjudica al deudor en razón de que de ese modo puede tener previo conocimiento de la extensión de la obligación que asume y, por tanto, ejecutar los actos necesarios para evitar que los intereses se capitalicen. Es decir, no existe motivo alguno para restringir la letra de la norma.

Si éste fuera el criterio correcto, entonces no sería explicable por qué la *LGTOC* en su art. 344 prohíbe el pacto celebrado en la fecha de constitución de la prenda, que permite al acreedor prendario hacerse dueño de los bienes o títulos dados en prenda.

No se trata de restringir la letra de la norma, sino de respetar su sentido, el cual fue autorizar a las partes a pactar la capitalización de intereses vencidos y no pagados, por lo que no es válido interpretarla ampliamente y contrario a su sentido literal como lo hace la jurisprudencia, pasando por alto diversas normas, principios, doctrina y las fuentes del derecho.

Contrario a lo sostenido por la Corte, mientras el deudor ignore el total de intereses por acumularse al capital no es posible autorizar la capitalización de los mismos, y tampoco en el momento de la celebración del contrato, porque en tales condiciones el deudor se encuentra forzado a convenir de antemano la capitalización en su perjuicio en virtud de que precisa el dinero que le será prestado; por ello, sólo se puede válidamente autorizar el anatocismo de intereses vencidos y no pagados mediante convenio posterior al vencimiento, y no el pacto de antemano de capitalización de los intereses futuros,<sup>20</sup> pues no se puede perder de vista que, como dice Gásperi,<sup>21</sup> el deudor que consiente en el anatocismo por adelantado lo admite por inexperiencia o extrema penuria, y que el acreedor que lo estipula se aprovecha de estas circunstancias para lucrar con su debilidad y explotarlo, y ésta es la razón que no quiso ver la Corte en la tesis que comentamos.

<sup>19</sup> Cfr. *Código Civil para el Distrito Federal. Leyes y Códigos*, Porrúa, México, 1997, p. 33.

<sup>20</sup> Así, *Enciclopedia jurídica Omeba*, "Anatocismo", *op. cit.*, p. 688.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 663.

En conclusión, el pacto de anatocismo por adelantado es nulo, ya que el art. 363 del CCo sólo admite la validez de ese pacto cuando se hace después de vencidos los intereses, sin que sea argumento para sostener que es válido el pacto por adelantado porque “así operaba cuando el CCo fue expedido”,<sup>22</sup> porque aun suponiendo que así fuera, dicha práctica sería nula, ya que en contra de la observancia de la ley no se puede aducir uso o costumbre en contrario.

## Diferencias con el mutuo civil

Como señalamos, el CCF regula al préstamo civil bajo las denominaciones de *mutuo simple* y *mutuo con interés* (préstamo irregular), así como de *comodato* (préstamo regular), de los que difiere el préstamo mercantil en virtud de lo siguiente:

1. El préstamo es mercantil cuando se contrae en concepto y con la expresión de que las cosas objeto del mismo se destinan a actos de comercio, o cuando se celebra entre comerciantes, o el prestador es una institución de crédito.
2. En el préstamo mercantil por tiempo indeterminado, el prestador puede exigir la entrega del dinero, títulos o valores o mercancías en la misma especie y calidad después de transcurridos 30 días siguientes a la fecha de la interpelación que haga judicial o extrajudicialmente (art. 360 del CCo); en cambio, en el mutuo, a falta de pacto, el mutuuario debe entregar los bienes a que se obliga, según la naturaleza de éstos; por ejemplo, si el mutuuario es labrador y el préstamo consistió en productos del campo, o cuando no siendo labrador el mutuuario éste deba percibir frutos semejantes por otro título, la restitución procede en la siguiente cosecha de los mismos o semejantes frutos o productos (art. 2385 del CCF).
3. A falta de pacto, en el préstamo mercantil el prestatario debe entregar los bienes en el lugar que conforme la naturaleza del negocio o la intención de las partes deban devolverse (art. 86 del CCo), mientras que en materia civil, debe restituirse la cosa en el lugar en donde se encuentre, y tratándose de dinero, en el domicilio del deudor (art. 2387 del CCF).
4. En el préstamo mercantil, el deudor que demore en el pago de su deuda debe pagar al acreedor un interés moratorio que a falta de pacto se fija en 6% anual, mientras que en el mutuo es de 9% anual.

## Modalidades

Conforme lo dispuesto por el CCo, el préstamo puede ser de dinero, de títulos o en especie.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Cfr. Adame Goddard, *op. cit.*, p. 153.

<sup>23</sup> Cfr. Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil*, Porrúa, México, 1987, p. 140.

- a) *Préstamo de dinero.* Es el contrato por el cual el prestador se obliga a transmitir al prestatario una suma de dinero, pesos mexicanos o moneda extranjera, en cuyo caso el prestatario contrae la obligación de devolver una cantidad igual a la recibida, salvo que se haya pactado una especie de moneda, en cuyo caso deberá entregarse otro tanto de la misma especie recibida. El art. 359 previene que si se pacta la especie de moneda, siendo extranjera, en que se ha de hacer el pago, la alteración que experimente el valor será en daño o beneficio del prestador; sin embargo, se debe atender lo dispuesto por la *Ley Monetaria*.
- b) *Préstamo de títulos o valores.* Se trata del contrato por el cual el prestador transfiere la propiedad de títulos o valores al prestatario con la obligación de éste de devolver otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o su equivalente si se hubieren extinguido (art. 359 del CCo).

La denominación *títulos-valor* no se encuentra reconocida en la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC)*; ésta únicamente se refiere a los *títulos de crédito*, a los que clasifica, por su forma de circulación, en nominativos y al portador. Aquella locución es introducida en España por Garrigues,<sup>24</sup> quien considera que el término *título de crédito* usado por la gran mayoría de los juristas y por la ley es poco comprensivo, porque por un lado no alude a otro aspecto distinto del crédito, cual es la denominación jurídica de la cosa misma, propia de los títulos llamados *de tradición*; mientras que por el otro, existen títulos (acciones) que no atribuyen un solo derecho de crédito a su titular, sino más bien un conjunto de derechos subjetivos de índole varia, que componen una cualidad o posición jurídica compleja (por ejemplo, el estatus de socio); que por dicha razón prefiere utilizar la denominación *títulos valores* para designar a ciertos documentos cuyo valor, estando representado por el derecho al cual se refiere el documento, es inseparable del título mismo.

Mantilla Molina se refiere a *títulos de crédito* y aclara que lo hace empleando la terminología de la *LGTOC*, aunque prefiere el término *título-valor*<sup>25</sup> que utiliza en su obra de *Derecho Mercantil*, en donde reconoce que esta expresión tiende a sustituir en la doctrina a la de *título de crédito* por considerarla más exacta, pero insiste en que la *LGTOC* se refiere a *títulos de crédito* y que incluso en el anteproyecto impreso del Libro Tercero del *Código de Comercio*, la Comisión Redactora acordó volver a utilizar la expresión *título de crédito* y rechazó la de *título-valor*.<sup>26</sup>

Independientemente de las tendencias doctrinarias y de que efectivamente la expresión *título-valor* puede ser más afortunada que la de *título de crédito*, sobre todo por lo que se refiere a ciertos títulos o documentos en los cuales no es posible encontrar literalmente el derecho del titular (como ocurre en las acciones en las que el valor de la acción no representa los derechos del socio), la *LGTOC* no reconoce dicho término, sino únicamente el de *título de crédito*.

<sup>24</sup> *Op. cit.*, t. I, p. 719.

<sup>25</sup> Roberto L. Mantilla Molina, *Títulos de crédito*, Porrúa, México, 1983, p. 31, nota 14.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 68, nota 5 d.

El término *título-valor*, en cambio, se recoge en la *Ley del Mercado de Valores (LMV)*, que regula la oferta pública de valores y que define a los mismos como sigue:

Artículo 3o. Son valores las acciones, obligaciones, bonos, certificados y demás títulos de crédito y documentos que se emitan en serie o en masa en los términos de las leyes que los rijan, destinados a circular en el mercado de valores, incluyendo las letras de cambio,<sup>27</sup> pagarés<sup>28</sup> y títulos opcionales que se emitan en la forma antes citada y, en su caso, al amparo de un acta de emisión, cuando por disposición de la ley o de la naturaleza de los actos que en la misma se contengan, así se requiera.

Por definición legal, son valores o títulos-valor los títulos de crédito emitidos en serie o en masa (como las acciones), y si bien la *LMV* incluye entre los valores (o títulos-valores) las letras de cambio y los pagarés, a éstos sólo les otorga tal carácter cuando se emiten en serie o en masa y se destinan, se emiten, para circular en el mercado de valores, cuando son objeto de oferta pública en los términos y las condiciones previstos en ese ordenamiento.

De conformidad con lo anterior, para la ley mexicana existe una diferencia entre títulos de crédito y títulos-valor, si bien ambos son títulos de crédito: los primeros son el género y los segundos, la especie. Así, son títulos-valor los títulos de crédito emitidos en serie o en masa destinados (emitidos por una sola declaración de voluntad) a circular en el mercado de valores y sólo son títulos de crédito los que se emiten individualmente por una declaración unilateral de voluntad, tantos títulos de crédito como declaraciones unilaterales de voluntad.

Así las cosas, la locución *títulos-valor* aplicada a los títulos de crédito cambiarios (letra de cambio, cheque y pagaré) es meramente doctrinaria, no existe en la *LGTOC*,<sup>29</sup> sólo es aplicable a los títulos de crédito emitidos en serie o en masa y destinados para circular en el mercado de valores. Si los títulos de crédito no se emiten con tales características no adquieren el carácter de valores títulos-valor.

La ley fiscal, para efectos fiscales, suele modificar los conceptos acuñados por las leyes (como ocurre cuando considera como acciones a las partes sociales); sin embargo, el *Código Fiscal* en su art. 16A no modifica los conceptos, sino que hace una distinción entre los títulos de crédito y los títulos-valor, comprendiendo a ambos dentro de los bienes fungibles. En otros apartados, la ley fiscal al referirse a estos conceptos considera *títulos de crédito* a los valores mobiliarios, pero no a la inversa; esto es, diferencia los títulos de crédito propiamente dichos (cambiarios: letra, cheque y pagaré) de los valores (títulos que se emiten en serie o en masa para ser destinados a circular en el mercado de valores). Y puesto que la *LGTOC* se refiere a títulos de crédito y no a valores mobiliarios, aun cuando también regula éstos, subsiste una notable diferencia entre unos y otros: los títulos de crédito pro-

<sup>27</sup> Aceptaciones bancarias.

<sup>28</sup> Papel comercial.

<sup>29</sup> Recuérdese la tesis de jurisprudencia firme relativa a la capitalización de intereses en la cual la Suprema Corte se negó a reconocer el término *anatocismo* por no estar previsto en las leyes mexicanas y sólo lo admitió en el ámbito doctrinal.

piamente dichos son los títulos cambiarios (letra, cheque y pagaré), mientras que los valores mobiliarios o títulos-valor son también títulos de crédito cuya característica específica es que se emiten en serie o en masa, que no siempre son el documento necesario para ejercitar los derechos de su titular, ni necesariamente tienen consignados literalmente los derechos y son siempre causales.<sup>30</sup>

Diversos preceptos tanto del *Código Fiscal* como de la *Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR)* se refieren a los títulos de crédito y a los valores como conceptos diferentes; incluso aluden a *valores y otros títulos de crédito* (arts. 14A, 16A, 16C, 143 y 155 del *CFF* y 9, 24, 29, 31, 33, 59, 123, 146 y 153 de la *LISR*). La *LISR* se refiere a otros títulos-valor (*v. gr.* los que representen la propiedad de bienes, tales como los certificados de depósito o los conocimientos de embarque, en sus arts. 21 y 29). Por ende, pueden ser objeto de préstamo mercantil tanto títulos de crédito como valores.

En el evento de que el objeto del contrato lo sean títulos o valores, el deudor debe devolver otros tantos de la misma clase o idénticas condiciones, o su equivalente si se hubieren extinguido, salvo pacto en contrario (art. 359 del *CCo*). El préstamo de títulos se diferencia del depósito y del reporto por cuanto que en el depósito el depositante asume no sólo la obligación de entregar títulos de la misma especie y calidad, sino que debe ejercitar los derechos inherentes a los mismos como ocurre con el reporto, con el que se diferencian tanto el depósito como el préstamo por cuanto quien recibe en reporto los bienes asume la obligación de pagar una suma de dinero llamada *premio*, la cual en su caso puede ser pactada a cargo de quien transfiere la propiedad de dichos títulos. En el préstamo mercantil, el pago de intereses ordinarios es natural pero no esencial al contrato.

El contrato de préstamo de títulos o valores se diferencia del reporto en virtud de que en el préstamo el prestatario sólo asume la obligación de devolver otros tantos títulos de la misma clase o idénticas condiciones, mientras que en el reporto, el reportador, quien adquiere los títulos, se obliga a pagar una suma de dinero en adición de la obligación de transferir la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido y contra reembolso del mismo precio pagado más un premio (art. 259 de la *LGTOC*). La diferencia de ambas figuras es difícil atendiendo a que el *CCo* previene en su art. 361 que cualquier prestación pactada a favor del acreedor, que conste precisamente por escrito, se reputará interés, como podría ser el pago de la prima en el reporto; sin embargo, en éste el reportador asume diversas obligaciones frente al reportado respecto de los títulos que recibe, entre ellas las de realizar todos los actos necesarios a su conservación, así como el ejercicio de los derechos derivados del título y el pago de cantidades que deban cubrirse por el título, todo por cuenta del reportado, mientras que en el préstamo no existen dichas obligaciones para el prestatario.

- c) *Préstamo de mercancías.* Es el contrato por el cual el prestador se obliga a transferir la propiedad de mercancías, de bienes muebles al prestatario para ser des-

<sup>30</sup> Por ello la doctrina los denomina *títulos incompletos*.